

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Kehidupan masyarakat yang dimanis merupakan konsekuensi logis dari adanya perkembangan disegala aspek kehidupan. Hal itu terkait dengan hubungan manusia satu dengan manusia lain dalam kedudukannya sebagai subjek hukum. Sebagai subjek hukum, setiap manusia berhak untuk mengikatkan diri dalam berbagai bentuk perbuatan hukum, karena pada dasarnya kehidupan manusia tidak dapat dipisahkan dari hukum. Berkaitan dengan hal tersebut, apabila terjadi hubungan hukum antara dua orang atau lebih, yang terletak didalam harta kekayaan, dimana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi maka dalam hubungan hukum tersebut telah terjadi perikatan, perjanjian atau kontrak. Sedangkan hukum kontrak adalah sebagai aturan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau keputusan.¹

Kontrak atau akad mempunyai arti penting dalam kehidupan masyarakat, merupakan dasar dari setiap aktivitas keseharian. Akad dapat memfasilitasi setiap orang dalam memenuhi kebutuhan dan kepentingannya yang tidak dapat dipenuhinya sendiri tanpa bantuan dan jasa orang lain. Karenanya dapat dibenarkan bila dikatakan bahwa akad merupakan sarana sosial yang ditemukan oleh peradaban umat manusia

¹Salim HS., Hukum Kontrak Teori & Teknik Penyusunan Kontrak, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal. 3

untuk mendukung kehidupannya sebagai makhluk sosial.² Hal ini menunjukkan betapa kehidupan manusia tidak terlepas dari akad.

Bisnis apapun hampir tidak bisa dilepaskan dari keberadaan suatu kontrak, dimana ada bisnis disitu ada kontrak.³ Bahkan menurut Sir Henry Maine dalam teorinya yang terkenal perihal perkembangan hukum dari status ke kontrak sejalan dengan perkembangan masyarakat yang sederhana ke masyarakat yang modern dan kompleks, hubungan hukum yang didasarkan pada status warga masyarakat yang masih sederhana berangsur-angsur akan hilang apabila masyarakat tadi berkembang menjadi masyarakat yang modern dan kompleks, hubungan hukum didasarkan pada sistem hak dan kewajiban yang didasarkan pada kontrak yang secara sukarela dibuat dan dilakukan oleh para pihak.⁴

Dengan demikian dalam dunia hukum khususnya hukum bisnis, hampir dapat dipastikan bahwa abad mendatang akan merupakan abad kontrak. Untuk menunjang kegiatan-kegiatan bisnis atau transaksi-transaksi dagang yang semakin modern dan mengglobal tersebut, peranan hukum kontrak sangat diperlukan. Kontrak yang dibuat pun semakin berkembang, klausul-klausul yang dimuat dalam kontrak tersebut disesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan transaksi. Terdapat keterkaitan yang erat antara perluasan pasar dengan kebebasan berkontrak, pihak yang lebih memiliki kekuatan pasar mempunyai *bargaining position* yang lebih tinggi untuk memaksakan kehendaknya kepada pihak yang lemah.

²Syamsul Anwar, Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalah, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010), hal. Pendahuluan.

³Munir Fuady, Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktek, Buku Ke Empat (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), hal. 3.

⁴Sir Henry Maine, dalam Soerjono Soekanto, Pokok-pokok Sosiologi Hukum (Jakarta: Rajawali Pers, 1980), hal. 34.

Dalam hukum perjanjian dianut apa yang disebut dengan “asas kebebasan berkontrak (*mabda' hurriyah al-ta'aqud*)”, asas ini mengandung pengertian bahwa kebebasan seseorang untuk membuat perjanjian macam apapun dan berisi apa saja, sekalipun perjanjian itu bertentangan dengan pasal-pasal hukum perjanjian.⁵

Kebebasan berkontrak begitu esensial, baik bagi individu untuk mengembangkan diri di dalam kehidupan pribadi dan di dalam lalu lintas kemasyarakatan serta untuk mengindahkan kepentingan-kepentingan harta kekayaannya, maupun bagi masyarakat sebagai satu kesatuan, sehingga hal-hal tersebut oleh beberapa peneliti dianggap sebagai suatu hak dasar.⁶

Asas kebebasan berkontrak di dalam pustaka-pustaka yang berbahasa Inggris dituangkan dengan istilah “*Freedom of Contract*” atau “*Liberty of Contract*” atau “*Party Autonomy*”. Istilah yang pertama lebih umum dipakai dari pada istilah yang kedua dan ketiga. Asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang universal sifatnya, artinya dianut oleh hukum perjanjian di semua negara pada umumnya.⁷

Kebebasan berkontrak berlatar belakang pada faham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, diteruskan oleh kaum Epicuristen dan berkembang pesat dalam zaman Renaissance melalui antara lain ajaran-ajaran dari

⁵Subekti, Hukum Perjanjian, Cet. Ke-6, (PT. Intermasa, 1979), hal. 13.

⁶Johannes Gunawan, Lindawaty Sewu, Hukum Bisnis dalam Persepsi Manusia Modern, (Bandung: PT Refika Aditama, Cet. Pertama, 2004), hal. 99

⁷Sutan Remy Sjahdeini, Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Di Indonesia, (Jakarta: PT Pustaka Utama Grafiti, 2009), hal. 22

Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke, dan Rosseau. Puncak perkembangannya tercapai dalam periode setelah revolusi Perancis.⁸

Asal mulanya asas kebebasan berkontrak lahir pada abad pertengahan di Eropa bersamaan dengan munculnya teori ekonomi klasik *laissez faire* (persaingan bebas) yang merupakan reaksi dari *mercantile system* yang dipelopori oleh Adam Smith.⁹ Asas ini muncul sebagai reaksi dari sistem sebelumnya yaitu sistem yang paternalistik yang mengawasi dan mengatur semua bisnis dan keuntungan raja (*mercantile system*).¹⁰ Sistem tersebut mengiringi keadaan ekonomi pada Abad Pertengahan, yaitu suatu masa dimana aktivitas bisnis dan perdagangan tidak mendapat tempat yang terhormat.¹¹ Sistem ini dirasakan tidak adil karena dalam upayanya untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi, ia memberi hak-hak istimewa bagi kelompok-kelompok tertentu, dan bukannya memberikan kebebasan ekonomi kepada semua pelaku ekonomi.

Alasan utama Smith yang melarang intervensi pemerintah adalah doktrin *invisible hands* (tangan gaib). Menurut doktrin ini, kebebasan (*freedom*), kepentingan diri sendiri (*self-interest*), dan persaingan (*competition*) akan menghasilkan masyarakat yang stabil dan makmur. Upaya individu untuk merealisasikan kepentingan dirinya sendiri bersama jutaan individu lainnya akan dibimbing oleh

⁸ Mariam Darus Badruzaman 1, *Kompilasi Hukum Perikatan* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 84.

⁹ Neli Mac Cormick, *Adam Smith On Law*, (Valparaisto University Law review, vol. 15, 1981), hal. 258-259

¹⁰ Ronny Sautma Hotma Bako, *Hubungan Bank dan Nasabah Terhadap Produk Tabungan dan Deposito: Suatu Tinjauan Hukum Terhadap Perlindungan Deposita di Indonesia Dewasa Ini*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1995), hal. 15

¹¹ Essel R. Dillavou, *Principles of Business Law*, (New Jersey: Prentice Hall Inc, 1962), hal. 51-55

”tangan tak terlihat”. Setiap upaya individu mengejar kepentingannya, maka secara sadar atau pun tidak individu tersebut juga mempromosikan kepentingan publik.¹² Dengan kata lain, Smith mengklaim dalam sebuah perekonomian tanpa campur tangan pemerintah (*laissez faire*) yang mengedepankan nilai-nilai kebebasan (*liberalisme*), maka perekonomian secara otomatis mengatur dirinya untuk mencapai kemakmuran dan keseimbangan.

Sumber dari kebebasan berkontrak adalah kebebasan individu sehingga yang merupakan titik tolaknya adalah kepentingan individu pula. Dengan demikian dapat dipahami bahwa kebebasan individu memberikan kepadanya kebebasan untuk berkontrak.

Dalam Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia, kebebasan berkontrak dapat disimpulkan dari ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, yang berbunyi: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Dengan menekankan pada perkataan semua, maka pasal tersebut seolah-olah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi tentang apa saja dan diperbolehkan pula membuat undang-undang sendiri. Lebih tegasnya para pihak yang membuat perjanjian dapat menciptakan suatu ketentuan sendiri untuk kepentingan mereka sesuai dengan apa yang dikehendaki.

Dalam sistem hukum Islam juga menjamin adanya kebebasan berkontrak sebagai salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam membuat perjanjian, bahkan

¹² Mark Skousen, *Sang Maestro “Teori-Teori Ekonomi Modern”: Sejarah Pemikiran Ekonomi, (The Making of Modern Economics, The Lives and Ideas of the Great Thinkers)*, alih bahasa Tri Wibowo Budi Santoso, cet. ii, (Jakarta: Prenada, 2006), hal. 26.

Sayid Sabiq menyatakan bahwa bukanlah perjanjian jika tanpa ada kebebasan dari kedua belah pihak.¹³

Asas kebebasan berkontrak dapat dipahami: Pertama, bahwa hukum tidak dapat membatasi syarat-syarat yang boleh diperjanjikan oleh para pihak. Ini berarti bahwa hukum tidak boleh membatasi apa saja yang telah diperjanjikan oleh para pihak yang telah mengadakan perjanjian, sehingga dari sini para pihak bebas menentukan sendiri isi perjanjian yang mereka buat. Kedua, bahwa pada umumnya seseorang menurut hukum tidak boleh dipaksa untuk memasuki perjanjian. Ini berarti bahwa kebebasan bagi para pihak untuk menentukan dengan siapa dia ingin atau tidak ingin membuat suatu perjanjian.

Kebebasan berkontrak merupakan ruh dan nafas sebuah kontrak atau perjanjian, secara implisit memberikan panduan bahwa dalam berkontrak pihak-pihak diasumsikan mempunyai kedudukan yang seimbang. Dengan demikian diharapkan akan muncul kontrak yang adil dan seimbang bagi para pihak. Namun demikian dalam praktik masih banyak ditemukan model kontrak standar (kontrak baku) yang dianggap berat sebelah, tidak seimbang, dan tidak adil bahkan terkadang ditemukan kontrak yang melanggar kesusilaan dan norma agama.

Walaupun memang asas kebebasan berkontrak tidak diatur secara rinci dalam Al-qur'an dan Al-hadits namun asas ini penting untuk dielaborasi lebih lanjut mengingat suatu pertanyaan, apakah konsep dan bentuk transaksi atau akad yang terdapat dalam kitab-kitab fikih tanpa ada keleluasaan kaum muslimin untuk

¹³ Sayid Sabiq, Unsur-unsur Dinamika dalam Islam (*Anashirul Quwwah Fil Islam*), diterjemahkan oleh Haryono S. Yusuf (Jakarta: Intermasa, 1981), hal. 210.

mengembangkan bentuk-bentuk akad baru sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat di masa kini? Atau apakah kaum muslimin diberi kebebasan untuk membuat transaksi atau akad baru selama akad tersebut tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip Islam?

Menurut Al- Zarqa kebebasan berkontrak ini meliputi empat segi kebebasan yaitu:

1. Kebebasan untuk mengadakan atau tidak mengadakan perjanjian.
2. Tidak terikat kepada formalitas-formalitas, tetapi cukup semata-mata berdasarkan kata sepakat atau perizinan.
3. Tidak terikat kepada perjanjian-perjanjian bernama.
4. Kebebasan untuk menentukan akibat perjanjian.¹⁴

Nabi Muhammad SAW. bersabda yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah bahwa

الصلح جائز الا صلحا احل حراما او حرم حلال

bahwa kaum muslimin dibenarkan membuat perjanjian perdamaian dalam pelaksanaan hak-hak mereka, namun kebolehan tersebut berlaku dalam batas-batas sepanjang tidak melanggar ketentuan halal dan haram seperti dapat dimengerti dari lanjutan sabdanya. Disini kaum muslimin dibenarkan memperjanjikan syarat-syarat dan perjanjian itu mengikat untuk dipenuhi dalam batas-batas ketentuan halal dan haram.

¹⁴ Al- Zarqa, *Al- Fiqh Al- Islami Fi Sauhihi Al- Jadid*, Cet. Ke-9, (Damaskus: Matabi' Alifba Al- Adib, 1968), hal. 462

Kebebasan kontrak dalam konsep ekonomi Islam haruslah didasarkan pada pemikiran bahwa setiap kontrak yang terjadi dalam perdata syariah ditekankan pada prinsip syariah Islam. Hal ini dalam rangka untuk mengatur kepentingan-kepentingan individual (*fardiyah*), kolektif (*ijtima'iyah*) dan kepentingan negara (*dusturiyah*) serta agama (*diniyah*). Dengan demikian kebebasan berkontrak perlu dilandasi keseimbangan, keselarasan dan kesetaraan untuk menghasilkan suatu kebebasan yang bertanggungjawab.

Dengan demikian asas kebebasan berkontrak ini tidak hanya milik KUH Perdata yang berlaku di Indonesia, akan tetapi bersifat universal dan dianut oleh berbagai sistem hukum dan negara-negara lain juga hukum Islam. Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)¹⁵ dalam bab II tentang Asas Akad pasal 21 (huruf) 1 disebutkan bahwa “Akad dilakukan berdasarkan *asas al- hurriyah* (kebebasan berkontrak)” dan dalam pasal 21 disebutkan bahwa “Semua akad yang dibuat secara sah berlaku sebagai nash syari’ah bagi mereka yang mengadakan akad”.¹⁶ Dalam pasal tersebut menegaskan secara jelas bahwa dalam bertransaksi harus berdasarkan kebebasan.

Menurut Munir Fuady, Asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan kepada para pihak untuk membuat atau tidak membuat kontrak, demikian juga kebebasan untuk mengatur sendiri isi kontrak tersebut.¹⁷ Asas ini tersirat dalam pasal 1338 KUHPerdata, pada intinya menyatakan bahwa terdapat kebebasan membuat

¹⁵ Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) merupakan pedoman bagi hakim peradilan agama dalam memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara yang berkaitan dengan ekonomi syariah (vide pasal 1 PERMA Nomor: 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah)

¹⁶ Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), edisi revisi, 2010.

¹⁷ Munir Fuady, Pengantar Hukum Bisnis, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002), Hal. 12.

kontrak apapun sejauh tidak bertentangan dengan hukum, ketertiban dan kesusilaan. Subekti dalam bukunya Pokok-pokok Hukum Perdata, menyebutkan orang leluasa untuk membuat perjanjian apa saja, asal tidak melanggar ketertiban umum atau kesusilaan, pada umumnya juga boleh mengenyampingkan peraturan-peraturan yang termuat dalam Buku III karena Buku III merupakan “hukum pelengkap” (*aanvullend recht*) bukan hukum keras atau hukum yang memaksa.¹⁸

Terdapat adanya persamaan antara KUH Perdata dan KHES mengenai asas kebebasan berkontrak. Persoalan yang muncul kemudian adalah apakah asas kebebasan berkontrak yang dianut oleh KUH Perdata maupun KHES merupakan kebebasan yang mutlak (*absolut*) sehingga kebebasannya tidak terbatas atau memang ada batasan tentang kebebasan tersebut karena kebebasan berkontrak yang tidak ada batasnya dapat menciptakan ketidakadilan apabila salah satu pihak tidak mempunyai kedudukan yang seimbang atau ketika terjadi transaksi dalam sebuah kontrak lalu timbul permasalahan apakah Hakim berwenang untuk memasuki dan meneliti isi suatu kontrak apabila diperlukan karena isi dan pelaksanaan suatu kontrak bertentangan dengan nilai-nilai dalam masyarakat dan Hakim berwenang melalui tafsiran hukum untuk meneliti dan menilai serta menyatakan bahwa kedudukan para pihak dalam suatu perjanjian berada dalam keadaan yang tidak seimbang sedemikian rupa, sehingga salah satu pihak dianggap tidak bebas untuk menyatakan kehendaknya.

¹⁸ Subekti, Pokok-Pokok Hukum Perdata, Cet. ke-XXXIII, (Jakarta: PT. Intermedia, 2005), hal. 128.

Dalam penerapan asas kebebasan berkontrak, yang berlaku dalam KUH Perdata bukan berarti dapat dilakukan bebas sebebannya, akan tetapi ada pembatasan yang diterapkan oleh pembuat peraturan perundang-undangan, yaitu tidak bertentangan dengan ketertiban umum, kepatutan dan kesusilaan demikian juga dalam KHES disebutkan bahwa akad tidak sah apabila bertentangan dengan syariat Islam, peraturan perundang-undangan, ketertiban umum dan/atau kesusilaan.

Kebebasan berkontrak yang murni atau mutlak karena para pihak kedudukannya seimbang sepenuhnya praktis tidak ada, selalu ada pihak yang lebih lemah dari pihak yang lain. Problematika di atas tentunya merupakan tantangan bagi para Hakim untuk memberikan jalan keluar terbaik demi terwujudnya kontrak yang saling menguntungkan para pihak (*win-win solution contract*) di satu sisi memberikan kepastian dan disisi lain memberikan keadilan sesuai dengan Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia dan sesuai pula dengan Hukum Islam.

Berdasarkan latar belakang tersebut, Penulis tertarik untuk mengadakan penelitian yang dituangkan dalam tesis dengan judul: “ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, dirumuskan permasalahan meliputi hal-hal sebagai berikut:

1. Apa dasar kebebasan berkontrak menurut Hukum Perdata di Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah?
2. Bagaimana batasan asas kebebasan berkontrak menurut Hukum Perdata di Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah?
3. Bagaimana perbedaan asas kebebasan berkontrak menurut Hukum Perdata di Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah?
4. Apa latar belakang landasan filosofis asas kebebasan berkontrak dalam Hukum Perdata dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui dan mendapatkan gambaran yang jelas mengenai dasar kebebasan berkontrak menurut Hukum Perdata di Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.
2. Untuk mengetahui dan mendapatkan gambaran yang jelas mengenai batasan asas kebebasan berkontrak menurut Hukum Perdata di Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.
3. Untuk mengetahui dan mendapatkan gambaran yang jelas mengenai perbedaan asas kebebasan berkontrak menurut Hukum Perdata di Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

4. Untuk mengetahui dan menganalisa mengenai latar belakang landasan filosofis asas kebebasan berkontrak dalam Hukum Perdata dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

D. Kontribusi Penelitian

1. Kontribusi Teoritis

Secara Teoritis penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran dalam rangka pengembangan dan pendalaman tentang hukum perjanjian dalam kaitannya dengan asas kebebasan berkontrak baik menurut Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia maupun Hukum Islam dalam hal ini Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

2. Kontribusi Praktis

Secara praktis hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna sebagai bahan masukan dan sekaligus sumbangan pemikiran bagi para praktisi ataupun pihak-pihak yang berkepentingan dalam menyelesaikan perkara atau sengketa ekonomi, para hakim, advokat, badan legislatif dalam penyusunan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan hukum perjanjian dalam asas kebebasan berkontrak.

E. Studi Pustaka

Tulisan yang meneliti mengenai hukum perjanjian dalam hal asas kebebasan berkontrak, diantaranya adalah ditulis oleh:

- a. Prof. Dr. Sutan Remy Sjahdeini, S.H. dalam disertasinya tentang “*Kebebasan Berkontrak dan perlindungan yang seimbang bagi para pihak dalam perjanjian kredit bank di Indonesia*”. Dalam penelitian tersebut hanya menitik beratkan pada bagaimana asas kebebasan berkontrak pada perjanjian kredit bank yang berlaku di Indonesia. Dalam proses pengajuan permohonan kredit kepada bank, calon nasabah debitur akan disodori perjanjian baku dan standar yang klausul-klausulnya telah disusun sebelumnya oleh bank. Calon debitur hanya mempunyai pilihan antara menerima atau tidak menerima klausul-klausul dalam perjanjian tersebut. Jika menerima, permohonan kredit disetujui, jika tidak, permohonan kredit ditolak. Kondisi ini menempatkan calon nasabah debitur pada posisi lemah. Padahal, sebuah perjanjian seyogyanya memberikan keadilan pada para pihak. Perjanjian kredit dari bank umum mengandung klausul-klausul yang apabila diukur menurut tolak ukur yang berupa asas ketertiban umum, asas moral atau kesusilaan, asas kepatutan dan keadilan, asas itikad baik, dan asas penyalahgunaan kekuasaan ekonomi, maka klausul-klausul tersebut memberatkan bagi nasabah debitur atau memberatkan bagi bank.
- b. Dr. Agus Yudha Hernoko, SH, MH,. Dalam disertasinya tentang “*Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*” menemukan bahawa hakikat kontrak adalah memujudkan pertukaran hak dan kewajiban secara adil (*faieness*). Dengan demikian, ketidakseimbangan hasil dapat diterima sebagai sesuatu yang *fair* apabila proses pertukaran hak dan kewajiban berlangsung secara proporsional.

Berdasarkan penelusuran terhadap penelitian tentang asas kebebasan berkontrak tersebut di atas menunjukkan belum adanya penelitian tentang asas kebebasan berkontrak secara komparatif antara Hukum Perdata Indonesia dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang di dalamnya mengkaji tentang asas kebebasan berkontrak dalam tinjauan filosofis, oleh karena itu penelitian ini merupakan sesuatu yang baru sehingga diharapkan dapat mengisi kekosongan tersebut atau dapat melengkapi kekurangan yang sudah ada.

F. Metode Penelitian

Penelitian ini bersifat *library research* artinya penelitian terhadap bahan-bahan tertulis yang dipublikasikan dalam bentuk buku khususnya buku-buku dan perundang-undangan yang berkaitan dengan hukum perjanjian serta kitab-kitab fikih mua'malah yang berkaitan dengan masalah akad.

Metode pendekatan yang digunakan adalah pendekatan *yuridis normatif* dengan cara meneliti bahan pustaka yang merupakan data sekunder.¹⁹ Dalam penelitian hukum normatif, dibedakan antara penelitian terhadap asas-asas hukum dengan asas-asas perundang-undangan. Penelitian terhadap asas-asas hukum dilakukan terhadap norma-norma hukum yaitu yang merupakan patokan-patokan untuk bertingkah laku sedangkan penelitian terhadap asas-asas perundang-undangan, yaitu asas-asas tentang berlakunya suatu undang-undang dalam arti materiil,

¹⁹ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1988), hal. 11.

misalnya bahwa undang-undang yang bersifat khusus mengesampingkan undang-undang yang bersifat umum bilamana pembuatnya sama.²⁰

Di samping menggunakan pendekatan *yuridis normatif*, dalam penelitian ini digunakan juga pendekatan *komparatif*, yaitu akan dilakukan perbandingan terhadap sistem hukum perikatan atau perjanjian Islam dengan sistem hukum perikatan atau perjanjian hukum perdata di Indonesia.

1. Sumber Data

Dalam penelitian ini digunakan data sekunder. Sumber utama dalam kajian ini adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. Sumber kedua berupa buku-buku ilmu pengetahuan hukum baik ilmu pengetahuan hukum umum yang berkaitan dengan hukum perjanjian ataupun ilmu pengetahuan hukum Islam yang berkaitan dengan fiqh muamalah, jurnal, bulletin ilmiah, majalah ilmiah ataupun pendapat para ilmuwan atau ijtihad para ulama maupun pendapat para praktisi.

2. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan dengan cara melakukan studi kepustakaan, dalam hal ini Penulis memanfaatkan perpustakaan IAIN Antasari Banjarmasin, perpustakaan Pengadilan Agama Rantau serta koleksi pustaka pribadi. Data sekunder yang telah diperoleh selanjutnya kumpulkan dan diklasifikasikan serta disistematisasikan untuk bahan analisis tesis.

²⁰ Ibid. Hal. 20-21

3. Teknik Analisis Data

Data sekunder yang telah dikumpulkan dan diklasifikasikan selanjutnya dianalisis. Untuk menganalisis data dipergunakan *analisis kualitatif*, yang dilakukan dengan metode deduksi, yaitu mengkaji dari kaidah umum kepada hal-hal yang khusus. Analisis kualitatif ini dilakukan terhadap aspek-aspek normatif (yuridis) dari data yang diperoleh dan dihubungkan atau dibandingkan satu sama lain untuk mencapai kesimpulan yang bersifat khusus. Dalam hal ini berkaitan dengan asas kebebasan berkontrak.

Analisis kualitatif dalam penelitian ini selain akan dilakukan secara deskriptif dimana data diungkapkan sebagaimana adanya, juga dilakukan secara komparasi dalam perspektif hukum Islam dan hukum perdata.

G. Sistematika Penulisan

Penulisan penelitian ini terdiri dari lima bab pembahasan, tiap-tiap bab terdiri dari beberapa sub bab.

Bab I Pendahuluan yang terdiri dari latar belakang, identifikasi masalah, tujuan penelitian, kontribusi penelitian, studi pustaka dan metodologi penelitian serta sistematika penulisan.

Bab II menguraikan tentang tinjauan umum tentang perjanjian menurut Hukum Perdata yang terdiri dari Sub A yang meliputi definisi perjanjian, subjek dan objek perjanjian, jenis-jenis perjanjian, syarat syahnya perjanjian, asas-asas perjanjian, unsur-unsur perjanjian serta prestasi dan wanprestasi. Sedangkan Sub B membahas

tentang asas kebebasan berkontrak yang meliputi sejarah lahirnya asas kebebasan berkontrak, dasar kebebasan berkontrak dan batasan asas kebebasan berkontrak.

Bab III menguraikan tentang akad (perjanjian) menurut Hukum Islam yang terdiri dari Sub A yang meliputi definisi akad, macam-macam akad, unsur dan pembentukan akad, rukun dan syarat akad, asas-asas dalam akad, hak pilih dalam akad dan berakhirnya akad. Sedangkan Sub B membahas tentang asas kebebasan berkontrak.

Bab IV merupakan bab analisis penelitian tentang tinjauan filosofis asas kebebasan yang meliputi perbedaan dan tinjauan filosofis asas kebebasan berkontrak.

Bab V merupakan bab penutup yang berisi kesimpulan dari seluruh pembahasan dalam tesis ini dan saran-saran serta rekomendasi yang dapat diajukan.