



Konsep Kepemilikan Hak Atas Merek di Indonesia (Studi Pergeseran Sistem “*Deklaratif*” ke dalam Sistem “*Konstitutif*”)

R. Murjiyanto
Fakultas Hukum Universitas Janabadra
Jln. Timoho II/ 40 Yogyakarta
rmurjiya@yahoo.com

Naskah diterima: 22/10/2016; revisi: 25/11/2016; disetujui: 22/12/2016

Abstract

This research is designed to study a number of issues including first, what becoming the philosophical base of consideration in the displacement in the brand registration from the declarative system (first to Use) into the system. Constitutive (First to File)? Second, Why the occurrence of equal brand between one and other parties still exist? Third how does the model of implementation of Constitutive System in the brand registry give the just legal security? This research concluded first, the replacement of the declarative system (First to Use) into the Constitutive System (First to File) in the management of brand in Indonesia is based upon the consideration to reach the legal objective particularly for guaranteeing the legal security and justice in the right protection for the brand owner. Second, the occurrence of registration of equal brand, even the one with good reputation, commonly is based upon a bad intention of the registrants prioritizing their own interest for profit by using the fame. Third, the implementation of Constitutive System or “First to File” in brand registration to give a just legal security that is by applying the constitutive system or “First to File” tightly and consistently in which the rights and protection to the brand are only given the registered brand owner and any claim of cancelation can only be done by the registered brand owner.

Keywords: Replacement; system; constitutive; brand rights

Abstrak

Penelitian ini mengkaji permasalahan, *pertama*, apa yang menjadi landasan filosofis pertimbangan pergeseran dalam pendaftaran merek dari sistem deklaratif (*first to Use*) ke dalam Sistem Konstitutif (*First to File*)? *Kedua*, mengapa dengan berlakunya Sistem Konstitutif masih terjadi pendaftaran Merek yang sama milik pihak lain? *Ketiga*, bagaimanakah model pemberlakuan Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek agar memberikan kepastian hukum yang adil? Penelitian ini dilakukan dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif yang didukung data empiris. Kesimpulan hasil penelitian ini *pertama*, pergeseran Sistem Deklaratif ke dalam Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek, untuk menjamin kepastian hukum yang adil. *Kedua*, terjadinya pendaftaran Merek yang sama oleh pihak lain, pada umumnya dilandasi adanya itikad tidak baik. *Ketiga*, model pengaturan pendaftaran Merek untuk memberikan kepastian hukum yang adil yaitu dengan model pemberlakuan sistem konstitutif secara ketat dan konsisten.

Kata-kata Kunci : Pergeseran; sistem; konstitutif; merek

Pendahuluan

Masalah Merek di Indonesia pertama kali diatur dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Merek Perniagaan yang diundangkan pada 11 Oktober 1961, selanjutnya dapat disebut UU Merek 1961, menggantikan peraturan warisan kolonial Belanda Tahun 1912 tentang Hak Milik Perindustrian, yaitu Reglement Industriale Eigendom Kolonien 1912, S 1912 No. 545 jo. 1913-214 yang dianggap sudah tidak sesuai lagi. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1961, bagi pemilik Merek agar dapat dilindungi haknya tidak ada keharusan untuk mendaftarkan. Sebagai dasar hak atas Merek ditentukan atas dasar pemakaian pertama kali, sedangkan pihak yang mendaftarkan hanya menimbulkan anggapan, bahwa ia sebagai pemakai pertama kali, sepanjang tidak ada bukti sebaliknya.¹ Sistem ini dikenal dengan Sistem Deklaratif atau sistem "*first to use*". Terhadap pemilik Merek terdaftar dapat diajukan pembatalan oleh pihak yang menganggap sebagai pemakai pertama kali sekalipun tidak terdaftar.²

Pendaftaran dengan sistem Deklaratif ini dalam kenyataannya banyak terjadi sengketa Merek, karena sistem ini sangat potensial terjadi pembajakan terhadap Merek-merek yang mempunyai reputasi tinggi atau Merek yang sudah terkenal. Di samping itu, telah cukup banyak praktisi dan pengamat hukum Merek berpendapat bahwa Undang-Undang Merek 1961 memiliki banyak kelemahan karena dengan Sistem Pendaftaran Deklaratif atau "*first to use principle*" kerap kali menimbulkan kesulitan dalam menentukan siapa sebenarnya pemakai pertama (yang beritikad baik) terhadap Merek yang dipermasalahkan.³ Dengan demikian dalam sistem deklaratif

¹ Endang Purwaningsih, *Perkembangan Hukum Intellectual Property Rights Kajian Hukum Terhadap Hak atas Kekayaan Intelektual dan Kajian Komparatif Hukum Paten*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005 hlm. 11, bahwa dalam pendaftaran Merek dikenal dua sistem pendaftaran, yakni Sistem Deklaratif dan Sistem Konstitutif. Sistem Deklaratif yang biasa juga disebut sistem pasif, memberikan asumsi bahwa pihak yang Mereknya terdaftar adalah pihak yang berhak atas Merek terdaftar tersebut sebagai pemakai pertama. Lihat juga H. OK Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Rights)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 367, bahwa Status pendaftaran hanyalah merupakan status anggapan bahwa Mereka yang telah mendaftarkan Mereknya adalah yang memakai pertama tersebut sehingga se-waktu-waktu Merek yang telah didaftarkan oleh seseorang dapat saja diganggu gugat oleh orang yang merasa lebih berhak atas Merek tersebut.

² Hartono Projomardojo, "UU Merek 1961 dan Permasalahannya Dewasa Ini", disampaikan di Ceramah *Seminar Hukum Atas Merek*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bina Cipta, Jakarta, 1978, hlm. 21, bahwa dengan dianutnya stelsel declaratoir, maka jika Merek yang didaftar itu pada keseluruhannya atau pada pokoknya sama dengan Merek orang lain yang telah memakai Merek itu lebih dulu dari orang yang terdaftar Mereknya itu, maka orang yang telah memakai lebih dahulu Merek tersebut dapat mengajukan permohonan agar supaya pendaftaran Mereknya dibatalkan. Juga sesuai dengan Pasal 10 UU No. 21 Tahun 1961 tentang Merek.

³Yoshiro Sumida dan Insan Budi Maulana, *Perlindungan Bisnis Merek Indonesia-Jepang*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994, hlm. 20.

ini apabila terjadi sengketa tidak mudah pembuktiannya tentang siapa sebenarnya yang pertama kali memakai Merek guna menentukan siapa yang benar-benar berhak. Seorang pemilik Merek yang tidak mendaftarkan mereknya, harus menyediakan bukti-bukti tentang pemakaian mereknya dengan berbagai surat-surat atau kesaksian lain yang tidak mudah untuk dikumpulkan atau disajikan.⁴

Sehubungan hal tersebut maka diundangkan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek, selanjutnya disebut UU Merek 1992, yang menerapkan Sistem Pendaftaran Konstitutif (*first to file*) sebagai pengganti UU Merek Tahun 1961 yang menerapkan sistem pendaftaran deklaratif (*Firs to Use*). Kemudian Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 ini juga telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1997 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek. Kemudian di rubah dan diganti dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek, selanjutnya disebut UU Merek 2001. Baik dalam UU Merek 1992 dengan perubahannya dengan UU Nomor 14 Tahun 1997 maupun dalam UU Merek 2001 sistem pendaftarannya sama, dengan menganut Sistem Konstitutif (*First to File*) yaitu adanya kewajiban pendaftaran bagi pemilik Merek yang ingin memperoleh perlindungan hukum menurut UU Merek.

Dengan sistem pendaftaran sebagai dasar pemberian hak, maka perlindungan hak berlaku bagi pemilik Merek terdaftar. Namun sejak berlakunya Undang-Undang Merek 1992 dengan perubahannya 1997 sampai dengan berlakunya Undang-Undang Merek 2001 masih memberi perlindungan secara khusus terhadap Merek tidak terdaftar, dengan menolak pendaftaran Merek yang sama dengan Merek terkenal. Pemilik Merek tidak terdaftar juga dapat mengajukan pembatalan Merek, bahkan tanpa syarat terkenal.

Rumusan Masalah

Permasalahan yang berhubungan dengan pergeseran sistem pendaftaran Deklaratif menjadi Konstitutif dalam pendaftaran Merek, sebagai berikut, *pertama*, apa yang menjadi landasan filosofis pertimbangan pergeseran dalam pendaftaran Merek dari Sistem Deklaratif (*first to Use*) ke dalam Sistem Konstitutif (*First to File*) ? *Kedua*, mengapa dengan berlakunya Sistem Konstitutif masih terjadi pendaftaran

⁴Sudargo Gautama, *Hukum Merek Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, hlm. 20

Merek yang sama milik pihak lain bahkan mempunyai reputasi terkenal yang akhirnya menimbulkan sengketa pembatalan? *Ketiga*, bagaimanakah model pemberlakuan Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek agar memberikan kepastian hukum yang adil?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji dan menganalisis, *pertama*, landasan filosofis dari pergeseran dalam pendaftaran Merek dari sistem Deklaratif menjadi Konstitutif. *Kedua*, faktor penyebab terjadinya pendaftaran Merek yang sama bahkan mempunyai reputasi terkenal oleh pihak lain yang akhirnya menimbulkan sengketa pembatalan. *Ketiga*, merumuskan model pemberlakuan Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek agar memberikan kepastian hukum yang adil.

Metode Penelitian

Penelitian ini dilakukan dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif (*legal research*),⁵ atau disebut juga dengan penelitian doktrinal,⁶ yaitu menggunakan atau bersaranakan pada sumber data berupa peraturan perundang-undangan, keputusan-keputusan pengadilan, teori-teori maupun konsep hukum dan pandangan para sarjana hukum, yang hasilnya dianalisis dengan menggunakan cara normatif-kualitatif.⁷ Didukung dengan data empiris, dengan mendasarkan atas suatu sampel yang *a-selective*.⁸ Data penelitian berasal dari naskah jawaban pertanyaan, wawancara, catatan lapangan, foto, vediotape, dokumen-dokumen lainnya.⁹ Sedangkan penelitian kualitatif menurut Kirk dan Miller, menunjuk pada segi “alamiah”, yang dipertentangkan dengan “kuantum” atau “jumlah”. Sehingga penelitian kualitatif diartikan sebagai penelitian yang tidak mengadakan perhitungan.¹⁰

⁵ Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm. 17, lihat juga Johnny Ibrahim mengatakan bahwa, “Metode Penelitian Hukum Normatif” adalah suatu prosedur peneliti ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan hukum dari sisinormatifnya, Logika keilmuan yang ajeg dalam penelitian hukum normatif dibangun berdasarkan disiplin ilmiah dan cara-cara kerja ilmu hukum normatif, yaitu ilmu hukum yang objeknya hukum itu sendiri. Johnny Ibrahim, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*, cet. pertama, Bayumedia Publishing, Malang, April 2005, hlm. 47.

⁶ Suratman, dan Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum*, Alfabeta, Bandung, 2012, hlm. 11.

⁷*Ibid.*, hlm. 11.

⁸Vredendregt, J., *Metode dan Teknik Penelitian Masyarakat*, PT Gramedia, Jakarta, 1978, hlm. 34

⁹ Lexy j. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, 1989, hlm. 6

¹⁰*Ibid.*, hlm. 2

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Landasan Filosofis Pergeseran Pendaftaran Sistem Deklaratif ke dalam Sistem Konstitutif

Terjadinya pergeseran Sistem Deklaratif (*First to Use*) ke dalam Sistem Konstitutif (*First to File*) di Indonesia yaitu semula dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Merek Perniagaan berlaku Sistem Deklaratif (*First to Use*) yang tidak mengharuskan adanya pendaftaran Merek dan timbulnya hak Merek didasarkan pada pemakaian pertama kali bukan karena pendaftaran, maka sejak diundangkannya Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek berlaku Sistem Konstitutif (*First to File*) yang mengharuskan adanya pendaftaran Merek bagi Mereka yang ingin memperoleh perlindungan hukum, dimana timbulnya hak Merek didasarkan pada pendaftaran.

Adanya perubahan sistem hak Merek tersebut tidak lepas dari pertimbangan bahwa berlakunya Sistem Deklaratif dalam UU Nomor 21 Tahun 1961 dianggap kurang memberikan adanya kepastian dan perlindungan hukum, dengan disertai terjadinya beberapa kasus pembatalan Merek yang justru dimenangkan oleh pihak yang tidak mendaftarkan Mereknya. Dengan sistem yang demikian tentunya akan menyebabkan keengganan bagi pemilik Merek untuk mendaftarkan Mereknya, karena tidak didaftarkanpun, suatu saat didaftarkan oleh pihak lain dapat mengajukan pembatalan, dan hal demikian juga menimbulkan ketidak tertiban administrasi di bidang Merek.

Menurut Sistem Konstitutif (aktif) dengan doktrinnya "*prior in filling*" bahwa yang berhak atas suatu Merek adalah pihak yang mendaftarkan Mereknya, dikenal pula dengan asas "*presumption of ownership*". Jadi pendaftaran itu menciptakan suatu hak atas Merek tersebut. Pihak yang mendaftarkan dialah satu-satunya yang berhak atas suatu Merek dan pihak ke tiga harus menghormati hak si pendaftar sebagai hak mutlak.¹¹

Adanya perlindungan tersebut menunjukkan bahwa negara berkewajiban dalam menegakkan hukum Merek. Oleh karena itu apabila ada pelanggaran Merek

¹¹Muhamad Djumhana dan Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual, Sejarah, Teori, dan Praktiknya di Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014, hlm. 256.

terdaftar, pemilik Merek dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan yang berwenang. Dengan perlindungan tersebut maka akan terwujud keadilan yang menjadi tujuan dari hukum. Salah satu tujuan hukum adalah mewujudkan keadilan masyarakat. Dengan perlindungan hukum maka pemilik Merek yang sah terlindungi hak-haknya.¹²

Pertimbangan secara khusus menyangkut perubahan sistem pendaftaran Merek dari Sistem Deklaratif (*First to Use*) ke dalam Sistem Konstitutif (*First to File*), disebutkan dalam penjelasan umum UU Merek 1992 bahwa, perubahan dari sistem deklaratif ke sistem konsitutif, karena sistem konstitutif lebih menjamin kepastian hukum dari pada sistem deklaratif.¹³ Sistem deklaratif yang mendasarkan pada perlindungan hukum bagi Mereka yang menggunakan Merek terlebih dahulu, selain kurang menjamin kepastian hukum juga menimbulkan persoalan dan hambatan dalam dunia usaha. Seperti dikatakan bahwa, perlindungan Merek terdaftar mutlak diberikan oleh pemerintah kepada pemegang dan pemakai hak atas Merek untuk menjamin terhadap kepastian berusaha bagi produsen.¹⁴ Penggunaan Sistem Konstitutif bertujuan menjamin kepastian hukum disertai pula dengan ketentuan-ketentuan yang menjamin segi-segi keadilan. Dalam masa pengumuman permintan pendaftaran Merek dimungkinkan pemilik Merek tidak terdaftar yang telah menggunakan sebagai pemakai pertama untuk mengajukan keberatan.¹⁵

Penerapan Sistem Konstitutif dalam UU Merek hanya sebatas menimbulkan kewajiban yang beraspek kepentingan hak keperdataan semata, terutama kepentingan pemilik Merek. Sudah waktunya Indonesia menerapkan Sistem Konstitutif secara ketat dan konsisten dengan menghilangkan ketentuan

¹² Haryono, "Perlindungan Hukum Terhadap Merk Terdaftar", *Jurnal Ilmiah CIVIS*, Volume II, No 1, (Januari 2012), hlm. 241.

¹³ Mohamad Djumhana dan Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual, Sejarah, Teori, dan Prakteknnya di Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014, hlm. 256.

¹⁴ Hery Firmansyah, *Perlindungan Hukum Terhadap Merek, Panduan Memahami Dasar Hukum Penggunaan Dan Perlindungan Merek*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2011, hlm. 38.

¹⁵ Baca dalam penjelasan umum Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek. Baca Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek, pada butir b menjelaskan bahwa perubahan dari Sistem Deklaratif ke sistem konsitutif, karena Sistem Konstitutif lebih menjamin kepastian hukum dari pada Sistem Deklaratif. Sistem Deklaratif yang mendasarkan pada perlindungan hukum bagi Mereka yang menggunakan Merek terlebih dahulu, selain kurang menjamin kepastian hukum juga menimbulkan persoalan dan hambatan dalam dunia usaha. Dalam Undang-undang ini, penggunaan Sistem Konstitutif yang bertujuan menjamin kepastian hukum disertai pula dengan ketentuan-ketentuan yang menjamin segi-segi keadilan.

pengecualian yang masih memberikan perlindungan kepada pemilik Merek yang tidak terdaftar. Di samping itu, penerapan Sistem Konstitutif seharusnya tidak terbatas menimbulkan kewajiban yang bersifat hak keperdataan saja, tetapi juga beraspek kepentingan publik, dengan memberikan sanksi bagi pemilik merek yang sudah menggunakan namun tidak mendaftarkan mereknya.

Perkembangan Penggunaan Sistem Konstitutif dan Masih diberikannya Perlindungan Hukum terhadap Merek Tidak Terdaftar

Diberlakukannya Sistem Konstitutif dimulai pada saat dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek, yang dalam perkembangannya juga mengalami perubahan. Berkaitan dengan kepentingan reformasi hukum Merek, Indonesia turut serta meratifikasi Perjanjian Internasional Merek WIPO dan WTO yang didalamnya mengandung persetujuan *TRIPs*, kemudian pada 1997, dalam rangka menyesuaikan dengan perjanjian internasional mengenai aspek-aspek yang terkait dengan perdagangan Hak Kekayaan Intelektual (*TRIPs*)-WTO, Pemerintah melakukan pembaharuan dengan mengeluarkan UU Nomor 14 Tahun 1997 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek. Terjadi penyesuaian salah satunya terkait dengan perlindungan atas indikasi asal dan geografis dan juga perlindungan Merek terkenal. Dalam perkembangannya dikeluarkan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek yang berlaku hingga sekarang. Beberapa perubahan penting yang ada adalah seputar penetapan sementara pengadilan, perubahan dari delik biasa menjadi delik aduan, peran Pengadilan Niaga dalam memutuskan sengketa Merek, kemungkinan menggunakan alternatif dalam memutuskan sengketa dan ketentuan pidana yang diperberat.¹⁶

Dalam Undang-Undang Merek Tahun 1992 Pasal 3 Hak atas Merek adalah hak khusus yang diberikan Negara kepada pemilik Merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu menggunakan sendiri Merek tersebut atau memberi izin kepada seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk menggunakannya. Demikian pula dalam undang-undang 2001 yang kebetulan diatur dalam pasal yang sama yaitu Pasal 3,

¹⁶Asian Law Group Pty Ltd, *Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar*, Cet. 5, Alumni, Bandung, 2005, hlm. 132.

menentukan bahwa Hak atas Merek adalah hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada pemilik Merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu dengan menggunakan sendiri Merek tersebut atau memberikan izin kepada pihak lain untuk menggunakannya.

Di samping persamaan tersebut, maka terdapat perbedaan dan perkembangan berlakunya Sistem Konstitutif dalam penentuan hak atas Merek tersebut. Pada saat awal berlakunya Sistem Konstitutif dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 tentang Merek, ada beberapa poin penting yang berbeda khususnya perlindungan terhadap Merek terkenal sekalipun tidak atau belum terdaftar. Hal ini terlihat adanya ketentuan yang mengharuskan menolak pendaftaran Merek apabila menyerupai Merek yang sudah dimiliki orang lain yang sudah terkenal sekalipun tidak atau belum terdaftar, sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (2) Tahun 1992 yaitu, permintaan pendaftaran Merek juga ditolak oleh Kantor Merek apabila: a. merupakan atau menyerupai nama orang terkenal, foto, *Merek* dan nama badan hukum yang dimiliki orang lain yang sudah terkenal, kecuali atas persetujuan tertulis dari yang berhak.

Ketentuan tersebut menunjukkan masih diberikannya perlindungan hukum bagi Merek terkenal sekalipun tidak terdaftar,¹⁷ setidaknya undang-undang memerintahkan kepada pejabat pendaftar untuk menolak pendaftaran Merek apabila sama atau menyerupai Merek yang sudah terkenal yang sudah dimiliki oleh pihak lain, yang tentunya maksudnya adalah tidak terdaftar.

Dalam ketentuan pembatalan pendaftaran Merek, juga memberikan peluang bagi pemilik Merek terkenal yang tidak terdaftar untuk mengajukan pembatalan Merek. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 56 ayat (3) UU Tahun 1992, yang menyebutkan bahwa, pemilik Merek terkenal yang tidak terdaftar dapat mengajukan gugatan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) setelah mengajukan permintaan pendaftaran Merek kepada Kantor Merek.

Dalam perkembangan selanjutnya dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1997 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 19

¹⁷ Baca juga Insan Budi Maulana, "Merek Terkenal Menurut TRIPs Agreement dan Penerapan dalam Sistem Merek Indonesia", *Jurnal Hukum Ins Quia Iustum*, Nomor 13 Vol. 7, April 2000, hlm. 121, bahwa di dalam UU Merek juga dicantumkan ketentuan yang memberikan perlindungan terhadap Merek terkenal.

Tahun 1992 tentang Merek, penegasan penentuan hak Merek bahwa hak atas Merek didasarkan atas pendaftaran pada dasarnya adalah sama, karena tidak ada perubahan dengan ketentuan sebelumnya bahwa hak atas Merek didasarkan atas pendaftaran. Sedangkan masih diberikannya perlindungan hukum terhadap Merek yang tidak terdaftar khususnya terhadap Merek terkenal terdapat adanya perubahan, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 6 ayat (3), UU Merek 1997 yang menentukan bahwa Kantor Merek *dapat* menolak permintaan pendaftaran Merek yang mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek yang sudah terkenal milik orang lain untuk barang dan atau jasa yang sejenis. Penolakan bersifat imperatif, yang menyatakan, Kantor Merek *dapat* menolak permintaan pendaftaran Merek yang sama atau serupa dengan Merek yang sudah terkenal milik orang lain. Isi pasal ini agak *aneh*, karena tidak mengharuskan penolakan, kata *dapat* selayaknya menjadi harus.¹⁸

Dari ketentuan tersebut menunjukkan bahwa masih diberikannya perlindungan hukum bagi Mereka tidak terdaftar khususnya bagi Merek terkenal, dengan memberi kemungkinan bagi pejabat pendaftar untuk *dapat* menolak pendaftaran Merek yang mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek yang sudah terkenal milik orang lain. Perbedaan dan perkembangan dengan ketentuan sebelumnya, yaitu adanya kata *dapat*. Kata *dapat* tersebut mengandung makna bukan sebuah keharusan atau kewajiban bagi pejabat pendaftar untuk menolak pendaftaran, sedang dalam ketentuan sebelumnya yaitu UU Merek 1992 penolakan tersebut adalah merupakan sebuah perintah sehingga menjadi keharusan atau kewajiban.

Ketentuan tersebut merupakan perkecualian, karena prinsipnya kewajiban penolakan pendaftaran Merek tersebut hanya apabila sama dengan Merek yang sudah terdaftar milik pihak lain. Seperti yang di atur dalam Pasal 6 ayat (1) UU Merek 1997, bahwa permintaan pendaftaran Merek harus ditolak oleh Kantor Merek apabila mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek milik orang lain yang sudah terdaftar lebih dahulu untuk barang dan atau jasa yang sejenis.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 125.

Kesulitan dalam menentukan maksud pendaftar untuk mendaftarkan Mereknya apakah dilandasi oleh adanya etikad baik atau tidak sebagaimana disyaratkan dalam undang-undang, bahwa pemohon harus dilandasi oleh etikad baik. Beberapa putusan pengadilan dalam pertimbangan majelis hakim untuk memutus pembatalan Merek umumnya dikaitkan dengan alasan pendaftar dalam mendaftarkan Mereknya dilandasi adanya unsur etikad tidak baik.¹⁹ Untuk mengetahui apakah pendaftar pada saat mendaftarkan Mereknya beretikad baik atau tidak baik itu tidak mudah, dengan hanya bukti-bukti berupa syarat-syarat pendaftaran secara fisik yang diajukan pendaftar. Sehingga penolakan pendaftaran Merek atas dasar pendaftar tidak beretikad baik sulit dilakukan, akibatnya Merek tetap didaftar sekalipun diajukan oleh pemohon yang beretikad tidak baik, dan akhirnya dikemudian timbul sengketa pembatalan Merek.

Dalam hal kemungkinan mengajukan gugatan pembatalan dalam UU Merek 2001, pemilik Merek yang tidak terdaftar dimungkinkan mengajukan gugatan pembatalan, sebagaimana diatur dalam Pasal 68 ayat (2). Hanya saja berbeda dengan ketentuan sebelumnya yang mensyaratkan Merek yang tidak terdaftar apabila ingin mengajukan gugatan pembatalan ada syarat harus terkenal, sedang dalam UU Merek 2001 pemilik Merek yang tidak terdaftar dapat mengajukan gugatan pembatalan Merek tanpa adanya syarat terkenal.

Dari beberapa contoh kasus dapat diketahui terdapat beberapa kelemahan dari aspek pengaturan dan implementasi Sistem Konstitutif dalam Undang-Undang Merek. Dari sisi pengaturan terlihat adanya pemberlakuan Sistem Konstitutif yang tidak tegas dan tidak konsisten, di satu sisi memberlakukan Sistem Konstitutif yang maknanya bahwa pendaftaran merupakan kewajiban timbulnya hak dengan konsekuensi perlindungan diberikan kepada pemilik Merek terdaftar, tetapi di sisi lain masih memberikan perlindungan terlalu luas kepada pemilik Merek yang tidak terdaftar, dengan memperbolehkan pemilik Merek yang tidak terdaftar untuk mengajukan pembatalan tanpa adanya syarat terkenal.

¹⁹ Baca Pasal 4 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek, menyebutkan bahwa Merek tidak dapat didaftar atas dasar Permohonan yang diajukan oleh Pemohon yang beretikad tidak baik.

Sedangkan dari sisi implementasi dalam beberapa kasus terbukti adanya pengajuan pendaftaran Merek yang secara jelas mengandung persamaan baik sama pada pokoknya bahkan sama pada keseluruhannya tetap dapat diterima pendaftarannya, yang akhirnya terjadi sengketa pembatalan Merek.²⁰ Kalau hal ini terjadi terus menerus tentu menimbulkan ketidakpastian bagi dunia usaha terutama bagi perlindungan Merek dan pemberlakuan Sistem Konstitutif kurang bermakna. Disamping itu kurang memberikan kesadaran bagi para pelaku usaha yang menggunakan Merek untuk mendaftarkan Merek yang sebenarnya merupakan suatu kewajiban.

Dari beberapa kasus ternyata juga menggambarkan bahwa faktor penyebab terjadinya pendaftaran Merek milik pihak lain bahkan sudah terkenal dan akhirnya menimbulkan sengketa pembatalan, antara lain dilatarbelakangi oleh a. unsur itikad tidak baik dari pendaftar yang mementingkan diri sendiri dengan mengabaikan kepentingan pihak lain sebagai merek yang sebenarnya. Sedangkan untuk menilai terhadap maksud pendaftar apakah dilandasi adanya itikad baik atau tidak sebagaimana diminta oleh UU itu tidak mudah. b. terdapat kesulitan dan kekurangcermatan dalam menentukan sebuah Merek untuk diterima atau ditolak pendaftarannya baik yang disebabkan adanya unsur itikad tidak baik dari pemohon, maupun kemungkinan terdapatnya persamaan dengan Merek milik pihak lain. c. belum adanya ukuran atau kriteria yang jelas untuk menentukan apakah sebuah Merek yang diajukan pendaftarannya dapat diterima atau ditolak, baik berhubungan dengan persyaratan etikad baik, maupun yang berhubungan dengan persamaan antara Merek yang diajukan pendaftarannya dengan Merek milik pihak lain. d. masih terdapat kelemahan pemberlakuan Sistem Konstitutif, baik dari aspek pengaturan maupun dalam impelentasinya.

Model Pemberlakuan Sistem Konstitutif atau *First to File* untuk Memberikan Kepastian Hukum yang Adil.

Tidak dipungkiri bahwa sejak diberlakukannya Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek, masih banyak Merek-Merek yang tidak didaftarkan oleh

²⁰ Wawancara kepada bapak Adi Supanto, S.H., Komisi Banding pada Direktorat Merek Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual pada Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, pada 4 Maret 2016, juga Wawancara kepada DR. Yanto, S.H.,M.H, hakim bersertifikat hakim Niaga dan saat ini Ketua Pengadilan negeri Sleman, 14 Maret 2016.

pemilikinya, baik yang digunakan untuk Merek barang maupun Merek jasa. Pada umumnya para produsen dan yang memperdagangkan barang, maupun jasa pada awal usahanya tidak menggunakan tanda apapun sebagai Merek, kemudian dalam perkembangan usahanya dengan maksud sebagai tanda atas barang ataupun jasa yang diperdagangkan menggunakan simbol atau tanda yang digunakan sebagai Merek. Namun sayangnya Merek tidak serta merta diikuti dengan pendaftaran, karena yang terpenting bagi pelaku usaha barang ataupun jasa yang diperdagangkan laku dan disukai konsumen. Sebagian kurang mempertimbangkan dari aspek perlindungan hukum atas penggunaan Mereknya, bahkan kemungkinan ditiru oleh pihak lain tidak memperdulikan.

Berdasarkan analisis data dan keterangan yang diperoleh dari observasi di lapangan, pada umumnya faktor yang mempengaruhi pemilik menggunakan Merek tidak mendaftarkan Mereknya, antara lain: *pertama*, sebagian pihak masih kurang mengetahui dan memahami adanya kewajiban pendaftaran Merek, dan juga fungsi serta manfaat pendaftaran Merek terutama bagi pemilik Merek dan juga bagi masyarakat dalam menentukan pilihan terhadap barang atau jasa yang dibutuhkan. *Kedua*, tidak adanya sanksi yang tegas bagi pemilik dan pengguna Merek yang tidak terdaftar, tapi justru terdapat ketentuan yang masih memberikan perlindungan bagi pemilik Merek yang tidak terdaftar, antara lain: a. mewajibkan menolak pendaftaran Merek yang sama pada pokoknya atau pada keseluruhannya dengan Merek terkenal pihak lain sekalipun tidak terdaftar; b. adanya ketentuan yang memberikan hak bagi pemilik Merek yang tidak terdaftar untuk mengajukan gugatan pembatalan Merek.

Masih terdapatnya ketentuan yang memberikan perlindungan kepada pemilik Merek yang tidak terdaftar tersebut sebagai pengecualian dari Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek yang mestinya hanya memberikan hak dan perlindungan kepada pemilik Merek terdaftar saja. Namun dalam pemberlakuan Sistem Konstitutif tersebut masih memberikan pengecualian dengan memberikan perlindungan kepada pemilik Merek yang tidak terdaftar, seperti pada ketentuan penolakan dan pembatalan Merek.

Dalam ketentuan Pasal 68 ayat (2) ditentukan bahwa Pemilik Merek yang tidak terdaftar dapat mengajukan gugatan pembatalan Merek sebagaimana dimaksud pada ayat (1) setelah mengajukan Permohonan kepada Direktorat Jenderal.²¹ Dalam ketentuan yang memperbolehkan pemilik Merek tidak terdaftar untuk mengajukan gugatan pembatalan Merek tersebut tanpa disertai syarat. Seharusnya disertai syarat misalnya Merek dimaksud termasuk dalam kriteria Merek terkenal, atau setidaknya juga terdapat syarat bahwa pendaftar Merek yang diajukan pembatalan adalah pendaftar yang beretikad tidak baik.

Pemberian pengecualian dalam Sistem Konstitutif dengan masih memberikan perlindungan kepada Merek yang tidak terdaftar, dapat dimanfaatkan oleh pemilik Merek asing yang telah menggunakan Mereknya di Indonesia tidak segera mendaftarkan Mereknya. Pemilik Merek asing memilih menunggu, seandainya Mereknya didaftarkan oleh pengusaha lokal, baru pemilik merek asing melakukan upaya gugatan pembatalan disertai dengan pengajuan pendaftaran mereknya sesuai hak bagi pemilik Merek yang tidak terdaftar untuk dapat mengajukan gugatan pembatalan seperti ketentuan Pasal 68 ayat (2) UU Merek. Hal ini tentunya dapat merugikan dan menimbulkan ketidakadilan bagi pengusaha lokal yang selalu dalam posisi lemah dalam bersaing dengan pengusaha asing.

Pada dasarnya Merek adalah sebagai tanda atau identitas untuk membedakan antara barang atau jasa yang satu dengan barang atau jasa lain yang diperdagangkan. Dengan sebuah Merek, maka suatu barang atau jasa dapat dipribadikan dan berbeda dengan barang atau jasa lainnya. Merek mempunyai fungsi yaitu sebagai alat pembeda antara barang atau jasa yang satu dengan barang atau jasa yang lain, terutama barang atau jasa yang sejenis. Pada umumnya masyarakat dapat mengerti serta dapat membedakannya antara Merek terkenal dan tidak terkenal. Merek mempunyai arti yang sangat penting maka perlu adanya perlindungan terhadap Merek atau hak atas Merek kepada pemegang Merek terdaftar.²²

²¹Lihat Pasal 68 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 110 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4131).

²²Haryono, "Perlindungan Hukum...", *Op. Cit.*, hlm. 240.

Dengan tanda atau identitas tersebut sekaligus sebagai pertanggungjawaban pelaku usaha yang memperdagangkan dan mengedarkan ataupun yang mengusahakan sebuah barang atau jasa, bahwa ia harus bertanggungjawab atas barang atau jasa yang ia perdagangkan atau usahakan. Dalam hal terjadi masalah terhadap barang atau jasa yang diperdagangkan, bahkan kemungkinan mengakibatkan kerugian pihak lain atau konsumen, maka akan mudah mencari siapa pemilik usaha dan yang harus dipertanggungjawabkan atas peredaran barang atau jasa dimaksud.

Bagi masyarakat konsumen akan lebih mudah menentukan pilihan atas barang atau jasa yang dibutuhkan, dengan mengetahui siapa pemilik usaha yang mengedarkan barang atau mengusahakan jasa dimaksud, sekaligus kemungkinan digunakan sebagai pertimbangan kualitas bagi konsumen dalam memilih barang barang dapat ditunjukkan dari Merek yang bersangkutan.²³ Hal tersebut sesuai dengan fungsi Merek juga dapat sebagai pengenalan dan jaminan kualitas atas barang atau jasa yang diberi Merek.²⁴

Kualitas barang dan jasa umumnya menjadi salah satu pertimbangan bagi konsumen untuk memilih barang dan jasa yang dibutuhkan. Dari sebuah survei menunjukkan bahwa konsumen memiliki kebutuhan psikologis yang mendasar untuk membeli suatu produk dengan kepastian kualitas. Kepastian kualitas membuat konsumen merasa aman.²⁵ Sebaiknya perlu ada ketentuan larangan atas peredaran barang atau jasa yang menggunakan Merek yang tidak terdaftar, sehingga diharapkan ketika ada suatu barang atau jasa yang telah diedarkan atau diusahakan dengan menggunakan Merek, maka Merek tersebut harus terdaftar dan apabila ketentuan ini dilanggar diberikan sanksi yang tegas. Ketentuan yang tegas terhadap kewajiban pendaftaran Merek dengan pemberian sanksi ini juga

²³ Baca juga Wiratmo Dianggoro, *Pembaharuan Undang-Undang Merek dan Dampaknya Bagi Dunia Bisnis*, Yayasan Perkembangan Hukum Bisnis, Jakarta, 1997, hlm. 34, bahwa dari sisi produsen, Merek digunakan sebagai jaminan nilai hasil produksinya, khususnya mengenai kualitas kemudian pemakai-nya. Dari sisi konsumen, Merek diperlukan untuk melakukan pilihan barang yang akan dibeli, dikutip dari Haedah Faradz, "Perlindungan Hak Atas Merek", *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 8 No. 1 Januari 2008, hlm. 97.

²⁴Baca Abdulkadir Muhammad, *Kajian Hukum Ekonomi Hak Kekayaan Intelektual*, Citra Aditya, Bandung, 2001, hlm. 120-121. Bahwa fungsi Merek adalah sebagai tanda pengenalan untuk membedakan produk perusahaan yang satu dengan produk perusahaan yang lain (*product identity*), sarana promosi dagang (*means of trade promotion*), jaminan atas mutu barang atau jasa (*quality guarantee*), dan penunjukkan asal barang atau jasa yang dihasilkan (*source of origin*).

²⁵ Laude Rudita, *Hak Kekayaan Intelektual & Perlindungan Konsumen (Studi tentang Indikasi Geografis dari Perspektif Kepentingan Konsumen)*, Disertasi, Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 2011, hlm. 76

memberikan dampak positif bagi penerimaan negara bukan pajak, karena dengan semakin banyaknya Merek yang didaftarkan akan menambah penerimaan negara, disamping ketertiban administrasi di bidang Merek.

Penerapan Sistem Konstitutif dalam UU Merek selama ini hanya sebatas menyangkut kewajiban yang beraspek kepentingan hak keperdataan bagi pendaftar. Perlu dilakukan perubahan dalam penerapan Sistem Konstitutif secara ketat dan konsisten, tidak hanya menyangkut kewajiban yang beraspek keperdataan bagi kepentingan hak pendaftar saja, tetapi juga aspek kepentingan publik. Kewajiban pendaftaran harus disertai sanksi bagi pemilik dan menggunakan Merek yang tidak mendaftarkan Mereknya. Dengan pemberian sanksi bagi pemilik yang menggunakan Merek namun tidak mendaftarkan Mereknya, diharapkan dapat memberikan kepastian hukum yang adil dan dapat menciptakan tertib administrasi Merek bahkan akan menambah pendapatan negara.

Sistem pengaturan pendaftaran Merek dengan Sistem Konstitutif dalam Undang-undang Merek tidak konsisten, karena masih dimungkinkannya pemilik Merek yang tidak terdaftar untuk mengajukan gugatan pembatalan Merek terdaftar, tanpa syarat terkenal. Hal ini mengakibatkan pemberlakuan Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek se olah-olah tidak bermakna dan hak Merek terdaftar menjadi lemah / tidak kuat dan menimbulkan ketidakpastian hukum.

Pejabat pendaftaran Merek seharusnya menolak permohonan pendaftaran Merek yang sama dengan merek terkenal telah terdaftar lebih dahulu.²⁶ Perlindungan Merek melalui sistem pendaftaran mempunyai tujuan, antara lain perlindungan pengusaha pemilik Merek, perlindungan konsumen, perlindungan masyarakat melalui pencegahan dan penanggulangan segala bentuk persaingan curang, keadilan, ketertiban, dan kepastian hukum, sehingga apabila pendaftaran Merek berlawanan dengan tujuan tersebut tentunya perlu dicegah.²⁷ Secara hukum positif pengaturan dalam Undang-undang melalui pendataran Sistem Konstitutif

²⁶ Lihat juga Muhamad Djumhana, dan Djubaedilah, *Hak Milik Intelektual (Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 128, bahwa Bagi orang yang mendaftarkan Mereknya terdapat suatu kepastian hukum bahwa dialah yang berhak atas Merek itu. Sebaliknya bagi pihak lain yang akan mempergunakan Merek yang sama atas barang atau jasa lainnya yang sejenis oleh kantor Merek akan ditolak pendaftarannya.

²⁷Nur Hayati, "Perlindungan hukum pada Merek yang Terdaftar", dalam *Ragam Jurnal Pengembangan Humaniora*, Vol. 11 No. 3, Desember 2011, hlm. 176.

juga dapat memberikan kepastian hukum, dengan memberikan hak berdasarkan Undang-undang. Demikian pula dalam praktek implementasinya, pemilik Merek terdaftar mestinya akan memperoleh kepastian hukum dalam hal perlindungan hukumnya. Namun dalam undang-undang masih memungkinkan gugatan pembatalan Merek oleh pemilik Merek yang tidak terdaftar dan dalam kenyataannya masih banyak kasus pembatalan Merek yang sudah terdaftar. Beberapa contoh kasus pembatalan Merek antara lain : Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tingkat Kasasi, dalam perkara Eddy v. Crocodile International PTE.LTD, perkara Joko D. Kusuma Tjiam & Liong Heng Gip v. HARBY'S Corporation NV, perkara Prada S.A. dahulu dikenal dengan nama PREFEL S.A v. Fahmi Babra, dan dalam perkara INTER IKEA SYSTEM B.V v PT. RATANIA KHATULISTIWA dll.

Dengan pemberlakuan Sistem Pendaftaran Konstitutif yang tidak konsisten ini mempengaruhi pemilik Merek enggan atau tidak mau mendaftarkan Mereknya, karena walaupun tidak mendaftarkan Mereknya tetap memperoleh perlindungan, bahkan dapat mengajukan pembatalan ketika Mereknya didaftar tanpa hak oleh pihak lain.

Solusinya adalah dengan menerapkan pengaturan pendaftaran Merek dengan Sistem Konstitutif secara ketat dan konsisten, artinya yang memperoleh perlindungan hukum hanya diberikan kepada pemilik Merek yang terdaftar sesuai dengan peraturan per undang-undangan yang berlaku, baik berupa hak mengajukan gugatan pembatalan atau mengajukan gugatan ganti rugi secara perdata, maupun upaya hukum secara pidana.

Masih terdapatnya ketentuan yang memberikan perlindungan hukum bagi pemilik Merek yang tidak terdaftar, mempengaruhi keengganan pemilik Merek untuk mau mendaftarkan Mereknya. Pertimbangannya karena walaupun tidak didaftarkan masih dilindungi bahkan kalau dikemudian hari Mereknya dipakai dan di daftarkan oleh pihak lain, masih dapat melakukan gugatan pembatalan. Ketentuan ini sebenarnya memperlemah makna dari Sistem Konstitutif dalam undang-undang Merek, dan menunjukkan ketidak konsistenan pemberlakuan Sistem Konstitutif yang mengharuskan adanya pendaftaran Merek. Dalam

kenyataannya terjadi beberapa sengketa pembatalan Merek terdaftar yang menggambarkan ketidakpastian hukum bagi pemilik Merek terdaftar, karena walaupun dapat diterima pendaftarannya dengan adanya gugatan pembatalan akhirnya dibatalkan.

Terdapat ketidak cermatan dalam menentukan sebuah Merek dapat diterima atau ditolak pendaftarannya, beberapa Merek yang sebenarnya secara jelas mudah diketahui terdapat kesamaan dengan Merek terkenal yang sudah dimiliki oleh pihak lain, tetap saja diterima pendaftarannya, dan akhirnya timbul sengketa dan dibatalkan.²⁸ Seharusnya dalam pendaftaran Merek, sebuah Merek dapat diterima pendaftarannya dilakukan dengan lebih cermat dan hati-hati, kalau sebuah Merek sudah jelas dimiliki oleh pihak lain apalagi mengandung unsur terkenal, maka sesuai Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Merek harus ditolak, sehingga tidak menimbulkan sengketa dikemudian hari.

Dalam menentukan apakah sebuah Merek yang diajukan pendaftaran itu sama dengan Merek milik pihak lain atau tidak sama, perlu dibangun sebuah sistem yang dapat memudahkan dan memberi kepastian untuk menentukan sebuah Merek dapat diterima pendaftarannya atau di tolak. Bila perlu melalui sistem elektronik atau on line yang dapat diakses siapa saja terutama pihak-pihak yang berkepentingan, seperti halnya pengesahan bahan hukum yang sudah dilakukan secara elektronik dengan Sistem Administrasi Badan Hukum (SABH) di Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, termasuk dalam melakukan pengecekan nama sebuah badan hukum seperti Perseroan Terbatas (PT) yang akan didirikan. Misalnya bagi pihak yang akan mendirikan PT dapat mengecek nama terlebih dahulu secara elektronik atau *online*, apabila terdapat nama yang sama maka sistem akan memberitahukan. Demikian pula dalam pendaftaran Merek, bagi pemohon yang akan mendaftarkan Merek dapat mengecek Mereknya terlebih dahulu apakah sama dengan Merek yang sudah terdaftar dengan Merek pihak lain atau tidak, apabila ada kesamaan sistem akan menolak, sedangkan apabila tidak

²⁸ Hasil Wawancara kepada Bapak Suharyanto, S.H, Ka.Sub.Dit Pelayanan Hukum Umum yang juga membidangi HAKI, pada Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Daerah Istimewa Yogyakarta, pada 14 Maret 2016, yang membenarkan pernyataan bahwa masih terjadi penerimaan pendaftaran Merek yang secara jelas nampak sama dengan Merek pihak lain bahkan sudah terdaftar yang semestinya harus ditolak.

ada maka dapat diproses pendaftarannya lebih lanjut yang dapat dilakukan melalui sistem elektronik atau on line. Dengan pendaftaran secara elektronik atau sistem on line maka akan mempermudah dan mempercepat sekaligus lebih efisien dalam pendaftaran Merek, dan sekaligus akan meningkatkan penerimaan negara.

Penutup

Berdasarkan uraian pembahasan hasil penelitian tersebut, maka dapat disusun beberapa kesimpulan sebagai berikut, *pertama*, landasan filosofis pergeseran dalam pengaturan hak Merek dari Sistem Deklaratif (*First to Use*) dalam UU Merek Tahun 1961 ke dalam Sistem Konstitutif (*First to File*) dalam UU Merek 1992 hingga diganti dengan UU Merek Tahun 2001, adalah demi tercapainya tujuan hukum, yaitu untuk menjamin kepastian hukum dan rasa keadilan dalam perlindungan hak bagi pemilik merek terdaftar.

Kedua, terjadinya beberapa pendaftaran Merek yang sama dengan Merek milik pihak lain bahkan mempunyai reputasi terkenal, pada umumnya dilandasi adanya niat itikad tidak baik pendaftar yang mengutamakan kepentingan sendiri demi keutungan sendiri dengan mendompleng ketenaran Merek milik pihak lain dan mengabaikan kepentingan pemilik Merek yang sebenarnya. Adanya kesulitan dan ketidakcermatan pejabat pendaftar Merek dalam menentukan apakah pemohon beritikad baik atau tidak dan Merek yang diajukan pendaftarannya mengandung persamaan atau tidak dengan Merek milik pihak lain.

Ketiga, model pengaturan pendaftaran Merek untuk memberikan kepastian hukum yang adil, yaitu memberlakukan Sistem Konstitutif atau "*First to File*" secara ketat dan konsisten. Hak dan perlindungan Merek hanya diberikan kepada pemilik Merek terdaftar, dan gugatan pembatalan hanya dapat dilakukan oleh pemilik Merek Terdaftar. Di samping itu, penerapan Sistem Konstitutif tidak hanya menyangkut kewajiban yang beraspek hak keperdataan bagi kepentingan pendaftar saja, tetapi juga menyangkut aspek kepentingan publik, dengan memberikan sanksi bagi yang menggunakan Merek namun tidak mendaftarkan Mereknya.

Adapun berdasarkan uraian pembahasan hasil penelitian tersebut, penulis menyarankan sebagai berikut; *pertama*, apabila dalam permohonan pendaftaran

Merek terdapat unsur pemohon yang beritikad tidak baik, atau Merek yang diajukan pendaftarannya mengandung persamaan baik pada pokoknya atau sama pada keseluruhannya dengan Merek terdaftar pihak lain, atau setidaknya sama dengan Merek terkenal milik pihak lain, seharusnya tidak dilakukan pendaftaran atau ditolak pendaftarannya, agar tidak mudah terjadi gugatan pembatalan Merek akibat dari pendaftaran Merek yang dilakukan oleh pihak lain. *Kedua*, untuk memudahkan dan kelancaran dalam menentukan apakah sebuah Merek yang diajukan pendaftaran sama dengan Merek pihak lain yang sudah terdaftar lebih dahulu, atau dengan Merek yang sudah terkenal, maka data base secara elektronik perlu lebih disempurnakan. Masyarakat terutama yang berkepentingan dapat mengakses data Merek lebih mudah, dan dari awal sudah dapat mengecek Merek yang diajukan pendaftarannya, seperti halnya cek nama pada pendirian badan hukum seperti PT melalui Sistem Administrasi Badan hukum (SABH). *Ketiga*, perlu menerapkan ketentuan yang memberlakukan Sistem Konstitutif dalam pendaftaran Merek secara ketat dan konsisten, dengan menghilangkan ketentuan yang memungkinkan pemilik Merek tidak terdaftar untuk mengajukan gugatan pembatalan Merek terdaftar, karena hal ini berakibat memperlemah Sistem Konstitutif, dan menimbulkan ketidak pastian hukum. Bila perlu memberikan sanksi bagi pemilik yang tidak mendaftarkan Mereknya. *Keempat*, perlu dibangun sistem yang lebih mempermudah pendaftaran Merek, dengan sistem on line atau elektronik, yang dapat dilakukan secara mudah, cepat dan efisien. Dengan memberikan kemudahan kepada pendaftar Merek melalui sistem elektronik ini akan memberikan daya tarik dan membangun kesadaran bagi pemilik Merek untuk mendaftarkan Mereknya, jumlah pendaftar akan bertambah banyak, dengan sendirinya akan menciptakan ketertiban dibidang administrasi pendaftaran Merek, sekaligus akan menambah pendapatan negara melalui biaya pendaftaran.

Daftar Pustaka

Buku

Asian Law Group Pty Ltd, *Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar*, Cet. 5, Alumni, Bandung, 2005.

Dianggoro, Wiratmo, *Pembaharuan Undang-Undang Merek dan Dampaknya Bagi Dunia Bisnis*, Yayasan Perkembangan Hukum Bisnis, Jakarta, 1997.

- Djumhana, Muhamad dan Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual, Sejarah, Teori, dan Praktiknya di Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014.
- _____, *Hak Milik Intelektual (Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia)*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.
- Firmansyah, Hery, *Perlindungan Hukum Terhadap Merek, Panduan Memahami Dasar Hukum Penggunaan Dan Perlindungan Merek*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2011.
- Gautama, Sudargo, dan Rizawanto Winata, *Undang-Undang Merek Baru Tahun 2001*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 2002.
- Gautama, Sudargo, *Hukum Merek Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989.
- Ibrahim, Johnny, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*, cet. pertama, Bayumedia Publishing, Malang, 2005.
- Moleong, Lexy J., *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Bandung, PT. Remaja Rosdakarya, 1989.
- Muhammad, Abdulkadir, *Kajian Hukum Ekomi Hak Kekayaan Intelektual*, Citra Aditya, Bandung, 2001.
- Projomardojo, Hartono, "UU Merek 1961 dan Permasalahannya Dewasa Ini", *Hukum Atas Merek*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bina Cipta, Jakarta, 1978,.
- Purwaningsih, Endang, *Perkembangan Hukum Intellectual Property Rights Kajian Hukum Terhadap Hak atas Kekayaan Intelektual dan Kajian Komparatif Hukum Paten*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005.
- Saidin, OKH., *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual (Intellectual Property Rights)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Sumida, Yoshiro dan Insan Budi Maulana, *Perlindungan Bisnis Merek Indonesia-Jepang*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994.
- Suratman, dan Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum*, Alfabeta, Bandung, 2012.
- Vredenburg, J., *Metode dan Teknik Penelitian Masyarakat*, PT Gramedia, Jakarta, 1978.
- Waluyo, Bambang, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991.

Hasil Penelitian

- Laude Rudita, 2011, "Hak Kekayaan Intelektual & Perlindungan Konsumen (Studi Tentang Indikasi Geografis Dari Perspektif Kepentingan Konsumen)", *Disertasi*, Jakarta, Pascasarjana Universitas Indonesia.

Artikel Jurnal

- Faradz, Haedah, "Perlindungan Hak Atas Merek", *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 8 No. 1 Januari 2008.

Haryono, "Perlindungan Hukum Terhadap Merk Terdaftar", *Jurnal Ilmiah CIVIS*, Volume II, No 1, Januari 2012.

Hayati, Nur, "Perlindungan hukum pada Merek yang Terdaftar", dalam *Ragam Jurnal Pengembangan Humaniora*, Vol. 11 No. 3, Desember 2011.

Maulana, Insan Budi, "Merek Terkenal Menurut TRIPs Agreement dan Penerapan dalam Sistem Merek Indonesia", *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Nomor 13 Vol. 7, April 2000.

Sumber Lain

Wawancara kepada bapak Adi Supanto, S.H., Komisi Banding pada Direktorat Merek Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual pada Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, pada 4 Maret 2016.

Wawancara kepada DR. Yanto, S.H.,M.H., hakim bersertifikat hakim Niaga dan saat ini Ketua Pengadilan negeri Sleman, 14 Maret 2016.

Wawancara kepada Bapak Suharyanto, S.H, Ka. Sub.Dit Pelayanan Hukum Umum yang juga membidangi HAKI, pada Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Daerah Istimewa Yogyakarta, pada 14 Maret 2016.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1992 Tentang Merek (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 81, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3490).

Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 Tentang Merek (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 110, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4131).



Model Penyelesaian Alternatif Perkara Pidana Pembunuhan Biasa menurut Hukum Islam dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia

Hambali Yusuf dan Saifullah Basri
Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Palembang
Jalan A.Yani 13 Ulu Palembang
hambaliyusuf@gmail.com

Naskah diterima: 14/7/2016; revisi: 29/11/2016; disetujui: 19/12/2016

Abstract

This research is designed to study the model of alternative resolution of crime suit in accordance with the Islamic law that can be used as the model of resolving the crime suit of ordinary assassin in Indonesia. The method of this research was juridical normative method. The result of this research showed that the model of resolution of diyat and apology in Islamic concept are highly relevant and acceptable by Indonesia people. The noble values as a culture of forgiveness and resolving the issue by more emphasizing on deliberation have been highly maintained and developed since a long time ago among the ancestors. The ordinary assassin could be solved by forgiving in this case by paying the Tepung Tawar (Malay Custom) as long as the assassin is not related to the public interest..

Keywords: Alternative; ordinary assassin crime; Islamic laws; renewal of crime suit

Abstrak

Permasalahan dalam penelitian ini adalah bagaimana model penyelesaian alternatif perkara pidana menurut hukum Islam yang dapat dijadikan model penyelesaian perkara pidana pembunuhan biasa di Indonesia? Metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa model penyelesaian diyat dan maaf dalam konsep Islam sangat relevan dan dapat diterima oleh bangsa Indonesia. Nilai-nilai luhur yang menjadi budaya suka memberi maaf dan menyelesaikan masalah dengan mengedepankan musyawarah adalah keperibadian yang sangat dipelihara dan dikembangkan sejak nenek moyang bangsa Indonesia dulu kala. Perkara pembunuhan biasa bisa diselesaikan dengan memberi maaf dengan membayar tepung tawar sepanjang pembunuhan itu tidak menyangkut kepentingan publik.

Kata-kata Kunci: Model penyelesaian alternatif; perkara pidana pembunuhan biasa; hukum Islam; pembaharuan hukum pidana Indonesia

Pendahuluan

KUHP yang berlaku sebagai hukum positif tidak memberikan pilihan kepada penegak hukum dalam penyelesaian kasus tindak pidana. Bagi tindak pidana pembunuhan biasa yang diatur Pasal 338 KUHP ancamannya hanya maksimal 15 tahun penjara, dirasa sangat tidak memenuhi rasa keadilan bagi korban dan keluarga korban. Sistem hukum pidana KUHP lebih fokus pada penghukuman pelaku ketimbang kepada kepentingan korban. Model penyelesaian dengan cara menghukum penjara kepada pelaku tidak ada manfaat bagi korban dan keluarga korban.

Model penyelesaian dengan menggunakan sistem peradilan pidana yang berlaku sekarang ini sangat formalistik dan kaku. Semua kasus pidana harus diselesaikan sesuai dengan ketentuan hukum acara yang baku dan prosedural. Padahal persoalan pelanggaran hukum tidak selalu diselesaikan dengan *pro justitia*.

Banyaknya perkara pidana yang tidak terselesaikan baik pada tingkat banding, maupun tingkat kasasi adalah indikasi bahwa ada persoalan dalam penegakan hukum. Menurut data laporan tahunan Mahkamah Agung 2013 sisa perkara pidana pada tingkat kasasi 6.415 perkara.¹ Ini dapat diartikan bahwa pencari keadilan tidak puas dengan proses peradilan yang dilaksanakan pada tingkat pertama dan banding.

Ruang lingkup penegakan hukum adalah hanya penerapan undang-undang demi kepastian hukum dan bukan untuk memberikan keadilan yang substansi kepada pencari keadilan. Kondisi seperti inilah yang mendorong pencari keadilan untuk berupaya melakukan banding dan kasasi dengan harapan keadilan akan didapat. Upaya lain untuk penyelesaian perkara pidana tidak ada selain melalui penyelesaian di pengadilan. Karena itulah satu-satunya penyelesaian perkara yang dianggap legal di negeri ini, sehingga proses dan keputusan yang dimunculkannya sangat bersifat *formal justice* (keadilan formal). Dikatakan formal karena proses hukum yang dilaksanakan oleh institusi negara di bidang hukum itu didasarkan pada hukum yang tertulis dan

¹ Rahmat Fiansyah, "Laporan Tahunan Mahkamah Agung tahun 2013", *Kompas.com*, 26 Februari 2014. <https://www.mahkamahagung.go.id/images/LTMARI-2013.pdf>

terkodifikasikan, dilakukan oleh aparat resmi negara yang diberi kewenangan, serta membutuhkan proses beracara yang juga standar dan mengabdikan². Saat ini, ketika terjadi suatu perkara atau kasus hukum dalam masyarakat, terutama pada kasus-kasus pidana pembunuhan, maka pilihan penyelesaian perkara harus melalui peradilan. Jika semua kasus pidana harus diselesaikan melalui proses peradilan pidana, maka pertanyaan adalah, apakah dengan adanya putusan pengadilan, lalu masalahnya selesai? atau dengan kata lain, apakah putusan pengadilan dapat menyelesaikan masalah? bukankah sering kali terjadi, bahwa putusan pengadilan itu bukannya menyelesaikan masalah tetapi justru menimbulkan masalah. Mengapa, karena pandangan orang terhadap proses peradilan itu bukan masalah benar atau salah, tetapi adalah berkaitan dengan masalah kalah dan menang. Menurut Adrianus Meliala, proses untuk menggapai keadilan formal di Indonesia mahal, berkepanjangan, melelahkan, dan penuh dengan praktik KKN. Salah satu dari berbagai masalah yang menjadikan bentuk keadilan ini terlihat problematika adalah, mengingat terdapat dan dilakukannya satu proses yang sama bagi semua jenis masalah (*one for all mechanism*). Inilah yang mengakibatkan mulai berpalingnya banyak pihak guna mencari alternatif penyelesaian atas masalahnya.”³ Munculnya beragam tindak kejahatan berkembang dengan berbagai modus operandinya mengindikasikan bahwa peradilan pidana belum dapat menemukan cara menyelesaikan masalah tindak pidana secara tepat dan efektif sehingga perlu dicari alternatif penyelesaiannya.⁴

Menurut Abdussalam bahwa peradilan pidana merupakan salah satu sarana dalam penanggulangan kejahatan dengan tujuan untuk a) mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan, b) menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakkan dan yang bersalah dipidana, c) mengusahakan agar mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak lagi mengulangi kejahatannya.⁵ Selain daripada itu peradilan

² Umar Al-Tamimi, “Lembaga Pemaafan sebagai Alternatif penyelesaian perkara Pidana persepektif Hukum Islam”, *Jurnal Diskursus Islam* Vol. I No. 3 Desember 2013, hlm. 450
<http://www.uinalauddin.ac.id/downloadJurnal%20Diskursus%20Islam%20Vol%201%20No%203%20Desember%202013.123-157.pdf>,

³ *Ibid*, hlm 451.

⁴ Rusli Muhammad, *Sistem Peradilan Pidana*, UII Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 3

⁵ H.R. Abdussalam, *Sisitem Peradilan Pidana*, Restu Agung, Jakarta, 2007, hlm. 4

pidana harus mampu mengembalikan keseimbangan yang terganggu oleh pelaku tindak pidana, yaitu keseimbangan kepentingan korban, keseimbangan masyarakat dan keseimbangan pelaku tindak pidana (*dader*).

Model penyelesaian tindak pidana yang dilaksanakan oleh peradilan pidana Indonesia yaitu “konsep pembedaan individual/personal.”⁶ Konsep ini menekankan kepada perbaikan pelaku (*dader*), sementara korban dan masyarakat diabaikan.

Peradilan pidana Islam memberikan solusi banyak alternatif penyelesaian perkara pidana dengan menjaga keseimbangan kepentingan korban, masyarakat, negara dan pelaku. Menurut Amin Suma, salah satu konsep pertanggungjawaban pidana dalam fikih jinayah yang bisa diadopsi KUHP adalah lembaga pemaafan. Dalam pidana Islam, seseorang yang melakukan pembunuhan tapi jika pihak keluarga korban memaafkan, maka pelaku bebas sama sekali dari hukum.⁷

Menurut Daud Ali bahwa sistem hukum Islam tidak memisahkan secara tegas hukum pidana dengan hukum perdata atau privat dengan hukum publik. Dalam hukum pidana terdapat aspek keperdataannya demikian juga sebaliknya.⁸ Ini terlihat adanya sanksi *qishas* dan *diyat* yang memberikan hak kepada korban untuk menentukan menjatuhkan sanksi *qishas* atau *diyat*. Prinsip ini sangat sesuai dengan perkembangan hukum pidana modern yang tidak lagi memisahkan secara tegas perbedaan hukum perdata dengan hukum pidana. Hukum pidana yang berlaku berdasarkan KUHP peninggalan penjajahan Belanda sangat tidak cocok dengan keadaan bangsa Indonesia. Nilai-nilai filosofis yang terkandung di dalam KUHP sangat bertolak belakang dengan nilai-nilai falsafah bangsa Indonesia. Hukum pidana dalam KUHP lebih menekankan pada kepastian hukum sesuai dengan asas hukum pidana modern individualis. Apabila penyelesaian tindak pidana lebih menekankan pada kepastian hukum dan perlakuan terhadap pelaku (*dader*) maka prinsip-prinsip keadilan akan dikorbankan, yang justru penyelesaian perkara pidana tidak

⁶ Barda Nawai Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 49

⁷ Umar al-Tamimi, *Op. Cit.*, hlm. 450.

⁸ Mohammad Daud Ali, *Asas-Asas Hukum Islam (hukum Islam II): Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*. CV Raja Wali, Jakarta, 1991, hlm. 57

ditemukan. Karenanya perlu digagas hukum yang berkeadilan dan cocok dengan nilai-nilai keperibadian bangsa Indonesia. Pembaharuan hukum pidana nasional harus bersumber pada falsafah bangsa Indonesia yaitu Pancasila. Di antara sumber hukum itu adalah hukum Islam dan hukum adat. Hukum Islam merupakan salah satu bahan hukum bagi pembangunan hukum dan banyak telah menjadi hukum positif Indonesia. Lodewijk Willem Christian van de Berg (1845 - 1927) menyatakan bahwa hukum Islam itu berlaku di Indonesia untuk orang Islam. Pendiriannya ini kemudian terkenal dengan teori *Receptio in Complexu*.⁹ Hukum Islam resepsi menjadi hukum setempat (hukum Nasional).

Hukum pidana Islam dikenal tiga macam jarimah (tindak pidana) yaitu: (1) jarimah *hudud*, (2) jarimah *Qishas-diyat*, (3) jarimah *ta'zir*.¹⁰ Ketiga jarimah ini mempunyai kelenturan dalam penerapannya yang dapat dijadikan sebagai bahan pembaharuan hukum pidana nasional. Hukum Pidana Islam menawarkan berbagai bentuk pemidanaan yang dapat dipilih oleh hakim sebagai hukuman yang tepat. Hukum pidana Islam memberikan perlindungan kepada korban, pelaku, masyarakat dan negara.¹¹

Dilihat dari sisi kebijakan hukum pidana model penyelesaian yang ditawarkan hukum pidana Islam menarik untuk dikaji untuk dijadikan kebijakan legislatif dalam menyusun Rencana hukum nasional Indonesia yang akan datang (*sebagai ius constituendum*). Menurut Abdul Qadir Zallum Penyelenggaraan peradilan Hukum Islam tidak dilakukan secara berjenjang dan rumit, sebab kedudukan para hakim adalah sama.¹² Proses peradilan pidana di Indonesia sangat panjang dan melelahkan.

Rumusan Masalah

Permasalahan yang akan diteliti dalam penelitian ini adalah bagaimana model penyelesaian alternatif perkara pidana menurut hukum Islam yang dapat dijadikan model penyelesaian perkara pidana pembunuhan biasa di Indonesia?

⁹ Sayuti Thalib, *Receptio A Contrario (Hubungan Hukum adat dengan Hukum Islam)*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 4-5.

¹⁰ Muhammad Syahrur, *Limitasi Hukum Pidana Islam*, Wali Songo Press, Semarang, 2008, hlm.16

¹¹ Jimly ashiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995, hlm. 251-258

¹² Asadulloh Al-Faruq, *Hukum Acara Peradilan Islam*, Penerbit Pustaka Yustisa, Yogyakarta, 2009, hlm. 115

Tujuan Penelitian

Penelitian hukum ini mempunyai tujuan yang sejalan (sinkron) dan sesuai (konsisten) dengan permasalahannya, untuk menemukan model penyelesaian alternatif perkara pidana pembunuhan dalam hukum Islam relevansinya dengan pembangunan hukum pidana Indonesia.

Metode Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif, yaitu penelitian terhadap azas-azas hukum, dan penelitian perbandingan hukum.¹³ Penelitian ini meneliti azas-azas hukum pidana dan hukum pidana Islam. Jenis data adalah data yang diambil dari bahan pustaka yaitu data sekunder. Data sekunder yang meliputi : 1. bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat yang terdiri dari : (1) Norma atau kaedah dasar, yakni pembukaan UUD 1945; (2) Peraturan Dasar yaitu batang tubuh UUD 1945; (3) Peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan Peradilan Pidana; (4) bahan hukum yang tidak terkodifikasi yaitu Al-Quran, Al-Hadist; dan pendapat para ulama fiqh (fuqaha); (5) bahan hukum dari zaman penjajahan yang masih berlaku yaitu terjemahan Wet Boek Van Strafrech yang telah menjadi KUHP; 2. bahan hukum sekunder, yang memberi penjelasan mengenai bahan hukum primer yaitu karya-karya ilmiah para sarjana, hasil penelitian, rancangan KUHP; 3. bahan hukum tersier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, yaitu kamus hukum, koran, ensiklopedia.¹⁴

Metode yang digunakan dalam analisis data adalah deskriptif kualitatif yaitu menguraikan data, menggambarkan gejala-gejala yang muncul dalam praktik penyelenggaraan peradilan pidana. Pendekatan yang dilakukan yaitu pendekatan kualitatif yang merupakan tata cara penelitian yang menghasilkan data deskriptif.

Data dari studi literatur dan perundang-undangan ditelusuri, dianalisis yang kemudian ditarik azas hukum apa yang ada dalam undang-undang

¹³. Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986, hlm. 51

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 52

tersebut. Sebagai contoh azas peradilan cepat dan biaya ringan dalam hukum acara pidana, azas keadilan, dan lain-lainnya. Dalam KUHAP terdapat sejumlah pasal yang merupakan kaedah hukum, ditelusuri untuk menemukan azas hukumnya. Selanjutnya dilakukan penelusuran hukum Islam untuk menemukan azas sebagai model penyelesaian kasus tindak pidana.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Model Penyelesaian Alternatif Perkara Pidana Menurut Hukum Islam yang Dapat Dijadikan Model Penyelesaian Kasus Tindak Pidana Pembunuhan Biasa di dalam Hukum Pidana Indonesia

Dimaksud model adalah paraktik penelenggaraan penyelesain perkara pidana pembunuhan biasa dalam tradisi *fiqh jinayah*. Model penyelesaian ini dapat dijadikan kebijakan hukum pidana Indonesia dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia.

Pengertian kebijakan pidana adalah:¹⁵ 1) kebijakan pidana (*criminal policy*) adalah suatu usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat; 2) kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan apa yang dicita-citakan. Penanggulangan dan pencegahan tindak pidana dengan menggunakan hukum pidana (*panal afligation*) dan dengan tidak menggunakan pidana (*without panal*) tetapi menggunakan sarana lain diluar hukum pidana. Yaitu melakukan pencegahan dengan melihat penyebab terjadinya kejahatan. Masalah-masalah sosial dan masalah kemanusiaan, ekonomi dan lain-lain dapat menyebabkan terjadinya kejahatan. Pengintegralan kedua pendekatan ini perlu dilakukan dalam rangka pencegahan dan penanggulan kejahatan.

Hukum pidana Islam (*Fiqh Jinayah*) mengenal tiga model dalam menyelesaikan tindak pidana (*jarimah*) qishas-diyat yaitu tindak pidana (*jarimah*) pembunuhan biasa atau pembunuhan karena kelalaian yaitu: 1) model penyelesaian *qishas*; 2) model penyelesaian *maaf-diyat*; 3) model *maaf*

¹⁵ Mahmud Mulyadi, *Criminal Policy*, Pustaka Bangsa Press, Medan, 2008, hlm. 65

tanpa diyat. Ketiga model ini ditarik dari tafsir Quran surat Al-Baqroh ayat 178.¹⁶

Ketiga model ini diterapkan dalam praktik peradilan pidana Islam sampai saat ini. Dalam perkembangan sistem peradilan pidana modern saat ini dikenal dengan model penyelesaian *restorative justice* yaitu pola penyelesaian dengan pendekatan keadilan substantif dalam masyarakat, bukan pola penegakan hukum dengan pola keadilan undang-undang atau keadilan formal. Dalam sistem *restorative justice* sistem mencoba memberdayakan korban dan masyarakat di dalam proses pemidanaan yang bekerja dalam sistem peradilan pidana.¹⁷ selanjutnya dikatakan oleh Umar pola penyelesaian melalui lembaga pemaafan ini relevan dengan gagasan penerapan *restorasi justice*.¹⁸

Pola penyelesaian model *qishas-diyat* dapat ditelusuri dengan cara penyelesaian menggunakan litigasi dan non litigasi. Cara atau model penyelesaian dengan litigasi yaitu menerapkan *qishas* atau balasan setimpal jika pelaku tidak mendapat maaf dari korban. Pengadilanlah yang akan memutuskan untuk menyatakan bahwa pelaku jarimah dieksekusi *qishas*. Model penyelesaian jarimah kedua yaitu menerapkan cara non litigasi atau negosiasi dimana penyelesaian dilakukan dengan negosiasi damai antara korban dengan pelaku dengan cara bahwa pelaku jarimah diberi maaf oleh korban atau keluarga korban dengan cara membayar diyat atau kerugian jika cara ini disepakati maka pembayaran diyat dapat membebaskan pelaku jarimah dari hukuman *qishas*. Model ketiga yaitu pola penyelesaian pemberian maaf dari korban atau keluarga korban tanpa membayar diyat ataupun denda tetapi hakim bisa menghukum pelaku jarimah diyat dengan *ta'zir*.

Sistem hukum Islam tidak mengadakan pembagian seperti hukum barat yaitu pembagian hukum publik dan hukum perdata atau privat secara tegas. Hukum pidana masuk dalam hukum publik. Menurut sistem hukum barat masalah hukum publik itu adalah ranah penyelesaiannya oleh negara. Masalah-

¹⁶ Departemen Agama RI, Al-Quran dan Terjemahnya. Pt. Syaamil Cipta Media, hlm. 26

¹⁷ Umar al-Tamimi, *Op. Cit.*, hlm. 453.

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 453.

masalah keperdataan adalah rana penyelesaian oleh interpersonal atau antar pribadi.

Sistem hukum islam hanya menyebutkan saja jenis hukumnya misalnya hukum pidana (*jinayah*), hukum perkawinan (*munakahat*). Alasannya dalam hukum publik seperti hukum pidana terdapat segi-segi perdatanya. Menurut hukum pidana Islam pembunuhan sengaja dan pembunuhan karena kelalaian adalah ranah penyelesaiannya diserahkan pada korban,¹⁹ sebab yang dirugikan bukan negara, namun negara bisa saja menjatuhkan hukuman berupa *ta'zir* jika hakim meyakini bahwa perbuatan pelaku jarimah mengganggu ketertiban umum. Misalnya pelaku pembunuhan dengan kelalaian secara ugal-ugalan menjalankan kendaraannya yang menyebabkan terganggunya ketertiban lalu-lintas. Bentuk penyelesaian jarimah qishas-diyat ini korban dapat menentukan jenis hukuman yaitu berupa hukuman *qishas* atau balas yang sama, atau bisa memaafkan dengan membayar denda (*diyat*), bahkan bisa memaafkan tanpa membayar denda atau diyat. Jika korban menentukan hukuman qishas maka pengadilanlah yang mengeksekusi. Namun jika korban atau keluarga korban menentukan diyat maka denda *diyat* itu seluruhnya diserahkan kepada korban atau keluarga korban.

Menurut konsep pidana Islam pembunuhan sengaja atau pembunuhan-tidak sengaja tidak merusak tertiban umum, sebab masyarakat tidak merasakan akan akibat takut atau resah atau berpikiran akan menjadi korban berikutnya. Pelaku jarimah ini hanya menaruh niat jahat pada korban saja, maka atas dasar berpikir inilah maka sesungguhnya yang harus dilindungi itu adalah korban dan keluarga korban.²⁰

Sesungguhnya dalam konsep model penyelesaian jarimah qishas-diyat ini terkandung nilai keluhuran akhlak dan kasih sayang, dimana dalam praktik peradilan Rasulullah selalu mengedepankan kasih sayang dengan moral dalam menyelesaikan jarimah *qishas-diyat*. Nabi mendorong supaya tidak menggunakan pembalasan namun mengedepankan pemberian maaf:

¹⁹ Muhammad Syahrur, *Op. Cit.*, hlm. 33

²⁰ Muhammad Syahrur, *Ibid.*, hlm. 34

“sepengetahuan saya setiap ada perkara *qishas* dilaporkan kepada Rasulullah SAW, maka beliau selalu memerintahkan agar dimaafkan” (HR Annas bin Malik). Sehubungan dengan pemaafan para ulama sepakat tentang pemaafan *qishas*, bahkan lebih utama dari pada menuntutnya. Hal ini didasarkan pada firman Allah: “maka barang siapa mendapat pemaafan dari saudaranya, hendaklah ia mengikutinya dengan baik, dan membayar *diyat* (tebusan) dengan baik pula. Yang demikian itu keringanan dan rahmat dari Tuhanmu. Barang siapa melampau batas setelah itu, maka ia akan mendapat azab yang pedih” (QS.2:178). “barang siapa melepaskan (hak *qishas*) nya, maka itu (menjadi) penebus dosa baginya...” (QS.5:45).

Dari kedua firman Allah di atas jelaslah bahwa Hukum pidana Islam mengedepankan penyelesaian dengan mengedepankan pemaafan dari pada membalas. Inilah salah satu model penyelesaian yang solutif. Penyelesaian jarimah model ini sekaligus menepis anggapan barat bahwa hukum pidana Islam bar-bar dengan hukuman *qishas*-nya sebagai pembalasan jiwa dibalas jiwa, melukai dibalas dilukai. Dikatakan ini tidak cocok dengan peradaban manusia modern. Kita dapati sebuah kasus penganiayaan yang diminta Nabi menyelesaikannya, korban mengaku telah ditusuk dengan tanduk oleh pelaku jarima penganiayaan dan meminta Nabi membalas baginya atas perbuatan pelaku tersebut. Atas pengaduan tersebut Nabi memberikan penyelesaiannya supaya korban bersabar menunda pelaksanaan *qishas*-nya sampai sembuh luka tusuknya, namun lelaki itu tidak sabar dan mendesak Rasulullah. Rasulullah melaksanakan *qishas* terhadap laki-laki pelaku penusukan tersebut. Beberapa hari kemudian lelaki korban itu datang kepada Rasulullah, ya Rasulullah aku telah pincang, sedangkan yang dihukum *qishas* itu tidak pincang. Rasul bersabda: “sesungguhnya aku telah melarangmu untuk melakukan *qishas* waktu itu, tetapi engkau tidak mematuhi perkataanku. Maka Allah memberikan kebinasaan kepadamu dan telah sia-sia pincangmu”.

Sehubungan dengan peristiwa tersebut dapat dimaknai bahwa Nabi meminta ditundanya pelaksanaan *qishas* menunggu sampai sembuh luka korban adalah dimaksud supaya masa jeda tersebut memberikan kesempatan

kepada korban untuk memberi maaf kepada pelaku, karena Nabi menginginkan pemberian maaf daripada *qishas*.

Qishas bukan cara penyelesaian hukum pidana yang baik. Memang *qishas* hanyalah hak anak adam tetapi bukan cara penyelesaian hukum yang terbaik. Allah lebih suka bagi yang memaafkan. Nabi bersabda “tidaklah seseorang memaafkan orang yang zalim itu melainkan Allah menambah kepadanya kemuliaan (HR.Ahmad, Muslim, Tirmizi).

Berkenaan dengan *Qishas* hadits-hadits dan firman Allah hanya bersifat mengatur dan membatasi pelaksanaan *qishas*. *Qishas* sesungguhnya tradisi kaum yahudi yang kemudian disempurnakan oleh Islam.²¹ Seseungguhnya cara penyelesaian yang terbaik adalah memberi maaf bukan dengan pembalasan (*qishas*).

Model penyelesaian *diyat* dan maaf dalam konsep Islam sangat relevan dan dapat diterima oleh bangsa Indonesia. Nilai-nilai luhur yang menjadi budaya suka memberi maaf dan menyelesaikan masalah dengan mengedepankan musyawarah adalah keperibadian yang sangat dipelihara dan dikembangkan sejak nenek moyang bangsa Indonesia dulu kala.

Model-model penyelesaian ini memungkinkan dapat diterapkan dalam kasus tindak pidana di Indonesia dengan cara perdamaian yang melibatkan korban dengan pelaku dan masyarakat. Model ini sesungguhnya telah ditetapkan sebagai penyelesaian perkara pidana anak. Penyelesaian perkara anak diupayakan dengan melibatkan korban dengan pelaku dan masyarakat dengan upaya diversifikasi. Sebuah proses penyelesaian model *restorative justice* (*restorative justice model*). Penyelesaian dengan menggunakan proses *projustitia* dilakukan jika tidak terjadi penyelesaian diversifikasi.

Pengaturan Model Penyelesaian alternatif Perkara Pidana menurut Hukum Islam dapat dijadikan Model Penyelesaian Tindak Pidana di Indonesia

Pengaturan Model penyelesaian *jarimah qishas-diyat* secara legalistik dirumuskan dalam Kitab Suci Al-Quran dan Al-Hadits. Pengaturannya secara tegas dan termasuk ayat *Qoth'i* dalam Al-Quran dan Al-Hadits sehingga tidak

²¹. Muhammad Syahrur, *Ibid*, hlm. 31

menimbulkan perbedaan dalam memahaminya. Jarimah *qishas-diyat* diatur secara khusus dalam Al-Quran dan Al-Hadits yang terdiri dari jarimah pembunuhan sengaja, pembunuhan tidak sengaja dan penganiayaan semi sengaja dan tidak sengaja.

Formulasi hukuman *jarimah qishas-diyat* dalam hukum pidana Islam adalah unik. Tidak seperti hukum positif Barat yang menggolongkan kejahatan pembunuhan atau penganiayaan dalam aspek pidana murni, hukum Islam menyertakan aspek perdatanya. Sebagaimana yang dikatakan Daud Ali "hukum Islam tidak membedakan (dengan tajam) antar hukum perdata dengan hukum publik. Ini disebabkan karena menurut sistem hukum Islam pada hukum perdata terdapat segi-segi publik dan pada hukum publik ada segi-segi perdatanya".²² Bahkan menurut Syahrur aspek ini yang lebih dominan meskipun tidak mengabaikan aspek pidananya.²³ Kalau dalam perspektif hukum positif kejahatan tersebut menyangkut kepentingan publik, sehingga wewenang untuk menjatuhkan hukuman sepenuhnya ada di tangan negara, tanpa campur tangan korban sedikitpun untuk menghapus atau mengganti hukuman. Sementara dalam hukum pidana Islam pihak korban atau para walinya bisa memaafkan hukuman *qishas* untuk diganti dengan hukuman diyat yang diserahkan kepada mereka. Sebagaimana firman Allah dalam Surat Al-Isra': "**... dan barang siapa dibunuh secara zalim**, maka sungguh kami telah memberi kekuasaan kepada walinya..."(QS.17:33). Menurut tafsir departemen agama maksud kekuasaan disini ialah hak ahli waris yang terbunuh atau penguasa untuk menuntut *qishas* atau diyat.

Syahrur berpendapat pada dasarnya dalam pandangan hukum Islam, secara umum korban tidak memiliki hak untuk memaafkan hukuman, sehingga ketentuan pada jarimah *qishas-diyat* ini merupakan pengecualian, dimana pemaafan hukuman *qishas-diyat* pada jenis jarimah tersebut dipandang tidak akan menghawatirkan keamanan dan ketertiban umum.²⁴ Dalam persepektif Hukum pidana Islam pengampunan tersebut adalah hak *adami*.

²² Daud Ali, *Op. Cit.*, hlm. 57

²³ Muhammad Syahrur, *Ibid.*, hlm. 33.

²⁴ .Muhammad Syahrur, *Ibid.*, hlm. 34.

Model penyelesaian *jarimah qishas-diyat* dalam hukum pidana Islam yang melibatkan korban tidak dirumuskan dalam ketentuan tertulis layaknya dalam sistem model penyelesaian kasus pidana Indonesia yang menggunakan mekanisme sistem peradilan pidana yang menggunakan hukum formil, hukum materiil, dan hukum pelaksanaan. Dalam hukum Pidana Islam sepenuhnya diselesaikan diluar sistem peradilan pidana. Model penyelesaian *jarimah qishas diyat* ini sesungguhnya diadopsi oleh hukum adat. Ketentuan penyelesaiannya dilakukan dalam majelis peradilan adat.

Hukum pidana adat mengenal penyelesaian adat dengan membayar *tepung tawar*.²⁵ Penyelesaian model adat tidak diformulasi secara tertulis dalam kitab undang-undang namun ditaati oleh masyarakat sebagai hukum yang berlaku. Model perumusan hukum pidana adat ini sesungguhnya diakui oleh kalangan sarjana barat. Eugen Erlich mensyaratkan bahwa hukum positif baru akan mempunyai daya laku efektif apabila selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*Living law*).²⁶ Menurut Meuwissen hukum yang validitas dalam arti “keberlakuan” adalah suatu kaidah hukum jika memenuhi syarat-syarat diantaranya adalah keberlakuan sosial atau faktual. Kaidah tersebut diterima dan diberlakukan oleh masyarakat umum.²⁷ Dari uraian diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa model formulasi hukum pidana Islam tidak terkodifikasi seperti hukum barat, demikian juga hukum pidana adat tidak mensyaratkan kodifikasi suatu aturan dalam sebuah kitab undang-undang, namun mempunyai daya kepastian hukum dan putusannya dapat diterima dalam penyelesaian konflik hukum.

Model penyelesaian di luar peradilan pidana sesungguhnya sudah dimulai dengan gagasan *restorative justice*. Model penyelesaian ini menghendaki pelibatan korban, masyarakat dan pelaku dalam menyelesaikan tindak pidana. Namun

²⁵ Tepung Tawar merupakan satu kearifan lokal yang masih hidup di beberapa komunitas masyarakat adat yang ada di Nusantara, khususnya masyarakat Melayu di Sumatera dalam proses penyelesaian konflik yang terjadi di masyarakat adat Deli; Sumatera Utara dan masyarakat adat Rejang di Bengkulu. dilakukan untuk memulihkan dan menyeimbangkan suatu kondisi sosial yang dirusak.

²⁶ . Erwi Danil, “konstitusionalitas Penerapan Hukum adat Dalam Penyelesaian Perkara pidana”, *Jurnal Konstitusi* No. 3 Vol. 9 September 2012.

²⁷ . Munir Fuady, *Teori-Teori besar (Grand theory) dalam Hukum*, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 124.

dalam pelaksanaannya masih terbatas pada tindak pidana pelanggaran yang diancam dengan pidana denda. Dalam Pasal 82 KUHP telah adanya penyelesaian di luar pengadilan (*afdoening buiten proces*). Demikian juga model penyelesaian tindak pidana anak yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 adanya penyelesaian diversifikasi dalam perkara anak.²⁸ Anak yang berkonflik dengan hukum pidana yang diancam dengan pidana dibawah lima tahun harus dilakukan penyelesaian dengan diversifikasi melibatkan korban, masyarakat dan pelaku penyelesaian tidak menggunakan hukum pidana. Model penyelesaian model hukum pidana *qishas diyat* sangat relevan dijadikan model penyelesaian tindak pidana yang hanya merugikan korban, dan tidak merugikan masyarakat dan negara untuk dimasukkan dalam rancangan perubahan KUHP Indonesia.

Model Penyelesaian Alternatif Perkara Pidana Menurut Hukum Pidana Islam Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.

Model penyelesaian perkara pidana menurut hukum Islam sangat relevan dengan pembaharuan hukum pidana Indonesia. Apa yang menjadi ukuran relevansi hukum Islam dalam rangka pembaharuan hukum pidana Nasional (KUHP)?

Persepektif hukum Islam dalam konstitusi UUD 1945. Di bawah Bab Agama, dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 dinyatakan bahwa Negara (Republik Indonesia) berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Menurut Hazairin dalam bukunya Demokrasi Pancasila yang dikutip oleh Daud Ali.²⁹ (1) Dalam negara Republik Indonesia tidak boleh terjadi berlaku sesuatu yang bertentangan dengan kaidah-kaidah Islam bagi ummat Islam, atau yang bertentangan dengan kaidah-kaidah agama Nasrani bagi ummat Nasrani, atau yang bertentangan dengan kaidah-kaidah ummat Hindu-Bali bagi orang-orang Hindu-Bali, atau bertentangan dengan kaidah-kaidah kesusilaan bagi orang-orang Budha. Ini berarti bahwa di dalam Negara Republik Indonesia tidak boleh berlaku atau diberlakukan hukum yang bertentangan dengan norma-norma (hukum) agama dan norma kesusilaan bangsa Indonesia; (2) Negara

²⁸ Diatur dalam Pasal 5 ayat (3) UU RI No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak

²⁹ Daud Ali, *Op. Cit.*, hlm. 7

Republik Indonesia wajib menjalankan syari'at Islam bagi orang Islam, syari'at Nasrani bagi orang Nasrani, dan syari'at Hindu-Bali bagi orang Bali.

Mantan menteri Kehakiman era Orde Baru Ali Said menjelaskan bagaimana kedudukan Hukum Islam dalam hukum nasional. Penjelasan beliau disampaikan dalam forum simposium pembaharuan Hukum Perdata Nasional di Yogyakarta 21 Desember 1981. Menurut beliau, di samping hukum Adat dan hukum *eks* Barat, hukum Islam menjadi salah satu sumber bahan baku pembentukan hukum nasional.³⁰

Posisi atau kedudukan hukum agama sebagai bahan hukum pembangunan atau pembaharuan hukum nasional sangat sentral. Sila pertama Pancasila adalah Ketuhanan Yang Maha Esa. Sila ini merupakan prima kausa dari segala sesuatunya. Dalam praktik ada suatu yang telah mentradisi dalam pengundangan dan putusan hakim wajib dicantumkan kata-kata "dengan Rahmat Tuhan Yang Maha Esa" dalam surat Keputusan Hakim harus mencantumkan kata-kata berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa" pencantuman kata-kata tersebut adalah rukun dan keharusan. Artinya Surat putusan hakim batal demi hukum apabila tidak memuat kata-kata tersebut.

Praktik umat Islam memberlakukan hukum Islam sebagai bagian dari praktik keimanan. Secara normatif Hukum Islam ditaati dalam kehidupan mereka sebatas yang tidak memerlukan aturan negara. Semakin kuat iman maka semakin taat dalam melaksanakan hukum Islam dan disitu suasana ketertiban dan kedamaian semakin terpelihara dan terasa. Demikian pula dalam tata hukum nasional banyak produk undang-undang yang menjadi hukum Islam sebagai hukum positif.

Praktik dalam penyelesaian konflik hukum pidana jarimah *qishas diyat* dalam hukum pidana Islam mendahulukan model penyelesaian bukan pembalasan (*qishas*). Asas musyawarah adalah salah satu asas dalam hukum

³⁰Kumpulan Makalah Penataran staf Pengajar Hukum Islam PTN/PTS Tingkat Nasional angkatan I, diselenggarakan oleh UI Depok 10-14 Juli 1995.

Islam sudah menjadi bagian kehidupan (budaya) masyarakat Indonesia yang kemudian melembaga menjadi hukum adat. Dalam asas ini setiap persoalan diselesaikan dengan cara melibatkan semua pihak yang berkepentingan dalam mencari solusi terbaik untuk kepentingan semua pihak. Praktik penyelesaian *jarimah qishas* selalu melibatkan korban atau keluarga korban dan pelaku dalam menentukan opsi atau pilihan hukuman apakah hukuman *qishsas*, maaf dengan *diyat*, atau maaf tanpa *diyat*. Pihak korban harus mempertimbangkan keadaan pelaku dan korban itu sendiri dan tidak boleh berlebihan dalam menentukan *diyat*. Apabila telah disepakati maka harus dijalankan secara konsisten, tidak boleh ada kezaliman oleh salah satu pihak. Artinya korban tidak boleh memeras pelaku dan pelaku tidak boleh mengingkari apa yang telah disepakati. Apabila kedua belah pihak telah berazam maka harus bertawakkal pada Allah, ini merupakan komitmen moral yang harus dipelihara oleh kedua belah pihak.

Menurut Hukum pidana Islam³¹ bahwa *jarimah qishsas diyat* yang menentukan hukuman adalah korban sebab penentuan jenis *jarimah* ini adalah hak adami bukan hak negara seperti yang didapati dalam sistem hukum pidana Barat. Ini pintu masuk untuk dapat menyelesaikan dengan model musyawarah, dan sekaligus sebagai perlindungan terhadap korban.

Apa yang menjadi ukuran relevansi hukum pidana Islam khususnya *jarimah qishsas-diyat* dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional (KUHP)? Menurut Mohammad Taufiq Makarao³² ada tiga ukuran yaitu (1) relevansi yuridis, (2) relevansi sosiologis, (3) relevansi filosofis, (4) harus dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah. Keempat ukuran ini dapat dijadikan kebijakan pidana khususnya masalah yang berhubungan dengan pengundangan dan perumusan oleh legislatif.

Relevansi yuridis dimaksud adalah bahwa proses pemberlakuan suatu hukum pidana harus sesuai dengan prosedur pemberlakuan yang berlaku. Menurut Jimly Asshiddiqie³³ (1995:159) untuk menentukan relevansi yuridis

³¹ Muhammad Syahrur, *Op.Cit.*, hlm. 16.

³² Mohammad Taufiq Makarao, *Pembaharuan hukum Pidana Indonesia*, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2005, hlm.

³³ Daud Ali, *Op.Cit.*, hlm. 7

harus dilihat apakah untuk mengadopsi tradisi-tradisi hukum pidana Islam memiliki landasan yang bersifat yuridis. Pada uraian terdahulu telah dibahas bahwa secara konstitusional pemberlakuan hukum Islam dalam tata hukum Indonesia mendapat kedudukan yang sama dengan pemberlakuan sistem hukum-hukum yang lainnya. Bahkan secara tegas Hazairin sebagai guru besar hukum adat dan hukum Islam pada Universitas Indonesia dalam bukunya "Demokrasi Pancasila" yang dikutip Daud Ali menafsirkan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 bahwa di negara Republik Indonesia tidak boleh berlaku hukum yang bertentangan dengan kaidah-kaidah Islam bagi umat Islam. Hal ini dapat disimpulkan bahwa hukum Islam (hukum Pidana Islam) dapat dijadikan sebagai bahan pembaharuan hukum pidana nasional. Relevansi sosiologis, bahwa pemberlakuan hukum pidana Islam khusus *jarimah qishas diyat* harus didasarkan pada penerimaan masyarakat atau mendapat legitimasi. Menurut Meuwissen hukum yang validitas dalam arti "keberlakuan" adalah suatu kaidah hukum jika memenuhi syarat-syarat sebagai berikut antara lain³⁴: keberlakuan sosial atau faktual. Kaidah tersebut diterima dan diberlakukan oleh masyarakat umum. Khususnya masyarakat Indonesia yang majemuk. Secara sosiologis penduduk Indonesia adalah mayoritas muslim dalam praktik keseharian mereka secara normatif telah mentaati hukum Islam. Menurut Jimly Asshiddiqie bahwa sekarang ini ada kecenderungan masyarakat Islam menginginkan diadopsinya hukum pidana Islam. Hal ini seiring dengan semakin meningkatnya kesadaran muslim Indonesia mengkaji sumber-sumber Hukum Islam.³⁵ Dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional tentu hukum pidana Islam khususnya *jarimah diyat* harus diselaraskan dengan konteks dan waktu.

Relevansi filosofi, apakah pemberlakuan pidana Islam (*jarimah diyat*) tidak bertentangan dengan cita-cita hukum berdasarkan Pancasila. Menurut Jimly Asshiddiqie secara filosofis, tradisi pidana dari sumber *fiqh* Islam yang akrab di kalangan mayoritas penduduk Indonesia, mempunyai landasan filosofis yang kuat untuk dijadikan sumber bagi usaha pembaharuan hukum pidana

³⁴ B.Arief Sidharta, Refleksi Tentang Ilmu Hukum: Sebuah penelitian tentang fundasi kefilosafatan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia, 2013. hlm. 124

³⁵ Jimli Ashsiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995, hlm. 254

nasional. Sila Ketuhanan Yang Maha Esa dalam Pancasila yang merupakan sila pertama, utama, dan menyinari serta mengayomi keempat sila yang lainnya, sangat memungkinkan dikembangkan sistem hukum yang religius. Karena itu bersumber hukum yang bersifat religius seperti hukum pidana Islam sangat relevan untuk digali dalam rangka pembentukan hukum pidana nasional (KUHP).³⁶

Relevansi keilmuan, harus dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah, khususnya sejalan dengan teori modern mengenai pidana dan pemidanaan. Secara keilmuan sistem hukum pidana Islam sangat relevan untuk dijadikan bahan pembaruan hukum nasional. Hal ini menurut Jimly Asshiddiqie didasarkan pada beberapa kenyataan.³⁷

- a. Ada kecenderungan umum bahwa sistem hukum modern sekarang ini tidak lagi berusaha memisahkan secara tegas perbedaan antara hukum pidana dengan hukum perdata, baik dalam rangka proses penuntutannya maupun dalam sistem sanksi hukumnya. Hal ini sejalan dengan tradisi hukum Islam, yang untuk hal-hal tertentu seperti dalam peristiwa pidana berupa pembunuhan dan pelukaan, unsur perdatanya tetap diakui dan diatur sebagaimana mestinya.
- b. Sejalan dengan kecenderungan pertama, maka sistem sanksi ganti kerugian dalam peristiwa pidana juga mulai dikembangkan. Artinya sistem hukum kontemporer, mulai memberikan perhatian kepada kepentingan korban dalam peristiwa-peristiwa pidana tertentu.
- c. Namun, perhatian kepada kepentingan korban itu, hingga sekarang masih belum seimbang, apabila dibandingkan dengan perkembangan perhatian kepada kepentingan tersangka atau terpidana. Ketimpangan perhatian itu dapat dilihat dalam hal-hal berikut:
 - 1) Dari sudut kepentingan tersangka, terdakwa, atau terpidana, terdapat kecenderungan yang kuat dalam berbagai teori ilmu hukum modern, untuk semakin memperhatikan kepentingan mereka. Dari segi terdakwa, bahkan muncul pendekatan ilmiah yang disebut "*The defendant's perspective*". Sementara itu dari sudut terpidana, muncul berbagai teori yang secara ekstrim merekomendasikan dihapuskannya pidana mati, disederhanakan dan dimanusiawikannya lembaga penjara, dan bahkan ada pula yang mengusulkan supaya pidana penjara dihapuskan.
 - 2) Dari segi institusi pidana (sanksi Pidana) nya sendiri, ketidakseimbangan perhatian terhadap kepentingan korban dan pelaku delik itu juga masih terlihat dalam pengelompokan pidananya. Dalam konsep Rancangan KUHP Baru, perhatian kepada korban terdapat dalam institusi pidana ganti

³⁶ *Ibid.*, hlm. 253

³⁷ *Ibid.*, hlm. 251

rugi yang dirumuskan sebagai pidana tambahan. Sedangkan perhatian terhadap terpidana tercermin dalam kategorisasi pidana mati sebagai pidana pokok yang bersifat khusus. Pengkhususan pidana mati ini dilakukan dengan mengembangkan yang lebih manusiawi dengan orientasi pembinaan dan pemasyarakatan terpidana.

3) Malahan dalam berbagai teori, terutama karena pengaruh kriminologi dan viktimologi, pengertian korban kejahatan itu sendiri maupun pengertian kesalahan dalam setiap peristiwa pidana, diperluas sedemikian rupa sehingga korban juga turut dipersalahkan sebagai penyebab timbulnya kejahatan. Sementara perhatian kepada kepentingan korban itu sendiri belum cukup berkembang, mereka malah mulai dituntut untuk juga bertanggung jawab atas kejahatan yang menyebabkan mereka sendiri menjadi korban.

d. ketimpangan itu erat kaitannya dengan pendekatan yang dipakai dalam merumuskan konsep sanksi pidana. Dalam teori modern, sanksi pidana dilihat terlepas dari bentuk atau jenis kejahatan atau objek yang diancam oleh kejahatan. Sedangkan dalam tradisi pidana Islam, perumusan sanksi dikaitkan dengan objek yang diancam dan jenis kejahatan yang dilakukan pelaku. Karena itu, sistem pidana Islam secara mudah dapat memberikan perhatian yang seimbang baik kepada pelaku kejahatan maupun kepada korban kejahatan itu. Sejauh menyangkut ketimpangan tersebut, maka tradisi pidana Islam dapat dijadikan contoh dalam rangka pembentukan KUHP Baru.

Penutup

Adapun kesimpulan dari hasil penelitian adalah model penyelesaian alternatif perkara pidana menurut Hukum Islam dengan cara memberi maaf kepada pelaku oleh korban atau keluarga korban sejalan dengan asas musyawarah yang hidup dan terpelihara dalam menyelesaikan masalah. Asas memberi maaf dan meminta maaf sudah menjadi suatu budaya bangsa Indonesia. Terdapat beberapa hal yang sangat relevan yaitu: a. relevansi yuridis: Pasal 29 ayat (1 dan 2) UUD 1945 memberikan kedudukan Hukum Islam dapat dijadikan hukum positif; b. relevansi sosiologis: Secara sosiologis penduduk Indonesia adalah mayoritas muslim dalam praktik keseharian mereka secara normatif telah mentaati hukum Islam. sekarang ini ada kecenderungan masyarakat Islam menginginkan diadopsinya hukum pidana Islam. Hal ini seiring dengan semakin meningkatnya kesadaran muslim Indonesia mengkaji sumber-sumber Hukum Islam; c. relevansi filosofis: secara filosofis, tradisi pidana dari sumber *fiqh* Islam yang akrab di kalangan mayoritas penduduk Indonesia, mempunyai landasan filosofis

yang kuat untuk dijadikan sumber bagi usaha pembaharuan hukum pidana nasional. Sila Ketuhana Yang Maha Esa dalam Pancasila yang merupakan sila pertama, utama, dan menyinari serta mengayomi keempat sila yang lainnya, sangat memungkinkan dikembangkan sistem hukum yang religius. Karena itu bersumber hukum yang bersifat religius seperti hukum pidana Islam sangat relevan untuk digali dalam rangka pembentukan hukum pidana nasional (KUHP); d. relevansi keilmuan: Ada kecenderungan umum bahwa sistem hukum modern sekarang ini tidak lagi berusaha memisahkan secara tegas perbedaan antara hukum pidana dengan hukum perdata, baik dalam rangka proses penuntutannya maupun dalam sistem sanksi hukumnya. Hal ini sejalan dengan tradisi hukum Islam, yang untuk hal-hal tertentu seperti dalam peristiwa pidana berupa pembunuhan dan pelanggaran, unsur perdatanya tetap diakui dan diatur sebagaimana mestinya. Hendaknya legislatif dan eksekutif dalam merumuskan tindak pidana pembunuhan biasa dan kejahatan terhadap badan serta kelalaian yang menyebabkan matinya orang lain memasukkan denda sebagai pidana pokok dan penyelesaian model diversifikasi dengan merestorasi kepentingan korban dan masyarakat dalam KUHP Nasional.

Daftar Pustaka

Buku

- Abdussalam, H.R., *Sistem Peradilan Pidana*, Restu Agung, Jakarta, 2007.
- Al-Faruq, Asadulloh, *Hukum Acara Peradilan Islam*, Penerbit Pustaka Yustisa, Yogyakarta, 2009.
- Ashsiddiqie, Jimli, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995.
- Daud Ali, Mohammad, *Asas-Asas Hukum Islam (hukum Islam II): Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, CV Raja Wali, Jakarta, 1991.
- Fuady, Munir, *Teori-Teori besar (Grand theory) dalam Hukum*, Kencana, Jakarta, 2013.
- Muhammad, Rusl, *Sistem Peradilan Pidana*, UII Press, Yogyakarta, 1999.
- Nawai Arief, Barda, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Soekanto, Soerjono, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986.
- Syahrur, Muhammad, *Limitasi Hukum Pidana Islam*, Wali Songo Press, Semarang, 2008.

Taufik Makarao, Mohammad, *Pembaharuan hukum Pidana Indonesia*, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2005.

Thalib, Sayuti, *Receptio A Contrario (Hubungan Hukum adat dengan Hukum Islam)*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.

Artikel Jurnal

Al-Tamimi, Umar, "Lembaga Pemaafan sebagai Alternatif penyelesaian perkara Pidana perseptif Hukum Islam", *Jurnal Diskursus Islam* Vol. I No. 3 Desember 2013

Danil, Erwi, "konstitusionalitas Penerapan Hukum adat Dalam Penyelsaian Perkara pidana", *Jurnal Konstitusi* No. 3 Vol. 9 September 2012.

Muhammad, Rusli, "Agenda Reformasi Sistem Peradilan Pidana", *Jurnal Hukum UII*, No. 11 Vol. 6-1999.

Makalah

Kumpulan Makalah Penataran staf Pengajar Hukum Islam PTN/PTS Tingkat Nasional angkatan I, diselenggarakan oleh UI Depok 10-14 Juli 1995

Internet

Fiansyah, Rahmat, *laporan tahunan Mahkamah Agung tahun 2013*, Kompaskom, 26 Februari 2014. <https://www.mahkamahagung.go.id/images/LTMARI-2013.pdf>



JH Ius Quia Iustum is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited

Pengelolaan Sumber Daya Energi Berbasis Lingkungan dalam Rangka Mewujudkan Negara Kesejahteraan

I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, Edi As'Adi, dan Sartika Bani Kharisma
Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret
Jln. Ir. Sutami No. 36 A, Jebres, Surakarta, Kota Surakarta, Jawa Tengah
ayu_igk@yahoo.com; 454dilaw@gmail.com; tika.kharisma11@gmail.com

Naskah diterima: 4/11/2016; revisi: 29/11/2016; disetujui: 23/12/2016

Abstract

Today the energy resource management in realizing the prosperity concept as the aspiration of Indonesia people tends to threat the sustainability of living environment of Indonesian people that, in fact, also becomes the objective of state to protect all Indonesia people and all areas of Indonesia. Based on the explanation of this background, the problems in living environment-based energy resource management for Indonesia people arise. Those problems include first, the legal-politic in managing the energy resource today; second, inconsistency of legal politics in the energy resource management towards the sustainability of living environment and third, legal politics in managing the living environment-based energy resource in future. This is a normative research that concluded that first, normatively and sociologically, the management of the energy resource today tends to ignore any values of living environment-based local wisdoms. Second, capitalism and liberalism in energy resource management today tends to threat the sustainability of living environment of Indonesia people. Third, in future, there is a need for legal politics of the integral, comprehensive and continuous living environment based energy resource management.

Keywords : Resources; energy; legal politics; environment; prosperity ental

Abstrak

Dewasa ini pengelolaan sumber daya energi dalam mewujudkan konsep kemakmuran yang menjadi cita-cita bangsa Indonesia cenderung mengancam kelestarian lingkungan hidup bangsa Indonesia yang sejatinya juga menjadi tujuan negara untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Bertolak dari uraian latar belakang tersebut muncul problematika pengelolaan sumber daya energi berbasis lingkungan hidup bagi rakyat Indonesia. Tiga pokok persoalan yang muncul adalah: *pertama*, politik hukum pengelolaan sumber daya energi saat ini. *Kedua*, inkonsistensi politik hukum pengelolaan sumber daya energi terhadap kelestarian lingkungan hidup. *Ketiga*, politik hukum pengelolaan sumber daya energi yang berbasis lingkungan hidup di masa depan. Jenis penelitian ini merupakan penelitian normatif. Hasil penelitian menyimpulkan: *pertama*, secara normatif dan sosiologis pengelolaan sumber daya energi saat ini cenderung mengabaikan nilai kearifan lokal yang berbasis lingkungan hidup. *Kedua*, kapitalisasi dan liberalisasi pengelolaan sumber daya energi saat ini cenderung mengancam kelestarian lingkungan hidup bangsa Indonesia. *Ketiga*, di masa depan perlu adanya politik hukum pengelolaan sumber daya energi berbasis lingkungan hidup secara terintegral, komprehensif dan berkesinambungan.

Kata-kata Kunci: Sumber daya; energi; politik hukum; lingkungan; kesejahteraan

Pendahuluan

Sumber daya energi pada dasarnya sebagai kekayaan negara yang semestinya tetap dilindungi dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat Indonesia. Secara normatif pemikiran tersebut di atas sesuai dengan landasan politik hukum dan demokrasi ekonomi Indonesia. Di dalam konstitusi Pasal 33 ayat (1), (2) dan (3) Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 disebutkan bahwa: (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas *azas kekeluargaan*; (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara; (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Bertolak dari konsep kemakmuran rakyat di atas, dapat dipahami bahwa pada dasarnya pengelolaan sumber daya energi memiliki esensi pokok untuk menunjang keberlangsungan hidup rakyat Indonesia dalam memenuhi kebutuhan hidupnya. Pemikiran demikian adalah wajar dan sesuai kodrat atau sifat dasar manusia sebagai makhluk ekonomi (*homo economicus*) yang rasional (atau *a rational maximize*) selalu berkeinginan untuk memuaskan kepentingannya pribadinya (*his satisfactions-what we shall call his "self interest"*).¹

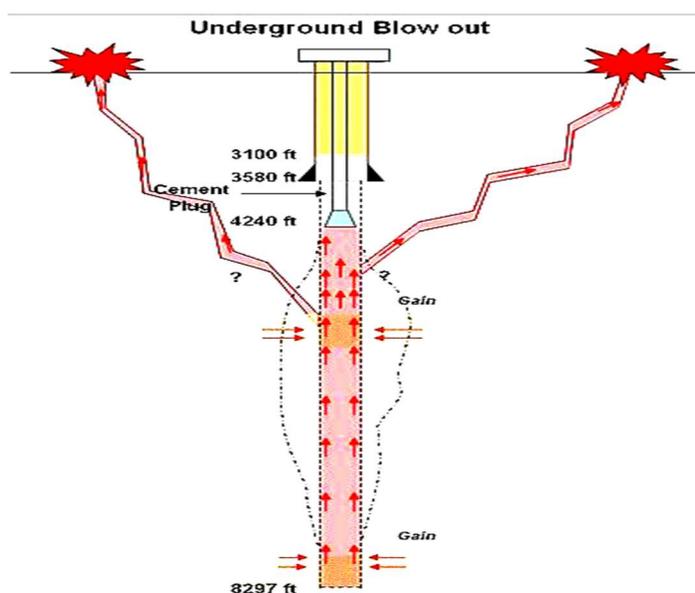
Namun demikian, seiring perkembangan jumlah kebutuhan energi yang cenderung semakin meningkat seperti sekarang ini, pengelolaan sumber daya energi dewasa ini cenderung mengabaikan kelestarian lingkungan hidup yang semestinya menjadi basis pengelolaan sumber daya energi secara berkesinambungan, komprehensif dan terintegral serta linier dengan kebutuhan manusia akan lingkungan yang baik dan sehat.² Bila pengelolaan sumber daya energi hanya didasarkan kepada kebutuhan ekonomi masyarakat secara terus-menerus dan mengabaikan kelestarian lingkungan hidup niscaya dapat membahayakan keselamatan ekologi dan ekosistem lingkungan hidup negara Indonesia. Fakta menunjukkan bahwa kesalahan dalam pengelolaan sumber daya energi sangat berdampak luas terhadap kelestarian lingkungan hidup dan

¹ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Fifth.ed.AspenPublishers, New York, 1998, hlm. 3-5.

² Baca selengkapnya dalam Pasal 28 H ayat (1) UUD NRI 1945.

mengancam kehidupan masyarakat di sekitarnya. Kasus *mal* kelola sumber daya energi yang terjadi Maret 2006 di wilayah sungai Barantas Porong Sidoarjo Jawa Timur oleh PT. Lapindo menjadi bukti bahwa kelestarian lingkungan hidup lebih penting dibandingkan dengan kebutuhan energi.

Banjir lumpur panas Sidoarjo, juga dikenal dengan sebutan Lumpur Lapindo (Lula) atau Lumpur Sidoarjo (Lusi), adalah peristiwa menyemburnya lumpur panas di lokasi pengeboran Lapindo Brantas Inc. di Dusun Balongnongo Desa Renokenongo, Kecamatan Porong, Kabupaten Sidoarjo, Jawa Timur, Indonesia, sejak 29 Mei 2006. Semburan lumpur panas selama beberapa bulan ini menyebabkan tergenangnya kawasan permukiman, pertanian, dan perindustrian di tiga kecamatan di sekitarnya, serta memengaruhi aktivitas perekonomian di Jawa Timur, seperti terlihat dalam ragaan berikut ini:³



Sejalan dengan itu, Liek Wilardjo mengingatkan, bahwa setiap manusia adalah hidup di planet yang anta (*finite*), namun manusia selalu berulah seolah-olah sumber daya alam yang ada di bumi ananta (*infinite*) tidak akan habis, negara-negara Timur dan Selatan yang terbelakang dan miskin tidak dapat mencegah ledakan penduduk, sedangkan negara-negara Barat dan Utara yang maju dan kaya tidak dapat menahan nafsu konsumtifnya.⁴ Oleh sebab itu, di tengah dinamika

³ <https://id.wikipedia.org/>, "Banjir Lumpur Panas Sidoarjo", diakses pada 14 Juli 2016.

⁴ Liek Wilardjo, *Menerawang di Kala Senggang*, Fakultas Teknik Elektro dan Program Pascasarjana Studi Pembangunan Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga, 2009, hlm.14.

keterbatasan sumber daya energi tersebut dibutuhkan upaya pengelolaan sumber daya energi berbasis lingkungan hidup.

Berdasarkan pendapat Liek Wilardjo di atas, seakan seluruh elemen dan rakyat Indonesia diajak untuk sejenak merenungkan bahwa sesungguhnya dibalik kebutuhan energi yang cenderung semakin meningkat ada kebutuhan yang jauh lebih penting untuk kehidupan seluruh umat manusia termasuk seluruh rakyat Indonesia, yakni kebutuhan manusia terhadap kelestarian lingkungan hidup. Bertolak dari uraian di atas, muncul problematika pengelolaan sumber daya energi berbasis lingkungan hidup bagi rakyat Indonesia.

Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, penelitian ini akan mengkaji: *pertama*, bagaimana politik hukum pengelolaan sumber daya energi saat ini? *Kedua*, bagaimana inkohherensi politik hukum pengelolaan sumber daya energi mengancam kelestarian lingkungan hidup? *Ketiga*, bagaimana politik hukum pengelolaan sumber daya energi yang berbasis lingkungan hidup di masa depan?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan menganalisis: *pertama*, politik hukum pengelolaan sumber daya energi saat ini. *Kedua*, inkohherensi politik hukum pengelolaan sumber daya energi mengancam kelestarian lingkungan hidup. *Ketiga*, politik hukum pengelolaan sumber daya energi yang berbasis lingkungan hidup di masa depan.

Metode Penelitian

Dalam penelitian ini digunakan metode yuridis normatif. Pendekatan penelitian menggunakan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan kasus. Dalam penelitian ini data yang diperlukan adalah data sekunder, yaitu data yang bukan diusahakan sendiri pengumpulannya oleh peneliti.⁵ Data sekunder berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan terkait dengan

⁵ Soerjono Soekamto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 2006, hlm. 51 Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.*, hlm. 56.

materi muatan yang diteliti dan dikaji, putusan pengadilan (Putusan MK terkait pembatalan perundang-undangan di tingkat pusat), yurisprudensi terkait. Bahan hukum sekunder berupa laporan-laporan dan data tertulis terkait dengan kajian yang akan dibahas, jurnal dan *text book* terkait materi kajian. Bahan hukum tersier berupa kamus hukum. Untuk memberikan penajaman dan elaborasi data lebih lanjut dilakukan *Focus Group Discussion* (FGD) dengan melibatkan pihak-pihak pemangku kepentingan. Data sekunder menggunakan identifikasi isi dengan metode studi kepustakaan, dimana metode ini digunakan dalam rangka memperoleh data sekunder, yaitu mengumpulkan data berupa buku-buku ilmiah yang berhubungan dengan masalah yang diteliti, dokumen-dokumen, peraturan perundangan yang sesuai dan lain sebagainya dengan membaca dan mengkajinya. Dalam penelitian ini digunakan teknik analisis kualitatif, mengingat data yang terkumpul sebagian besar merupakan data kualitatif. Metode kualitatif ini digunakan karena beberapa pertimbangan. *Pertama*, menyesuaikan metode kualitatif lebih mudah apabila berhadapan dengan kenyataan ganda. *Kedua*, metode ini lebih dapat menyesuaikan diri dengan banyak penajaman pengaruh bersama dan terhadap pola-pola nilai yang dihadapi.⁶

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Politik Hukum Pengelolaan Sumber Daya Energi di Indonesia

Secara eksplisit definisi lingkungan hidup dijelaskan di dalam Pasal 1 angka 1, 2 dan 3 UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (PPLH) adalah kesatuan ruang dengan semua benda, daya keadaan, dan makhluk hidup termasuk manusia dan perilakunya yang mempengaruhi alam itu sendiri, kelangsungan perikehidupan, dan kesejahteraan manusia serta makhluk hidup lain. Oleh karena itu, untuk mencegah kerusakan lingkungan hidup sebagai akibat dari pengelolaan sumber daya energi perlu adanya upaya perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup, melalui pembangunan berkelanjutan yang menjamin keutuhan lingkungan hidup, serta keselamatan kemampuan, kesejahteraan, dan mutu hidup generasi masa kini dan generasi masa depan.

⁶ Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, PT. Remaja Pustaka, Bandung, 2007, hlm. 10.

Secara konseptual salah satu pilar *grand design* sistem dan politik hukum nasional adalah prinsip bahwa hukum mengabdikan pada kepentingan bangsa untuk memajukan negara dan menjadi pilar demokrasi serta tercapainya kesejahteraan rakyat.⁷ Berkembangnya tuntutan yang meluas agar kebijakan-kebijakan resmi negara yang pro lingkungan dapat tercermin dalam bentuk perundang-undangan yang mengikat untuk ditaati oleh semua pemangku kepentingan (*stakeholders*).⁸ Dengan demikian, politik hukum pengelolaan sumber daya energi semestinya berbasis kepada lingkungan hidup.

Senada dengan *grand design* di atas, secara filosofis di dalam pertimbangan umum UU 32 Tahun 2009 tentang PPLH ditegaskan bahwa pada dasarnya lingkungan hidup yang baik dan sehat merupakan hak asasi setiap warga negara Indonesia yang dijamin oleh konstitusi Pasal 28H UUD NRI Tahun 1945, hanya dapat dicapai dengan diselenggarakannya pembangunan ekonomi berdasarkan prinsip pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan sesuai Pasal 33 ayat (4) UUD NRI Tahun 1945.

Pemikiran politik hukum seperti itu sejalan dengan prinsip pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan yang disepakati di dalam deklarasi dan perjanjian internasional melalui konferensi PBB tentang Lingkungan dan Pembangunan (*United Nation Conference on Environment and Development*) di Rio de Janeiro, Tahun 1992, sebagaimana dikutip oleh Adji Samekto, sebagai berikut:⁹ a. prinsip keadilan antar generasi (*intergenerational equity*); b. prinsip keadilan dalam satu generasi (*intragenerational equity*); c. prinsip pencegahan dini (*Precautionary*); d. prinsip perlindungan keragaman hayati (*conservation of biological diversity*); e. prinsip internalisasi biaya lingkungan.

Namun demikian, pengelolaan Sumber Daya Energi (SDE) di Indonesia cenderung kontraproduktif dengan apa yang digariskan oleh *United Nation*

⁷ Barda Nawawi Arief, *Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke 1 s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 tentang UUD 1945 Sebagai Landasan Konstitusional Grand Design Sistem dan Politik Hukum Nasional*, Cetakan Ketiga, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Pustaka Magister, Semarang, 2011, hlm. 133-134.

⁸ I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, "Penguatan Fungsi Lingkungan Hidup Melalui Penegakan Hukum Lingkungan Sesuai Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup", *Yustisia*, Nomor 78, September-Desember 2009, hlm. 74.

⁹ FX. Adji Samekto, *Keterkaitan Kapitalisme Dengan Konsep Pembangunan Berkelanjutan dan Implementasi Konvensi Keanekaragaman Hayati dalam Kajian Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies)*, Undip, Semarang, 2003, hlm.150-151.

Conference on Environment and Development serta prinsip-prinsip pembangunan berkelanjutan dan berwawasan lingkungan yang digariskan oleh konstitusi negara RI di atas, secara normative gejala *mal* kelola SDE tersebut dapat diketemukan di dalam beberapa undang-undang terkait energi sebagai berikut:

Tabel 1: Politik Hukum Pengelolaan SDE Migas saat ini¹⁰

Aspek Hukum	UU No. 44/60 dan UU No. 8/71	UU No. 22/2001	Uraian
1. Landasan Konstitusi	Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945	Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945	Substansi UU Migas tidak berdasarkan Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945 dan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999
2. Falsafah Usaha Migas	Pengelolaan dan Pengusahaan migas untuk Sebesar-besarnya kemakmuran rakyat	Pengelolaan dan Pengusahaan migas atas dasar kepemilikan investasi asing/swasta dan persaingan bebas (Pasal 12 ayat (3))	Bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945, karena perusahaan asing akan menguasai industri Migas nasional.
3. Kuasa Usaha Pertambangan/ Kuasa Pertambangan Migas	Meliputi: Eksplorasi, Eksploitasi, pemurnian dan Pengolahan, Pengangkutan dan Penjualan (UU No.44 Tahun 1960)	Meliputi: Eksplorasi dan Eksploitasi	Bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945, karena hasil kegiatan Pemurnian, Pengolahan, Pengangkutan dan Penjualan mempengaruhi hajat hidup orang banyak.
4. Migas sebagai sumber daya alam strategis (Pasal 33 Ayat (3) UUD Negara RI Tahun 1945)	Kuasa Usaha Pertambangan Migas diberikan kepada Perusahaan Negara. (Pasal 11 ayat (1) dan (2) UU No. 8 Tahun 1971	Kuasa/wewenang melakukan kegiatan usaha eksplorasi dan eksploitasi diserahkan oleh Pemerintah langsung kepada investor swasta (asing dan nasional)	Bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945, karena negara hanya mengatur dan mengawasi eksplorasi dan eksploitasi dan negara tidak menguasainya.

¹⁰ Edi As'Adi, *Rekonstruksi Regulasi Energi Nasional Dalam Melindungi Hak Rakyat Atas Energi Berbasis Hukum Progresif: Studi Regulasi Harga Keekonomian Bahan Bakar Minyak Bersubsidi*, Undip, Semarang, 2015, hlm. 219-224.

5. Cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak.	Dilaksanakan hanya oleh Perusahaan Negara sebagai Kuasa Usaha Pertambangan	Diserahkan kepada mekanisme pasar dalam usaha liberalisasi	Bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945, karena cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak diserahkan kepada perusahaan milik orang perorang (swasta asing/nasional)
6. Pola Industri Migas Nasional	Terintegrasi dan tidak mengenal istilah hulu dan hilir (Pasal 6 ayat (1))	Hulu dipisahkan dari hilir (<i>unbundling</i>) (Pasal 10)	Biaya/harga produk BBM dan non BBM akan lebih mahal karena setiap sektor kegiatan mempunyai biaya dan profit tersendiri. Hal ini juga bertentangan dengan trend industri migas dunia.
7. Bentuk BUMN Migas	Berdasarkan UU tersendiri sesuai Pasal 1 UU No. 9 Tahun 1969	BUMN Persero berdasarkan PP menyimpang dari UU No. 1 Tahun 1995tentang Perseroan	BUMN Migas (Persero) harus tunduk kepada UU No. 5 Tahun 1999
8. Fungsi Perusahaan Negara Migas	Melaksanakan sendiri usaha migas dari hulu sampai hilir	Harus menjadi kontraktor Badan Pelaksana (BHMN), sedang di hilir hanya setelah memperoleh izin dari Badan Pengatur, termasuk kegiatan yang menggunakan asset perusahaan negara sendiri. (Pasal 60)	Negara tidak lagi menyetujui pengusahaan Migas karena wewenang melakukan kegiatan eksplorasi dan eksploitasi diserahkan Pemerintah langsung kepada swasta (asing/nasional). Pada kegiatan sektor hilir melalui perizinan, kegiatan dilakukan berdasarkan mekanisme pasar.
9. Ciri usaha migas yang diinginkan	Bukan monopoli, namun PP mengenai pengaturan harga BBM membuat perusahaan swasta (asing/nasional) tidak tertarik untuk masuk ke pasar BBM dalam negeri	Bukan monopoli, selama daya beli masyarakat di bawah harga pasar, perusahaan baru tidak ingin masuk dan monopoli akan	Liberalisasi pasar BBM dalam negeri tidak tercapai selama daya beli masyarakat masih di bawah harga pasar.

	(Pasal 13b UU No. 8 Tahun 1971)	berlanjut.	
10. Lingkup Kontrak Kerjasama	Meliputi kegiatan eksplorasi, eksploitasi, pemurnian dan pengolahan, pengangkutan dan penjualan (Kontrak Karya). Atas kebijakan devisa tertutup oleh pemerintah, pihak asing hanya meneruskan kerja sama dalam kegiatan eksplorasi dan eksploitasi dan menarik diri dari kegiatan hilir serta menjual semua assetnya kepada BUMN.	Meliputi kegiatan eksplorasi dan eksploitasi	Kegiatan pemurnian dan pengolahan pengangkutan dan penjualan tidak perlu kerja sama dan hanya diberi izin oleh pemerintah, hal mana bertentangan dengan Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945.
11. Lapangan kerja di Daerah Penghasil Migas	Bentuk usaha terintegrasi dari pemerintah masih menjamin berlangsungnya perusahaan lapangan-lapangan minyak marginal di daerah.	Memaksa penutupan lapangan-lapangan minyak marginal saat harga Migas turun.	Peningkatan pengangguran di daerah lapangan marginal dan ditutupnya kilang pengolahan kecil.
12. Pengaturan dan pengawasan	Dilakukan oleh Pemerintah sendiri (Pasal 16 UU No. 44 Tahun 1960)	Dilakukan oleh Badan Pengatur yang dibentuk oleh Pemerintah (Pasal 44 dan 46)	Tumpang tindih dengan DESDM c/o Ditjen Migas serta menambah pengeluaran negara.
13. Kepentingan Daerah	a. Peran Pemda terdapat dalam Persetujuan AMDAL, masalah tanah, pengaturan HET minyak tanah dan penerimaan sebagian perolehan Negara.	a. Peran Pemda terdapat dalam Persetujuan AMDAL, masalah tanah, pengaturan HET minyak tanah dan penerimaan sebagian perolehan Negara.	a. Harga BBM ditentukan pasar dan akan berbeda-beda pada setiap daerah. b. Perolehan Daerah Tingkat I dan II tergantung hasil perundingan pejabat DESDM yang tidak memiliki akuntabilitas public.

	b. Perolehan daerah tingkat I dan II dari penerimaan Negara terjamin besarannya karena adanya jaminan penerimaan Negara minimal 60% dari penerimaan bersih usaha KPS Pertamina.	b. Tidak terdapat jaminan penerimaan negara.	c. Pemda tidak lagi menentukan HET minyak tanah di wilayahnya.
14. Harga BBM	Ditetapkan oleh Pemerintah (Pasal 13b)	Diserahkan pada Persaingan Usaha (Mekanisme Pasar) (Pasal 28 ayat (2))	<p>a. Timbul perbedaan harga antar daerah/pulau yang dapat memicu disintegrasi bangsa dan menimbulkan kecemburuan sosial.</p> <p>b. Bertentangan dengan praktek kebijaksanaan harga BBM di setiap negaradi mana pemerintah ikut mengatur harga BBM sesuai dengan kebijaksanaan energi dan ekonomi nasional setiap negara, komoditas BBM tidak termasuk dalam agenda WTO.</p>
15. Pengaturan Pengawasan (Regulator dan Pengawas)	<p>a. Dilakukan oleh Pemerintah seluruhnya (Pasal 16 UU No. 44/60)</p> <p>b. Pertamina bukan regulator, hanya Pemegang kendali management KPS, Penetapan wilayah kerja dan penandatanganan kontrak dengan KPS hanya dapat dilakukan setelah memperoleh persetujuan Pemerintah</p>	<p>Pengawasan dan Pengaturan sebagian diserahkan kepada badan-badan ekstra structural (Badan Pelaksana dan badan Pengatur) yang masing-masing bertanggung jawab kepada Presiden seperti juga masing-masing menteri.</p>	<p>Pada implementasinya akan menimbulkan kekacauan dan kerancuan mengenai pertanggung jawaban (akuntabilita) publik</p>

16. Keterkaitan Pada Sumber Energi Lain	Pengalokasian sumber daya energi lainnya dimungkinkan dilakukan oleh Pemerintah lewat kebijaksanaan harga BBM.	Karena harga BBM diserahkan pada mekanisme harga pasar, maka pemerintah tidak punya sarana untuk pengalokasian SDE lainnya.	SDE non minyak akan semakin sulit untuk dikembangkan karena pengembangannya tergantung pada tingkat harga BBM yang sudah sepenuhnya diserahkan kepada mekanisme pasar.
---	--	---	--

Sumber: diolah dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-I/2003

Liberalisasi dan kapitalisasi pengaturan pengelolaan sumber daya energi nasional tidak hanya terjadi pada sektor minyak dan gas bumi seperti disebutkan didalam tabel di atas, namun juga terjadi di sektor ketenagalistrikan seperti dilihat di dalam Undang-Undang 30 Tahun 2007 Tentang Energi berikut ini:

Tabel 2 : Politik Hukum Pengelolaan SDE menurut UU No. 30 Tahun 2007, UU No. 8 Tahun 1971 dan UU 22 Tahun 2011¹¹

No	Aspek	UU No. 8 Tahun 1971	UU No. 22 Tahun 2001	UU No. 30 Tahun 2007
1	Materi	Tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi, 14 bab dan 34 pasal	Minyak dan Gas Bumi; 14 bab dan 67 pasal	Sumber daya energi; 10 bab dan 34
2	Fungsi Minyak	Untuk Perekonomian negara dan kepentingan pertahanan dan keamanan nasional	Untuk pembangunan nasional dan kesejahteraan rakyat	peningkatan kegiatan ekonomi dan ketahanan nasional
3	Sistem	Sentralistik/ <i>Top-down</i>	Sentralistik	sentralistik
4	Pemerintah	Provider	Pemegang kuasa pertambangan	regulator (Pasal 4)
5	Peran serta masyarakat	Ada namun tidak menonjol	Ada dengan dilibatkannya masyarakat menjalankan kegiatan usaha	Ada, dalam hak dan kewajiban (Pasal 19 Ayat 1 dan Ayat 2) melalui penyerapan tenaga kerja dan

¹¹ Edi As'Adi, *Ibid.*, hlm. 2013.

			hulu dan hilir (Pasal 9)	pendidikan untuk meningkatkan prfesionalitas suber daya manusia dan partisipasi masyarakat untuk menjadi anggota Dewan Energi Nasional
6	Perijinan Kegiatan Usaha	Diatur melalui rapat RUPS dan persetujuan presiden	Izin usaha Hulu diberikan melalui kontrak kerja sama dan izin usaha hilir dipermudah dengan pemberian izin usaha pengolahan, pengangkutan, penyimpanan dan usaha niaga. (Pasal 23)	Izin Usaha Energi diberikan oleh pemerintah kepada badan usaha
7	Ketentuan Baru		Pemisahan kegiatan usaha hulu dengan hilir, pengaturan harga minyak ditentukan oleh pasar minyak dunia, kewajiban pemerintah dan pemerintah daerah memberikan subsidi bagi rakyat tidak mampu	Patokan pengaturan harga energi didasarkan kepada prinsip keekonomian berkeadilan (Pasal 7)

Berdasarkan uraian tabel 1 dan 2 di atas, dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya politik hukum pengelolaan SDE yang ada saat ini cenderung lebih mengutamakan nilai keuntungan ekonomi ketimbang nilai kelestarian lingkungan hidup. Dengan demikian, bila hal semacam itu dibiarkan terus berjalan maka dikhawatirkan kerusakan lingkungan hidup akan semakin meluas dan massif. Oleh karena itu, untuk mencegah terjadinya kerusakan lingkungan diperlukan kemauan politik dari para pemimpin negara untuk menciptakan energi bersih (*clean energy*).

Terkait dengan uraian tabel di atas, upaya pengelolaan SDE yang berbasis lingkungan hidup pada dasarnya telah menjadi agenda-agenda internasional dan nasional selama ini, baik yang dimulai dari deklarasi Stockholm 28 Mei 1968, Deklarasi Rio de Janeiro 3 s/d 14 Juni 1992 (dalam WCED, UNCED, UNFCCC), KTT WSSD 2-12 September 2002 di Johannesburg dan Deklarasi Quebec, Kanada Mei 2002,¹² selanjutnya dalam (Conference of Parties/COP) Ke-21 Konvensi Kerangka Kerja PBB tentang Perubahan Iklim di Paris, 29 November 2015, Presiden Barack Obama akan meluncurkan *Clean Energy Initiative* dengan mengajak 19 negara, termasuk Indonesia.¹³ Dengan demikian, paradigma politik hukum pengelolaan SDE yang saat ini cenderung berorientasi ekonomi sudah saatnya digeser kepada paradigma kelestarian lingkungan hidup.

Inkoherensi Politik Hukum Pengelolaan Sumber Daya Energi Mengancam Kelestarian Lingkungan Hidup

Seperti telah dijelaskan pada bagian di atas, bahwa *mal* kelola SDE dapat dikatakan sebagai bentuk pengabaian terhadap kelestarian lingkungan hidup. Tindakan demikian tentu merupakan salah satu bentuk pelanggaran hak asasi manusia yang dijamin konstitusi Pasal 28 H ayat (1) UUD 1945 serta Undang-Undang 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Semestinya pelanggaran konstitusi dalam pengelolaan SDE dapat diminimalisir bilamana politik hukum pengelolaan SDE senantiasa berbasis lingkungan hidup. Seperti ditegaskan dalam Pasal 44 paragraf 9 tentang Peraturan Perundang-undangan Berbasis Lingkungan Hidup, selengkapnya berbunyi : Setiap penyusunan peraturan perundang-undangan pada tingkat nasional dan daerah wajib memperhatikan perlindungan fungsi lingkungan hidup dan prinsip perlindungan dan pengelolaan lingkungan hidup sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam undang-undang ini.

Unsur lingkungan hidup menjadi salah satu unsur penting bagi keberhasilan bekerjanya hukum dari sebuah produk hukum terkait pengelolaan SDE. Menurut Talcott Parsons dalam teori *sybernitika* "Societies: Evolutionary and Comparative

¹² I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, *Pengantar Hukum Lingkungan*, Cakrabooks, Surakarta, 2014, hlm.8-42.

¹³ <https://m.tempo.co/read/news/2015/11/30/206723341/jokowi-diminta-bicara-energi-bersih-di-cop-ke-21>, diakses tanggal 14 Juli 2016.

Perspectives” 1966 dan “The System of Modern Societies” 1971, menjelaskan bahwa pergulatan di antara variabel-variabel bekerjanya hukum terjadi tarik menarik atau konflik antara faktor energi politis dan energi pasar atau ekonomi, dan dalam pembentukan hukum terkait pengelolaan SDE energi nasional kecenderungan yang paling kuat adalah variabel ekonomi dibandingkan politis.¹⁴

Politik hukum di era reformasi sampai dengan sekarang ini cenderung bernuansa liberalis kapitalisme, terbukti secara yuridis sudah cukup banyak fakta hukum yang menunjukkan terjadinya inkonsistensi politik hukum pengelolaan SDE yang cenderung menyimpang dari UUD NRI 1945, antara lain adalah Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 83/PUU-XI/2013 tentang pembayaran ganti rugi terhadap korban bencana lumpur Sidoarjo; Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 001-021/PUU-I/2003 tentang uji materiil UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan; Putusan Mahkamah Konstitusi RI No.002/PUU-I/2003 tentang uji materiil UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, Putusan Mahkamah Konstitusi RI No.36/PUU-X/2012 tentang uji materiil UU No. 22 Tahun 2001 tentang pembubaran BP Minyak dan Gas Bumi.¹⁵

Fakta hukum di atas juga menunjukkan bahwa kapitalisasi dan liberalisasi pengelolaan SDE di era reformasi selain cenderung dapat mengancam kelestarian lingkungan hidup, ternyata sangat bertentangan dengan konsep kemakmuran (*welfare state*) atau tujuan negara yang telah digariskan oleh landasan filosofis (*filosofische grondslag*) yang dirumuskan dalam cita-cita kebenaran (*idée der waarheid*) dan cita-cita keadilan (*idée der gerechtigheid*).¹⁶

Politik Hukum Pengelolaan Sumber Daya Energi Yang Berbasis Lingkungan Hidup Di Masa Depan

Berdasarkan uraian pada bagian sebelumnya dapat dikatakan bahwa politik hukum pengelolaan sumber daya energi yang berbasis lingkungan hidup di masa depan barangkali hanya dapat dicapai dengan meletakkan falsafah Pancasila (*grundnorms*) dan sekaligus sebagai dasar negara dan landasan filosofis (*filosofische*

¹⁴ Edi AS'Adi, *Ibid.*

¹⁵ Edi As'Adi, *Ibid.*, baca juga dalam Sekjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, *Himpunan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2004.

¹⁶ Amiroedin Syarif, *Perundang-undangan Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hlm. 91.

grondslag) politik hukum energi nasional yang menjiwai setiap landasan hidup secara sosiologis dan yuridis. Politik hukum tertinggi terdapat dalam UUD NRI 1945 yang memuat arah kebijakan hukum yang harus dijalankan sesuai dengan tujuan nasional yang hendak dicapai dan berdasarkan pada Pancasila yang termaktub dalam Pembukaan UUD NRI 1945. Nilai-nilai dasar yang ada pada Pancasila sebagai rambu-rambu pembangunan hukum nasional terdiri dari empat kaidah penuntun hukum yang harus dipedomani dalam pembangunan hukum. *Pertama*, hukum yang dapat menjaga integrasi (keutuhan kesatuan) baik ideologi maupun teritori sesuai dengan tujuan nasional. *Kedua*, hukum nasional harus dibangun secara demokratis dan nomokratis, mengandung partisipasi dan menyerap aspirasi melalui mekanisme yang *fair*, transparan dan akuntabel. *Ketiga*, hukum nasional harus mampu menciptakan keadilan sosial, memperpendek jurang kesenjangan. *Keempat*, hukum harus menjamin toleransi beragama yang berkeadaban antar pemeluknya.¹⁷ Kaidah penuntun hukum tersebut harus dituangkan dalam tertib pembentukan peraturan perundang-undangan yang dirintis sejak saat perencanaan sampai dengan pengundangnya supaya tidak kehilangan arah atau tujuan (*loss purpose*) untuk mewujudkan negara hukum yang demokratis.¹⁸

Daniel S. Lev mengingatkan bahwa untuk memahami sistem hukum di tengah-tengah transformasi politik harus diamati dari mulai bawah dan diperhatikan pula peran sosial politik apa yang diberikan orang kepadanya, karena lebih kuatnya konsentrasi energi politik, maka menjadi lebih beralasan bahwa otonomi hukum di Indonesia diintervensi oleh politik.¹⁹

Keikutsertaan Indonesia ke dalam organisasi perdagangan dunia (*World Trade Organizations*) adalah era baru intervensi politik ekonomi dunia terhadap arah kehidupan politik hukum di Indonesia. Karl Deutsh pernah mengemukakan relasi WTO terhadap kedaulatan hukum energi nasional masing-masing negara anggotanya. Deutsh mengatakan: "*di dunia dewasa ini, negara...adalah sesuatu yang tidak bisa diabaikan namun juga tidak memadai. Negara adalah alat paling utama untuk*

¹⁷ Mohammad Mahfud MD., *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2007, hlm. 48 - 49.

¹⁸ I Gusti Ayu Ketut Rachmi Handayani, "Formulasi *Legislative Drafting* yang Ideal dalam Rangka Mewujudkan Negara Hukum yang Demokratis dan Menuju Nilai-nilai Lingkungan" *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Volume 22, No. 3 Juli 2015, hlm. 385.

¹⁹Daniel S. Lev, *Islamic Courts in Indonesia*, University of California Press, Berkeley, 1972, hlm. 2.

menjalankan sesuatu dan menghadapi banyak problem. Tetapi negara tak memadai untuk mengatasi bertambahnya problem kehidupan dan kematian warga negaranya.”²⁰

Sejalan dengan Deutsh di atas, Gianfranco Poggi mengemukakan bahwa pengaruh kapitalisme dan liberalisme dalam sebuah proses politik hukum sekarang ini cenderung mendominasi, selengkapnya Poggi mengatakan bahwa :“...capitalism is system of power. It entails the self perpetuating dominance of the capital owning class over...”.²¹

Berdasarkan pemikiran Karl Deutsh dan Gianfranco Poggi di atas, sebaiknya politik hukum di masa depan khususnya dalam pengelolaan SDE Indonesia meliputi substansi, struktur dan kulturnya, baik secara filosofis, yuridis, maupun sosiologis harus tetap dilandasi oleh nilai-nilai Pancasila (grundnorms dan filosofische grondslag) dengan basis lingkungan hidup, demi terwujudnya cita-cita negara untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tanah air Indonesia yang dikelola secara arif bijaksana untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Meskipun sekarang ini gelombang global ekonomi sangat sulit dihindari, seperti dikatakan oleh George Soros, yaitu bahwa “...we have a global economy without a global society...”²² dan selanjutnya Thurow mengatakan bahwa, “...the world is going to have a global economy without a global government...”²³.

Penutup

Berdasarkan uraian pembahasan di atas, dapat ditarik kesimpulan sebagai benang merah dari ketiga pokok permasalahan tersebut. *Pertama*, politik hukum terkait pengelolaan SDE yang ada sekarang ini cenderung mengutamakan kepentingan ekonomi sesaat serta relatif lebih banyak diwarnai oleh kepentingan-kepentingan pasar liberalis dan kapitalisasi SDE dibandingkan nilai pengelolaan SDE yang berdasarkan nilai falsafah Pancasila dan berbasis lingkungan hidup.

²⁰Wayne Parson, *Public Policy; An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*, London UK, Edward Elgar Publishing, 2001, Ltd, alih bahasa oleh Tri Wibowo Budi Santoso, *Public Policy; Pengantar Teori dan Praktek Analisis Kebijakan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, hlm.24-25. Baca juga dalam Edi As’Adi, *Loc.Cit.*

²¹ Elli Ruslina, *Dasar-Dasar Perekonomian Indonesia dalam Penyimpangan Mandat Konstitusi UUD Negara Tahun 1945*, Jakarta, Total Media dan P3IH FH. Universitas Muhammadiyah Jakarta, 2013, hlm.171.

²² George Soros, *Open Society, Reforming Global Capitalism*, Public Affairs, New York, 2006, Baca juga dalam Edi As’Adi, *Loc.Cit.*, hlm.2

²³ Lester. C. Thurow, *Creating Wealth; The New Ruler for Individual, Companies and Countries in a Knowledge Based Economy*, Nicholas Brealy, London, 2000, hlm.8.

Kedua, politik hukum pengelolaan SDE cenderung inkonstitusional, seperti terlihat di dalam fakta-fakta hukum berupa putusan Putusan Mahkamah Konstitusi RI No.83/PUU-XI/2013 tentang pembayaran ganti rugi terhadap korban bencana lumpur Sidoarjo; Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 001-021/PUU-I/2003 tentang uji materiil UU No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan; Putusan Mahkamah Konstitusi RI No.002/PUU-I/2003 tentang uji material UU No.22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, Putusan Mahkamah Konstitusi RI No.36/PUU-X/2012 tentang uji materiil UU No. 22 Tahun 2001 terhadap pembubaran BP Minyak dan Gas Bumi. *Ketiga*, politik hukum di masa depan khususnya dalam pengelolaan SDE Indonesia meliputi substansi, struktur dan kulturnya baik secara filosofis, yuridis, dan sosiologis harus tetap dilandasi oleh nilai-nilai Pancasila (*grundnorms* dan *filosofische grondslag*) dengan basis lingkungan hidup berdasarkan konsep demokrasi ekonomi Pancasila dalam mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Daftar Pustaka

Buku

- Arief, Barda Nawawi, *“Kumpulan Hasil Seminar Hukum Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 tentang UUD 1945 sebagai Landasan Konstitusional Grand design Sistem dan Politik Hukum Nasional”*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Pustaka Magister, Cetakan Ketiga, Semarang, 2011.
- As’Adi, Edi, *Rekonstruksi Regulasi Energi Nasional Dalam Melindungi Hak Rakyat Atas Energi Berbasis Hukum Progresif; Studi Regulasi Harga Keekonomian Bahan Bakar Minyak Bersubsidi*, Undip, Semarang, 2015.
- Handayani, I Gusti Ayu Ketut Rachmi, *Pengantar Hukum Lingkungan*, Cakrabooks, Surakarta, 2014.
- Lev, Daniel S., *Islamic Courts in Indonesia*, University of California Press, Berkeley, 1972.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2006.
- MD., Mohammad Mahfud, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2007.
- Moleong, Lexy J., *Metodologi Penelitian Kualitatif*, PT Remaja Rosdakarya, Bandung, 2005.
- Parsons, Wayne, *Public Policy; An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*, London UK, Edward Elgar Publishing, Ltd, alih bahasa oleh Tri

- Wibowo Budi Santoso, 2011, *Public Policy; Pengantar Teori dan Praktek Analisis Kebijakan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2001.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Fifth.ed. Aspen Publishers, New York, 1998.
- Ruslina, Elli, *Dasar-Dasar Perekonomian Indonesia dalam Penyimpangan Mandat Konstitusi UUD Negara Tahun 1945*, Total Media dan P3IH FH. Universitas Muhammadiyah Jakarta, Jakarta, 2013.
- Samekto, FX. Adji, *Keterkaitan Kapitalisme Dengan Konsep Pembangunan Berkelanjutan dan Implementasi Konvensi Keanekaragaman Hayati dalam Kajian Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies)*, Undip, Semarang, 2003.
- Sekjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, *Himpunan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2004.
- Soros, George, *Open Society, Reforming Global Capitalism*, Public Affairs, New York, 2006.
- Syarif, Amiroedin, *Perundang-undangan Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya*, Bina Aksara, Jakarta, 1987.
- Thurow, Lester. C., *Creating Wealth; The New Ruler for Individual, Companies and Countries in a Knowledge Based Economy*, Nicholas Brealy, London, 2000.
- Wilardjo, Liek, *Menerawang di Kala Senggang*, Fakultas Teknik Elektro dan Program Pascasarjana Studi Pembangunan Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga, 2009.

Artikel Jurnal

- Handayani, I Gusti Ayu Ketut Rachmi, "Formulasi Legislative Drafting yang Ideal dalam Rangka Mewujudkan Negara Hukum yang Demokratis dan Menuju Nilai-nilai Lingkungan" *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Volume 22, No. 3 Juli 2015.
- _____, "Penguatan Fungsi Lingkungan Hidup Melalui Penegakan Hukum Lingkungan Sesuai Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup", *Yustisia*, Nomor 78 September-Desember 2009.

Peraturan Perundang-undangan

- Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 140, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5059).
- Undang-Undang 30 Tahun 2007 tentang Energi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 96, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4746).

Internet

<https://id.wikipedia.org/>, "Banjir Lumpur Panas Sidoarjo", diakses tanggal 14 Juli 2016.

<https://m.tempo.co/read/news/2015/11/30/206723341/jokowi-diminta-bicara-energi-bersih-di-cop-ke-21>, diakses tanggal 14 Juli 2016



JH Ius Quia Iustum is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited

Peranan Dewan Pengawas Syariah terhadap Praktik Kepatuhan Syariah dalam Perbankan Syariah di Indonesia

Bagya Agung Prabowo dan Jasri Bin Jamal

Faculty of Law Universiti Kebangsaan Malaysia and Faculty of Law Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, Faculty of Law Universiti Kebangsaan Malaysia
Tamansiswa Street No. 158 Yogyakarta; The National University of Malaysia, 43600
UKM Bangi Selangor Darul Ehsan Malaysia
bagya.agung@uui.ac.id; jasri@ukm.edu.my

Naskah diterima: 22/11/2016; revisi: 29/11/2016; disetujui: 20/12/2016

Abstract

This research is to analyze the role of DPS (Dewan Pengawas Syariah or Sharia Supervisory Board) towards the practice of sharia obedience with the perspective of customer protection in sharia banking in Indonesia. This research adopted the analysis method based upon the doctrinal content by applying four types of legal approach including: (i) history; (ii) Fiqh/philosophy; (iii) comparison and (iv) analysis and critical. In addition, the approach alignment is also needed for the legislative alignment with Islamic philosophy and customer protection philosophy. The result of the research concluded that any violation in sharia obedience neglected by DPS will negatively impact the image and credibility of sharia banking to public; thus, it can bring an impact on the public trust. For this reason, the roles of DPS in sharia banking needs to be optimized, for instance related to the qualification of DPS appointment must be tighter and the support to its roles must be realized in sharia banking. DSN MUI as an institution issuing the fatwa (binding ruling) can make the coordination and equalize the perception with the DPS posted in sharia banks in Indonesia in supervising the operation of sharia bank to make it really playing a role and ready to run its task as the DPS.

Keywords: Roles; supervisory; sharia obedience

Abstrak

Penelitian ini mengkaji tentang peranan Dewan Pengawas Syariah (DPS) terhadap praktik kepatuhan syariah yang berperspektif perlindungan konsumen dalam perbankan syariah di Indonesia. Penelitian ini mengadopsi metode analisis berdasarkan konten doktrinal, dengan menerapkan empat jenis pendekatan hukum, yaitu: (i) sejarah / historis; (ii) Fikih / filsafat; (iii) perbandingan; dan (iv) analitis dan kritis. Selain itu, pendekatan diselaraskan juga diperlukan untuk penyesuaian legislatif dengan filsafat Islam dan filsafat perlindungan konsumen. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa pelanggaran kepatuhan syariah yang dibiarkan oleh DPS akan merusak citra dan kredibilitas perbankan syariah di mata publik, sehingga dapat mengurangi kepercayaan masyarakat terhadap perbankan syariah tersebut. Untuk alasan ini peran DPS pada perbankan syariah benar-benar perlu dioptimalkan, di antaranya kualifikasi pengangkatan DPS harus diperketat, dan dukungan atas peranannya harus diwujudkan dalam perbankan syariah. DSN MUI sebagai lembaga yang mengeluarkan fatwa dapat berkoordinasi dan menyamakan persepsi dengan DPS yang ditempatkan di bank-bank syariah di Indonesia dalam mengawasi operasional perbankan syariah agar mereka benar-benar berperan dan siap menjalankan tugas sebagai DPS.

Kata-kata Kunci: Peran; pengawas; kepatuhan syariah

Pendahuluan

Islam adalah suatu sistem hidup yang lengkap dan universal untuk menyusun dan memberikan arahan yang dinamis dan mudah untuk semua aspek kehidupan, termasuk bisnis dan transaksi keuangan.¹ Satu fenomena yang muncul dalam tiga dekade yang lalu ialah pertumbuhan pesat industri perbankan syariah. Industri perbankan syariah sebenarnya dijalankan berdasarkan prinsip dan sistem syariah. Oleh karena itu, kesesuaian operasional dan praktik bank syariah dengan syariah merupakan perangkat mendasar dalam perbankan syariah.² Bank syariah memiliki tiga fungsi utama yaitu mengumpulkan dana dari masyarakat dalam bentuk deposito dan investasi, menyalurkan dana kepada masyarakat yang membutuhkan dana dari bank dan menyediakan layanan dalam bentuk layanan perbankan syariah.³ Bank syariah dalam menjalankan fungsi utamanya memiliki risiko, terutama dalam menyalurkan dana kepada masyarakat. Salah satunya adalah risiko pembiayaan, yaitu risiko yang disebabkan oleh kegagalan pihak berlawanan untuk memenuhi kewajibannya, risiko yang terkait produk pembiayaan dan pendanaan perusahaan terkait.⁴

Penduduk Indonesia yang mayoritas beragama Islam merupakan *captive market* yang menguntungkan bagi pengembangan perbankan syariah. *Captive market* memiliki arti bahwa mayoritas penduduk tersebut memiliki sentimen psikologi untuk lebih mengutamakan penggunaan pelayanan bank syariah karena jaminan keamanan (*halal*) yang ditawarkan, sudah tentu dengan catatan bahwa pelayanan dan kemudahan yang dimiliki oleh bank syariah juga tidak mengecewakan.⁵ Bentuk kegiatan operasional bank syariah terbagi kepada tiga bagian dalam bentuk produk-produk yang dikeluarkan oleh bank syariah, masing-masing adalah produk menghimpun dana masyarakat, produk penyaluran dana masyarakat dan produk yang berkaitan dengan pelayanan perbankan yang diberikan kepada nasabah.⁶ Al-

¹ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah: dari Teori ke Praktik*, Gema Insani Press, Jakarta, 2010, hlm. 21.

² Warkum Sumitro, *Asas-Asas Perbankan Islam dan Lembaga-Lembaga Terkait*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 18.

³ Ismail, *Perbankan Syariah*, Cetakan Kedua, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2013, hlm. 23.

⁴ Adiwarman A. Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 27.

⁵ Muhammad, *Bank Syariah Analisis Kekuatan, Peluang, Kelemahan dan Ancaman*, Cetakan Pertama, Ekonosia, Yogyakarta, 2006, hlm. 14.

⁶ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah Wacana Ulama dan Cendekiawan*, Cetakan Pertama, Tazkia Institute, Jakarta, 1999, hlm. 34.

Quran dan Sunnah hanya menyediakan prinsip dasar filosofis dan menegaskan larangan yang harus dihindari. Jadi apa yang perlu dilakukan adalah untuk mengidentifikasi hal-hal yang dilarang oleh Islam. Selain itu, segala sesuatu adalah diperbolehkan dan kita dapat melakukan inovasi dan kreativitas sebanyak mungkin.⁷ Semakin kompleksnya permasalahan yang dihadapi Lembaga Keuangan Syariah (LKS) saat ini menuntut semakin sigapnya DSN-MUI terhadap inovasi-inovasi produk yang dibutuhkan masyarakat. Hal ini untuk memajukan dan meningkatkan pertumbuhan LKS di tanah air.⁸ Perbankan syariah dalam aktivitas operasionalnya harus menjalankan fungsinya dengan baik, sesuai dengan ketentuan perbankan yang berlaku dan sesuai pula dengan prinsip syariah. Untuk menjamin terlaksananya prinsip syariah dalam aktivitas perbankan syariah terdapat salah satu pihak terafiliasi yaitu Dewan Pengawas Syariah sebagai pihak yang memberikan jasanya kepada bank syariah atau Unit Usaha Syariah (UUS). Dewan inilah sebagai pihak yang bertanggung jawab atas informasi tentang kepatuhan pengelola bank akan prinsip syariah.⁹ Sebagaimana yang diamanatkan dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dan Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang menyebutkan bahwa bank syariah harus memiliki 3 orang Dewan Pengawas Syariah (DPS). Peranan DPS sangat strategis dalam praktik kepatuhan syariah pada institusi perbankan syariah di Indonesia.

Pengawasan secara *etimology lughawi* berarti *riqabah* makna lughawi penjagaan, penyelenggaraan dan pemantauan, sebagaimana firman Allah dalam surah An-Nisa ayat 1, *Sesungguhnya Allah senantiasa mengawasi kalian*. Pengawasan dalam pengertian istilah syariah bermakna pemantauan (*isyraf*), pemeriksaan (*muraja'ah*) dan investigasi (*fahsh*) bertujuan untuk menjaga manfaat (*mura'at maslahah*) dan menghindari kehancuran (*idra' mafsadah*).¹⁰ Istilah pengawasan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) berasal dari perkataan awas yang

⁷ *Ibid.*, hlm. 36.

⁸ Imam Abdul Hadi, "Kedudukan dan Wewenang Lembaga Fatwa (DSN MUI) pada Bank Syariah", *Jurnal Economic*, Vol. 1, No. 2, 2011, hlm. 2.

⁹ Suryani, "Industri Perbankan Syariah dalam Cerminan Aspek Sharia Governance", *Jurnal Ecomomica*, Vol.V, Edisi 1, 2014, hlm. 104.

¹⁰ Muhammad Ridwan, *Konstruksi Bank Syariah Indonesia*, Cet. Pertama, Pustaka SM, Yogyakarta, 2007, hlm. 27.

bermaksud memberi perhatian dilihat dengan baik, dalam arti melihat sesuatu dengan teliti dan menyeluruh, kegiatan yang tidak lebih daripada memberikan laporan berdasarkan realitas sesungguhnya apa yang diawasi.¹¹ Sedangkan dalam bahasa Inggris disebut *controlling* diterjemahkan dengan istilah pengawasan dan pengendalian, sehingga istilah *controlling* lebih luas artinya daripada pengawasan, tetapi di kalangan pakar-pakar telah disamakan pengertian *controlling* ini dengan pengawasan, jadi pengawasan termasuk pengendalian. Pengendalian berasal dari kendali, supaya membayangkan pengendalian langsung, kegiatan perbaikan yang salah dan meluruskan arah yang benar.¹²

Fungsi dan peranan DPS pada bank syariah, memiliki hubungan yang kuat dengan pengurusan risiko perbankan syariah, yakni risiko reputasi yang selanjutnya memberi kesan pada risiko lain, seperti risiko likuiditas. Kegiatan perbankan syariah harus menerapkan prinsip-prinsip syariah dalam transaksi ekonomi dan selain dari hal-hal yang dilarang oleh Islam seperti riba, judi, spekulasi dan lain-lain.¹³ Setiap kontrak dalam kegiatan bisnis, terutama kontrak-kontrak pengumpulan dan distribusi dana pada saat ini telah diatur dalam PBI No. 7/46/PBI/2005 tentang Akad Pengumpulan dan Pembayaran untuk Menjalankan Usaha Bank Berdasarkan Prinsip Syariah.¹⁴

Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang dikaji dalam penelitian ini adalah: bagaimanakah peranan Dewan Pengawas Syariah (DPS) terhadap praktik kepatuhan syariah yang berperspektif perlindungan konsumen dalam perbankan syariah di Indonesia?

Tujuan Penelitian

Adapun penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan menganalisis peranan Dewan Pengawas Syariah (DPS) terhadap praktik kepatuhan syariah yang berperspektif perlindungan konsumen dalam perbankan syariah di Indonesia.

¹¹ Sujamto, *Beberapa Pengertian di Bidang Pengawasan*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 9.

¹² Victor M. Situmorang, *Aspek Hukum Pengawasan Melekat*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hlm. 21.

¹³ Adrian Sutedi, *Pasar Modal Syariah: Sarana Investasi Keuangan Berdasarkan Prinsip Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 31.

¹⁴ Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Kencana Prenada Group, Jakarta, 2007, hlm. 28.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, yaitu penelitian yang dilakukan terhadap asas-asas hukum, kaedah-kaedah hukum dalam arti nilai (*norm*), peraturan hukum konkrit dan sistem hukum¹⁵ yang berhubungan dengan materi yang diteliti. Pendekatan penelitian yang digunakan adalah: a. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang berkaitan dengan masalah yang dibahas;¹⁶ b. Pendekatan konseptual (*conceptual approach*), dilakukan dengan mengkaji pandangan para ahli yang berkenaan dengan masalah yang dibahas. Pendekatan ini dilakukan manakala aturan hukum tidak ada atau belum ada¹⁷ sehingga pandangan para ahli menjadi salah satu dasar dalam menguatkan pandangan peneliti; c. Pendekatan perbandingan (*comparative approach*), dilakukan dengan mengadakan perbandingan hukum. Perbandingan hukum sangat bermanfaat karena dengan membandingkan dapat terungkap latar belakang adanya ketentuan hukum tersebut sehingga dapat menjadi rekomendasi bagi penyusunan peraturan perundang-undangan yang sesuai dengan pembahasan peneliti.¹⁸ Malaysia dipilih sebagai negara pembanding karena memiliki perundang-undangan tentang perbankan syariah lebih lama dan lebih lengkap.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Pelanggaran terhadap kepatuhan syariah yang dibiarkan oleh DPS atau luput dari pengawasan DPS, jelas akan merusak citra dan kredibilitas bank syariah di mata masyarakat, sehingga dapat menurunkan kepercayaan masyarakat pada bank syariah. Bank syariah sebagai pengumpul dan pendistributor dana publik harus memiliki tingkat kepercayaan yang tinggi dalam masyarakat dan dalam dunia usaha. Reputasi ini bukanlah satu hal yang mudah, tetapi harus diusahakan dengan penuh disiplin dan bersungguh-sungguh. Apabila amanah telah dicapai, upaya untuk mempertahankan status ini juga bukan hal yang mudah. Satu hal kecil yang dapat menggugat keyakinan dan, selanjutnya, akan berubah menjadi bencana.¹⁹

¹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2004, hlm. 29.

¹⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Group, Jakarta, 2014, hlm. 136.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 173.

¹⁹ M. Umer Chapra dan Tariqullah Khan, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, Bumi Aksara, Jakarta, 2008, hlm. 49.

Untuk itulah peran DPS pada bank syariah harus benar-benar dioptimalkan, kualifikasi menjadi DPS harus diperketat, dan formalisasi perannya harus diwujudkan pada bank syariah tersebut. Menurut Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Pasal 109, menyebutkan: 1. Perusahaan yang menjalankan bisnis yang berbasis prinsip-prinsip syariah selain memiliki Dewan Komisaris memiliki Dewan Pengawasan Syariah; 2. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas seorang yang ahli syariah atau lebih yang ditunjuk oleh RUPS atas rekomendasi Majelis Ulama Indonesia (MUI); 3. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah petunjuk dan nasihat kepada Direksi dan mengawasi kegiatan-kegiatan Perusahaan untuk mematuhi prinsip-prinsip Islam.

Berdasarkan undang-undang ini, maka setiap badan hukum atau perusahaan yang beroperasi berdasarkan prinsip syariah hendaklah memiliki DPS. Oleh karena itu, Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 Pasal 32 menyebutkan: 1. Dewan Pengawas Syariah hendaklah didirikan di Bank Syariah dan Bank Umum Konvensional yang memiliki Usaha Unit Syariah (UUS); 2. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan oleh Rapat Umum Pemegang Saham atas rekomendasi Majelis Ulama Indonesia; 3. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertugas memberikan nasihat dan saran kepada direksi serta mengawasi kegiatan-kegiatan bank agar mematuhi prinsip-prinsip Syariah; 4. Ketentuan lebih lanjut mengenai berdirinya Dewan Pengawasan Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur oleh Bank Indonesia. Berdasarkan Undang-Undang Perbankan Syariah Pasal 32, maka perbankan syariah harus mendirikan DPS seperti yang dimandatkan oleh Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Tanggung Jawab Dewan Pengawas Syariah (DPS)

Dewan Pengawas Syariah (DPS) dalam perbankan syariah memiliki peranan yang penting dan strategis dalam pengawasan syariah pada perbankan syariah. DPS adalah bertanggungjawab untuk memastikan semua produk dan prosedur bank syariah sesuai prinsip-prinsip syariah. Karena peranan yang penting dalam DPS, kedua undang-undang di Indonesia termasuk kebutuhan DPS dalam

perusahaan berdasarkan syariah dan institusi perbankan syariah yaitu Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dan Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Oleh karena itu, secara yuridis Dewan Pengawas Syariah (DPS) pada institusi perbankan mempunyai kedudukan yang sangat kuat, karena kehadirannya adalah sangat penting dan strategis.

Pengoptimalan peranan DPS adalah sangat penting untuk memastikan setiap transaksi sesuai prinsip-prinsip syariah yang merujuk kepada al-Qur'an dan Sunnah, dalam hal ini, fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia. Pedoman dasar DSN MUI Bab IV ayat (2) menyatakan bahwa DSN MUI mengeluarkan fatwa yang mengikat DPS di setiap institusi keuangan syariah dan menjadi dasar bagi para pihak untuk mengambil tindakan hukum yang berkaitan, yaitu berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh DSN MUI dirujuk oleh DPS.²⁰ DSN merupakan satu-satunya badan yang mempunyai kewenangan mengeluarkan fatwa Syariah terhadap jenis-jenis kegiatan, produk, dan jasa keuangan syariah, serta mengawasi penerapan fatwa dimaksud oleh lembaga-lembaga keuangan di Indonesia.²¹ Di samping itu, peran DPS dan DSN bukan hanya mengawasi operasional lembaga keuangan syariah saja, tetapi memiliki peran yang lebih besar lagi yaitu turut mendorong tumbuh kembangnya ekonomi dan keuangan syariah di Indonesia.²²

Keberadaan DPS yang disebut dalam Pasal 32 Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 pada dasarnya DPS hendaklah didirikan di bank-bank syariah dan bank konvensional yang memiliki unit-unit usaha syariah, mereka dilantik oleh Rapat Umum pemegang saham atas rekomendasi Majelis Ulama Indonesia. DPS ditugaskan untuk memberikan nasehat kepada para direktur dan mengawasi kegiatan-kegiatan bank untuk disesuaikan dengan prinsip-prinsip syariah.²³

Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 Pasal 109 menyebutkan: 1. Perusahaan yang menjalankan usaha yang berdasarkan prinsip-prinsip syariah selain memiliki

²⁰ Hirsanuddin, *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia (Pembiayaan Bisnis dengan Prinsip Kemitraan)*, Cetakan Pertama, Genta Press, Yogyakarta, 2008, hlm. 42.

²¹ Minarni, "Konsep Pengawasan, Kerangka Audit Syariah dan tata Kelola Lembaga Keuangan Syariah", *Jurnal Ekonomi Islam La_Riba*, Vol. VII, No. 1, Juli 2013, hlm. 32.

²² Fitra Nelli, "Problematika Kiprah Dewan Pengawas Syariah (DPS) di Perbankan Syariah, *Jurnal Al-Masharif*, Vol. III, No. 1, Januari - Juni 2015, hlm. 91

²³ Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perbankan Syariah (UU No. 21 Tahun 2008)*, Cetakan Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2009, hlm. 48.

Dewan Komisaris memiliki Dewan Pengawasan Syariah; 2. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hendaklah terdiri daripada seorang pakar syariah atau lebih yang dilantik oleh ditetapkan oleh Rapat Umum Pemegang Saham atas rekomendasi Majelis Ulama Indonesia; 3. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) akan memberikan petunjuk dan nasihat kepada Direktur dan mengawasi kegiatan-kegiatan perusahaan untuk mematuhi prinsip-prinsip Islam. Berdasarkan undang-undang ini, perusahaan yang berbadan hukum Perseroan Terbatas hendaklah memiliki Dewan Pengawasan Syariah. Oleh karena itu, Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 Pasal 32 menyebutkan: 1. Dewan Pengawas Syariah hendaklah didirikan di bank syariah dan bank konvensional yang memiliki Unit Usaha Syariah (UUS); 2. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan oleh Rapat Umum Pemegang Saham atas rekomendasi Majelis Ulama Indonesia; 3. Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) akan memberikan petunjuk dan nasihat kepada para Direktur dan mengawasi kegiatan-kegiatan bank mematuhi prinsip-prinsip syariah; 4. Ketentuan lebih lanjut mengenai pendirian Dewan Pengawasan Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur oleh Bank Indonesia.

Di bawah peraturan ini adalah jelas bahwa kedudukan DPS kuat dan sebagian besar menentukan perkembangan bank-bank syariah dan unit-unit usaha syariah.

DPS berdasarkan AAOIFI (*Accounting and Auditing Organization of Islamic Financial Institutions*) telah menyediakan standar untuk DPS, komposisi, dan aspek-aspek yang berkaitan seperti peraturan, laporan dan sebagainya. Menurut standar ini, lembaga syariah harus menjadi lembaga bebas yang terdiri dari para ulama yang berkaitan dengan ilmu pengetahuan dan hukum Islam. DPS juga dapat terdiri dari ahli-ahli lain dalam bidang institusi keuangan syariah dengan pengetahuan sains undang-undang Islam yang berkaitan dengan transaksi komersial. DPS diamanahkan dengan tugas mengarahkan, meneliti dan mengawasi kegiatan institusi keuangan syariah untuk memastikan bahwa ia mematuhi peraturan dan prinsip-prinsip syariah.²⁴

²⁴ Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, diterjemahkan oleh Aditya Wisnu Pribadi, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2009, hlm. 52.

Peranan Dewan Pengawas Syariah dalam Industri Perbankan Syariah

Dalam industri perbankan syariah pelayanan yang diberikan oleh bank kepada nasabah mana pada umumnya tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Oleh karena pelayanan yang diberi bukan bertujuan sekedar untuk mendapat keuntungan seperti bank konvensional maka bank akan mengaplikasikan beberapa kontrak syariah yang sesuai.²⁵ Dewan Pengawas Syariah memiliki peranan yang amat penting dalam perbankan syariah selaras dengan kontrak syariah yaitu: 1. Membuat pedoman persetujuan produk dan operasional perbankan syariah berdasarkan ketentuan yang telah disusun oleh Dewan Syariah Nasional (DSN); 2. Membuat laporan secara rutin pada setiap tahun tentang bank syariah yang berada dalam pengawasannya bahwa bank yang diawasinya telah berjalan sesuai dengan ketentuan syariah. Dalam laporan tahunan (*annual report*) institusi syariah, maka laporan dari DPS mesti dibuat dengan jelas; 3. Dewan Pengawas Syariah hendaklah membuat suatu laporan kepada pembangunan dan aplikasi sistem keuangan syariah di institusi keuangan syariah khususnya bank-bank syariah yang berada dalam pengawasan, sekurang-kurangnya enam bulan sekali. Laporan telah diberikan kepada Bank Indonesia terletak di ibukota propinsi dan atau Bank Indonesia di ibu kota negara Indonesia, Jakarta; 4. Dewan Pengawas Syariah juga bertanggungjawab untuk mengkaji dan membuat usulan jika terdapat produk baru inovasi dari bank yang diawasinya. Majelis ini menjalankan penilaian awal sebelum produk yang baru dari bank syariah yang diusulkan itu sekali lagi diperiksa dan difatwakan oleh DSN; 5. Membantu sosialisasi syariah institusi keuangan perbankan/kepada masyarakat; 6. Memberi input untuk pembangunan dan kemajuan institusi keuangan syariah.

Sebagai perbandingan, tugas lembaga pengawasan syariah di Malaysia dikendalikan oleh suatu badan yang dinamakan Majelis Penasihat Syariah (MPS). Majelis Penasihat Syariah hanya terdapat di bank sentral Malaysia, yaitu Majelis Penasihat Syariah Bank Negara Malaysia (MPS BNM) yang merupakan suatu badan yang didirikan selaras dengan pendirian perusahaan keuangan yang

²⁵ Hailani Muji Tahir, Sanep Ahmad, *Aplikasi Fiqh Muamalat dalam Sistem Keuangan syariah*, Pusat Penerbitan Universiti (UPENA), Shah Alam, 2009, hlm. 43.

berdasarkan Islam. Anggotanya terdiri dari pakar-pakar ekonomi yang juga turut memiliki kepakaran di dalam bidang syariah. MPS BNM memiliki kedudukan lebih tinggi berbanding dengan jawatan kuasa syariah bank-bank perdagangan. Jika terdapat perbezaan keputusan antara Majelis Penasihat Syariah Bank Negara dengan Jawatan kuasa Syariah bank lain, maka keputusan Majelis Penasihat Syariah Bank Negara adalah yang digunakan. Sejak beberapa dekade terakhir, MPS telah menjalankan fungsi sebagai badan rujukan dan berwenang menyelesaikan isu kepatuhan syariah dalam perbankan dan keuangan syariah di Malaysia. Majelis Penasihat Syariah Bank Negara ini pada umumnya berfungsi dalam memberi fatwa berkaitan dengan perbankan dan asuransi Islam, membuat pengawasan, kepatuhan syariah dan pengauditan. Ini adalah kerana perkembangan terkini industri keuangan syariah terlihat banyak inovasi produk keuangan syariah yang semakin kompleks dan bermacam-macam. Selain itu MPS BNM juga perlu menjalankan kerjasama dan komunikasi di kalangan ahli-ahli syariah dan praktisi industri melanjutkan penggabungan pengetahuan, pengalaman dan informasi menyatu secara terus-menerus, sehingga dapat meningkatkan efektivitas proses pengawasan untuk menjamin kepatuhan syariah.

Peranan MPS BNM bagi perbankan syariah di Malaysia secara khusus adalah sebagai berikut: 1. Mencantumkan daftar sekuritas patuh syariah. Daftar patuh syariah dimaksud, dikeluarkan oleh MPS sebanyak 2 kali setahun yaitu pada bulan Mei dan September setiap tahun. Daftar ini sangat penting dalam membantu para investor Islam dalam mengidentifikasi sekuritas yang sesuai dengan prinsip Syariah dan seterusnya meningkatkan keyakinan mereka tanpa keraguan dalam membuat investasi; 2. Memberi nasihat tentang produk-produk pasar modal. Di antara tugasnya antara lain mengambil dua pendekatan, yaitu yang pertama mereka akan mengkaji keabsahan instrumen konvensional yang dilakukan oleh pasar modal berdasarkan perspektif syariah. Ulasan dimaksud, terkonsentrasi pada struktur, mekanisme dan penggunaan instrumen tersebut apakah ada prinsip yang bertentangan dengan prinsip syariah atau tidak. Selanjutnya pendekatan kedua, menyusun dan membentuk instrumen baru yang berlandaskan syariah; 3. Memberi nasihat dalam penanganan asuransi. Tugas tersebut dimaksudkan agar dana asuransi diinvestasikan dalam instrumen yang diharuskan syariah saja. Jadi,

jika terjadi pembayaran kepada peserta yang membutuhkan bantuan, dana tersebut telah bersumber dari aktivitas yang halal dan bukan bersumber dari investasi yang mengandung unsur riba; 4. Memberi nasihat kepada Direktur dan lembaga keuangan. Contoh nasihat tersebut antara lain dan utama ialah memberi nasihat kepada lembaga-lembaga keuangan seperti bank-bank komersial yang ingin mengeluarkan sesuatu produk perbankan yang terbaru, untuk memastikan produk tersebut memenuhi persyaratan syariah; 5. Verifikasi manual patuh syariah. Dalam menyediakan satu sumber referensi yang tersusun untuk menentukan apakah suatu produk perbankan telah melewati syarat patuh syariah atau tidak, MPS akan mengkonfirmasi suatu petunjuk yang telah dihasilkan melalui diskusi antara anggota-anggota Majelis Penasihat Syariah.

Peran Majelis Penasihat Syariah hari ini sangat menantang, mengingat produk-produk keuangan syariah cukup rumit. Kondisi demikian memberi membawa konsekwensi khusus bagi para anggota MSP BNM untuk membuat keputusan yang tepat. Semakin rumit dan canggih suatu produk dan praktik keuangan syariah, maka peranan MPS BNM juga semakin kuat. Oleh karena itu, meskipun konsekwensi tugas tersebut cukup berat, namun mereka tetap bersedia menangani dengan baik, karena didasarkan pada kesadaran bahwa merekalah yang bertanggungjawab terhadap kepatuhan penuh Syariah semua produk, praktik dan pelayanan keuangan syariah.

Berdasarkan keterangan dan perbandingan dengan negara Malaysia di atas, maka bagi Indonesia, anggota DPS sudah selayaknya memenuhi kualifikasi tertentu. DPS harus memahami ilmu keuangan dan perbankan meskipun para anggota DPS adalah ulama dan cendekiawan Islam, namun hal demikian sangat diperlukan, karena kebutuhan untuk memahami operasional perbankan dan ekonomi keuangan. Berdasarkan pemikiran tersebut, perbankan syariah di Indonesia perlu menata ulang, perbaiki dan perubahan ke arah yang lebih baik, dengan antara lain mengangkat anggota DPS yang berkompeten dalam bidang mereka. Hal demikian sangat diperlukan guna mengoptimalkan peran mereka dalam pengembangan perbankan syariah di Indonesia.

Strategi perbankan syariah di Indonesia yang mengangkat anggota DPS dari orang-orang yang sangat terkenal dalam organisasi masyarakat Islam, namun tidak kompeten dalam bidang perbankan dan keuangan syariah, merupakan langkah kurang tepat dan cukup banyak dijumpai. Mayoritas DPS tidak begitu memahami operasional perbankan syariah dan dalam mengawasinya pun tidak optimal.²⁶ Kelemahan ini dimanfaatkan oleh manajemen perbankan syariah, mereka bebas untuk melakukan apapun, karena terjadi pengawasan sangat longgar. Tapi dalam jangka panjang hal demikian akan membahayakan gerakan ekonomi syariah, bukan hanya untuk perbankan syariah yang bersangkutan tetapi juga bagi pergerakan ekonomi dan perbankan syariah keseluruhan pada masa akan datang. Sehingga tidaklah mengherankan apabila ada pandangan bahwa bank syariah sama dengan bank konvensional.²⁷

Pasal 35 Angka 1 Peraturan Bank Indonesia No. 03/11/PBI/2009 tentang Bank Umum Syariah, disebutkan bahwa tugas dan tanggung jawab DPS antara lain ialah untuk memberikan saran dan rekomendasi kepada Dewan Direksi dan mengawasi kegiatan-kegiatan bank sesuai dengan prinsip-prinsip Islam. Heri Sudarsono²⁸ mengatakan bahwa fungsi DPS mengawasi operasional bank sehari-hari untuk melihat kesesuaian dengan prinsip-prinsip syariah, dan memeriksa serta membuat rekomendasi produk baru yang diperlukan dari bank tersebut. Namun demikian harus diakui, bahwa secara kelembagaan DPS sudah berperan melakukan pengawasan terhadap praktik kepatuhan syariah dalam perbankan syariah meskipun tidak optimal. Untuk itu setiap manajemen bank syariah perlu memformalkan peran dan keterlibatan DPS dalam memastikan manajemen risiko ketidakpatuhan terhadap prinsip syariah. DPS harus diberi ruang kantor di mana ada staf yang dapat memberikan pelayanan data keuangan, laporan keuangan, akad-akad, editor, proses pelaksanaan akad-akad, dan sebagainya.

Menurut hasil penelitian Bank Indonesia dengan kerjasama Ernst dan Young telah dibahas dalam satu seminar pada akhir tahun 2008 di Bank Indonesia. Salah satu masalah utama dalam pelaksanaan manajemen risiko dalam perbankan

²⁶ Wawancara dengan Thoha Abdurrahman, Ketua Majelis Ulama Indonesia di Yogyakarta 19 Juni 2014

²⁷ Muhammad Syakir Sula, *Asuransi Syariah (Life and General)*, Jakarta: Gema Insani Press, 2004, hlm. 36.

²⁸ Heri Sudarsono, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah Deskripsi dan Ilustrasi*, Cetakan Keempat, Yogyakarta, Ekonisia, 2007, hlm. 41.

syariah adalah peran DPS tidak optimal dan harus diperbaiki di masa depan.²⁹ Peran DPS jika tidak optimal terhadap praktik kepatuhan syariah mengakibatkan rusaknya citra dan kredibilitas bank syariah. Hal demikian, akan dapat mempengaruhi pandangan dan penilaian masyarakat, yang selanjutnya dapat mengurangi kepercayaan masyarakat terhadap perbankan syariah.³⁰

Berdasarkan hasil penelitian oleh peneliti ditemukan kelemahan Dewan Pengawas Syariah yaitu: 1. Hingga kini tidak ada hukum khusus yang dipakai sebagai referensi bagi pengawasan khusus perbankan syariah; 2. DPS hanya digunakan sebagai objek pelengkap dalam sebuah lembaga perbankan syariah yang ada, struktur dapat diisi tanpa kriteria yang khusus berbasis keahlian; 3. Anggota DPS ditunjuk sebagai tokoh yang memiliki karisma dan popularitas di kalangan masyarakat, bukan karena keahlian pengetahuan mereka dalam bidang ekonomi dan perbankan syariah; 4. Anggota DPS dilantik dan diberikan gaji oleh bank syariah yang diawasinya, menjadikannya kurang bebas dan tidak objektif dalam pengawasan; 5. Anggota DPS adalah orang-orang yang sibuk dengan profesi utamanya, jadi ia tidak memiliki waktu yang cukup untuk menjalankan pengawasan. Pengawasan terhadap perbankan syariah hanya dilakukan sebagai pekerjaan sampingan; 6. DPS tidak ada kebebasan untuk bertindak tegas terhadap hasil pengawasannya. DPS hanya dapat memberikan peringatan tetapi tidak boleh menutup usaha perbankan yang bermasalah, maka pengawasan oleh DPS cenderung diabaikan; 7. Perbankan syariah adalah sangat rentan terhadap kesalahan yang dibagikan; 8. Kelemahan taraf sah bagi penilaian kepatuhan syariah oleh DPS karena ketidakefektifan dan ketidakefisienan mekanisme pengawasan syariah dalam perbankan syariah; 9. Terbatasnya kemahiran DPS dalam hal audit, akuntansi, ekonomi, dan hukum bisnis; 10. Tidak adanya mekanisme dan struktur kerja efektif DPS dalam menjalankan fungsi kontrol internal syariah di bank syariah; 11. Masih terdapat banyak kasus pelanggaran

²⁹Agustianto, *Meningkatkan Kualitas dan Kompetensi Dewan Pengawas Syariah*, <http://www.agustiantocentre.com/?p=830>, diunduh tanggal 13 Februari 2015.

³⁰Shanin A. Shayan, CEO and Board Member of Barakat Foundation: *"The biggest risk facing the global Financial System is not a fall in its earning power but most importantly a loss of faith and credibility on how it works"*. Dari pernyataan tersebut, dapat dipahami bahwa menurutnya, risiko terbesar menghadapi sistem keuangan global bukanlah kesalahan tentang kemampuan mencipta keuntungan, tetapi yang lebih penting adalah kehilangan kepercayaan dan kredibilitas tentang bagaimana operasional kerjanya.

prinsip-prinsip syariah yang dilakukan oleh institusi perbankan syariah, terutamanya bank-bank yang konversi ke syariah atau membuka Unit Usaha Syariah.

Berbagai hal yang demikian dapat mempengaruhi proses pengawasan dan menghasilkan pengawasan yang membingungkan, hanya sekedar formalitas. Hal tersebut tidak memberikan perlindungan kepada pengguna bank agar sesuai dengan prinsip-prinsip syariah. Selain itu, dalam bukunya Adrian Sutedi turut menyatakan, tidak sedikit DPS sangat jarang datang ke bank-bank syariah di mana DPS ditempatkan. Kalau pun mereka datang hanya untuk datang saja, mereka tidak memeriksa format dan kontrak editorial sesuai prinsip-prinsip syariah, bagaimana untuk menjalankan restrukturisasi bank, penjadwalan ulang, untuk penentuan margin, dan sebagainya. DPS kadang-kadang hanya sekali dalam sebulan, bahkan berbulan-bulan tidak datang langsung ke bank-bank syariah untuk dipantau. Jadi, tidak mengherankan bahwa ada banyak praktik perbankan syariah yang menyimpang dari prinsip-prinsip syariah.³¹

Semua transaksi di perbankan syariah harus dipantau secara optimal oleh DPS yang merupakan lanjutan dari DSN untuk meluruskan kesalahan yang terjadi dalam operasional perbankan syariah. Guna mendukung pengawasan yang baik maka di bank-bank syariah disediakan formulir aplikasi produk syariah yang benar-benar sesuai prinsip syariah yang telah ditetapkan oleh DSN. Menurut Thoha Abdurrahman kewajiban dan fungsi DPS tidak berjalan seperti yang seharusnya. Kadang-kadang ada DPS yang mengunjungi bank syariah hanya satu kali dalam sebulan, bahkan ada juga yang hanya dapat dihubungi melalui telepon. Oleh karena aktivitas yang sangat sibuk di luar tugas sebagai DPS, mengakibatkan fungsi pengawasan syariah yang semestinya dilaksanakan menjadi tidak optimal.³²

Memperhatikan hal demikian, dianjurkan jika ada Lembaga Keuangan Syariah (LKS) yang didirikan agar memilih DPS yang mengacu pada daftar anggota MUI yang memiliki kapasitas pemahaman dan komitmen yang baik terhadap produk-produk perbankan syariah. Memperhatikan realitas demikian,

³¹ Adrian Sutedi, *Pasar Modal Syariah: Sarana Investasi Keuangan Berdasarkan Prinsip Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm.. 68.

³² Wawancara dengan Thoha Abdurrahman, Ketua Majelis Ulama Indonesia di Yogyakarta 19 Juni 2014.

pada dasarnya, terdapat pihak-pihak yang turut prihatin dengan kualitas lembaga ekonomi syariah dan berkomitmen untuk memajukannya.

Penutup

Fungsi dan peran DPS dalam perbankan syariah, memiliki hubungan yang kuat dengan manajemen risiko perbankan syariah, yaitu risiko reputasi, yang pada gilirannya mempengaruhi risiko lain, seperti risiko likuiditas. Pelanggaran kepatuhan syariah yang dibiarkan oleh DPS jelas akan merusak citra dan kredibilitas perbankan syariah di mata publik, sehingga dapat mengurangi kepercayaan masyarakat terhadap perbankan syariah tersebut. Untuk alasan ini peran DPS pada perbankan syariah benar-benar harus dioptimalkan. Antara lain kualifikasi pengangkatan DPS harus diperketat melalui proses yang lebih selektif agar terpilih DPS yang mampu mengawasi dan mengawal operasional perbankan syariah sesuai prinsip-prinsip syariah.

Daftar Pustaka

Buku

- Anshori, Abdul Ghofur, *Hukum Perbankan Syariah (UU No. 21 Tahun 2008)*, Cetakan Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2009.
- Antonio, Muhammad Syafi'I, *Bank Syariah: dari Teori ke Praktik*, Gema Insani Press, Jakarta, 2010.
- _____, *Bank Syariah Wacana Ulama dan Cendekiawan*, Cetakan Pertama, Tazkia Institute, Jakarta, 1999.
- Chapra, M. Umer, dan Tariqullah Khan, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, Bumi Aksara, Jakarta, 2008.
- Dewi, Gemala, *Aspek-Aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2004.
- _____, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Cetakan Ketiga, Kencana Prenada Group, Jakarta, 2007.
- Hirsanuddin, *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia (Pembiayaan Bisnis dengan Prinsip Kemitraan)*, Cetakan Pertama, Genta Press, Yogyakarta, 2008.
- Ismail, *Perbankan Syariah*, Cetakan Kedua, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2013.
- Karim, Adiwarman A., *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011.

- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Prenada Group, Jakarta, 2014.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2004.
- Muhamad, *Bank Syariah Analisis Kekuatan, Peluang, Kelemahan dan Ancaman*, Cetakan Pertama, Ekonosia, Yogyakarta, 2006.
- Muhammad Ayub, *Understanding Islamic Finance*, diterjemahkan oleh Aditya Wisnu Pribadi, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2009.
- Nazir, Habib, Muhammad Hassanuddin, *Ensiklopedi Ekonomi dan Perbankan Syariah*, Kaki Langit, Jakarta, 2004.
- Ridwan, Muhammad, *Konstruksi Bank Syariah Indonesia*, Cetakan Pertama, Pustaka SM, Yogyakarta, 2007.
- Sударsono, Heri, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah Deskripsi dan Ilustrasi*, Cetakan Keempat, Ekonosia, Yogyakarta, 2007.
- Sujamto, *Beberapa Pengertian di Bidang Pengawasan*, Cetakan Pertama, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.
- Sula, Muhammad Syakir, *Asuransi Syariah (Life and General)*, Gema Insani Press, Jakarta, 2004.
- Sutedi, Adrian, *Pasar Modal Syariah: Sarana Investasi Keuangan Berdasarkan Prinsip Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.
- Situmorang, Victor M., *Aspek Hukum Pengawasan Melekat*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994.
- Sumitro, Warkum, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga-lembaga Terkait*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2004.
- Tahir, Hailani Muji & Sanep Ahmad, *Aplikasi Fiqh Muamalat dalam Sistem Keuangan Syariah*, Pusat Penerbitan Universiti (UPENA), Shah Alam, 2009.
- Tim Depdikbud, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Ctk. Kedua, PT. Balai Pustaka, Jakarta, 1989.

Jurnal

- Fitra Nelli, "Problematika Kiprah Dewan Pengawas Syariah (DPS) di Perbankan Syariah", *Jurnal Al-Masharif*, Vol. III, No. 1, Januari - Juni 2015.
- Imam Abdul Hadi, "Kedudukan dan Wewenang Lembaga Fatwa (DSN MUI) pada Bank Syariah", *Jurnal Economic*, Vol. 1, No. 2, 2011.
- Minarni, "Konsep Pengawasan, Kerangka Audit Syariah dan tata Kelola Lembaga Keuangan Syariah", *Jurnal Ekonomi Islam La_Riba*, Vol. VII, No. 1, Juli 2013.
- Suryani, "Industri Perbankan Syariah dalam Cerminan Aspek Sharia Governance", *Jurnal Economica*, Vol. V, Edisi 1, 2014.

Peraturan Perundang-Undangan

- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata).

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 42, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3821).

Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 182 , Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3790).

Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867).

Undang-Undang No. 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 111, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5253).

Islamic Banking Act. (IBA) 1983 Malaysia, section 2.

Banking and Financial Institution Act. (BAFIA), 1989 Malaysia, section 124.

Internet

Agustianto, *Meningkatkan Kualitas dan Kompetensi Dewan Pengawas Syariah*, <http://www.agustiantocentre.com/?p=830>, diunduh tanggal 13 Februari 2015 pukul 09.00

“Banking System in Malaysia: History of Development, Principles and Its Practice)”, *Jurnal Usuluddin*, No. 14. December 2001.



Klausula Pembatasan dan Pengalihan Tanggung Jawab Pialang Berjangka dalam Kontrak Baku Pemberian Amanat secara Elektronik *On-Line*

Siti Anisah dan Catur Septiana Rakhmawati
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Jln. Tamansiswa No. 158 Yogyakarta
anisahraharjo@gmail.com, septianarakhma@gmail.com

Naskah diterima: 11/10/2016; revisi: 15/11/2016; disetujui: 22/12/2016

Abstract

The core problems in this study include first, why the clause of liability limitation is regulated in the Regulation of Bappebti Head No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 which should provide protection to the parties as the futures trading actors? Second, is the standard contract in the attachment of Regulation of Bappebti Chief No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 is a binding contract for the traders in the Commodity Futures Trading? This is a normative legal research and its results showed first, the attachment of Regulation of Bappebti Head No. 172/BAPPEBTI/PER/11/2013 is a form of government intervention into the contractual relationship, containing the clause of the liability limitation of one of the parties namely Broker. This regulation gives injustice for investors. Second, this contract should be null and the mechanism of its cancelation is through judicial review to the Supreme Court.

Keywords: Standard contract; commodity futures trading; justice; intervention

Abstrak

Pokok permasalahan dalam penelitian ini: *pertama*, mengapa klausula pembatasan tanggung jawab pialang berjangka muncul dalam Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 yang seharusnya memberikan perlindungan kepada para pihak sebagai pelaku perdagangan berjangka? *Kedua*, apakah kontrak standar dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 merupakan kontrak yang mengikat bagi para pelaku perdagangan dalam Perdagangan Berjangka Komoditi? Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif. Hasil dari penelitian ini menunjukkan: *pertama*, Lampiran Peraturan Kepala Bappebti No. 172/BAPPEBTI/PER/11/2013 merupakan bentuk intervensi pemerintah ke dalam hubungan kontraktual, yang memuat klausula pembatasan tanggung jawab salah satu pihak yaitu Pialang Berjangka dan peraturan ini memberikan ketidakadilan bagi para investor. *Kedua*, kontrak ini seharusnya batal demi hukum dan mekanisme pembatalannya melalui pengajuan *judicial review* ke Mahkamah Agung.

Kata-kata Kunci: Kontrak standar; perdagangan berjangka komoditi; keadilan; intervensi

Pendahuluan

Perdagangan Berjangka Komoditi bertujuan meningkatkan kegiatan usaha Komoditi agar dapat terselenggara secara teratur, wajar, efisien, efektif, dan terlindunginya masyarakat dari tindakan yang merugikan serta memberikan kepastian hukum kepada semua pihak yang melakukan kegiatan Perdagangan Berjangka Komoditi.¹ Pada tujuan itulah Badan Pengawas Perdagangan Berjangka Komoditi (Bappebti) sebagai lembaga pemerintah memiliki tugas pokok untuk melakukan pembinaan, pengaturan, pengembangan, dan pengawasan Perdagangan Berjangka Komoditi. Melalui kewenangan yang dimiliki oleh Bappebti, dapat dilakukan pengawasan guna mencegah kerugian yang potensial akan diderita oleh masyarakat.²

Namun demikian, dilihat dari regulasi yang telah dikeluarkan oleh Bappebti, masih terdapat beberapa norma yang dirasa dapat mengurangi semangat lahirnya Undang-Undang No. 10 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1997 tentang Perdagangan Berjangka Komoditi. Hal dimaksud terdapat dalam Lampiran No. 2 Peraturan Kepala Bappebti No. 107 Tahun 2013 berisi Formulir-Formulir Standar, antara lain Perjanjian Pemberian Amanat secara Elektronik On-Line antara Nasabah dan Pialang Berjangka. Perjanjian Pemberian Amanat secara Elektronik On-Line antara Nasabah dan Pialang Berjangka tersebut berbentuk kontrak standar atau baku.

Lampiran No. 2 Peraturan Kepala Bappebti No. 107 Tahun 2013 menjadi bermasalah karena dalam Lampiran tersebut melampirkan beberapa formulir yang berisi perjanjian bagi para Nasabah dan Pialang Berjangka dimana diatur klausula-klausula yang memberatkan Nasabah, mengandung klausula yang tidak adil, serta membebankan kewajiban dan atau risiko pada salah satu pihak. Meskipun bentuk kontrak tersebut merupakan kontrak baku, namun seharusnya tidak memberikan beban hanya pada satu pihak saja. Hak dan kewajiban yang seimbang di antara

¹Bagian menimbang Undang-Undang No. 10 Tahun 2011.

²Hoffman, *Future Trading upon Organized Commodity Markets in the United States*, 1932, hlm. 14 memberikan arti “*a future is a contract entered into on an organized market to deliver grain at a definite price during a specified future period.*” Untuk itu, perdagangan berjangka komoditi terutama tidak diselenggarakan untuk melakukan transfer kepemilikan dari objek dalam kontrak; melainkan melibatkan terutama asumsi risiko perubahan harga oleh spekulasi, atau pergeseran risiko tersebut dengan lindung nilai. *Federal Regulation of Commodity Future Trading*, 60 *Yale Law Journal* 822, Mei 1951, hlm. 825.

para pihak harus dijamin keadilan dan kepastian hukumnya. Kesepakatan antara Nasabah dan Pialang harus terwujud meskipun bentuk kontrak dalam Lampiran tersebut adalah kontrak baku.

Berikut ini merupakan contoh klausula-klausula yang memberikan pembatasan atau pelepasan tanggung jawab terhadap pihak yang berhubungan dengan Nasabah dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti itu:³ Pasal 5 tentang Hak Pialang Berjangka Melikuidasi Posisi Nasabah; Pasal 6 tentang Penggantian Kerugian Tidak Menyerahkan Barang; Pasal 7 tentang Penggantian Kerugian Tidak Adanya Penutupan Posisi; Pasal 8 tentang Pialang Berjangka Dapat Membatasi Posisi; Pasal 9 tentang Tidak Ada Jaminan atas Informasi atau Rekomendasi Nasabah, dengan pengakuan terhadap 3 tindakan Pialang Berjangka; serta Pasal 10 tentang Pembatasan Tanggung Jawab Pialang Berjangka.

Kontrak baku yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Peraturan Kepala Bappebti dan berisi klausula pembatasan tanggung jawab pialang berjangka dalam perjanjian pemberian amanat secara elektronik on-line, adalah wujud intervensi pemerintah. Memang benar bahwa tugas dan kewenangan Bappebti sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya adalah pengaturan, pengembangan, pembinaan, dan pengawasan kegiatan perdagangan berjangka. Selanjutnya Peraturan Kepala Bappebti merupakan perwujudan fungsi pengaturan.⁴ Akan tetapi, peraturan yang dikeluarkan seharusnya tidak menyentuh ranah privat yang membebankan tanggung jawab secara berat sebelah kepada salah satu pihak, berupa klausul kontrak baku dalam Peraturan Kepala Bappebti No. 107/Bappebti/Per/11/2013.

Hal ini dikarenakan klausul kontrak seharusnya diserahkan kepada para pihak yang melakukan kegiatan perdagangan berjangka komoditi meskipun kontrak tersebut berbentuk kontrak standar. Alasan ini sangat logis mengingat para pihaklah yang akan melaksanakan kontrak yang disepakati, sedangkan Bappebti tidak termasuk para pihak tersebut. Selanjutnya, kontrak atau perjanjian pada dasarnya dibuat berdasarkan kesepakatan para pihak sebagaimana syarat sah perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPdata. Seharusnya Peraturan

³Lampiran No. 2 Peraturan Kepala Bappebti No. 107 Tahun 2013.

⁴Pasal 5 Undang-Undang No. 10 Tahun 2011.

Kepala Bappebti berisi *rule of game* yang memberikan keseimbangan bagi para pihak dalam kontrak.⁵

Nampaknya kehadiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/Bappebti/Per/11/2013 tidak sesuai dengan tujuan Undang-Undang No. 10 Tahun 2011, termasuk peran yang dimiliki oleh Bappebti sebagai regulator di perdagangan berjangka komoditi.

Rumusan Masalah

Penelitian ini disusun berdasarkan permasalahan sebagai berikut: *Pertama*, mengapa klausula pembatasan tanggung jawab pialang berjangka justru muncul dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 yang seharusnya memberikan perlindungan kepada para pihak sebagai pelaku-pelaku perdagangan? *Kedua*, apakah kontrak standar dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 merupakan kontrak yang mengikat bagi para pelaku perdagangan dalam Perdagangan Berjangka Komoditi?

Tujuan Penelitian

Penelitian ini disusun dengan tujuan sebagai berikut: *Pertama*, memperoleh pemahaman dengan baik mengapa klausula pembatasan tanggung jawab pialang berjangka justru muncul dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 yang seharusnya memberikan perlindungan kepada para pihak sebagai pelaku-pelaku perdagangan; *Kedua*, menganalisis apakah kontrak standar dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013 merupakan kontrak yang mengikat bagi para pelaku Perdagangan Berjangka Komoditi.

Metode Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan ini adalah penelitian normatif dengan pendekatan yuridis, lebih khususnya konseptual dan perundang-undangan. Data

⁵Note, "Prevention of Commodity Futures Manipulation under the Commodity Exchange Act, 54 *Harvard Law Review* 1373, Juni 1941, hlm. 1375. sebagai perbandingan, awal pengaturan dalam *the Commodity Exchange Act* antara lain berisi ketentuan untuk mencegah terjadinya manipulasi yang dilakukan oleh tindakan pemerintah, manipulasi sanksi oleh tindakan pemerintah secara langsung, dan pengawasan pemerintah terhadap manipulasi dalam kegiatan bursa berjangka.

yang dikumpulkan dalam penelitian ini berasal dari data sekunder. Data sekunder terdiri dari bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan. Bahan hukum sekunder berupa artikel, buku, penelitian, jurnal, makalah, dan karya ilmiah lainnya yang berkaitan kontrak baku dalam perdagangan berjangka komoditi di Indonesia. Bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang dapat menjelaskan bahan hukum primer dan sekunder, antara lain berupa kamus maupun ensiklopedia. Analisis data dalam penelitian ini bersifat deskriptif kualitatif, yaitu mengumpulkan, mengkualifikasikan kemudian menghubungkan dan menganalisis bahan hukum primer dan teori yang berkaitan dengan masalah, serta menarik kesimpulan untuk menentukan hasil.⁶

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Klausula Pengalihan dan Pembatasan Tanggung Jawab Pialang Berjangka dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti

Lembaga-lembaga negara, khususnya di Indonesia, dikelompokkan ke dalam dua pembeda yaitu dari segi hierarki dan fungsi.⁷ Pembedaan secara hierarkhi diperlukan untuk menentukan perlakuan hukum secara tepat, terutama mengangkut tata karma keprotokolan dimana pernyataan ini kemudian dikaitkan dengan teori norma sumber legitimasi.⁸ Terdapat dua kriteria yang dipakai yaitu kriteria hierarki bentuk sumber normatif yang menentukan kewenangannya, dan kualitas fungsinya yang bersifat utama atau penunjang dalam sistem kekuasaan negara.⁹ Oleh karena itu, dari segi hierarki kemudian dibagi lagi menjadi tiga lapis yaitu organ lapis pertama disebut lembaga tinggi negara, organ lapis kedua disebut sebagai lembaga negara saja, sedangkan organ lapis ketiga disebut sebagai lembaga daerah.¹⁰ Selanjutnya, dari segi fungsinya lembaga-lembaga negara tersebut ada yang bersifat utama atau primer dan ada pula yang bersifat sekunder atau penunjang (*auxiliary*).

⁶Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif Edisi Revisi*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002, hlm. 103.

⁷Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hlm. 106-118.

⁸*Ibid.*, hlm. 49.

⁹*Ibid.*

¹⁰*Ibid.*, hlm. 105.

Di negara-negara demokrasi yang telah mapan, seperti Amerika Serikat dan Perancis, pada tiga dasawarsa terakhir abad ke-20, juga banyak bertumbuhan lembaga-lembaga negara baru.¹¹ Lembaga-lembaga negara baru tersebut disebut sebagai *state auxiliary organs* atau *state auxiliary institutions*. Lembaga-lembaga tersebut bersifat penunjang. Di antara lembaga-lembaga itu ada juga yang disebut sebagai *self-regulatory agencies, independent supervisory bodies*, atau lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi campuran (*mix-function*),¹² antara fungsi-fungsi regulatif, administratif, dan pemberian sanksi yang biasanya dipisahkan tetapi justru dilakukan secara bersamaan oleh lembaga-lembaga tersebut.¹³

Oleh karena itu, Bappebti, berdasarkan teori yang telah disampaikan sebelumnya, merupakan lembaga negara penunjang di bawah Kementerian Perdagangan yang dibentuk dengan undang-undang yaitu Undang-Undang No. 10 Tahun 2011. Bila dikaji dengan mendasarkan kepada pendapat Jimly di atas, maka Bappebti merupakan lembaga negara yang menjalankan fungsi eksekutif, regulasi, dan *quasi-judicative* sekaligus. Ini dapat terlihat dari fungsi Bappebti yaitu menyelenggarakan kegiatan pembinaan, pengaturan, dan pengawasan sehari-hari kegiatan perdagangan berjangka dan bertanggungjawab kepada menteri.¹⁴ Fungsi eksekutif Bappebti meliputi pembinaan, regulasi yaitu menyelenggarakan pengaturan, dan *quasi-judicative* yaitu pengawasan sehari-hari kegiatan perdagangan berjangka.

Peraturan Kepala Bappebti No. 99/Bappebti/Per/11/2012 tentang Penerimaan Nasabah secara Elektronik On-Line di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi yang dirubah dengan Peraturan Kepala Bappebti No. 107/Bappebti/Per/11/2013 merupakan peraturan pelaksana Pasal 50 ayat (6) Undang-Undang No. 10 Tahun 2011.¹⁵ Perjanjian pemberian amanat merupakan

¹¹*Ibid.*, hlm. 8.

¹²*Ibid.*

¹³Lembaga-lembaga tersebut bersifat independen dan memiliki fungsi regulasi dalam Ian Bartle dan Peter Vass, *Self-Regulatory and the Regulatory State (A Survey of Policy and Practice)*, Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath.

¹⁴Pasal 4 Undang-Undang No. 10 Tahun 2011.

¹⁵Pasal 1 Surat Keputusan Bappebti No. 99/BAPPEBTI/PER/11/2012 tentang Penerimaan Nasabah secara Elektronik *On-Line* di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi untuk Melindungi Nasabah tidak berjalan efektif. Nasabah tidak dapat memperoleh perlindungan hukum sebagaimana seharusnya. Ketentuan dan persyaratan yang berlaku (*Term of Services*) agar nasabah memperoleh informasi secara benar dalam Perdagangan Berjangka Komoditi tidak mudah dipahami oleh Nasabah. Selain itu, tidak semua faktor penegakan hukum juga

bagian dari serangkaian perdagangan berjangka melalui sistem elektronik.¹⁶ Penerimaan Nasabah secara elektronik on-line merupakan suatu proses yang meliputi pemahaman dan pengisian aplikasi pembukaan rekening transaksi; pernyataan adanya resiko; perjanjian pemberian amanat; dan pernyataan telah melakukan simulasi Perdagangan Berjangka dan peraturan perdagangan (*trading rules*) yang kesemuanya dilakukan secara elektronik.

Penerimaan Nasabah secara elektronik on-line hanya dapat dilakukan oleh Pialang Berjangka yang telah mendapat Penetapan dari Bappebti. Penetapan itu hanya dapat diberikan kepada Pialang Berjangka yang memenuhi persyaratan:¹⁷ *pertama*, tidak melanggar ketentuan tentang persyaratan keuangan minimum dan kewajiban pelaporan keuangan selama 1 (satu) tahun terakhir; *kedua*, memiliki sistem aplikasi penerimaan Nasabah secara elektronik on-line; dan *ketiga*, memiliki Standar Operasional Prosedur dalam rangka penerimaan Nasabah secara elektronik on-line.

Penerimaan Nasabah secara Elektronik On-Line di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi dapat dilakukan untuk pelaksanaan penerimaan Nasabah untuk transaksi Kontrak Berjangka dan/atau Kontrak Derivatif dalam Sistem Perdagangan Alternatif.¹⁸ Pialang Berjangka hanya dapat menerima calon Nasabah secara elektronik on-line setelah calon Nasabah yang bersangkutan menerima dan menyetujui isi Dokumen Perjanjian Pemberian Amanat, Dokumen Pernyataan Adanya Resiko, pilihan tempat penyelesaian perselisihan, peraturan perdagangan (*trading rules*), Kontrak Berjangka, Kontrak Derivatif Syariah dan/atau Kontrak Derivatif lainnya yang diperdagangkan, serta peraturan dan tata tertib sistem perdagangan elektronik *on-line*.

Bappebti memiliki kewajiban untuk melakukan sosialisasi terutama kepada investor agar memiliki pengetahuan tentang Bursa Berjangka. Namun, sosialisasi ini tidak akan berhasil secara optimal, bila investor tidak proaktif untuk menggali

berjalan dengan baik, misalnya saat penandatanganan amanat tidak dilakukan sendiri oleh pialang berjangka, namun diwakilkan kepada marketing. Lihat Syahviera Nabhiella Putri, "Efektifitas Pasal 1 Surat Keputusan Bappebti No. 99/Bappebti/Per/11/2012 tentang Penerimaan Nasabah secara Elektronik On-Line di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi untuk Melindungi Nasabah (Studi di PT Millenium Penata Futures)", *Skripsi*, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, Fakultas Hukum. Universitas Brawijaya. 2012.

¹⁶Pasal 1 ayat (1) Peraturan Bappebti No. 107 Tahun 2013.

¹⁷Pasal 1 Peraturan Bappebti No. 107 Tahun 2013.

¹⁸Penelitian ini hanya membatasi pada pembahasan tentang transaksi Kontrak Berjangka.

informasi dari berbagai sumber. Untuk saat ini, informasi mendasar tentang Bursa Berjangka dengan mudah dapat diakses di website Bappebti. Dengan mengunjungi website Bursa Berjangka atau Bappebti, investor dapat meminta informasi dan data kepada perpustakaan tentang bursa berjangka. Selain itu, investor dapat juga memperoleh informasi dan data dari pialang atau wakil pialang berjangka saat calon investor atau investor akan melakukan investasi di Bursa Berjangka melalui Perusahaan Pialang Berjangka. Informasi itu wajib disampaikan secara benar dan akurat, sesuai dengan peraturan perundang-undangan, di bawah pengawasan Bappebti.¹⁹

Keabsahan dan Kekuatan Mengikat Kontrak Standar bagi Para Pelaku Perdagangan Berjangka Komoditi

Berdasarkan konsep pembangunan dalam kaitannya dengan peran hukum dalam ekonomi pasar, salah satu yang berkaitan dengan penelitian ini adalah dalam perdagangan berjangka komoditi dimana konsep itu belum terimplementasi dengan baik. Misalnya, terdapat ketidakpastian dalam pengaturan tentang kewenangan Bappebti sebagai otoritas di bursa berjangka komoditi. Antara Undang-Undang yang memberikan kewenangan kepada Bappebti dan regulasi yang dibuat oleh Bappebti terdapat substansi yang asimetris. Ini, antara lain terdapat dalam kontrak baku yang berasal dari Lampiran 2 Peraturan Kepala Bappebti No. 107/BAPPEBTI/PER/11/2013, Formulir No. 107.PBK.05.1 tentang Perjanjian Pemberian Amanat secara Elektronik *On-Line* untuk Transaksi Kontrak Berjangka.

Dalam transaksi bisnis sangat lazim dipergunakan kontrak tertulis yang dikenal dengan kontrak baku atau standar. Namun demikian, tetap terdapat pro dan kontra yang timbul diantara para pakar hukum atas eksistensi kontrak baku itu. Bagi yang kontra, dan menolak kehadiran kontrak baku, karena dinilai;²⁰ kedudukan pelaku usaha di dalam kontrak baku sama seperti pembentuk undang-undang swasta (*legio particuliere wetgever*). Kontrak baku merupakan kontrak paksa (*dwangcontract*).²¹

¹⁹Amanah Pasal 50 ayat (1) - (6) Undang-Undang No. 10 Tahun 2011.

²⁰Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 265.

²¹Korea Fair Trade Commission, *Adhesion Contract Review*, <http://www.ftc.go.kr/eng/policyarea/consumerpolicy.jsp?pageId=0202>, diakses tanggal 6 November 2016

Dalam hal ini, kontrak baku dianggap meniadakan keadilan, karena hanya salah satu pihak yang membuat isi kontrak, sedangkan pihak lain hanya dapat menerima atau menolak isi kontrak. Sebaliknya, beberapa pakar hukum menerima kehadiran kontrak baku sebagai suatu kontrak, dengan argumentasi: *Pertama*, kontrak baku diterima sebagai kontrak berdasarkan fiksi adanya kemauan dan kepercayaan (*ictie van wil en vertrouwen*) bahwa para pihak mengikatkan diri dalam kontrak itu; *Kedua*, setiap pihak yang menandatangani kontrak bertanggung jawab atas isi dan apa yang ditandatanganinya; *Ketiga*, kontrak baku mempunyai kekuatan mengikat, berdasarkan kebiasaan (*gebruk*) yang berlaku di dalam masyarakat dan lalu lintas perdagangan.²²

Kehadiran Peraturan Kepala Bappebti No. 107/Bappebti/Per/11/2013 pada dasarnya tidak dalam situasi dan persyaratan teoritis berikut ini. Bahwasanya regulasi pada bursa berjangka komoditi tidak bergantung kepada tiga alasan mendasar berikut, yang sebenarnya telah diatur dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2011 yaitu:²³ *Pertama*, regulator harus menunjuk (berlaku, memberikan lisensi) kontrak komoditas sebelum perdagangan yang sebenarnya dan secara berkala meninjau kontrak dan dapat menarik penunjukan setiap saat; *Kedua*, batasan "spekulatif" ditetapkan pada ukuran posisi dan volume perdagangan harian yang para pedagang dapat melakukan, dengan pengecualian tertentu; *Ketiga*, regulator memonitor perkembangan Perdagangan Berjangka Komoditi dan pasar tunai setiap hari dengan tujuan mencegah aktivitas yang akan menyebabkan manipulasi harga, terutama selama fase likuidasi setiap kontrak bulan.

Peraturan Kepala Bappebti No. 107/Bappebti/Per/11/2013 mengintervensi hubungan kontraktual para pihak yang akan terlibat dalam perdagangan di bursa berjangka. Semestinya, campur tangan atau intervensi Bappebti, sebagai lembaga pengawas yang merupakan kepanjangan tangan Pemerintah pada sektor privat, dilakukan guna mencapai tujuan Undang-Undang No. 10 Tahun 2011. Campur

²²Sifat kontrak standar yang mengikat bagi para pihak ini salah satunya ditunjukkan dalam kasus *Upton v. Tribilcock dan Lewis v. Great Western Ry* dimana kontrak dianggap mengikat para pihak ketika salah satu pihak telah menandatangani kontrak tersebut meskipun tidak membaca kontrak terlebih dahulu. Pengadilan Amerika secara konsisten telah menerapkan aturan ini. lihat John J. A. Burke, "Contract as Commodity: A Nonfiction Approach", *Seton Hall Legislative Journal*, Seton Hall University Law Center, 2000.

²³Gary L. Seevers, "Government Regulation and the Futures Markets," <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/32171/1/01010021.pdf>, hlm. 24, diakses tanggal 6 November 2016

tangan itu dapat berupa kebijakan ekonomi seperti promosi ekspor, perlindungan sektor komoditas, dan stabilisasi harga; maupun kebijakan yang mengamankan kepentingan masyarakat, seperti pengentasan kelaparan dan distribusi pendapatan yang merata. Intervensi di bursa berjangka seperti itu, dapat berupa diskresi atau otomatis (sering disebut sebagai *rules-based*), dan dapat diinisiasi oleh bursa berjangka sebagai *Self Regulatory Organization* (SRO) atau regulator yang mengawasi pasar. Diskresi dalam bursa berjangka biasanya melibatkan, membatasi, menanggukkan, atau menghentikan perdagangan tertentu kontrak berjangka. Pemerintah juga melakukan intervensi di pasar berjangka dengan cara yang luas untuk mempengaruhi kas keseluruhan dan pasar berjangka. Intervensi ini dapat mencakup embargo, kontrol harga, kuota, kewajiban hukum, pembelian langsung dari stok penyangga, dan langkah-langkah kebijakan-berdampak harga lainnya.²⁴

Kajian sejarah atas intervensi pemerintah ke dalam pasar berjangka mengungkapkan bahwa, aturan berbasis intervensi dapat sukses dalam ekonomi pasar, namun intervensi diskresi sering gagal untuk mencapai proyeksi tujuannya. Intervensi diskresi sering menghasilkan berbagai konsekuensi yang harus dibayar mahal oleh pemerintah dan berbahaya bagi mayoritas pelaku yang bergerak di bidang produksi dan pemasaran komoditas yang ditargetkan. Untuk itu, dalam lingkup hukum, otoritas pengawas atau perdagangan dapat mengambil aksi diskresi selama berada dalam situasi yang dirasakan darurat, seperti peristiwa politik yang ekstrim, kendala logistik, kemacetan pasar, atau bencana alam. Tindakan diskresi termasuk suspensi atau penghentian perdagangan, pembatasan harga, perdagangan untuk likuidasi saja, atau penangguhan bagi anggota bursa untuk menentukan apakah melanggar aturan dan atau bertindak dengan cara yang merugikan perdagangan.²⁵

Untuk itu, berkaitan dengan perdagangan komoditi hal penting ketika lembaga pengawas akan mengevaluasi peraturan pasar adalah untuk memperjelas

²⁴Kate Hathaway, *The Potential Effects of Government Intervention in a Market Economy*, Financial Markets International of Washington, DC and Mumbai, India. April 2007, hlm. 3-4.

²⁵Oral Testimony of Walter L. Lukken, Commissioner, U. S. Commodity Futures Trading Commission before the Committee on Agriculture United States House of Representatives, April 27, 2006.

tujuan suatu regulasi yang dimaksud hanyalah untuk memajukan pasar, tolok ukurnya adalah tujuan yang tercantum dalam undang-undang yang mengatur tentang pasar itu. Apa karakteristik pasar yang lembaga pengawas berusaha untuk dorong? Efisiensi? Adil dan akses yang terbuka? Fenomena apa yang diinginkan untuk dicegah atau dihilangkan? Penipuan, manipulasi, atau praktik yang tidak adil lainnya? Ketidakstabilan sistemik? Tanpa jawaban eksplisit untuk pertanyaan-pertanyaan ini, peraturan lembaga pengawas (apalagi yang sifatnya interventif) tidak mungkin efektif. Lebih mungkin, itu akan membuktikan tidak perlu, memberatkan, dan bahkan mungkin bertentangan dengan tujuan undang-undang dibuat. Karena, sekali tujuan dalam undang-undang telah ditentukan secara jelas, maka regulasi di bawahnya seharusnya untuk melaksanakan dan mengevaluasi, apakah memang diperlukan untuk tujuan dimaksud.

Apakah peraturan pemerintah (lembaga pengawas) diperlukan, dan jika demikian, apa bentuknya? Peraturan yang optimal, sangat bergantung pada karakteristik pasar. Pendekatan regulasi pasar keuangan bahwa "satu ukuran cocok untuk semua" hampir tidak pernah tepat. Tingkat dan jenis peraturan diperlukan, tergantung pada jenis instrumen yang diperdagangkan, jenis pelaku pasar, dan sifat hubungan antara pelaku pasar. Sebagai contoh, peraturan pemerintah yang dirancang untuk melindungi investor ritel dari penipuan atau kebangkrutan *broker* tidak mungkin diperlukan-- dan hampir pasti menjadi sub optimal – jika diterapkan ke pasar dimana investor-investor besar aktif bertransaksi.²⁶

Secara *legal formal*, baik materi muatan Peraturan Kepala Bappebti, dan Lampiran 2 Peraturan Kepala Bappebti telah memenuhi ketentuan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Pada Bab XII Ketentuan Lain-Lain secara eksplisit mengatur bahwa "Teknik penyusunan dan/atau bentuk yang diatur dalam Undang-Undang ini berlaku secara mutatis mutandis bagi teknik penyusunan dan/atau bentuk Keputusan Presiden, Keputusan Pimpinan Majelis

²⁶Alan Greenspan, *Some Considerations As A Guide for Government Decisions on Regulating the Financial Markets Remarks*, the Financial Markets Conference of the Federal Reserve Bank of Atlanta, Coral Gables, Florida on 21/2/97, <http://www.bis.org/review/r970227a.pdf>.

Permusyawaratan Rakyat, Keputusan Pimpinan DPR, Keputusan Pimpinan DPD, Keputusan Ketua Mahkamah Agung, Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi, Keputusan Ketua Komisi Yudisial, Keputusan Kepala Badan Pemeriksa Keuangan, Keputusan Gubernur Bank Indonesia, Keputusan Menteri, Keputusan Kepala Badan, Keputusan Kepala Lembaga, atau Keputusan Ketua Komisi yang setingkat, Keputusan Pimpinan DPRD Provinsi, Keputusan Gubernur, Keputusan Pimpinan DPRD Kabupaten/Kota, Keputusan Bupati/Walikota, Keputusan Kepala Desa atau yang setingkat.”²⁷

Selanjutnya Lampiran 2 Peraturan Kepala Bappebti telah sesuai dengan ketentuan sebagaimana dicantumkan dalam huruf F. Lampiran angka 192 – 197 Undang-Undang No. 12 Tahun 2011. Pada angka 192 ditentukan bahwa “Dalam hal Peraturan Perundang-undangan memerlukan lampiran, hal tersebut dinyatakan dalam batang tubuh bahwa lampiran dimaksud merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Peraturan Perundang-undangan.” Berkaitan dengan hal itu, dalam Lampiran 2 Peraturan Kepala Bappebti dapat ditemukan: “Fitur-fitur dalam huruf b sampai h di atas wajib berpedoman sesuai dengan Formulir No. 107.PBK.01 sampai No. 107.PBK.07 sebagaimana tercantum dalam Lampiran 2 Peraturan Kepala Bappebti yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Peraturan Kepala Bappebti ini.”

Persoalannya adalah, bila dalam Lampiran Peraturan Kepala Bappebti ternyata berisi kontrak standar yang di dalamnya mengandung klausula yang tidak adil, membebankan kewajiban dan atau risiko pada salah satu pihak, apakah peraturan demikian sah dan mengikat bagi para pihak dalam kontrak untuk melaksanakannya? Hal yang terpenting adalah bukan esensi dari suatu kontrak dikategorikan sebagai kontrak baku, namun bagaimana agar kontrak baku itu memuat hak dan kewajiban yang seimbang di antara para pihak sehingga terjaminnya keadilan dan kepastian hukum. Dalam arti masing-masing pihak dalam membuat kontrak memiliki kewenangan untuk bersama-sama membuat isi kontrak, yang tentunya memuat hak dan kewajiban yang seimbang.

²⁷Undang-Undang No. 12 Tahun 2011.

Jawaban atas masalah itu tidak dapat ditemukan dalam peraturan yang secara khusus mengatur Perdagangan Berjangka Komoditi. Untuk itu, dengan menggunakan logika berpikir secara *argumentum per analogiam* atau sering disebut *analogi*,²⁸ maka peristiwa yang berbeda namun serupa, sejenis atau mirip yang diatur dalam Lampiran 2 Peraturan Kepala Bappebti itu dapat ditemukan dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila: *Pertama*, menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha; *Kedua*, menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen; *Ketiga*, menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen; *Keempat*, menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran; *Kelima*, mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli oleh konsumen; *Keenam*, memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi objek jual beli jasa; *Ketujuh*, menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang dibelinya; dan *Kedelapan*, menyatakan bahwa konsumen memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, hak gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.²⁹

Pelaku usaha dilarang mencantumkan klausula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti. Setiap klausula baku yang telah ditetapkan oleh pelaku usaha pada dokumen atau perjanjian yang memenuhi ketentuan dinyatakan batal demi hukum. Untuk selanjutnya, pelaku usaha wajib

²⁸Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Universitas Atmajaya Yogyakarta, Yogyakarta, 2010, hlm. 86 – 87.

²⁹Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang No. 8 Tahun 1999.

menyesuaikan klausula baku yang bertentangan dengan Undang-undang ini.³⁰ Bagaimana melakukan pembatalan kontrak, padahal format dan substansi kontrak itu merupakan perintah peraturan dari lembaga pengawas (Bappebti)? Langkah yang harus dilakukan adalah, terlebih dahulu mengajukan *judicial review* ke Mahkamah Agung. Ini sesuai dengan kewenangan Mahkamah Agung terkait dengan *judicial review*, yaitu:³¹ *Pertama*, MA mempunyai wewenang menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang; *Kedua*, MA menyatakan tidak sah peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atas alasan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau pembentukannya tidak memenuhi ketentuan yang berlaku.

Permohonan *judicial review* itu hanya dapat dilakukan oleh pihak yang menganggap haknya dirugikan oleh berlakunya peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, yaitu:³² *Pertama*, perorangan warga negara Indonesia; *Kedua*, kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang; atau c) badan hukum publik atau badan hukum privat.

Penutup

Berdasarkan pembahasan di atas, maka dapat dikemukakan dua kesimpulan. *Pertama*, Lampiran No. 2 Peraturan Kepala Bappebti No. 107 Tahun 2013 berisi Formulir-Formulir Standar, antara lain Perjanjian Pemberian Amanat secara Elektronik On-Line antara Nasabah dan Pialang Berjangka merupakan bentuk intervensi Pemerintah (melalui lembaga pengawas) ke dalam hubungan kontraktual, yang di dalamnya memuat klausula pembatasan dan pelepasan tanggung jawab salah satu pihak, yaitu Pialang Berjangka. Meskipun intervensi Pemerintah ini dilakukan oleh Bappebti dalam kapasitasnya sebagai *state auxiliary organ*, namun peraturan itu menimbulkan ketidakadilan bagi investor. Padahal

³⁰Pasal 18 ayat (2) dan (3) Undang-Undang No. 8 Tahun 1999.

³¹Pasal 31 ayat (1 dan (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

³²Pasal 31A ayat (2) Undang-Undang No. 3 Tahun 2009.

berjalannya pasar dalam perdagangan berjangka komoditi sangat dipengaruhi oleh investor sebagai pihak yang membeli komoditas yang diperdagangkan. *Kedua*, kontrak yang demikian itu seharusnya batal demi hukum. Intervensi lembaga pengawas ke dalam hubungan kontraktual para pelaku pasar seharusnya dalam kerangka mencapai tujuan Undang-Undang No. 10 Tahun 2011. Namun pembatalan kontrak itu dapat dilakukan dengan terlebih dahulu mengajukan *judicial review* ke Mahkamah Agung, sesuai dengan kewenangan Mahkamah Agung terkait dengan *judicial review* terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang.

Daftar Pustaka

Buku

- Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006
- Bartle, Ian dan Peter Vass, *Self-Regulatory and the Regulatory State (A Survey of Policy and Practice)*, Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath.
- Hoffman, *Future Trading upon Organized Commodity Markets in the United States*, 1932.
- Mertokusumo, Sudikno, *Penemuan Hukum*, Universitas Atmajaya Yogyakarta, 2010.
- Moleong, Lexy J., *Metodologi Penelitian Kualitatif Edisi Revisi*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002.
- Usman, Rachmadi, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001.
- Hathaway, Kate, *The Potential Effects of Government Intervention in a Market Economy*, Financial Markets International of Washington, DC and Mumbai, India. April 2007.
- Oral Testimony of Walter L. Lukken, Commissioner, U. S. Commodity Futures Trading Commission before the Committee on Agriculture United States House of Representatives, April 27, 2006.

Hasil Penelitian/Tugas Akhir

- Nabhiella Putri, Syahviera, "Efektifitas Pasal 1 Surat Keputusan Bappebti No. 99/Bappebti/Per/11/2012 tentang Penerimaan Nasabah secara Elektronik On-Line di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi untuk Melindungi Nasabah (Studi di PT Millenium Penata Futures)", *Skripsi*, Kementerian

Pendidikan dan Kebudayaan, Fakultas Hukum. Universitas Brawijaya. 2012.

Artikel Jurnal

Burke, John J. A. "Contract as Commodity: A Nonfiction Approach," *Seton Hall Legislative Journal*, Seton Hall University Law Center, 2000.

Federal Regulation of Commodity Future Trading, *60 Yale Law Journal* 822, Mei 1951.

Note, "Prevention of Commodity Futures Manipulation under the Commodity Exchange Act," *54 Harvard Law Review* 1373, Juni 1941.

Internet

Korea Fair Trade Commission, *Adhesion Contract Review*, <http://www.ftc.go.kr/eng/policyarea/consumerpolicy.jsp?pageId=0202>, diakses tanggal 2 November 2016.

Seevers, Gary L., "Government Regulation and the Futures Markets," <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/32171/1/01010021.pdf>, diakses tanggal 3 November 2016.

Greenspan, Alan, *Some Considerations As A Guide for Government Decisions on Regulating the Financial Markets Remarks*, the Financial Markets Conference of the Federal Reserve Bank of Atlanta, Coral Gables, Florida on 21/2/97, <http://www.bis.org/review/r970227a.pdf>, diakses tanggal 3 November 2016.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang No. 10 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1997 tentang Perdagangan Berjangka Komoditi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 79, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5232)

Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Komoditi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5234)

Undang-Undang No. 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Komoditi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 3, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4958)

Undang-Undang No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Komoditi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 9, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4359)

Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Komoditi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 22, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3821).

Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Perdagangan Berjangka Komoditi.

Peraturan Kepala Bappebti No. 107/Bappebti/Per/11/2013 tentang Perubahan atas Peraturan Kepala Bappebti No. 99/Bappebti/Per/11/2012 tentang Penerimaan Nasabah secara Elektronik On-Line di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi.

Surat Keputusan Bappebti No. 99/Bappebti/Per/11/2012 tentang Penerimaan Nasabah secara Elektronik *On-Line* di Bidang Perdagangan Berjangka Komoditi untuk Melindungi Nasabah.



JH Ius Quia Iustum is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited

Peran Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen dalam Pengawasan Klausula Baku di Kota Palembang¹

Sri Turatmiyah dan Arfianna Novera

Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya

Jln. Palembang-Prabumulih Km 32 Inderalaya, Ogan Ilir Sumatera Selatan

efka_turatmiyah@yahoo.com; arfiana_novera@yahoo.com

Naskah diterima: 8/7/2016; revisi: 26/10/2016; disetujui: 23/12/2016

Abstract

This research studies the role of BPSK (Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen or Costumer's Conflict Resolution Board) in Palembang city in supervising the standard clause and any hindrances in that supervision. This research used the juridical-empirical research method supported by the regulatory approach and case approach. The result of the research showed that the role of BPSK in the supervision of inclusion of standard clause until recently is not applied well. This is due to BPSK simply waits for any complaints from customers and there is no any follow up from BPSK. Meanwhile, the hindrances in the supervision of standard clause are related to the absence of the regulation of implementation as amended in Article 52 letter (e) Law of Customer Protection. BPSK is not a judicial institution, and the operational cost of BPSK is burdened by local budget (APBD) coming from the customers, business actors and government that have a different culture.

Keywords: BPSK; standard clauses; contomers

Abstrak

Penelitian ini membahas peran Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Kota Palembang dalam mengawasi klausula baku dan hambatan-hambatan dalam pengawasan tersebut. Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis empiris didukung pendekatan perundang-undangan dan pendekatan kasus. Hasil penelitian menunjukkan bahwa peran BPSK dalam pengawasan pencantuman klausula baku sampai saat ini belum terlaksana dengan baik. Hal ini dikarenakan BPSK hanya menunggu pengaduan dari konsumen dan tidak ada tindak lanjut dari BPSK. Sedangkan hambatan dalam pengawasan klausula baku adalah belum adanya aturan pelaksanaan sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 52 huruf (e) UU Perlindungan Konsumen, BPSK bukan lembaga yudisial, dan biaya operasional BPSK dibebankan pada Anggaran Pendapatan Belanja Daerah serta keanggotaan BPSK yang berasal dari konsumen, pelaku usaha dan pemerintah dengan kultur yang berbeda.

Kata-kata Kunci: BPSK; klausula baku; konsumen.

¹ Tulisan ini merupakan ringkasan hasil penelitian Satek Universitas Sriwijaya dari Anggaran DIPA Unsri No. 042.01.2.400953/2016 tanggal 7 Desember 2015 sesuai dengan Surat Perjanjian Penugasan Pelaksanaan Penelitian Sains Teknologi dan Seni Unsri No. 591/UN9.3.1/LT/2016 tanggal 22 April 2016.

Pendahuluan

Istilah “Klausula Baku” ternyata hampir tidak dikenal oleh sebagian besar konsumen khususnya di wilayah Kota Palembang. Hal ini dibuktikan dari hasil survey yang dilakukan di Kota Palembang hanya 2 dari 10 orang responden yang diwawancarai yang mengetahui istilah klausula baku. Setelah diberikan contoh bentuk dari klausula baku seperti “Barang yang sudah dibeli tidak dapat ditukar atau dikembalikan”, klaim garansi tidak berlaku bagi baterai, *charger* dan *cashing*, serta pengelola parkir tidak bertanggung jawab jika terjadi kehilangan helm dan kendaraan”, sebagian responden mengetahui hal tersebut. Pada dasarnya UUPK mengakui adanya klausula baku tersebut. Hal ini diatur dalam Pasal 18 UUPK yang menentukan bahwa: “Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan atau perjanjian apabila: a) menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha; b) menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen, c) menyatakan bahwa pelaku usaha berhak penyerahankembali uang yang dibayarkan atas barang dan atau jasa yang dibeli oleh konsumen; d) menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran, e) Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatn jasa yang dibeli oleh konsumen.

Ciri-ciri khas perjanjian baku yaitu: *pertama*, isinya ditetapkan secara sepihak oleh pihak yang lebih kuat. Dalam perjanjian ini kedudukan para pihak tidak seimbang, pihak pembuat perjanjian biasanya lebih kuat dalam hal ekonomi dan politik. Dalam perjanjian tersebut unsur mengenai adanya persesuaian kehendak diantara para pihak adalah fiktif. Karena perjanjian dibuat seakan-akan telah terjadi adanya kata sepakat secara bebas, yang sebenarnya tidak ada. *Kedua*, adanya klausula baku atau syarat-syarat eksonerasi. Syarat eksonerasi adalah syarat yang membatasi atau membebaskan tanggung jawab salah satu pihak dalam melaksanakan perjanjian.²

² Dewi Hendrawati, “Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Baku (Studi Normatif Pada Perjanjian Pembiayaan Konsumen)”, dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, No. 4 Jilid 40 Tahun 2011, hlm. 415.

Dipertegas lagi bahwa syarat eksonerasi ini mengikat para pihak yang membuatnya yaitu: *pertama, By signature* (penandatanganan), jika seseorang yang menandatangani surat perjanjian adalah terikat oleh syarat-syarat yang ada meskipun ia tidak membacanya, dan tidak peduli apakah ia mengerti dan memahami isinya. *Kedua, By Notice* (pemberitahuan), jika syarat eksonerasi telah tercetak di atas surat yang diserahkan dari satu pihak kepada pihak lain atau diumumkan pada waktu perjanjian dibuat, maka syarat tersebut sudah masuk dalam perjanjian jika sudah ada pemberitahuan.³

Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) mendefinisikan pengertian konsumen yaitu dalam Pasal 1 ayat (1) bahwa “setiap orang pemakai barang dan atau jasa yang tersedia dalam masyarakat baik bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain maupun makhluk hidup lain dan tidak untuk diperdagangkan”. Konsumen memperoleh barang dan atau jasa dengan cara “membeli” atau melalui “hadiah”. Cara yang pertama membeli biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian dengan pelaku usaha dan konsumen mendapat perlindungan hukum melalui perjanjian tersebut.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 10 UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) disebutkan bahwa:” Klausula baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen”. Dalam UUPK diatur tentang larangan pencantuman klausula tertentu oleh pelaku usaha yang terdapat dalam Pasal 18, disertai dengan sanksi pidana yaitu pidana penjara dan pidana denda. Namun dalam kenyataannya klausula baku yang dilarang tersebut sampai sekarang masih dicantumkan oleh pelaku usaha tanpa adanya sanksi yang dikenakan. Hal tersebut dipengaruhi oleh sikap konsumen terhadap keberadaan klausula baku, ketaatan pelaku usaha terhadap aturan dan ketegasan aparaturnegara dalam menegakan aturan dan sanksi.

Pelaku usaha dalam menggunakan klausula baku pada umumnya telah menyiapkan draft perjanjian untuk dipergunakan pada kegiatan usahanya yang

³*Loc.Cit.*

pengaturannya sesuai dengan kegiatan usaha perusahaan tersebut, dalam bentuk perjanjian yang telah dibakukan. Pencantuman klausul baku dalam penawaran suatu produk barang dan atau jasa merupakan sesuatu yang diperbolehkan selama sesuai dengan ketentuan sebagaimana yang diatur dalam UUPK. Dengan pencantuman klausul baku tersebut akan memberikan sesuatu hal yang menguntungkan karena sifatnya lebih praktis dan efisien. Namun dalam praktik, pencantuman klausul baku seringkali memberatkan salah satu pihak dalam hal ini adalah konsumen yang meskipun demikian seringkali konsumen harus menerima kondisi tidak seimbang tersebut karena pada hakikatnya membutuhkan produk barang dan atau jasa tersebut.

Atas kerugian-kerugian yang mungkin ditanggung oleh konsumen sebagai akibat pencantuman suatu klausula baku, UUPK telah mengakomodasi dengan adanya ketentuan Pasal 49 ayat (1) yang menetapkan pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK). Ditegaskan dalam Pasal 52 UUPK ini, tercantum tugas BPSK yaitu: memberikan konsultasi perlindungan konsumen, melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausula baku, dan menerima pengaduan konsumen atas terjadinya pelanggaran perlindungan konsumen, serta tugas-tugas lainnya. Akan tetapi dalam praktiknya, masih banyak ditemukan kendala bagi konsumen dalam memperjuangkan hak-haknya menyangkut adanya kerugian-kerugian yang diakibatkan oleh pencantuman klausula baku dalam produk barang dan/atau jasa yang sudah dibelinya.

Pencantuman klausul baku yang sifatnya dilarang berdasarkan Pasal 18 ayat (1) UUPK masih banyak ditemukan dalam berbagai penawaran produk barang dan/atau jasa, sekalipun dijelaskan telah dibentuk BPSK sebagai sebuah badan yang mempunyai kewenangan melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausul baku. Klausula baku dipergunakan oleh pelaku usaha antara lain dalam bisnis usaha perbankan, asuransi, jasa pegadaian, gas, listrik dan sebagainya baik perlaku usaha BUMN maupun swasta menggunakan perjanjian baku bagi konsumennya. Pelaku usaha menggunakan perjanjian baku dengan alasan karena bentuk perjanjian baku lebih praktis, mudah, cepat dan standar. Penggunaan perjanjian baku dapat meringankan pekerjaan para pelaku usaha.⁴

⁴ Zaelani, "Perjanjian Baku Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Dalam Perspektif Perlindungan Konsumen", dalam *Jurnal Legislasi Indonesia* No.4. Vol. 10, Tahun 2013, hlm. 402.

Perjanjian baku mengabaikan asas-asas hukum perjanjian karena dibuat oleh satu pihak, sehingga cenderung kurang adanya keadilan bagi para pihak. Perjanjian baku lebih memberikan keuntungan bagi pelaku usaha saja, dengan cara menggunakan klausul eksonerasi sehingga konsumen yang menanggung kerugian. Kerugian-kerugian yang mungkin ditanggung oleh konsumen sebagai akibat pencantuman suatu klausul baku. Dalam rangka mengakomodasi penggunaan klausula baku tersebut telah ditentukan dalam Pasal 49 ayat (1) UUPK yang menetapkan pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK). Kemudian dalam Pasal 52 UUPK ini, tercantum tugas BPSK yaitu: memberikan konsultasi perlindungan konsumen, melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausul baku, dan menerima pengaduan konsumen atas terjadinya pelanggaran perlindungan konsumen, serta tugas-tugas lainnya.

Namun demikian, dalam praktiknya, masih banyak ditemukan kendala bagi konsumen dalam memperjuangkan hak-haknya menyangkut adanya kerugian-kerugian yang diakibatkan oleh pencantuman klausul baku dalam produk barang dan/atau jasa yang sudah dibelinya. Pencantuman klausul baku yang sifatnya dilarang berdasarkan Pasal 18 ayat (1) UUPK masih banyak ditemukan dalam berbagai penawaran produk barang dan/atau jasa yang sudah pasti menimbulkan kerugian bagi konsumen.

Rumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini: *pertama*, bagaimana peran BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan terhadap klausula baku di Kota Palembang? *Kedua*, faktor-faktor apa yang menjadi hambatan BPSK dalam melakukan pengawasan klausula baku di Kota Palembang?

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah, *pertama* untuk menganalisis peran BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan terhadap klausula baku di Kota Palembang. *Kedua*, menganalisis faktor-faktor yang menjadi hambatan BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan klausula baku tersebut.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum empiris dengan melakukan pengumpulan data primer melalui wawancara dengan sumber terkait. Yuridis empiris (yuridis sosiologis) yaitu suatu pendekatan yang dilakukan untuk menganalisa tentang sejauh manakah suatu peraturan atau perundang-undangan atau hukum yang sedang berlaku secara efektif. Penelitian ini menggunakan data yang diperoleh langsung dari masyarakat (mengenai perilaku nyata) dan dari bahan pustaka. Penelitian hukum empiris mengutamakan data sekunder untuk kemudian dilanjutkan dengan penelitian terhadap data primer di lapangan atau terhadap masyarakat. Hukum dipandang dari segi luarnya saja. Karena hukum dikaitkan dengan masalah sosial. Penelitian hukum empiris menitikberatkan perilaku individu atau masyarakat dalam kaitannya dengan hukum. Berdasarkan hal tersebut maka pendekatan yuridis empiris yaitu suatu pendekatan yang dilakukan untuk menganalisis tentang sejauh mana suatu peraturan atau perundang-undangan atau hukum berlaku secara efektif dalam masyarakat.⁵

Data primer diperoleh secara *purposive sampling* maksudnya adalah menentukan sampel dengan berbagai pertimbangan atau alasan. Teknik pengumpulan data dilakukan melalui wawancara terpimpin dengan beberapa orang responden diantaranya anggota BPSK unsur pemerintah, 1 orang unsur konsumen dan unsur pelaku usaha. Data diperoleh langsung dari lapangan dengan sumber yang relevan berkaitan dengan permasalahan penelitian. Kemudian data sekunder disebut dengan data kepustakaan yang mencakup antara lain: dokumen-dokumen resmi, buku-buku kepustakaan, hasil-hasil penelitian, yang berwujud laporan, dan sebagainya berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier.⁶

Metode pendekatan ini dilengkapi dengan: *pertama*, pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu pendekatan ini digunakan untuk memperoleh deskripsi analisis peraturan hukum yang mengatur tentang perlindungan konsumen. *Kedua*, pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan ini digunakan untuk menelaah kasus-kasus mengenai sengketa konsumen yang masuk BPSK

⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 87.

⁶*Ibid.*, hlm. 141.

Kota Palembang. Kemudian data yang terkumpul diolah dan dianalisis secara deskriptif kualitatif untuk mendapatkan suatu kesimpulan.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Peran BPSK Kota Palembang Dalam Melakukan Pengawasan terhadap Klausula Baku

Klausula baku memiliki banyak istilah lain dalam penyebutannya, diantaranya perjanjian baku (Bahasa Indonesia), *Standart Contract* (Bahasa Inggris). Tujuan dibuatnya klausula baku untuk memberikan kemudahan bagi para pihak yang bersangkutan.⁷

Bentuk perjanjian dengan klausula baku sangat menguntungkan jika dilihat dari berapa banyak, waktu, tenaga, dan biaya yang dapat dihemat. Akan tetapi di pihak lain bentuk perjanjian tersebut tentu saja menempatkan pihak yang tidak ikut membuat klausul-klausul dalam perjanjian baik langsung maupun tidak langsung sebagai pihak yang dirugikan. Dihal ini dikarenakan sebagai salah satu pihak dalam perjanjian yang memiliki hak untuk memperoleh kedudukan seimbang dalam menjalankan perjanjian tersebut, di sisi lain para pihak harus menurut terhadap isi perjanjian yang dimuat dalam klausula baku tersebut.

Kelemahan-kelemahan dalam perjanjian baku atau klausula baku bersumber dari karakteristik perjanjian baku dalam wujudnya merupakan suatu perjanjian yang dibuat oleh salah satu pihak yang menyisakan sedikit atau bahkan tidak sama sekali ruang bagi pihak lain untuk menegosiasikan isi perjanjian itu. Berlakunya perjanjian baku selain dari segi keabsahannya adalah adanya klausul-klausul yang tidak adil dan sangat memberatkan salah satu pihak.⁸

Pengawasan klausula baku dalam UUPK menjadi salah satu tugas dan wewenang dari BPSK sebagaimana disebutkan dalam Pasal 52 Huruf c. Walaupun pengawasan tersebut merupakan tugas dan wewenang BPSK akan tetapi masyarakat juga harus ikut melaksanakan pengawasan klausula baku dalam rangka penegakan hukum perlindungan konsumen.

⁷ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 75.

⁸ Celina Tri Siwi Kristiyanti, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 140.

Di Kota Palembang masih ditemukan penggunaan klausula baku dalam perjanjian yang memuat klausula baku yang dilarang dalam UUPK. Klausula baku tersebut ditemukan baik pada pelaku usaha kecil, menengah, maupun besar. Hal ini terjadi karena semua pengusaha menerapkan perjanjian baku dengan klausula yang ditentukan pihak pengusaha saja. Karena itu sifat perjanjian baku dengan klausula baku "*take it or leave it*" dalam arti tidak memaksa pihak konsumen.⁹ Misalnya penggunaan klausula baku tersebut oleh pelaku usaha kecil dan menengah sebagaimana telah disebutkan sebelumnya adalah klausula baku pada nota pembelian barang, nota penyediaan jasa seperti *laundry*, dan pada nota jasa parkir, jasa penitipan barang. Kemudian misalnya klausula baku yang digunakan oleh pelaku usaha besar adalah klausula baku pada perjanjian kredit, perjanjian leasing, perjanjian asuransi maupun lembaga perbankan dan lembaga pembiayaan.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Yusrizal, Sekretariat BPSK Kota Palembang,¹⁰ penggunaan klausula baku yang memenuhi rumusan sebagai klausula baku yang dilarang dalam UUPK oleh pelaku usaha kecil dan menengah yang masih banyak mendominasi di Kota Palembang hal tersebut dikarenakan jumlah pelaku usaha yang sangat banyak sehingga kesulitan dalam pengawasan.

BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan klausula baku secara langsung di lapangan sebagai implementasi dari Pasal 52 huruf c UUPK belum dilaksanakan. Dijelaskan oleh Hardayani anggota BPSK dari unsur pemerintah, bahwa belum terlaksananya tugas pengawasan klausula baku karena BPSK Kota Palembang masih fokus pada penyelesaian sengketa konsumen. Kesulitan dalam tugas pengawasan klausula baku tersebut karena kultur dari anggota BPSK itu sendiri yang berasal dari unsur konsumen, unsur pelaku usaha dan unsur pemerintah para anggota dan majelis dari BPSK memiliki kesibukan masing-masing yang sulit untuk ditinggalkan.

Pengawasan klausula baku pada BPSK Kota Palembang dilakukan bersamaan dengan penyelesaian sengketa konsumen. Hal ini sebagaimana

⁹ Misalnya pengusaha kecil laundry yang mencantumkan klausula ("kerusakan/luntur karena pencucian diluar tanggung jawab pengusaha), pengelola parkir (kehilangan helm, kendaraan diluar tanggung jawab pengelola), pengusaha menengah (ditemukan klausula baku "barang yang sudah dibeli tidak dapat ditukar atau dikembalikan) pengusaha besar di bidang lembaga leasing/keuangan/perbankan banyak ditemukan klausula baku " jika debitur tidak membayar utang 2 kali berturut-turut benda objek jaminan ditarik oleh pihak leasing").

¹⁰ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

disampaikan oleh Ramawan anggota BPSK Kota Palembang unsur konsumen, akhir-akhir ini banyak memediasi sengketa antara masyarakat dan perusahaan pengembang perumahan dan apartemen yang merasa ditipu oleh pengembang karena rumah dan apartemen yang disepakati dibangun hingga kini belum juga ada tanda-tanda dimulai pembangunannya.¹¹ Salah satu kasus yang masuk ke BPSK Palembang seperti sengketa antara masyarakat dengan perusahaan yang akan membangun apartemen Basilica Palembang, yakni PT Trinitas Properti Persada. Sejumlah konsumen perusahaan tersebut meminta BPSK membantu mengembalikan uang muka dan cicilan di atas Rp100 juta yang telah diserahkan kepada pihak keuangan PT Trinitas Properti Persada.

Hal itu ditegaskan oleh Yusrizal selaku sekretariat BPSK Kota Palembang dalam proses penyelesaian sengketa konsumen tersebut di atas¹², BPSK Kota Palembang berusaha meneliti perjanjian tersebut apakah merupakan klausula baku yang memenuhi rumusan sebagai klausula baku yang dilarang dalam UUPK atau bukan.¹³ Jika tergolong klausula baku yang dilarang dalam UUPK maka setelah sengketa berhasil diselesaikan BPSK melakukan pembinaan pelaku usaha bahwa klausula baku tersebut dilarang, kemudian secara berkala dilakukan pemeriksaan apakah perusahaan tersebut masih mencantumkan klausula baku yang dilarang tersebut atau tidak.

Pengawasan klausula baku yang dilaksanakan oleh BPSK hanya terbatas pada pengawasan setelah adanya sengketa, sedangkan untuk pengawasan klausula baku secara langsung terutama pada nota pembelian barang maupun jasa belum dilaksanakan sama sekali. Menurut Yusrizal belum dilaksanakannya pengawasan klausula baku secara langsung oleh BPSK Kota Palembang selain karena fokus pada penyelesaian sengketa konsumen juga dikarenakan belum adanya aturan teknis sebagai pelaksanaan Pasal 52 Huruf c UUPK, baik dari pemerintah pusat maupun pemerintah daerah Kota Palembang. Pelaksanaan

¹¹ Wawancara dengan Anggota BPSK Kota Palembang dari unsur konsumen dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

¹² Sampai bulan Agustus tahun 2016 kasus yang masuk ke BPSK Kota Palembang ada 37 kasus yang hampir sebagian besar adalah perjanjian baku 80 % dapat diselesaikan secara damai, dan 20 % menunggu proses penyelesaian sengketa.

¹³ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

pengawasan klausula baku tersebut di atas baru bersifat represif, karena baru dilakukan pengawasan klausula baku jika sudah terjadi sengketa.¹⁴ Namun pengawasan secara langsung di lapangan belum dilaksanakan secara penuh oleh BPSK Kota Palembang.

Fungsi utama perjanjian adalah untuk memberikan kepastian tentang mengikatnya suatu perjanjian antara para pihak. Fungsi tersebut dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu: *pertama*, fungsi yuridis, yaitu untuk dapat memberikan kepastian hukum para pihak. *Kedua*, fungsi ekonomis, yaitu perjanjian untuk menggerakkan hak milik sumber daya dari nilai penggunaannya yang lebih rendah menjadi nilai yang lebih tinggi.¹⁵

Perjanjian mempunyai asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara bahwa “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Hal ini berarti bahwa asas ini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk: *Pertama*, membuat atau tidak membuat perjanjian. *Kedua*, kebebasan menentukan isi, syarat dan pelaksanaan perjanjian. *Ketiga*, kebebasan untuk menentukan bentuk perjanjian. *Keempat*, kebebasan untuk menentukan pilihan hukum.

Meskipun pelaku usaha mempunyai kebebasan membuat perjanjian yang berisi klausula baku, berdasarkan ketentuan Pasal 7 (a) UUPK bahwa:” Kewajiban pelaku usaha adalah “beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya” itikad baik ini termasuk dalam etika bisnis yaitu nilai-nilai dan norma-norma moral yang berlaku bagi praktik bisnis. Etika bisnis menyangkut hati nurani pelaku usaha untuk membedakan antara apa yang baik dan apa yang buruk serta menetapkan nilai-nilai moral yang patut dikejar. Tujuan etika bisnis bukan mengubah keyakinan moral seseorang melainkan untuk meningkatkan keyakinan itu sehingga orang percaya pada diri sendiri dan akan memberlakukan di bidang bisnis.¹⁶ Berkaitan dengan klausula baku sudah tentu pelaku usaha harus menerapkan klausula-klausula yang tidak merugikan pihak konsumen.

¹⁴ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

¹⁵ Lukman Santoso AZ, *Hukum Perikatan Teori Hukum dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerjasama Bisnis*, Penerbit Setara Press, Jakarta, 2016, hlm. 18.

¹⁶ Bambang Eko Turisno, “Etika dalam Hubungannya Dengan Transformasi Global dan Hukum Kontrak Serta Perbuatan Melawan Hukum”, dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, No. 3, Jilid 40 Tahun 2011, hlm. 292.

Hambatan-Hambatan BPSK dalam Melakukan Pengawasan Terhadap Pencatuman Klausula Baku

Dalam rangka memberikan perlindungan kepada konsumen atas pencantuman klausula baku dalam perjanjian, telah diatur dalam Pasal 18 UUPK sebagaimana tersebut di atas. Hal ini dimaksudkan untuk melindungi konsumen dari pembuatan klausula baku yang semena-mena dari para pelaku usaha, sehingga setiap individu mempunyai kedudukan yang sama di dalam hukum untuk melaksanakan dan meneguhkan hak-haknya. Ketentuan Pasal 18 bersifat membatasi atau mengurangi prestasi yang harus dilakukan pelaku usaha dan mengurangi hak konsumen untuk melakukan penawaran terhadap barang atau jasa yang ditawarkan pelaku usaha.

Berkaitan dengan pengawasan klausula baku sebagaimana ketentuan Pasal 18 UUPK tersebut, maka pemerintah membentuk Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) sebagaimana dalam Pasal 1 angka (11) UUPK bahwa "Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) adalah badan yang bertugas menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen". Kemudian diatur lebih lanjut dalam Pasal 52 yang menentukan bahwa "Tugas dan wewenang BPSK meliputi: a) melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen dengan cara mediasi, atau arbitrase atau konsiliasi, b) memberikan konsultasi perlindungan konsumen; c) melakukan pengawasan terhadap pencatuman klausula baku; dan seterusnya.

Perjanjian baku atau *standard contract*, merupakan perjanjian yang telah ditentukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Mengenai perjanjian baku berlaku adagium "*take it or leave it contract*." Jika setuju silakan diambil jika tidak maka tinggalkan saja, artinya perjanjian tersebut tidak dilakukan. Kondisi seperti ini menjadikan konsumen memiliki posisi tawar yang lemah.¹⁷ Berkaitan dengan hal tersebut, dalam ketentuan Pasal 9 Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan R.I. No. 350/MPP/Kep/12/2001 Tentang Pelaksanaan Tugas dan Wewenang BPSK diatur bahwa: 1) pengawasan terhadap pencantuman klausula

¹⁷ Munir Fuady, *Op. Cit.*, hlm. 76.

baku, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf c, dilakukan oleh BPSK dengan atau tanpa pengaduan dari konsumen, 2) hasil pengawasan pencantuman klausula baku sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) yang membuktikan adanya pelanggaran terhadap larangan pencantuman klausula baku di dalam Undang-undang Perlindungan Konsumen, diberitahukan secara tertulis kepada pelaku usaha sebagai peringatan, 3) peringatan tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dilakukan 3 kali berturut-turut dengan tenggang waktu untuk masing-masing peringatan 1 (satu) bulan, 4) bilamana pelaku usaha tidak mengindahkan peringatan tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (3), maka BPSK melaporkan kepada Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) yang ruang lingkup tugas dan tanggung jawabnya di bidang Perlindungan Konsumen untuk dilakukan penyidikan dan proses penuntutan sesuai dengan ketentuan peraturan yang berlaku.

Adanya klausula baku menjadikan posisi konsumen di tempat yang lemah. Karena perjanjian baku yang memuat klausula baku sudah ditetapkan oleh pihak pelaku usaha. Kondisi konsumen yang dirugikan tentu memerlukan peningkatan upaya untuk melindunginya, hal ini dimaksudkan agar tercipta keseimbangan posisi antara konsumen dan pelaku usaha. Konsumen mempunyai hak-hak yang sempurna yang memenuhi 3 syarat, yaitu hak itu dibutuhkan untuk perkembangan manusia, hak itu diakui oleh masyarakat dan hak itu dinyatakan demikian dan arena itu dilindungi dan dijamin oleh lembaga negara.¹⁸

Keberadaan UUPK sebagai upaya hukum dimaksudkan untuk menjamin kepastian hukum ternyata belum cukup mampu memberikan perlindungan hukum kepada konsumen. Faktanya konsumen tetap saja dalam kedudukan dan posisi tawar yang lemah, seperti pelaku usaha membohongi konsumen melalui iklan, promosi yang dapat terjadi dalam bentuk pernyataan salah, pernyataan yang menyesatkan ataupun iklan yang berlebihan. Namun karena kedudukan pelaku usaha berada pada kedudukan yang lebih kuat, baik secara ekonomis, maupun segi kekuasaan dibandingkan dengan konsumen, sehingga konsumen sangat,

¹⁸ Sofian Parerungan, Tanggung Jawab Pelaku Usaha Terhadap Produk Cacat Menurut UU No 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, artikel dalam *Jurnal Varia Peradilan* No. 340., Tahun XXIX, Maret 2014, hlm. 74.

memerlukan bantuan advokasi, perlindungan serta upaya penyelesaian sengketa secara patut atas hak-hak konsumen.¹⁹

BPSK Kota Palembang adalah badan yang dibentuk melalui Keppres No. 90 Tahun 2001 di sepuluh kota di Indonesia, yaitu sebagai suatu lembaga yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa konsumen di luar pengadilan. Sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka (11) UUPK bahwa “Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen adalah badan yang bertugas menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen”. Tujuan pembentukan BPSK adalah untuk melindungi konsumen maupun pelaku usaha dengan menciptakan sistem perlindungan konsumen yang mengandung unsur kepastian hukum dan keterbukaan informasi, termasuk dalam pengawasan klausula baku sebagaimana diatur dalam Pasal 52 huruf (c) UUPK.

UUPK tidak melarang pelaku usaha untuk membuat klausula baku atas setiap dokumen dan perjanjian transaksi usaha perdagangan barang atau jasa, selama dan sepanjang klausula baku tersebut tidak mencantumkan ketentuan sebagaimana dilarang dalam Pasal 18 ayat (1), serta tidak “berbentuk” sebagaimana dilarang dalam Pasal 18 ayat (2) UUPK tersebut”. Tujuan penggunaan klausula baku dalam kegiatan bisnis sebenarnya untuk menghemat waktu dalam setiap kegiatan jual beli, amat tidak efisien apabila setiap transaksi antara pihak penjual dan pembelimembicarakan tentang isi kontrak jual beli tersebut.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Yusrizal Sekretariat BPSK dari unsur pemerintah bahwa BPSK bersifat pasif dan hanya bertindak jika ada pengaduan atau keluhan dari konsumen.²⁰ BPSK tidak mempunyai kewenangan menindaklanjuti terhadap pelaku usaha yang menerapkan klausula baku yang dilarang karena belum ada peraturan teknisnya yang mengatur cara melakukan pengawasan klausula baku tersebut. BPSK hanya meminta kepada pelaku usaha untuk menghapus klausula yang dilarang itu jika menimbulkan sengketa. Adapun klausula yang dilarang sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 18 UUPK.

¹⁹ Holijah, “Pengintegrasian Urgensi dan Eksistensi Tanggung Jawab Mutlak Produk Barang Cacat Tersembunyi Pelaku Usaha Dalam UUPK di Era Globalisasi”, dalam *Jurnal Dinamika Hukum*, No. 1, Vol. 14 Tahun 2014, hlm. 177.

²⁰ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 5 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

Berdasarkan data-data yang berhasil dikumpulkan melalui wawancara di Kantor BPSK Kota Palembang dengan Yusrizal sekretariat BPSK, Hardayani anggota dari unsur pemerintah, Arman Zainudin unsur pelaku usaha, dan Ramawan unsur konsumen,²¹ dapat diketahui, bahwa hambatan dalam melakukan pengawasan klausula baku di Kota Palembang berupa hambatan internal dan eksternal. Ditegaskan bahwa dalam rangka pelaksanaan tugas BPSK sebagai badan yang dibentuk untuk melindungi konsumen, khususnya dalam melakukan pengawasan terhadap klausula bakudiperlukan fasilitas, seperti sumber daya manusia yang memadai, sarana dan prasarana, serta keuangan yang cukup.

Berdasarkan hasil wawancara dengan pihak sekretariat BPSK Kota Palembang Yusrizal, bahwa pelaksanaan pengawasan terhadap klausula baku terdapat hambatan-hambatan baik secara internal maupun eksternal. Adapun hambatan internal antara lain: *Pertama*, belum terdapatnya aturan pelaksanaan terkait pengawasan klausula baku oleh BPSK Kota Palembang sebagai pelaksanaan dari aturan umum mengenai pengawasan klausula baku sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 52 huruf (e) UUPK, *Kedua*, kurangnya sumber daya manusia sebagai struktur BPSK sehingga dalam pelaksanaan pengawasan pencantuman klausula baku sampai sekarang belum efektif, dan karena unsur anggota BPSK yang terdiri dari unsur pemerintah, unsur konsumen dan unsur pelaku usaha yang masing-masing mempunyai kesibukan dengan tugasnya masing-masing, *Ketiga*, pengawasan yang dilaksanakan sifatnya masih pembinaan sehingga apabila ditemukan pelanggaran terkait pencantuman klausula baku, tidak ada sanksi yang dijatuhkan, *Keempat*, BPSK lebih memilih pasif karena BPSK memiliki juga kewenangan sebagai lembaga penyelesaian sengketa konsumen di luar pengadilan, sehingga BPSK hanya menunggu laporan dari konsumen yang merasa dirugikan.²²

Adapun hambatan eksternal adalah: *Pertama*, belum adanya kesadaran konsumen terhadap hak dan kewajibannya di bidang perlindungan konsumen

²¹Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 dan 5 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

²² Hasil wawancara dengan sekretariat BPSK Kota Palembang pengaduan yang masuk sampai bulan Agustus ada 37 kasus yang hampir sebagian besar adalah perjanjian baku, 80 % dapat diselesaikan secara damai, dan 20 % menunggu proses penyelesaian sengketa. Sebagian besar pengaduan dari konsumen berupa pengaduan perjanjian leasing, perjanjian property perumahan, perjanjian jual beli.

sehingga jika mengalami kerugian akibat adanya klausula baku maka konsumen tidak tahu atau tidak mau melaporkan hal tersebut ke BPSK, jadi konsumen lebih banyak diam saja, *Kedua*, Konsumen kurang bahkan tidak mengetahui lembaga BPKS dan keberadaan, fungsi, dan tugas BPSK Kota Palembang sehingga mereka tidak tahu bagaimana cara memperoleh hak-haknya dalam perlindungan konsumen, *Ketiga*, Sifat pelaku usaha yang kurang peduli dan cenderung mengabaikan hak-hak konsumen, sehingga dalam pelaksanaan di bidang usahanya hanya ingin mendapatkan keuntungan yang besar tanpa memperhatikan hak-hak konsumen, *Keempat*, sangat sedikit sekali pengaduan yang masuk ke BPSK terkait kerugian akibat pencantuman klausula baku pada nota pembelian barang dan jasa sehingga BPSK berasumsi bahwa konsumen tidak mengalami kerugian terhadap nota pembelian barang dan jasa.

Hal yang sama ditegaskan Yusrizal, sekretariat BPSK Kota Palembang bahwa sebaiknya perlindungan konsumen menggambarkan perlindungan hukum yang diberikan kepada konsumen dalam usahanya untuk memenuhi kebutuhannya dari hal-hal yang merugikan konsumen itu sendiri. Hukum perlindungan konsumen saat ini cukup mendapat perhatian, karena menyangkut aturan-aturan guna mensejahterakan masyarakat. Sampai sekarang penegakan di bidang perlindungan konsumen masih relative rendah karena belum didukung sepenuhnya baik dari pemerintah maupun dari masyarakat itu sendiri yang belum ada kesadarannya untuk mengetahui dan menerapkan hak-haknya di bidang konsumen.

Namun dalam mencapai tujuan ini diperlukan pembaharuan hukum, institusi hukum dan profesi hukum yang mampu menjada integrasi dan persatuan nasional. Hukum perlindungan konsumen yang diharapkan adalah hukum perlindungan konsumen yang dapat digunakan sebagai mekanisme pengintegrasian yaitu melindungi kepentingan individu atau kelompok secara proporsional yaitu yang mendasarkan pada keadilan.²³

Kemajuan di era globalisasi dan didukung kemajuan teknologi dan informasi telah memperluas ruang gerak arus transaksi barang dan jasa. Hal ini memberikan manfaat bagi konsumen karena kebutuhan akan barang dan jasa yang

²³ Holijah, *Ibid.*, hlm. 178.

diinginkan dapat terpenuhi serta semakin terbuka lebar kebebasan memilih aneka jenis dan kualitasnya. Di pihak lain konsumen menjadi objek aktivitas bisnis untuk meraup keuntungan yang sebesar-besarnya oleh pelaku usaha dengan cara apapun, termasuk dalam pencatuman klausula baku dalam perjanjian.²⁴

Kewajiban konsumen diatur dalam Pasal 5 UUPK antara lain: a) membaca dan mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan atau jasa, demi keamanan dan keselamatan; b) beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan atau jasa; c) mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.

Berdasarkan hasil wawancara sebagaimana tersebut di atas, dalam UUPK yang diharapkan dapat menjadi senjata konsumen pencari keadilan dalam implementasinya ternyata masih sulit dilakukan. Demikian tugas BPSK dalam pengawasan klausula baku. Ketentuan diatas jelas menyebutkan bahwa BPSK dapat melakukan pengawasan terhadap klausula baku dengan atau tanpa pengaduan dari konsumen. Artinya BPSK dapat secara aktif melakukan pengawasan terhadap pencatuman klausula baku, tanpa pengaduan dari konsumen.

Hal yang sama ditegaskan oleh Yusrizal,²⁵ selain hambatan-hambatan tersebut di atas dalam pelaksanaan di lapangan juga ditemukan kendala-kendala yang selalu dihadapi BPSK antara lain: *Pertama*, karena ketentuan hukumnya tidak sesuai sebagaimana diharapkan, yaitu untuk penyelesaian sengketa konsumen secara cepat, sederhana dan murah. *Kedua*, tidak adanya konsistensi pada pasal-pasal dalam UUPK, adanya pertentangan antara pasal yang satu dengan pasal yang lainnya, maupun adanya konflik horisontal produk perundang-undangan lainnya. *Ketiga*, kendala kelembagaan karena sampai saat ini lembaga BPSK keberadaannya masih terbatas, belum dibentuk pada setiap kabupaten sehingga menyulitkan bagi konsumen untuk menuntut hak-haknya. *Keempat*, kendala pendanaan karena biaya operasional tugas BPSK dibebankan pada APBD, namun ternyata pemerintah daerah kabupaten dan Kota tidak memasukan dana operasional BPSK ke dalam APBD. *Kelima*, kendala peraturan karena antara konsep

²⁴ H.Muchsin, Perlindungan Konsumen Terhadap Makanan dan Minuman Ditinjau Dari Aspek Kesehatan dan Hukum, dalam artikel *Jurnal Varia Peradilan* No. 287., Tahun XXV, Oktober 2009, hlm. 6

²⁵ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 5 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

dan realita sering kali tidak sejalan. UUPK yang diharapkan dapat menjadi senjata bagi pencari keadilan, dalam implementasinya ternyata masih sulit dilakukan dan menghadapi berbagai kendala. Karena ketentuan hukumnya tidak sesuai sebagaimana diharapkan, yaitu untuk penyelesaian sengketa konsumen secara cepat, sederhana dan biaya murah.

Penutup

Berdasarkan pembahasan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa peran BPSK Kota Palembang dalam menjalankan kewenangannya sebagaimana dalam Pasal 52 huruf (c) UUPK dalam pelaksanaan pengawasan belum dilaksanakan secara optimal karena bersifat pasif. Pengawasan dilakukan jika terjadi laporan atau pengaduan dari konsumen jika terjadi sengketa di lapangan. Pengawasan secara langsung terhadap penggunaan klausula baku baik pelaku usaha kecil, menengah maupun besar selama ini belum dilakukan. Hambatan-hambatan dan kendala yang dihadapi BPSK Kota Palembang dalam melaksanakan tugas dan kewenangan melakukan pengawasan terhadap penggunaan klausula baku adalah berupa hambatan internal dan eksternal. Hambatan internal antara lain: *pertama*, belum terdapatnya aturan pelaksanaan terkait pengawasan klausula baku oleh BPSK Kota Palembang sebagai pelaksanaan dari aturan umum mengenai pengawasan klausula baku sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 52 huruf (e) UUPK, *Kedua*, kurangnya sumber daya manusia sebagai struktur BPSK sehingga dalam pelaksanaan pengawasan pencantuman klausula baku sampai sekarang belum efektif, dan karena unsur anggota BPSK yang terdiri dari unsur pemerintah, unsur konsumen dan unsur pelaku usaha yang masing-masing mempunyai kesibukan dengan tugasnya masing-masing, *Ketiga*, Pengawasan yang dilaksanakan sifatnya masih pembinaan sehingga apabila ditemukan pelanggaran terkait pencantuman klausula baku, tidak ada sanksi yang dijatuhkan, *Keempat*, BPSK lebih memilih pasif karena BPSK memiliki juga kewenangan sebagai lembaga penyelesaian sengketa konsumen di luar pengadilan, sehingga BPSK hanya menunggu laporan dari konsumen yang merasa dirugikan.

Hambatan eksternal adalah: *pertama*, belum adanya kesadaran konsumen terhadap hak dan kewajibannya di bidang perlindungan konsumen sehingga jika

mengalami kerugian akibat adanya klausula baku maka konsumen tidak tahu atau tidak mau melaporkan hal tersebut ke BPSK, jadi konsumen lebih banyak diam saja, *Kedua*, Konsumen kurang bahkan tidak mengetahui lembaga BPSK dan keberadaan, fungsi, dan tugas BPSK Kota Palembang sehingga mereka tidak tahu bagaimana cara memperoleh hak-haknya dalam perlindungan konsumen, *Ketiga*, Sifat pelaku usaha yang kurang peduli dan cenderung mengabaikan hak-hak konsumen, sehingga dalam pelaksanaan di bidang usahanya hanya ingin mendapatkan keuntungan yang besar tanpa memperhatikan hak-hak konsumen, *Keempat*, sangat sedikit sekali pengaduan yang masuk ke BPSK terkait kerugian akibat pencantuman klausula baku pada nota pembelian barang dan jasa sehingga BPSK berasumsi bahwa konsumen tidak mengalami kerugian terhadap nota pembelian barang dan jasa. Adapun saran dari penelitian ini adalah UUPK seharusnya diterapkan lebih konsisten sehingga dapat memberikan perlindungan terhadap konsumen, yang sebagian besar mereka tidak memahami hak-haknya. Pemerintah perlu segera mengeluarkan peraturan sebagai pedoman BPSK dalam melaksanakan tugasnya melakukan pengawasan terhadap pencatuman klausula baku oleh pelaku usaha.

Daftar Pustaka

Buku

- Fuady, Munir, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Mahmud Marzuki, Peter, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Santoso AZ, Lukman, *Hukum Perikatan Teori Hukum dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerjasa dan Bisnis*, Penerbit Setara Press, Jakarta, 2016.
- Tri Siwi Kristiyanti, Celina, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.

Artikel Jurnal

- Eko Turisno, Bambang, "Etika Bisnis Dalam Hubungannya Dengan Transformasi Global Dan Hukum Kontrak Serta Perbuatan Melawan Hukum", dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum* No. 3. Jilid 40 Tahun 2011.
- Hendrawati, Dewi, "Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Baku (Studi Normatif pada Perjanjian Pembiayaan Konsumen)", artikel dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, No. 4. Jilid 40 Tahun 2011.

Holijah, "Pengintegrasian Urgensi dan Eksistensi Tanggung Jawab Mutlak Produk Barang Cacat Tersembunyi Pelaku Usaha Dalam UUPK di Era Globalisasi", dalam *Jurnal Dinamika Hukum*, No. 1. Vol. 14 Tahun 2014.

Muchsin, H, "Perlindungan Konsumen Terhadap Makanan dan Minuman Ditinjau Dari Aspek Kesehatan dan Hukum", dalam *Jurnal Varia Peradilan* No. 287. Tahun XXV, Oktober 2009.

Parerungan, Sofian, "Tanggung Jawab Pelaku Usaha Terhadap Produk Cacat Menurut UU No 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen", dalam *Jurnal Varia Peradilan* No. 340 Tahun XXIX Maret 2014.

Zaelani, "Perjanjian Baku Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Dalam Perspektif Perlindungan Konsumen", artikel dalam *Jurnal Legislasi Indonesia* No. 4. Vol.10, Tahun 2013.

Perundang-Undangan:

UUD NRI 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 42, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3821).

Keputusan Presiden No. 90 Tahun 2001 tentang Pembentukan BPSK di 10 Kota di Indonesia.

Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan No. 350/MPP/Kep/12/2001 tentang Pelaksanaan Tugas dan Wewenang BPSK.



JH Ius Quia Iustum is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited

Peran Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen dalam Pengawasan Klausula Baku di Kota Palembang¹

Sri Turatmiyah dan Arfianna Novera
Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya

Jln. Palembang-Prabumulih Km 32 Inderalaya, Ogan Ilir Sumatera Selatan
efka_turatmiyah@yahoo.com; arfiana_novera@yahoo.com

Naskah diterima: 8/7/2016; revisi: 26/10/2016; disetujui: 23/12/2016

Abstract

This research studies the role of BPSK (Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen or Costumer's Conflict Resolution Board) in Palembang city in supervising the standard clause and any hindrances in that supervision. This research used the juridical-empirical research method supported by the regulatory approach and case approach. The result of the research showed that the role of BPSK in the supervision of inclusion of standard clause until recently is not applied well. This is due to BPSK simply waits for any complaints from customers and there is no any follow up from BPSK. Meanwhile, the hindrances in the supervision of standard clause are related to the absence of the regulation of implementation as amended in Article 52 letter (e) Law of Customer Protection. BPSK is not a judicial institution, and the operational cost of BPSK is burdened by local budget (APBD) coming from the customers, business actors and government that have a different culture.

Keywords: BPSK; standard clauses; contomers

Abstrak

Penelitian ini membahas peran Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Kota Palembang dalam mengawasi klausula baku dan hambatan-hambatan dalam pengawasan tersebut. Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis empiris didukung pendekatan perundang-undangan dan pendekatan kasus. Hasil penelitian menunjukkan bahwa peran BPSK dalam pengawasan pencantuman klausula baku sampai saat ini belum terlaksana dengan baik. Hal ini dikarenakan BPSK hanya menunggu pengaduan dari konsumen dan tidak ada tindak lanjut dari BPSK. Sedangkan hambatan dalam pengawasan klausula baku adalah belum adanya aturan pelaksanaan sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 52 huruf (e) UU Perlindungan Konsumen, BPSK bukan lembaga yudisial, dan biaya operasional BPSK dibebankan pada Anggaran Pendapatan Belanja Daerah serta keanggotaan BPSK yang berasal dari konsumen, pelaku usaha dan pemerintah dengan kultur yang berbeda.

Kata-kata Kunci: BPSK; klausula baku; konsumen.

¹ Tulisan ini merupakan ringkasan hasil penelitian Satek Universitas Sriwijaya dari Anggaran DIPA Unsri No. 042.01.2.400953/2016 tanggal 7 Desember 2015 sesuai dengan Surat Perjanjian Penugasan Pelaksanaan Penelitian Sains Teknologi dan Seni Unsri No. 591/UN9.3.1/LT/2016 tanggal 22 April 2016.

Pendahuluan

Istilah “Klausula Baku” ternyata hampir tidak dikenal oleh sebagian besar konsumen khususnya di wilayah Kota Palembang. Hal ini dibuktikan dari hasil survey yang dilakukan di Kota Palembang hanya 2 dari 10 orang responden yang diwawancarai yang mengetahui istilah klausula baku. Setelah diberikan contoh bentuk dari klausula baku seperti “Barang yang sudah dibeli tidak dapat ditukar atau dikembalikan”, klaim garansi tidak berlaku bagi baterai, *charger* dan *cashing*, serta pengelola parkir tidak bertanggung jawab jika terjadi kehilangan helm dan kendaraan”, sebagian responden mengetahui hal tersebut. Pada dasarnya UUPK mengakui adanya klausula baku tersebut. Hal ini diatur dalam Pasal 18 UUPK yang menentukan bahwa: “Pelaku usaha dalam menawarkan barang dan atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan atau perjanjian apabila: a) menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha; b) menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli konsumen, c) menyatakan bahwa pelaku usaha berhak penyerahankembali uang yang dibayarkan atas barang dan atau jasa yang dibeli oleh konsumen; d) menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran, e) Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatn jasa yang dibeli oleh konsumen.

Ciri-ciri khas perjanjian baku yaitu: *pertama*, isinya ditetapkan secara sepihak oleh pihak yang lebih kuat. Dalam perjanjian ini kedudukan para pihak tidak seimbang, pihak pembuat perjanjian biasanya lebih kuat dalam hal ekonomi dan politik. Dalam perjanjian tersebut unsur mengenai adanya persesuaian kehendak diantara para pihak adalah fiktif. Karena perjanjian dibuat seakan-akan telah terjadi adanya kata sepakat secara bebas, yang sebenarnya tidak ada. *Kedua*, adanya klausula baku atau syarat-syarat eksonerasi. Syarat eksonerasi adalah syarat yang membatasi atau membebaskan tanggung jawab salah satu pihak dalam melaksanakan perjanjian.²

² Dewi Hendrawati, “Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Baku (Studi Normatif Pada Perjanjian Pembiayaan Konsumen)”, dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, No. 4 Jilid 40 Tahun 2011, hlm. 415.

Dipertegas lagi bahwa syarat eksonerasi ini mengikat para pihak yang membuatnya yaitu: *pertama, By signature* (penandatanganan), jika seseorang yang menandatangani surat perjanjian adalah terikat oleh syarat-syarat yang ada meskipun ia tidak membacanya, dan tidak peduli apakah ia mengerti dan memahami isinya. *Kedua, By Notice* (pemberitahuan), jika syarat eksonerasi telah tercetak di atas surat yang diserahkan dari satu pihak kepada pihak lain atau diumumkan pada waktu perjanjian dibuat, maka syarat tersebut sudah masuk dalam perjanjian jika sudah ada pemberitahuan.³

Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) mendefinisikan pengertian konsumen yaitu dalam Pasal 1 ayat (1) bahwa “setiap orang pemakai barang dan atau jasa yang tersedia dalam masyarakat baik bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain maupun makhluk hidup lain dan tidak untuk diperdagangkan”. Konsumen memperoleh barang dan atau jasa dengan cara “membeli” atau melalui “hadiah”. Cara yang pertama membeli biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian dengan pelaku usaha dan konsumen mendapat perlindungan hukum melalui perjanjian tersebut.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 10 UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (UUPK) disebutkan bahwa:” Klausula baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen”. Dalam UUPK diatur tentang larangan pencantuman klausula tertentu oleh pelaku usaha yang terdapat dalam Pasal 18, disertai dengan sanksi pidana yaitu pidana penjara dan pidana denda. Namun dalam kenyataannya klausula baku yang dilarang tersebut sampai sekarang masih dicantumkan oleh pelaku usaha tanpa adanya sanksi yang dikenakan. Hal tersebut dipengaruhi oleh sikap konsumen terhadap keberadaan klausula baku, ketaatan pelaku usaha terhadap aturan dan ketegasan aparaturnegara dalam menegakan aturan dan sanksi.

Pelaku usaha dalam menggunakan klausula baku pada umumnya telah menyiapkan draft perjanjian untuk dipergunakan pada kegiatan usahanya yang

³*Loc.Cit.*

pengaturannya sesuai dengan kegiatan usaha perusahaan tersebut, dalam bentuk perjanjian yang telah dibakukan. Pencantuman klausul baku dalam penawaran suatu produk barang dan atau jasa merupakan sesuatu yang diperbolehkan selama sesuai dengan ketentuan sebagaimana yang diatur dalam UUPK. Dengan pencantuman klausul baku tersebut akan memberikan sesuatu hal yang menguntungkan karena sifatnya lebih praktis dan efisien. Namun dalam praktik, pencantuman klausul baku seringkali memberatkan salah satu pihak dalam hal ini adalah konsumen yang meskipun demikian seringkali konsumen harus menerima kondisi tidak seimbang tersebut karena pada hakikatnya membutuhkan produk barang dan atau jasa tersebut.

Atas kerugian-kerugian yang mungkin ditanggung oleh konsumen sebagai akibat pencantuman suatu klausula baku, UUPK telah mengakomodasi dengan adanya ketentuan Pasal 49 ayat (1) yang menetapkan pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK). Ditegaskan dalam Pasal 52 UUPK ini, tercantum tugas BPSK yaitu: memberikan konsultasi perlindungan konsumen, melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausula baku, dan menerima pengaduan konsumen atas terjadinya pelanggaran perlindungan konsumen, serta tugas-tugas lainnya. Akan tetapi dalam praktiknya, masih banyak ditemukan kendala bagi konsumen dalam memperjuangkan hak-haknya menyangkut adanya kerugian-kerugian yang diakibatkan oleh pencantuman klausula baku dalam produk barang dan/atau jasa yang sudah dibelinya.

Pencantuman klausul baku yang sifatnya dilarang berdasarkan Pasal 18 ayat (1) UUPK masih banyak ditemukan dalam berbagai penawaran produk barang dan/atau jasa, sekalipun dijelaskan telah dibentuk BPSK sebagai sebuah badan yang mempunyai kewenangan melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausul baku. Klausula baku dipergunakan oleh pelaku usaha antara lain dalam bisnis usaha perbankan, asuransi, jasa pegadaian, gas, listrik dan sebagainya baik perlaku usaha BUMN maupun swasta menggunakan perjanjian baku bagi konsumennya. Pelaku usaha menggunakan perjanjian baku dengan alasan karena bentuk perjanjian baku lebih praktis, mudah, cepat dan standar. Penggunaan perjanjian baku dapat meringankan pekerjaan para pelaku usaha.⁴

⁴ Zaelani, "Perjanjian Baku Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Dalam Perspektif Perlindungan Konsumen", dalam *Jurnal Legislasi Indonesia* No.4. Vol. 10, Tahun 2013, hlm. 402.

Perjanjian baku mengabaikan asas-asas hukum perjanjian karena dibuat oleh satu pihak, sehingga cenderung kurang adanya keadilan bagi para pihak. Perjanjian baku lebih memberikan keuntungan bagi pelaku usaha saja, dengan cara menggunakan klausul eksonerasi sehingga konsumen yang menanggung kerugian. Kerugian-kerugian yang mungkin ditanggung oleh konsumen sebagai akibat pencantuman suatu klausul baku. Dalam rangka mengakomodasi penggunaan klausula baku tersebut telah ditentukan dalam Pasal 49 ayat (1) UUPK yang menetapkan pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK). Kemudian dalam Pasal 52 UUPK ini, tercantum tugas BPSK yaitu: memberikan konsultasi perlindungan konsumen, melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausul baku, dan menerima pengaduan konsumen atas terjadinya pelanggaran perlindungan konsumen, serta tugas-tugas lainnya.

Namun demikian, dalam praktiknya, masih banyak ditemukan kendala bagi konsumen dalam memperjuangkan hak-haknya menyangkut adanya kerugian-kerugian yang diakibatkan oleh pencantuman klausul baku dalam produk barang dan/atau jasa yang sudah dibelinya. Pencantuman klausul baku yang sifatnya dilarang berdasarkan Pasal 18 ayat (1) UUPK masih banyak ditemukan dalam berbagai penawaran produk barang dan/atau jasa yang sudah pasti menimbulkan kerugian bagi konsumen.

Rumusan Masalah

Permasalahan dalam penelitian ini: *pertama*, bagaimana peran BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan terhadap klausula baku di Kota Palembang? *Kedua*, faktor-faktor apa yang menjadi hambatan BPSK dalam melakukan pengawasan klausula baku di Kota Palembang?

Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah, *pertama* untuk menganalisis peran BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan terhadap klausula baku di Kota Palembang. *Kedua*, menganalisis faktor-faktor yang menjadi hambatan BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan klausula baku tersebut.

Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum empiris dengan melakukan pengumpulan data primer melalui wawancara dengan sumber terkait. Yuridis empiris (yuridis sosiologis) yaitu suatu pendekatan yang dilakukan untuk menganalisa tentang sejauh manakah suatu peraturan atau perundang-undangan atau hukum yang sedang berlaku secara efektif. Penelitian ini menggunakan data yang diperoleh langsung dari masyarakat (mengenai perilaku nyata) dan dari bahan pustaka. Penelitian hukum empiris mengutamakan data sekunder untuk kemudian dilanjutkan dengan penelitian terhadap data primer di lapangan atau terhadap masyarakat. Hukum dipandang dari segi luarnya saja. Karena hukum dikaitkan dengan masalah sosial. Penelitian hukum empiris menitikberatkan perilaku individu atau masyarakat dalam kaitannya dengan hukum. Berdasarkan hal tersebut maka pendekatan yuridis empiris yaitu suatu pendekatan yang dilakukan untuk menganalisis tentang sejauh mana suatu peraturan atau perundang-undangan atau hukum berlaku secara efektif dalam masyarakat.⁵

Data primer diperoleh secara *purposive sampling* maksudnya adalah menentukan sampel dengan berbagai pertimbangan atau alasan. Teknik pengumpulan data dilakukan melalui wawancara terpimpin dengan beberapa orang responden diantaranya anggota BPSK unsur pemerintah, 1 orang unsur konsumen dan unsur pelaku usaha. Data diperoleh langsung dari lapangan dengan sumber yang relevan berkaitan dengan permasalahan penelitian. Kemudian data sekunder disebut dengan data kepustakaan yang mencakup antara lain: dokumen-dokumen resmi, buku-buku kepustakaan, hasil-hasil penelitian, yang berwujud laporan, dan sebagainya berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier.⁶

Metode pendekatan ini dilengkapi dengan: *pertama*, pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu pendekatan ini digunakan untuk memperoleh deskripsi analisis peraturan hukum yang mengatur tentang perlindungan konsumen. *Kedua*, pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan ini digunakan untuk menelaah kasus-kasus mengenai sengketa konsumen yang masuk BPSK

⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 87.

⁶*Ibid.*, hlm. 141.

Kota Palembang. Kemudian data yang terkumpul diolah dan dianalisis secara deskriptif kualitatif untuk mendapatkan suatu kesimpulan.

Hasil Penelitian dan Pembahasan

Peran BPSK Kota Palembang Dalam Melakukan Pengawasan terhadap Klausula Baku

Klausula baku memiliki banyak istilah lain dalam penyebutannya, diantaranya perjanjian baku (Bahasa Indonesia), *Standart Contract* (Bahasa Inggris). Tujuan dibuatnya klausula baku untuk memberikan kemudahan bagi para pihak yang bersangkutan.⁷

Bentuk perjanjian dengan klausula baku sangat menguntungkan jika dilihat dari berapa banyak, waktu, tenaga, dan biaya yang dapat dihemat. Akan tetapi di pihak lain bentuk perjanjian tersebut tentu saja menempatkan pihak yang tidak ikut membuat klausul-klausul dalam perjanjian baik langsung maupun tidak langsung sebagai pihak yang dirugikan. Dihal ini dikarenakan sebagai salah satu pihak dalam perjanjian yang memiliki hak untuk memperoleh kedudukan seimbang dalam menjalankan perjanjian tersebut, di sisi lain para pihak harus menurut terhadap isi perjanjian yang dimuat dalam klausula baku tersebut.

Kelemahan-kelemahan dalam perjanjian baku atau klausula baku bersumber dari karakteristik perjanjian baku dalam wujudnya merupakan suatu perjanjian yang dibuat oleh salah satu pihak yang menyisakan sedikit atau bahkan tidak sama sekali ruang bagi pihak lain untuk menegosiasikan isi perjanjian itu. Berlakunya perjanjian baku selain dari segi keabsahannya adalah adanya klausul-klausul yang tidak adil dan sangat memberatkan salah satu pihak.⁸

Pengawasan klausula baku dalam UUPK menjadi salah satu tugas dan wewenang dari BPSK sebagaimana disebutkan dalam Pasal 52 Huruf c. Walaupun pengawasan tersebut merupakan tugas dan wewenang BPSK akan tetapi masyarakat juga harus ikut melaksanakan pengawasan klausula baku dalam rangka penegakan hukum perlindungan konsumen.

⁷ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 75.

⁸ Celina Tri Siwi Kristiyanti, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 140.

Di Kota Palembang masih ditemukan penggunaan klausula baku dalam perjanjian yang memuat klausula baku yang dilarang dalam UUPK. Klausula baku tersebut ditemukan baik pada pelaku usaha kecil, menengah, maupun besar. Hal ini terjadi karena semua pengusaha menerapkan perjanjian baku dengan klausula yang ditentukan pihak pengusaha saja. Karena itu sifat perjanjian baku dengan klausula baku "*take it or leave it*" dalam arti tidak memaksa pihak konsumen.⁹ Misalnya penggunaan klausula baku tersebut oleh pelaku usaha kecil dan menengah sebagaimana telah disebutkan sebelumnya adalah klausula baku pada nota pembelian barang, nota penyediaan jasa seperti *laundry*, dan pada nota jasa parkir, jasa penitipan barang. Kemudian misalnya klausula baku yang digunakan oleh pelaku usaha besar adalah klausula baku pada perjanjian kredit, perjanjian leasing, perjanjian asuransi maupun lembaga perbankan dan lembaga pembiayaan.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Yusrizal, Sekretariat BPSK Kota Palembang,¹⁰ penggunaan klausula baku yang memenuhi rumusan sebagai klausula baku yang dilarang dalam UUPK oleh pelaku usaha kecil dan menengah yang masih banyak mendominasi di Kota Palembang hal tersebut dikarenakan jumlah pelaku usaha yang sangat banyak sehingga kesulitan dalam pengawasan.

BPSK Kota Palembang dalam melakukan pengawasan klausula baku secara langsung di lapangan sebagai implementasi dari Pasal 52 huruf c UUPK belum dilaksanakan. Dijelaskan oleh Hardayani anggota BPSK dari unsur pemerintah, bahwa belum terlaksananya tugas pengawasan klausula baku karena BPSK Kota Palembang masih fokus pada penyelesaian sengketa konsumen. Kesulitan dalam tugas pengawasan klausula baku tersebut karena kultur dari anggota BPSK itu sendiri yang berasal dari unsur konsumen, unsur pelaku usaha dan unsur pemerintah para anggota dan majelis dari BPSK memiliki kesibukan masing-masing yang sulit untuk ditinggalkan.

Pengawasan klausula baku pada BPSK Kota Palembang dilakukan bersamaan dengan penyelesaian sengketa konsumen. Hal ini sebagaimana

⁹ Misalnya pengusaha kecil laundry yang mencantumkan klausula ("kerusakan/luntur karena pencucian diluar tanggung jawab pengusaha), pengelola parkir (kehilangan helm, kendaraan diluar tanggung jawab pengelola), pengusaha menengah (ditemukan klausula baku "barang yang sudah dibeli tidak dapat ditukar atau dikembalikan) pengusaha besar di bidang lembaga leasing/keuangan/perbankan banyak ditemukan klausula baku "jika debitur tidak membayar utang 2 kali berturut-turut benda objek jaminan ditarik oleh pihak leasing").

¹⁰ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

disampaikan oleh Ramawan anggota BPSK Kota Palembang unsur konsumen, akhir-akhir ini banyak memediasi sengketa antara masyarakat dan perusahaan pengembang perumahan dan apartemen yang merasa ditipu oleh pengembang karena rumah dan apartemen yang disepakati dibangun hingga kini belum juga ada tanda-tanda dimulai pembangunannya.¹¹ Salah satu kasus yang masuk ke BPSK Palembang seperti sengketa antara masyarakat dengan perusahaan yang akan membangun apartemen Basilica Palembang, yakni PT Trinitas Properti Persada. Sejumlah konsumen perusahaan tersebut meminta BPSK membantu mengembalikan uang muka dan cicilan di atas Rp100 juta yang telah diserahkan kepada pihak keuangan PT Trinitas Properti Persada.

Hal itu ditegaskan oleh Yusrizal selaku sekretariat BPSK Kota Palembang dalam proses penyelesaian sengketa konsumen tersebut di atas¹², BPSK Kota Palembang berusaha meneliti perjanjian tersebut apakah merupakan klausula baku yang memenuhi rumusan sebagai klausula baku yang dilarang dalam UUPK atau bukan.¹³ Jika tergolong klausula baku yang dilarang dalam UUPK maka setelah sengketa berhasil diselesaikan BPSK melakukan pembinaan pelaku usaha bahwa klausula baku tersebut dilarang, kemudian secara berkala dilakukan pemeriksaan apakah perusahaan tersebut masih mencantumkan klausula baku yang dilarang tersebut atau tidak.

Pengawasan klausula baku yang dilaksanakan oleh BPSK hanya terbatas pada pengawasan setelah adanya sengketa, sedangkan untuk pengawasan klausula baku secara langsung terutama pada nota pembelian barang maupun jasa belum dilaksanakan sama sekali. Menurut Yusrizal belum dilaksanakannya pengawasan klausula baku secara langsung oleh BPSK Kota Palembang selain karena fokus pada penyelesaian sengketa konsumen juga dikarenakan belum adanya aturan teknis sebagai pelaksanaan Pasal 52 Huruf c UUPK, baik dari pemerintah pusat maupun pemerintah daerah Kota Palembang. Pelaksanaan

¹¹ Wawancara dengan Anggota BPSK Kota Palembang dari unsur konsumen dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

¹² Sampai bulan Agustus tahun 2016 kasus yang masuk ke BPSK Kota Palembang ada 37 kasus yang hampir sebagian besar adalah perjanjian baku 80 % dapat diselesaikan secara damai, dan 20 % menunggu proses penyelesaian sengketa.

¹³ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

pengawasan klausula baku tersebut di atas baru bersifat represif, karena baru dilakukan pengawasan klausula baku jika sudah terjadi sengketa.¹⁴ Namun pengawasan secara langsung di lapangan belum dilaksanakan secara penuh oleh BPSK Kota Palembang.

Fungsi utama perjanjian adalah untuk memberikan kepastian tentang mengikatnya suatu perjanjian antara para pihak. Fungsi tersebut dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu: *pertama*, fungsi yuridis, yaitu untuk dapat memberikan kepastian hukum para pihak. *Kedua*, fungsi ekonomis, yaitu perjanjian untuk menggerakkan hak milik sumber daya dari nilai penggunaannya yang lebih rendah menjadi nilai yang lebih tinggi.¹⁵

Perjanjian mempunyai asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPPerdata bahwa “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Hal ini berarti bahwa asas ini memberikan kebebasan kepada para pihak untuk: *Pertama*, membuat atau tidak membuat perjanjian. *Kedua*, kebebasan menentukan isi, syarat dan pelaksanaan perjanjian. *Ketiga*, kebebasan untuk menentukan bentuk perjanjian. *Keempat*, kebebasan untuk menentukan pilihan hukum.

Meskipun pelaku usaha mempunyai kebebasan membuat perjanjian yang berisi klausula baku, berdasarkan ketentuan Pasal 7 (a) UUPK bahwa:” Kewajiban pelaku usaha adalah “beritikad baik dalam melakukan kegiatan usahanya” itikad baik ini termasuk dalam etika bisnis yaitu nilai-nilai dan norma-norma moral yang berlaku bagi praktik bisnis. Etika bisnis menyangkut hati nurani pelaku usaha untuk membedakan antara apa yang baik dan apa yang buruk serta menetapkan nilai-nilai moral yang patut dikejar. Tujuan etika bisnis bukan mengubah keyakinan moral seseorang melainkan untuk meningkatkan keyakinan itu sehingga orang percaya pada diri sendiri dan akan memberlakukan di bidang bisnis.¹⁶ Berkaitan dengan klausula baku sudah tentu pelaku usaha harus menerapkan klausula-klausula yang tidak merugikan pihak konsumen.

¹⁴ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

¹⁵ Lukman Santoso AZ, *Hukum Perikatan Teori Hukum dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerjasama Bisnis*, Penerbit Setara Press, Jakarta, 2016, hlm. 18.

¹⁶ Bambang Eko Turisno, “Etika dalam Hubungannya Dengan Transformasi Global dan Hukum Kontrak Serta Perbuatan Melawan Hukum”, dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, No. 3, Jilid 40 Tahun 2011, hlm. 292.

Hambatan-Hambatan BPSK dalam Melakukan Pengawasan Terhadap Pencatuman Klausula Baku

Dalam rangka memberikan perlindungan kepada konsumen atas pencantuman klausula baku dalam perjanjian, telah diatur dalam Pasal 18 UUPK sebagaimana tersebut di atas. Hal ini dimaksudkan untuk melindungi konsumen dari pembuatan klausula baku yang semena-mena dari para pelaku usaha, sehingga setiap individu mempunyai kedudukan yang sama di dalam hukum untuk melaksanakan dan meneguhkan hak-haknya. Ketentuan Pasal 18 bersifat membatasi atau mengurangi prestasi yang harus dilakukan pelaku usaha dan mengurangi hak konsumen untuk melakukan penawaran terhadap barang atau jasa yang ditawarkan pelaku usaha.

Berkaitan dengan pengawasan klausula baku sebagaimana ketentuan Pasal 18 UUPK tersebut, maka pemerintah membentuk Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) sebagaimana dalam Pasal 1 angka (11) UUPK bahwa "Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) adalah badan yang bertugas menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen". Kemudian diatur lebih lanjut dalam Pasal 52 yang menentukan bahwa "Tugas dan wewenang BPSK meliputi: a) melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen dengan cara mediasi, atau arbitrase atau konsiliasi, b) memberikan konsultasi perlindungan konsumen; c) melakukan pengawasan terhadap pencatuman klausula baku; dan seterusnya.

Perjanjian baku atau *standard contract*, merupakan perjanjian yang telah ditentukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Mengenai perjanjian baku berlaku adagium "*take it or leave it contract*." Jika setuju silakan diambil jika tidak maka tinggalkan saja, artinya perjanjian tersebut tidak dilakukan. Kondisi seperti ini menjadikan konsumen memiliki posisi tawar yang lemah.¹⁷ Berkaitan dengan hal tersebut, dalam ketentuan Pasal 9 Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan R.I. No. 350/MPP/Kep/12/2001 Tentang Pelaksanaan Tugas dan Wewenang BPSK diatur bahwa: 1) pengawasan terhadap pencantuman klausula

¹⁷ Munir Fuady, *Op. Cit.*, hlm. 76.

baku, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 huruf c, dilakukan oleh BPSK dengan atau tanpa pengaduan dari konsumen, 2) hasil pengawasan pencantuman klausula baku sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) yang membuktikan adanya pelanggaran terhadap larangan pencantuman klausula baku di dalam Undang-undang Perlindungan Konsumen, diberitahukan secara tertulis kepada pelaku usaha sebagai peringatan, 3) peringatan tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dilakukan 3 kali berturut-turut dengan tenggang waktu untuk masing-masing peringatan 1 (satu) bulan, 4) bilamana pelaku usaha tidak mengindahkan peringatan tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (3), maka BPSK melaporkan kepada Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS) yang ruang lingkup tugas dan tanggung jawabnya di bidang Perlindungan Konsumen untuk dilakukan penyidikan dan proses penuntutan sesuai dengan ketentuan peraturan yang berlaku.

Adanya klausula baku menjadikan posisi konsumen di tempat yang lemah. Karena perjanjian baku yang memuat klausula baku sudah ditetapkan oleh pihak pelaku usaha. Kondisi konsumen yang dirugikan tentu memerlukan peningkatan upaya untuk melindunginya, hal ini dimaksudkan agar tercipta keseimbangan posisi antara konsumen dan pelaku usaha. Konsumen mempunyai hak-hak yang sempurna yang memenuhi 3 syarat, yaitu hak itu dibutuhkan untuk perkembangan manusia, hak itu diakui oleh masyarakat dan hak itu dinyatakan demikian dan arena itu dilindungi dan dijamin oleh lembaga negara.¹⁸

Keberadaan UUPK sebagai upaya hukum dimaksudkan untuk menjamin kepastian hukum ternyata belum cukup mampu memberikan perlindungan hukum kepada konsumen. Faktanya konsumen tetap saja dalam kedudukan dan posisi tawar yang lemah, seperti pelaku usaha membohongi konsumen melalui iklan, promosi yang dapat terjadi dalam bentuk pernyataan salah, pernyataan yang menyesatkan ataupun iklan yang berlebihan. Namun karena kedudukan pelaku usaha berada pada kedudukan yang lebih kuat, baik secara ekonomis, maupun segi kekuasaan dibandingkan dengan konsumen, sehingga konsumen sangat,

¹⁸ Sofian Parerungan, Tanggung Jawab Pelaku Usaha Terhadap Produk Cacat Menurut UU No 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, artikel dalam *Jurnal Varia Peradilan* No. 340., Tahun XXIX, Maret 2014, hlm. 74.

memerlukan bantuan advokasi, perlindungan serta upaya penyelesaian sengketa secara patut atas hak-hak konsumen.¹⁹

BPSK Kota Palembang adalah badan yang dibentuk melalui Keppres No. 90 Tahun 2001 di sepuluh kota di Indonesia, yaitu sebagai suatu lembaga yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa konsumen di luar pengadilan. Sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka (11) UUPK bahwa “Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen adalah badan yang bertugas menangani dan menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen”. Tujuan pembentukan BPSK adalah untuk melindungi konsumen maupun pelaku usaha dengan menciptakan sistem perlindungan konsumen yang mengandung unsur kepastian hukum dan keterbukaan informasi, termasuk dalam pengawasan klausula baku sebagaimana diatur dalam Pasal 52 huruf (c) UUPK.

UUPK tidak melarang pelaku usaha untuk membuat klausula baku atas setiap dokumen dan perjanjian transaksi usaha perdagangan barang atau jasa, selama dan sepanjang klausula baku tersebut tidak mencantumkan ketentuan sebagaimana dilarang dalam Pasal 18 ayat (1), serta tidak “berbentuk” sebagaimana dilarang dalam Pasal 18 ayat (2) UUPK tersebut”. Tujuan penggunaan klausula baku dalam kegiatan bisnis sebenarnya untuk menghemat waktu dalam setiap kegiatan jual beli, amat tidak efisien apabila setiap transaksi antara pihak penjual dan pembelimembicarakan tentang isi kontrak jual beli tersebut.

Berdasarkan hasil wawancara dengan Yusrizal Sekretariat BPSK dari unsur pemerintah bahwa BPSK bersifat pasif dan hanya bertindak jika ada pengaduan atau keluhan dari konsumen.²⁰ BPSK tidak mempunyai kewenangan menindaklanjuti terhadap pelaku usaha yang menerapkan klausula baku yang dilarang karena belum ada peraturan teknisnya yang mengatur cara melakukan pengawasan klausula baku tersebut. BPSK hanya meminta kepada pelaku usaha untuk menghapus klausula yang dilarang itu jika menimbulkan sengketa. Adapun klausula yang dilarang sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 18 UUPK.

¹⁹ Holijah, “Pengintegrasian Urgensi dan Eksistensi Tanggung Jawab Mutlak Produk Barang Cacat Tersembunyi Pelaku Usaha Dalam UUPK di Era Globalisasi”, dalam *Jurnal Dinamika Hukum*, No. 1, Vol. 14 Tahun 2014, hlm. 177.

²⁰ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 5 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

Berdasarkan data-data yang berhasil dikumpulkan melalui wawancara di Kantor BPSK Kota Palembang dengan Yusrizal sekretariat BPSK, Hardayani anggota dari unsur pemerintah, Arman Zainudin unsur pelaku usaha, dan Ramawan unsur konsumen,²¹ dapat diketahui, bahwa hambatan dalam melakukan pengawasan klausula baku di Kota Palembang berupa hambatan internal dan eksternal. Ditegaskan bahwa dalam rangka pelaksanaan tugas BPSK sebagai badan yang dibentuk untuk melindungi konsumen, khususnya dalam melakukan pengawasan terhadap klausula bakudiperlukan fasilitas, seperti sumber daya manusia yang memadai, sarana dan prasarana, serta keuangan yang cukup.

Berdasarkan hasil wawancara dengan pihak sekretariat BPSK Kota Palembang Yusrizal, bahwa pelaksanaan pengawasan terhadap klausula baku terdapat hambatan-hambatan baik secara internal maupun eksternal. Adapun hambatan internal antara lain: *Pertama*, belum terdapatnya aturan pelaksanaan terkait pengawasan klausula baku oleh BPSK Kota Palembang sebagai pelaksanaan dari aturan umum mengenai pengawasan klausula baku sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 52 huruf (e) UUPK, *Kedua*, kurangnya sumber daya manusia sebagai struktur BPSK sehingga dalam pelaksanaan pengawasan pencantuman klausula baku sampai sekarang belum efektif, dan karena unsur anggota BPSK yang terdiri dari unsur pemerintah, unsur konsumen dan unsur pelaku usaha yang masing-masing mempunyai kesibukan dengan tugasnya masing-masing, *Ketiga*, pengawasan yang dilaksanakan sifatnya masih pembinaan sehingga apabila ditemukan pelanggaran terkait pencantuman klausula baku, tidak ada sanksi yang dijatuhkan, *Keempat*, BPSK lebih memilih pasif karena BPSK memiliki juga kewenangan sebagai lembaga penyelesaian sengketa konsumen di luar pengadilan, sehingga BPSK hanya menunggu laporan dari konsumen yang merasa dirugikan.²²

Adapun hambatan eksternal adalah: *Pertama*, belum adanya kesadaran konsumen terhadap hak dan kewajibannya di bidang perlindungan konsumen

²¹Wawancara dilaksanakan pada tanggal 4 dan 5 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

²² Hasil wawancara dengan sekretariat BPSK Kota Palembang pengaduan yang masuk sampai bulan Agustus ada 37 kasus yang hampir sebagian besar adalah perjanjian baku, 80 % dapat diselesaikan secara damai, dan 20 % menunggu proses penyelesaian sengketa. Sebagian besar pengaduan dari konsumen berupa pengaduan perjanjian leasing, perjanjian property perumahan, perjanjian jual beli.

sehingga jika mengalami kerugian akibat adanya klausula baku maka konsumen tidak tahu atau tidak mau melaporkan hal tersebut ke BPSK, jadi konsumen lebih banyak diam saja, *Kedua*, Konsumen kurang bahkan tidak mengetahui lembaga BPKS dan keberadaan, fungsi, dan tugas BPSK Kota Palembang sehingga mereka tidak tahu bagaimana cara memperoleh hak-haknya dalam perlindungan konsumen, *Ketiga*, Sifat pelaku usaha yang kurang peduli dan cenderung mengabaikan hak-hak konsumen, sehingga dalam pelaksanaan di bidang usahanya hanya ingin mendapatkan keuntungan yang besar tanpa memperhatikan hak-hak konsumen, *Keempat*, sangat sedikit sekali pengaduan yang masuk ke BPSK terkait kerugian akibat pencantuman klausula baku pada nota pembelian barang dan jasa sehingga BPSK berasumsi bahwa konsumen tidak mengalami kerugian terhadap nota pembelian barang dan jasa.

Hal yang sama ditegaskan Yusrizal, sekretariat BPSK Kota Palembang bahwa sebaiknya perlindungan konsumen menggambarkan perlindungan hukum yang diberikan kepada konsumen dalam usahanya untuk memenuhi kebutuhannya dari hal-hal yang merugikan konsumen itu sendiri. Hukum perlindungan konsumen saat ini cukup mendapat perhatian, karena menyangkut aturan-aturan guna mensejahterakan masyarakat. Sampai sekarang penegakan di bidang perlindungan konsumen masih relative rendah karena belum didukung sepenuhnya baik dari pemerintah maupun dari masyarakat itu sendiri yang belum ada kesadarannya untuk mengetahui dan menerapkan hak-haknya di bidang konsumen.

Namun dalam mencapai tujuan ini diperlukan pembaharuan hukum, institusi hukum dan profesi hukum yang mampu menjada integrasi dan persatuan nasional. Hukum perlindungan konsumen yang diharapkan adalah hukum perlindungan konsumen yang dapat digunakan sebagai mekanisme pengintegrasian yaitu melindungi kepentingan individu atau kelompok secara proporsional yaitu yang mendasarkan pada keadilan.²³

Kemajuan di era globalisasi dan didukung kemajuan teknologi dan informasi telah memperluas ruang gerak arus transaksi barang dan jasa. Hal ini memberikan manfaat bagi konsumen karena kebutuhan akan barang dan jasa yang

²³ Holijah, *Ibid.*, hlm. 178.

diinginkan dapat terpenuhi serta semakin terbuka lebar kebebasan memilih aneka jenis dan kualitasnya. Di pihak lain konsumen menjadi objek aktivitas bisnis untuk meraup keuntungan yang sebesar-besarnya oleh pelaku usaha dengan cara apapun, termasuk dalam pencatuman klausula baku dalam perjanjian.²⁴

Kewajiban konsumen diatur dalam Pasal 5 UUPK antara lain: a) membaca dan mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan atau jasa, demi keamanan dan keselamatan; b) beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan atau jasa; c) mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.

Berdasarkan hasil wawancara sebagaimana tersebut di atas, dalam UUPK yang diharapkan dapat menjadi senjata konsumen pencari keadilan dalam implementasinya ternyata masih sulit dilakukan. Demikian tugas BPSK dalam pengawasan klausula baku. Ketentuan diatas jelas menyebutkan bahwa BPSK dapat melakukan pengawasan terhadap klausula baku dengan atau tanpa pengaduan dari konsumen. Artinya BPSK dapat secara aktif melakukan pengawasan terhadap pencatuman klausula baku, tanpa pengaduan dari konsumen.

Hal yang sama ditegaskan oleh Yusrizal,²⁵ selain hambatan-hambatan tersebut di atas dalam pelaksanaan di lapangan juga ditemukan kendala-kendala yang selalu dihadapi BPSK antara lain: *Pertama*, karena ketentuan hukumnya tidak sesuai sebagaimana diharapkan, yaitu untuk penyelesaian sengketa konsumen secara cepat, sederhana dan murah. *Kedua*, tidak adanya konsistensi pada pasal-pasal dalam UUPK, adanya pertentangan antara pasal yang satu dengan pasal yang lainnya, maupun adanya konflik horisontal produk perundang-undangan lainnya. *Ketiga*, kendala kelembagaan karena sampai saat ini lembaga BPSK keberadaannya masih terbatas, belum dibentuk pada setiap kabupaten sehingga menyulitkan bagi konsumen untuk menuntut hak-haknya. *Keempat*, kendala pendanaan karena biaya operasional tugas BPSK dibebankan pada APBD, namun ternyata pemerintah daerah kabupaten dan Kota tidak memasukan dana operasional BPSK ke dalam APBD. *Kelima*, kendala peraturan karena antara konsep

²⁴ H.Muchsin, Perlindungan Konsumen Terhadap Makanan dan Minuman Ditinjau Dari Aspek Kesehatan dan Hukum, dalam artikel *Jurnal Varia Peradilan* No. 287., Tahun XXV, Oktober 2009, hlm. 6

²⁵ Wawancara dilaksanakan pada tanggal 5 Agustus 2016 di BPSK Kota Palembang.

dan realita sering kali tidak sejalan. UUPK yang diharapkan dapat menjadi senjata bagi pencari keadilan, dalam implementasinya ternyata masih sulit dilakukan dan menghadapi berbagai kendala. Karena ketentuan hukumnya tidak sesuai sebagaimana diharapkan, yaitu untuk penyelesaian sengketa konsumen secara cepat, sederhana dan biaya murah.

Penutup

Berdasarkan pembahasan tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa peran BPSK Kota Palembang dalam menjalankan kewenangannya sebagaimana dalam Pasal 52 huruf (c) UUPK dalam pelaksanaan pengawasan belum dilaksanakan secara optimal karena bersifat pasif. Pengawasan dilakukan jika terjadi laporan atau pengaduan dari konsumen jika terjadi sengketa di lapangan. Pengawasan secara langsung terhadap penggunaan klausula baku baik pelaku usaha kecil, menengah maupun besar selama ini belum dilakukan. Hambatan-hambatan dan kendala yang dihadapi BPSK Kota Palembang dalam melaksanakan tugas dan kewenangan melakukan pengawasan terhadap penggunaan klausula baku adalah berupa hambatan internal dan eksternal. Hambatan internal antara lain: *pertama*, belum terdapatnya aturan pelaksanaan terkait pengawasan klausula baku oleh BPSK Kota Palembang sebagai pelaksanaan dari aturan umum mengenai pengawasan klausula baku sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 52 huruf (e) UUPK, *Kedua*, kurangnya sumber daya manusia sebagai struktur BPSK sehingga dalam pelaksanaan pengawasan pencantuman klausula baku sampai sekarang belum efektif, dan karena unsur anggota BPSK yang terdiri dari unsur pemerintah, unsur konsumen dan unsur pelaku usaha yang masing-masing mempunyai kesibukan dengan tugasnya masing-masing, *Ketiga*, Pengawasan yang dilaksanakan sifatnya masih pembinaan sehingga apabila ditemukan pelanggaran terkait pencantuman klausula baku, tidak ada sanksi yang dijatuhkan, *Keempat*, BPSK lebih memilih pasif karena BPSK memiliki juga kewenangan sebagai lembaga penyelesaian sengketa konsumen di luar pengadilan, sehingga BPSK hanya menunggu laporan dari konsumen yang merasa dirugikan.

Hambatan eksternal adalah: *pertama*, belum adanya kesadaran konsumen terhadap hak dan kewajibannya di bidang perlindungan konsumen sehingga jika

mengalami kerugian akibat adanya klausula baku maka konsumen tidak tahu atau tidak mau melaporkan hal tersebut ke BPSK, jadi konsumen lebih banyak diam saja, *Kedua*, Konsumen kurang bahkan tidak mengetahui lembaga BPSK dan keberadaan, fungsi, dan tugas BPSK Kota Palembang sehingga mereka tidak tahu bagaimana cara memperoleh hak-haknya dalam perlindungan konsumen, *Ketiga*, Sifat pelaku usaha yang kurang peduli dan cenderung mengabaikan hak-hak konsumen, sehingga dalam pelaksanaan di bidang usahanya hanya ingin mendapatkan keuntungan yang besar tanpa memperhatikan hak-hak konsumen, *Keempat*, sangat sedikit sekali pengaduan yang masuk ke BPSK terkait kerugian akibat pencantuman klausula baku pada nota pembelian barang dan jasa sehingga BPSK berasumsi bahwa konsumen tidak mengalami kerugian terhadap nota pembelian barang dan jasa. Adapun saran dari penelitian ini adalah UUPK seharusnya diterapkan lebih konsisten sehingga dapat memberikan perlindungan terhadap konsumen, yang sebagian besar mereka tidak memahami hak-haknya. Pemerintah perlu segera mengeluarkan peraturan sebagai pedoman BPSK dalam melaksanakan tugasnya melakukan pengawasan terhadap pencatuman klausula baku oleh pelaku usaha.

Daftar Pustaka

Buku

- Fuady, Munir, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Mahmud Marzuki, Peter, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Santoso AZ, Lukman, *Hukum Perikatan Teori Hukum dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerjasa dan Bisnis*, Penerbit Setara Press, Jakarta, 2016.
- Tri Siwi Kristiyanti, Celina, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.

Artikel Jurnal

- Eko Turisno, Bambang, "Etika Bisnis Dalam Hubungannya Dengan Transformasi Global Dan Hukum Kontrak Serta Perbuatan Melawan Hukum", dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum* No. 3. Jilid 40 Tahun 2011.
- Hendrawati, Dewi, "Penerapan Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Pembuatan Perjanjian Baku (Studi Normatif pada Perjanjian Pembiayaan Konsumen)", artikel dalam *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, No. 4. Jilid 40 Tahun 2011.

Holijah, "Pengintegrasian Urgensi dan Eksistensi Tanggung Jawab Mutlak Produk Barang Cacat Tersembunyi Pelaku Usaha Dalam UUPK di Era Globalisasi", dalam *Jurnal Dinamika Hukum*, No. 1. Vol. 14 Tahun 2014.

Muchsin, H, "Perlindungan Konsumen Terhadap Makanan dan Minuman Ditinjau Dari Aspek Kesehatan dan Hukum", dalam *Jurnal Varia Peradilan* No. 287. Tahun XXV, Oktober 2009.

Parerungan, Sofian, "Tanggung Jawab Pelaku Usaha Terhadap Produk Cacat Menurut UU No 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen", dalam *Jurnal Varia Peradilan* No. 340 Tahun XXIX Maret 2014.

Zaelani, "Perjanjian Baku Berdasarkan Peraturan Perundang-Undangan Dalam Perspektif Perlindungan Konsumen", artikel dalam *Jurnal Legislasi Indonesia* No. 4. Vol.10, Tahun 2013.

Perundang-Undangan:

UUD NRI 1945

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 42, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3821).

Keputusan Presiden No. 90 Tahun 2001 tentang Pembentukan BPSK di 10 Kota di Indonesia.

Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan No. 350/MPP/Kep/12/2001 tentang Pelaksanaan Tugas dan Wewenang BPSK.