

BATASAN KEBEBASAN BERKONTRAK DALAM KONTRAK KONVENSIONAL DAN KONTRAK SYARIAH

Ni'matul Khoiriyah & Lukman Santoso

IAIN Ponorogo

Email: Khoirnikmah42@gmail.com & cak_luk2005@yahoo.co.id

Abstract

This article aims to examine the limitations of the freedom of contract in conventional contract and Islamic contracts. In an agreement which establishes the basic principles of an agreement, the pacta sunt servanda principle, which has the sense that the agreement should be implemented by the parties to an agreement. And in an agreement there is a basis which is often used in a treaty as the basis of freedom of contract which provides for the freedom to determine whether someone will do or not do anything, with anyone one would conclude an agreement, as well as the content and form of an agreement. Freedom in the agreement does not mean freedom from regulation that applies. Independent free here means that it still remains under the control of law and norms applicable in a conventional agreement or treaty law. So that the agreement made by the parties do not violate the terms and conditions of existing agreements.

Keywords: *Kebebasan Berkontrak, Kontrak Konvensional, Kontrak Syariah*

PENDAHULUAN

Pada dasarnya perjanjian atau kontrak,¹ melahirkan hubungan hukum yang mengikat antara para pihak yang bersepakat, baik itu dibuat secara lisan maupun tertulis. Perjanjian yang dibuat oleh kedua pihak akan menjadi hukum atau undang-undang yang mengikat para pihak sejak disepakati oleh keduanya.² Karena itu, bagi para pihak yang sudah menyatakan diri terikat pada perjanjian yang telah disepakati, mesti mentaati pelaksanaan perjanjian itu. Ketaatan para pihak untuk melaksanakan perjanjian yang telah disepakati merupakan bahagian dari penegakan asas *pacta sunt servanda*. Asas ini pertama kali diperkenalkan oleh Hugo de Grotius, ahli hukum berkebangsaan Belanda yang kemudian menginspirasi bagi penegakan asas dalam BW. Asas *pacta sunt servanda* ini menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Ketentuan ini mengisyaratkan peletakan komitmen dari para pihak yang wajib mentaati dan melaksanakan perjanjian yang telah disepakati seperti halnya mentaati undang-undang.

Selain keharusan mentaati perjanjian, para pihak juga tatkala hendak merancang desain perjanjian baik dalam bentuk lisan maupun tertulis, maka kebebasan kehendak bagi mereka untuk mengekspresikan apa saja yang hendak dimuat sebagai klausul dalam perjanjian merupakan aksioma yang mesti berjalan sebagai koridor guna memastikan para pihak merasa kepentingan hukumnya terakomodir secara proporsional. Artinya bahwa wujud dari suatu perjanjian haruslah dibangun atas dasar konsensus yang lahir dari kebebasan berkehendak dari para pihak yang hendak melakukan suatu perjanjian.³

Wujud konsensus kebebasan berkehendak para pihak dalam kontrak itu, kemudian terkristalisasi dalam suatu asas yang dikenal dengan nama

¹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2013) h. 13.

² Agus Sardjono, *Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak dalam Cross Border Transaction: Antara Norma dan Fakta*, "Jurnal Hukum Bisnis" Vol. 27, No. 4, 2008, h. 6.

³ Muhammad Sjaiful, *Karakteristik Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Berbasis Syariah*, "Jurnal Universitas Halu Oleo" Vol. 15 No. 1 Mei 2015, h. 69.

asas kebebasan berkontrak. Menurut Agus Yudha Hernoko⁴ dengan mengutip Peter Mahmud Marzuki, bahwa asas kebebasan berkontrak menyatakan seseorang atau para pihak pada umumnya memiliki pilihan bebas untuk mengadakan suatu perjanjian. Di dalam asas ini terkandung suatu pandangan bagi seseorang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjikan dan bebas untuk menetapkan syarat-syarat perjanjian. Meskipun jejak asas kebebasan berkontrak ini bila ditelusuri merupakan produk asas yang lahir dari hukum kanonik Romawi dahulu, namun asas ini tampaknya telah memberikan pengaruh terhadap berbagai produk hukum perjanjian yang ada di berbagai sistem hukum di dunia saat ini, termasuk perjanjian yang lahir dari sistem hukum berbasis syariah.

Perjanjian berbasis syariah merupakan sebuah perjanjian yang lahir dari nomenklatur hukum Islam, sebab itu desain perjanjian ini sudah pasti harus merujuk kepada penormaam yang bersumber dari sumber-sumber hukum yang diakui otoritasnya dalam Islam yaitu Al-qur'an dan Hadits Nabi Muhammad SAW. Sehubungan dengan itu, apabila dikaitkan dengan asas kebebasan berkontrak yang saat ini sudah sangat dikenal sebagai salah satu asas yang menjadi tegaknya berbagai perjanjian dalam sistem hukum di dunia. Asas kebebasan berkontrak ini, cukup relevan untuk kita analisis seputar kedudukannya dalam produk perjanjian berbasis syariah.

Karena bagaimanapun juga, karakteristik perjanjian berbasis syariah memiliki paradigma dogmatis yang berbeda dengan nomenklatur produk perjanjian yang lahir dari sistem hukum lainnya. Misalnya, suatu perjanjian yang lahir atau berasal dari produk sistem hukum *civil law* dan *common law*, serta sistem hukum komunis, dsb. Tentu saja yang membedakan nomenklatur perjanjian tersebut terletak dari sudut pandang ideologi hukum yang menjadi penyangga dari paradigma dogmatis produk-produk perjanjian tersebut.⁵

⁴ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2013), h. 110.

⁵ C.K.L. Bello, *Ideologi Hukum (Refleksi Filsafat atas Ideologi Di Balik Hukum)*, (Bogor: Insan Merdeka, 2013), h. 33.

Untuk itu, tulisan ini bermaksud melakukan kajian singkat secara komprehensif menyangkut batasan dari kebebasan berkontrak dalam perjanjian konvensional maupun perjanjian syariah.

Konsep Batasan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Konvensional

Sebagaimana bidang hukum lainnya, kajian atas hukum kontrak juga tidak dapat dilepaskan dari keberadaan prinsip atau asas hukum yang mendasari bangunan hukum kontrak. Bangunan hukum kontrak yang dikatakan sebagai sistem hukum kontrak memuat sejumlah asas hukum yang menjadi fundamen bagi bangunan hukum

kontrak. Paul Scholten menyebut asas hukum sebagai pernyataan mengenai hukum positif yang langsung menjadi jelas. Asas hukum itu ditemukan dalam hukum positif, dalam sistem peraturan-peraturan, keputusan-keputusan dan lembaga-lembaga dalam keseluruhannya, akan tetapi disamping yang positif itu asas hukum berisi penilaian susila, pemisahan yang baik dari yang buruk, yang menjadi landasan atau pijakan hukum.⁶ Asas hukum menjadi dasar pembentukan aturan hukum, atau seperti dikatakan Paton, asas hukum merupakan alam pikiran yang melatarbelakangi pembentukan norma atau aturan hukum (*A principle is the broad reason which lies at the base of rule of law*).⁷ Keurgenan asas hukum diungkap oleh Satjipto Rahardjo sebagai “jantungnya” peraturan hukum. Dikatakan demikian, karena asas hukum menjadi landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Selain itu, asas hukum juga merupakan *ratio legis* (maksud dan tujuan) dari peraturan hukum.⁸ Asas hukum bukan peraturan hukum, namun tidak ada hukum yang bisa dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada didalamnya. Karena itu, untuk memahami hukum dengan sebaik baiknya tidak bisa hanya melihat pada peraturan hukumnya saja, akan tetapi harus menggalinya sampai kepada asas-asas hukumnya.

⁶ Paul Scholten, *Mr. C Asser: Penuntun Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda*, terjemahan Siti Soemarti Hartono, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1992), h. 89.

⁷ G.W. Paton, *A Textbook of Jurisprudence*, Third Edition, (ELBS And Oxford University Press, 1971), h. 204.

⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 2000), h. 45.

Asas hukum inilah yang memberi makna etis kepada peraturan hukum serta tata hukum sehingga dengan mudah dapat memahami suatu hukum tersebut.⁹ Pendapat yang sama dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo yang mengatakan bahwa asas hukum bukan merupakan hukum kongkrit, melainkan merupakan pikiran dasar (fundamen) yang umum dan abstrak, atau merupakan latar belakang peraturan kongkrit yang terdapat di dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif.¹⁰

Adanya kesepakatan para pihak dalam membuat perjanjian memantapkan keberadaan asas kebebasan berkontrak. Melalui asas kebebasan berkontrak setiap subyek hukum mempunyai kebebasan untuk memilih dengan siapa ia akan membuat suatu perjanjian. Ada beberapa hal yang membatasi kebebasan berkontrak para pihak dalam membuat suatu perjanjian, baik yang berkaitan dengan subyek, obyek, maupun klausa perjanjian.¹¹

Berkaitan dengan subyek perjanjian, pembatasan dalam KUH Perdata dapat dilihat pada Pasal 1320 ayat (1) menentukan bahwa perjanjian atau, kontrak tidak sah apabila dibuat tanpa adanya konsensus atau sepakat dari para pihak yang membuatnya. Ketentuan tersebut mengandung pengertian bahwa kebebasan suatu pihak untuk menentukan isi perjanjian dibatasi oleh sepakat pihak lainnya. Dengan kata lain asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh kesepakatan para pihak.

Dalam pasal 1320 ayat (2) dapat pula disimpulkan bahwa kebebasan orang untuk membuat perjanjian dibatasi oleh kecakapannya. Untuk membuat perjanjian. Termasuk golongan yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum (tidak cakap melakukan perbuatan hukum maksudnya adalah bahwa pihak ini tidak dapat dipertanggung jawabkan jika melakukan perbuatan hukum) Bagi seseorang yang ketentuan undang-undang tidak cakap untuk

⁹ *Ibid.*, h. 47.

¹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2001), h. 5.

¹¹ Christiana Tri Budhayati, "Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Perjanjian Indonesia", *Jurnal Wacana UKS*, Vol 10, No 3, Januari 2009, h. 240.

membuat perjanjian sama sekali tidak mempunyai kebebasan, untuk membuat perjanjian. Menurut pasal 1330, orang yang belum dewasa dan orang yang diletakkan di bawah pengampuan tidak mempunyai kecakapan untuk membuat perjanjian. Pasal 108 dan 110 menentukan bahwa istri (wanita yang telah bersuami) tidak terwenang untuk melakukan perbuatan hukum tanpa bantuan atau izin suaminya. Namun berdasarkan fatwa Mahkamah Agung, melalui Surat Edaran Mahkamah Agung No.3/1963 tanggal 5 September 1963, dinyatakan bahwa pasal 108 dan 110 tersebut pada saat ini tidak berlaku.

Berkaitan dengan obyek terdapat pada Pasal 1320 (3) menentukan bahwa obyek perjanjian haruslah dapat ditentukan. Suatu hal tertentu merupakan pokok perjanjian, merupakan prestasi yang harus dipenuhi dalam suatu perjanjian. Prestasi itu harus tertentu atau sekurang-kurangnya dapat ditentukan. Apa yang diperjanjikan harus cukup jelas ditentukan jenisnya, jumlahnya boleh tidak disebutkan asal dapat dihitung atau ditetapkan. Syarat bahwa prestasi harus tertentu atau dapat ditentukan, gunanya ialah untuk menetapkan hak dan kewajiban kedua belah pihak, jika timbul perselisihan dalam pelaksanaan perjanjian. jika prestasi kabur atau dirasakan kurang jelas, yang menyebabkan perjanjian itu tidak dapat dilaksanakan, maka dianggap tidak ada obyek perjanjian dan akibat hukum perjanjian itu batal demi hukum.

Pasal 1320 ayat jo.1337 menentukan bahwa para pihak tidak bebas untuk membuat perjanjian yang menyangkut kausa yang dilarang oleh undang-undang. Menurut undang-undang kausa atau sebab itu halal apabila tidak dilarang atau melanggar undang-undang dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum yang ada serta kesusilaan. Akibat hukum perjanjian yang berisi sebab yang tidak halal ialah bahwa perjanjian itu batal demi hukum.¹²

Mengenai obyek perjanjian diatur lebih lanjut dalam pasal 1332 yang menyebutkan bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja

¹² Sudiyono, "Azas Kebebasan Berkontrak Menurut Bw Dalam Kaitannya Dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat", *Jurnal Ilmiah FENOMENA*, Volume X, Nomor 2, November 2012, h. 944.

yang dapat menjadi pokok suatu perjanjian. Dengan demikian maka menurut pasal tersebut hanya barang-barang yang mempunyai nilai ekonomi atau dapat dinilai saja yang dapat dijadikan obyek perjanjian.¹³

Kemudian pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak juga dapat disimpulkan melalui pasal 1338 ayat (3) yang menyatakan bahwa suatu perjanjian hanya dilaksanakan dengan itikad baik. Oleh karena itu para pihak tidak dapat menentukan dengan sesuka hatinya klausul-klausul yang terdapat dalam perjanjian tetapi harus didasarkan dan dilaksanakan dengan itikad baik. Perjanjian yang didasarkan pada itikad buruk misalnya penipuan mempunyai akibat hukum perjanjian tersebut dapat dibatalkan demi hukum.¹⁴

Sehubungan dengan pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak, Asikin Kusuma Atmadja, dalam makalahnya menyatakan bahwa Hakim berwenang untuk memasuki/meneliti isi suatu kontrak apabila diperlukan karena isi dan pelaksanaan suatu kontrak bertentangan dengan nilai-nilai dalam masyarakat. Dengan demikian asas kebebasan berkontrak yang terdapat dalam pasal 1338 tidak lagi bersifat absolut, yang berarti dalam keadaan tertentu 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.

Lebih lanjut Asikin mengatakan bahwa kebebasan berkontrak yang murni/mutlak karena para pihak kedudukannya seimbang sepenuhnya praktis tidak ada, selalu ada pihak yang lebih lemah dari pihak yang lain. Beliau mengilustrasikan dengan suatu cerita lama yang mengandung moral yang ada kaitannya dengan tafsiran perjanjian. Ada seorang gadis yang orang tuanya miskin dan mempunyai hutang yang besar karena meminjam uang untuk menyekolahkan anak gadis tersebut. Kalau hutangnya tidak segera dibayar maka satu-satunya harta berupa rumah dan pekarangannya akan

¹³ Gostan Adri Harahap, "Beberapa Batasan Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Perjanjian Menurut KUHPerdara", *Jurnal Ilmiah "DUNIA ILMU"* Vol.1 No.1 Januari 2015, h. 5.

¹⁴ Septarina Budiwati, *Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perspektif Pendekatan Filosofis*, (Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2015), h. 287.

dilelang. Sang penolong yang mempunyai kekuasaan ekonomis datang dan mengadakan perjanjian dengan orang tua gadis tersebut bahwa hutang akan dilunasi asal gadis tersebut dikawinkan dengan anak lelaki sang penolong, sedangkan anak gadis tersebut telah mempunyai tunangan. Kemudian terjadilah perjanjian antara sang penolong dengan orang tua yang miskin tersebut. Apakah aneh kalau orang tua miskin tersebut kemudian mengingkari janjinya. Moral yang dimaksud disini adalah janganlah mencari kesempatan dalam kesempitan atau jangan menyalahgunakan kesempatan .¹⁵

Dalam ilmu hukum moral tersebut di atas disebut *misbruik van omstandigheden* (penyalahgunaan kesempatan atau penyalahgunaan keadaan). Penyalahgunaan kesempatan dapat digunakan dalam kategori cacat dalam menentukan kehendaknya untuk memberikan persetujuan. Hal ini merupakan alasan untuk menyatakan batal atau membatalkan suatu perjanjian yang tidak diatur dalam Undang-undang melainkan merupakan suatu konstruksi yang dapat dikembangkan melalui Yurisprudensi.

Sesuai dengan hukum, kebutuhan konstruksi penyalahgunaan kesempatan/keadaan merupakan atau dianggap sebagai faktor yang membatasi atau yang mengganggu adanya kehendak yang bebas untuk menentukan persetujuan antara kedua belah pihak. Salah satu keadaan yang dapat disalahgunakan ialah adanya kekuasaan ekonomi (*economish overwicht*) pada salah satu pihak, Yang mengganggu keseimbangan antara kedua belah pihak sehingga adanya kehendak yang bebas untuk memberikan persetujuan yang merupakan salah satu syarat bagi sahnya suatu persetujuan tidak ada (kehendak yang cacat), menurut Asikin yang penting ialah menciptakan beberapa titik taut yang merupakan dasar bagi hakim untuk menilai secara adil apakah suatu keadaan dapat ditafsirkan sebagai kekuasaan ekonomi yang disalahgunakan sehingga mengganggu keseimbangan antara pihak dan membatasi kebebasan kehendak pihak yang bersangkutan untuk memberikan persetujuan. Disini terletak wewenang hakim untuk menggunakan interpretasi atau campur tangannya sebagai sarana hukum untuk melumpuhkan perjanjian

¹⁵ *Ibid.*, h. 6.

yang tidak seimbang tersebut.¹⁶

Banyak faktor yang dapat memberikan indikasi tentang adanya penyalahgunaan kekuasaan ekonomi untuk dipertimbangkan oleh hakim. Kalau umpamanya ternyata ada syarat-syarat yang diperjanjikan yang sebenarnya tidak masuk akal atau yang tidak patut atau bertentangan dengan perikemanusiaan (*on redelijkecontractsvoorwaarden* atau *un faircontractterms*), maka hakim wajib memeriksa dan meneliti *in concreto* faktor-faktor apa yang bersifat tidak masuk akal, tidak patut, atau tidak berperikemanusiaan tersebut. Begitupula kalau nampak atau ternyata pihak debitur berada dalam keadaan tertekan (*dwang positie*), maka hakim wajib meneliti apakah *in concreto* terjadi penyalahgunaan ekonomis. selanjutnya juga kalau terdapat keadaan dimana bagi debitur tidak ada pilihan lain kecuali mengadakan perjanjian dengan syarat-syarat yang memberatkan, terakhir dapat disebut keadaan dimana nilai dan hasil perjanjian tersebut sangat tidak seimbang kalau dibandingkan dengan prestasi timbal balik dari para pihak. Juga dalam hal ini hakim wajib meneliti apakah *in concreto* (peraturan hukum yang berlaku pada suatu Negara yang telah diterapkan oleh pengadilan terhadap suatu kasus yang terjadi dalam masyarakat) terjadi penyalahgunaan kekuasaan ekonomis.¹⁷

Dinamika Perkembangan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Syariah Di Indonesia

Dalam konteks sistem hukum Indonesia, Hukum Islam juga telah mendapat perhatian penting, formalisasi terhadap Hukum Islam terutama menyangkut penegakan Perjanjian Syariah, mulai digagas untuk pertama kali melalui rintisan berdirinya perbankan syariah dan lembaga-lembaga keuangan syariah lainnya, seperti Asuransi Syariah, dan Pegadaian Syariah. Rintisan praktik perbankan Islam di Indonesia dimulai pada awal periode 1980-an, melalui diskusi-diskusi bertemakan bank Islam sebagai pilar ekonomi Islam. Tokoh-tokoh yang terlibat dalam pengkajian tersebut, untuk

¹⁶ Muhammad Arifin, "Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Faktor Pembatas Kebebasan Berkontrak", *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 14, No. 2, September 2011, h. 285.

¹⁷ *Ibid.*, h. 28.

menyebut beberapa, di antaranya adalah Karnaen A Perwataatmadja, M Dawam Rahardjo, AM Saefuddin, dan M Amien Azis. Sebagai uji coba, gagasan perbankan Islam dipraktikkan dalam skala yang relatif terbatas di antaranya di Bandung (Bait At-Tamwil Salman ITB) dan di Jakarta (Koperasi *Ridho Gusti*). Sebagai gambaran, M Dawam Rahardjo dalam tulisannya pernah mengajukan rekomendasi Bank Syari'at Islam sebagai konsep alternatif untuk menghindari larangan riba, sekaligus berusaha menjawab tantangan bagi kebutuhan pembiayaan guna pengembangan usaha dan ekonomi masyarakat. Jalan keluarnya secara sepintas disebutkan dengan transaksi pembiayaan berdasarkan tiga modus, yakni *mudlarabah* (bagi hasil), *musyarakah* (kerja sama), dan *murabahah* (pembiayaan).¹⁸

Prakarsa lebih khusus mengenai pendirian Bank Islam di Indonesia baru dilakukan tahun 1990. Pada tanggal 18-20 Agustus tahun tersebut, Majelis Ulama Indonesia (MUI) menyelenggarakan lokakarya bunga bank dan perbankan di Cisarua, Bogor, Jawa Barat. Hasil lokakarya tersebut kemudian dibahas lebih mendalam pada Musyawarah Nasional IV MUI di Jakarta 22-25 Agustus 1990, yang menghasilkan amanat bagi pembentukan kelompok kerja pendirian bank Islam di Indonesia. Kelompok kerja dimaksud disebut Tim Perbankan MUI dengan diberi tugas untuk melakukan pendekatan dan konsultasi dengan semua pihak yang terkait. Sebagai hasil kerja Tim Perbankan MUI tersebut adalah berdirinya PT Bank Muamalat Indonesia (BMI), yang sesuai akte pendiriannya, berdiri pada tanggal 1 Nopember 1991. Sejak tanggal 1 Mei 1992, BMI resmi beroperasi dengan modal awal sebesar Rp 106.126.382.000,-. Sampai bulan September 1999, BMI telah memiliki lebih dari 45 outlet yang tersebar di seluruh wilayah Indonesia.

Perkembangan lain yang patut dicatat berkaitan dengan perbankan syariah pada saat berlakunya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan adalah berdirinya Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI). BAMUI berdiri secara resmi tanggal 21 Oktober 1993 dengan

¹⁸ Muhammad Sjaiful, "Karakteristik Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Berbasis Syariah", *Jurnal Universitas Halu Oleo*, Vol. 15 No. 1 Mei 2015, h. 75.

pemrakarsa MUI dengan tujuan menyelesaikan kemungkinan terjadinya sengketa muamalat dalam hubungan perdagangan, industri, keuangan, jasa dan lain-lain di kalangan umat Islam di Indonesia. Dengan demikian dalam transaksi-transaksi atau perjanjian-perjanjian bidang perbankan syariah lembaga BAMUI dapat menjadi salah satu *choice of forum* bagi para pihak untuk menyelesaikan perselisihan atau sengketa yang mungkin terjadi dalam pelaksanaan transaksi atau perjanjian tersebut. Perkembangan kemudian berkenaan dengan BAMUI, melalui Surat Keputusan Majelis Ulama Indonesia No. Kep-09/MUI/XII/2003 tanggal 24 Desember 2003 menetapkan di antaranya perubahan nama BAMUI menjadi Badan Arbitrase Syari'ah Nasional (BASYARNAS)¹⁹ dan mengubah bentuk badan hukumnya yang semula merupakan Yayasan menjadi "*adan*" yang berada di bawah MUI dan merupakan perangkat organisasi MUI.

Selain peraturan-peraturan tersebut, terhadap jenis kegiatan, produk dan jasa keuangan syariah, Bank Syariah juga wajib mengikuti semua fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN), yakni satu-satunya dewan yang mempunyai kewenangan mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan, produk dan jasa keuangan syariah, serta mengawasi penerapan fatwa dimaksud oleh lembaga-lembaga keuangan syariah di Indonesia.

Formalisasi Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia yang di dalamnya tentu saja mengadopsi berbagai perjanjian berbasis syariah secara tidak langsung tentu masuk dalam pembahasan berbagai asas yang menjadi dasar bagi tegaknya perjanjian-perjanjian berbasis syariah yang didalamnya sudah termasuk asas kebebasan berkontrak sebagai bahagian integral yang tidak terpisahkan bagi tegaknya perjanjian yang dimaksud.

Karakteristik Batasan Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Syariah

Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dan isi perikatan tersebut ditentukan ditentukan oleh para pihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan

¹⁹ Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2010), h. 3.

tersebut mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala sesuatu berdasarkan hak dan kewajibannya. Namun kebebasan ini tidak absolute. Sepanjang tidak bertentangan dengan ajaran agama (syari'ah Islam), maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan.²⁰ Menurut Faturrahman Djamil bahwa, "Syari'ah Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan atau sesuai kehendaknya, akan tetapi yang menentukan syarat sah tidaknya adalah ajaran agama."²¹

Asas kebebasan berkontrak dalam Perjanjian Islam *Mabda' Hurriyah at Ta'aqud*. Asas ini merupakan prinsip dasar dalam hukum perjanjian Islam dalam artian para pihak bebas membuat suatu perjanjian (*Freedom of Making Contract*) lisan maupun tertulis. Bebas dalam menentukan objek perjanjian dan bebas menentukan dengan siapa membuat perjanjian serta bebas menentukan bagaimana cara menentukan penyelesaian suatu sengketa jika terjadi masalah dikemudian hari²². Berdasarkan uraian tersebut, sesungguhnya Hukum Islam mengakui kebebasan berkontrak, bahwa setiap orang dapat membuat akad jenis apapun tanpa terikat kepada sebab-sebab tertentu dan memasukkan klausul apa saja ke dalam akad yang dibuatnya itu sesuai dengan kepentingannya sepanjang tidak bertentangan dengan apa yang dimuat secara substansial dalam Al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad sebagai sumber hukum utama dalam Hukum Islam.

Al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad secara prinsip telah menempatkan asas kebebasan berkontrak sebagai bagian integral dari tegaknya perjanjian yang dibuat para pihak. Asas kebebasan berkontrak ini merupakan konkretisasi lebih jauh dan spesifikasi yang lebih tegas terhadap asas-asas perjanjian yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat. Konteks kehidupan masyarakat yang dimaksud disini tidak hanya masyarakat homogenitas muslim tetapi juga melibatkan kelompok masyarakat non-muslim.

²⁰ Rahmani Timorota Yulianti. "Asas Asas Perjanjian (Akad) Dalam Hukum Kontrak Syariah", *Journal Ekonomi Islam la_Riba*, Vol. II, No. 1, Juli 2008, h. 102.

²¹ Lukman Santoso, *Hukum Perikatan*, (Malang: Setara Press, 2016), ha. 58.

²² Dewi, Gemala, dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2007), h. 31.

Landasan adanya asas kebebasan berkontrak²³ dalam Islam pada dasarnya merujuk kepada beberapa dalil dalam Al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad sebagai sumber utama Hukum Islam, yakni: Firman Allah SWT, "Wahai orang-orang beriman, penuhilah akad-akadmu (perjanjian-perjanjian)" (Quran Surah Al-Maidah; Ayat (1); dan sabda Nabi Muhammad SAW, "Orang-orang Muslim itu senantiasa setia kepada syarat-syarat (janji-janji) mereka"

Berdasarkan dua rujukan tersebut, maka menurut kaidah usul fiqh (metode penemuan Hukum Islam), menunjukkan bahwa perintah syariah untuk memenuhi perjanjian adalah wajib. Artinya, menurut perspektif Hukum Islam, memenuhi akad itu hukumnya wajib. Dalam al-Qur'an Surah al-Maidah Ayat (1), menunjukkan kata yang bersifat jamak yang diletakkan kata sandang *al* yang menunjukkan keumuman. Sehingga dari ayat tersebut dapat disimpulkan bahwa orang dapat membuat akad apa saja baik yang bernama maupun yang tidak bernama dan akad-akad itu wajib dipenuhi.

Penghormatan Islam terhadap kebebasan berkontrak tidak terlepas dari paradigma dasar Hukum Islam yang selalu bertujuan untuk menciptakan kemanfaatan (*maslahah*) bagi umat manusia karena mengingat ajaran Islam adalah pembawa rahmat bagi seluruh alam (*rahmatan lil-alamin*). Selain itu, urgensi asas kebebasan berkontrak yang dijamin oleh syariah adalah untuk menunjukkan bahwa kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan fitrah manusia yang harus tetap dipertahankan. Namun demikian, asas kebebasan berkontrak yang ditegakkan dalam perjanjian syariah adalah asas kebebasan berkontrak yang tidak ditegakkan atas dasar individualistik-pragmatis.

Paradigma dasar dari asas kebebasan berkontrak perspektif syariah adalah berada dalam kerangka pandang filosofis keilahian atau kewahyuan. Maknanya bahwa asas perjanjian yang ditegakkan atas dasar kebebasan berkontrak bukanlah tegak atas dasar kebebasan yang sifatnya mutlak tetapi kebebasan dimaksud adalah kebebasan yang tidak melanggar nilai-nilai syariah yang terdapat dalam ajaran islam.

²³ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007), h. 84-85.

Nilai-nilai syariah yang dimaksud adalah batasan-batasan apa yang dilarang dalam Hukum Syariah, yaitu batasan-batasan yang diharamkan dalam al-Qur'an dan Hadits Nabi Muhammad. Pembatasan berupa larangan dalam Syariat Islam antara lain yang terkait dengan larangan makan harta bersama secara *bathil*. Yang dimaksud secara *bathil* adalah memakan atau mengambil harta orang lain dengan cara yang tidak dibenarkan dan tidak sah menurut Hukum Syariah, baik yang dilarang secara langsung oleh al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad atau yang dinyatakan oleh hasil penggalan hukum (*ijtihad*) para ahli Hukum Islam (Ulama). Secara umum dapat dikatakan bahwa memakan harta dengan cara batil juga termasuk di dalamnya yang bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum. Batil yang dimaksud di sini adalah sesuatu perbuatan hukum yang melanggar Syariat Islam.

Syariat Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk melakukan akad sesuai yang diinginkannya, sebaliknya apabila ada unsur pemaksaan atau pemasungan kebebasan akan menyebabkan legalitas kontrak yang dihasilkan batal atau tidak sah. Asas ini menggambarkan prinsip dasar bidang muamalah yaitu kebolehan (*mubah*) yang mengandung arti bahwa hukum Islam memberi kesempatan luas perkembangan bentuk dan macam muamalah baru sesuai dengan perkembangan kebutuhan hidup masyarakat. Banyak bidang-bidang usaha yang telah diisyaratkan dalam Al-Qur'an, misalnya: pertanian (*thariq al-zira'ah*), peternakan, industri (*thariq shina'ah*), baik industri pakaian, industri besi ataupun industri bangunan, perdagangan (*thariq tijarah*), industri kelautan, dan jasa. Namun kebebasan berkontrak tersebut memiliki limitasi terhadap hal-hal yang sudah jelas dilarang dalam syariat. Tujuan dari limitasi tersebut adalah untuk menjaga agar tidak terjadi penganiayaan antara sesama manusia melalui kontrak yang dibuatnya. Limitasi tersebut antara lain larangan bertransaksi secara *ribawi*, larangan perjudian atau untung-untungan, dan larangan *gharar* (ketidakpastian risiko, spekulasi atau bahaya yang dapat menyesatkan pihak lain, yang di sini juga termasuk larangan ijon seperti menjual ikan yang masih berada dalam kolam

(*mukhabarah*) atau menjual barang yang tidak dapat diserahkan karena belum dikuasai) dalam melakukan transaksi.²⁴

Pemaknaan batil disini juga adalah bila objek perjanjian yang bertentangan dengan norma-norma kesusilaan yang diatur dalam Hukum Islam (*Syariat*), misalnya objek perjanjian, adalah barang yang diharamkan atau dilarang dalam al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad, seperti minuman keras, daging babi, prostitusi, judi, utang piutang yang mengandung unsur riba, dan perdagangan orang.

Pada sisi lain, terdapat pula larangan-larangan yang menyangkut teknis dalam bertransaksi, seperti larangan monopoli, larangan menimbun barang untuk menaikkan harga, larangan menaikkan penawaran untuk mengelabui pembeli lain bukan untuk sungguh-sungguh membeli, larangan perampasan atau akad yang mengandung penipuan dan merampas milik orang lain tanpa izin. Demikian pula dilarang melakukan eksploitasi dan *unfair dealings* serta masih banyak lagi ketentuan dalam perdagangan yang diatur secara jelas-jelas dilarang pelaksanaannya.

Selain itu asas kebebasan berkontrak perspektif perjanjian syariah, juga dibatasi oleh ketentuan tidak adanya unsur paksaan, kekhilafan dan penipuan. Dasar hukum asas ini tertuang dalam Surah Al-Baqarah ayat 256 dengan kata "*tidak ada paksaan*" sebagaimana yang diatur dalam al-Qur'an Surah Al-Baqarah ayat 256. Adanya kata tidak ada paksaan menegaskan bahwa Islam menghendaki dalam hal perbuatan apapun harus didasari oleh kebebasan untuk bertindak sepanjang itu benar dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai syaria'h. Artinya, dalam hukum Islam kedua belah pihak dibebaskan membuat perjanjian sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Islam telah meletakkan asas kebebasan berkontrak yang secara filosofis bukanlah atas dasar individualisme-pragmatis. Justru melalui asas kebebasan berkontrak, akan memberikan fungsi dalam perjanjian agar manusia tidak dapat mengambil keuntungan dari orang lain dengan memaksa mereka dalam perjanjian yang tidak adil atau dengan membuat

²⁴ Muhammad Sjaiful, "Karakteristik Asas Kebebasan Berkontrak...", h. 80.

perjanjian tersebut menjadi mencederai publik.

PENUTUP

Asas kebebasan berkontrak yang ada dalam hukum perjanjian Indonesia tidaklah bersifat mutlak. Ada pembatasan pembatasan tertentu dalam peraturan perundangan baik yang diatur dalam KUH Perdata sendiri maupun peraturan perundangan lainnya. Disamping itu, asas itikad baik, penyalahgunaan keadaan dan nilai-nilai dalam masyarakat akan membatasi kebebasan para pihak dalam membuat perjanjian. Demikian juga hakim melalui kewenangan yang ada padanya dapat melakukan intervensi melalui penafsiran terhadap perjanjian yang dibuat, sehingga hakim dapat menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat melanggar nilai atau norma yang terdapat dalam suatu masyarakat atau tidak.

Sedangkan dalam perjanjian syariah yang digunakan sebagai paradigma dasar yang menjadi tegaknya asas kebebasan berkontrak perspektif syariah yaitu bertumpu kepada karakteristik kewahyuan. Maksudnya bahwa kebebasan berkontrak haruslah tetap mengakomodir nilai-nilai syariah yang berlandaskan kepada aqidah Islam. Karakteristik yang paling menonjol dari asas kebebasan berkontrak perspektif Hukum Islam yaitu bersifat kewahyuan yang telah diatur secara khas dalam Al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad SAW. Secara filosofis, penempatan asas kebebasan berkontrak menurut perspektif syariah memiliki fungsi yang antara lain adalah untuk menjamin keterikatan dari para pihak guna mematuhi isi perjanjian. Sebab di dalam perspektif Islam, kebebasan berkontrak sebagai wujud kesepakatan dari para pihak untuk memasuki perjanjian, telah menjadi asas penting secara fundamental bagi para pihak untuk mentaati atau mematuhi isi perjanjian. Melalui asas tersebut yang memberikan jaminan bagi para pihak untuk memasuki kontrak sesuai kehendaknya, maka konsekuensinya asas ini secara implisit memiliki fungsi yang menjadi penjaga bagi para pihak untuk mentaati klausula kontrak yang telah disepakati. Dengan demikian penempatan asas kebebasan berkontrak dalam hukum Islam, memiliki makna untuk menjaga

kesakralan dan kemurnian perjanjian. Sebab dalam Islam perjanjian adalah suci dan melaksanakan perjanjian adalah tugas suci seseorang.

DAFTAR PUSTAKA

- Anshori, Abdul Ghofur, *Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2010.
- Anwar, Syamsul, *Hukum Perjanjian Syariah Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007.
- Arifin, Muhammad, *Penyalahgunaan Keadaan Sebagai Faktor Pembatas Kebebasan Berkontrak “Jurnal Ilmu Hukum”*, Vol. 14, No. 2, September 2011.
- Bello, C.K.L., *Ideologi Hukum (Refleksi Filsafat atas Ideologi Di Balik Hukum)*, Bogor: Insan Merdeka, 2013.
- Budhayati, Christiana Tri, *Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Perjanjian Indonesia*, “Jurnal Wacan UKSW “ Vol 10, No 3, Januari 2009, Jakarta: UKSW.
- Budiwati, Septarina, *Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perspektif Pendekatan Filosofis*, Surakarta: Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2015.
- Dewi, Gemala, dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Jakarta : Kencana Prenada Media Grup, 2007.
- Harahap, Gostan Adri, “Beberapa Batasan Kebebasan Berkontrak Dalam Hukum Perjanjian Menurut KUHPerdara, *Jurnal Ilmiah “DUNIA ILMU”* Vol.1 No.1 Januari 2015.
- Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*, Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2013.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2001.
- Paton, G.W., *A Textbook of Jurisprudence*, Third Edition, ELBS And Oxford University Press, 1971.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.
- Santoso, Lukman, *Hukum Perikatan*, Malang: Setara Press, 2016.
- Sardjono, Agus, “Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak dalam Cross Border Transaction: Antara Norma dan Fakta”, *Jurnal Hukum Bisnis* Vol. 27, No. 4, 2008.
- Scholten, Paul, *Mr. C Asser: Penuntun Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda*, terjemahan Siti Soemarti Hartono, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1992.

- Sjaiful, Muhammad, "Karakteristik Asas Kebebasan Berkontrak dalam Perjanjian Berbasis Syariah", *Jurnal Universitas Halu Oleo* " Vol. 15 No. 1 Mei 2015.
- Sudiyono, "Azas Kebebasan Berkontrak Menurut BW Dalam Kaitannya Dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat", *Jurnal Ilmiah FENOMENA*", *Volume X, Nomor 2, November 2012.*
- Yulianti, Rahmani Timorota, "Asas Asas Perjanjian (Akad) Dalam Hukum Kontrak Syariah", *Journal Ekonomi Islam la_Riba*, Vol. II, No. 1, Juli 2008, Yogyakarta: FIAI-UII