

## BAB I PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang

Penelitian ini beranjak dari proposisi bahwa “hukum persaingan usaha<sup>1</sup> mengadopsi konsep, prinsip, teori, dan metode ilmu ekonomi (selanjutnya disebut *economics paradigm*) dalam mengatur aktifitas ekonomi, di mana praktik kartel merupakan salah satu aktifitas dimaksud.” Proposisi tersebut dideduksikan dari pendapat beberapa ahli yang mengkaji *antitrust law* dan fakta berupa peraturan terkait *antitrust*, serta proses pembuktian terhadap pelanggaran peraturan *a quo*.

**Richard A. Posner**, pengusung utama kajian *economic analysis of law*,<sup>2</sup> menegaskan “*The antitrust field is in need of a thorough rethinking of both its substantive and administrative aspects, and the essential intellectual tool for this process of rethinking, I believe is the science of economics.*”<sup>3</sup> Sedangkan **Michael**

**D. Whiston** mengemukakan bahwa “*Antitrust law regulates economic activity.*”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>Istilah hukum persaingan usaha—sebagaimana digunakan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam *textbook* yang diterbitkan pada tahun 2009—maknya sama dengan istilah *antitrust law* dan *competition law* yang akan digunakan secara bergantian dalam disertasi ini. Paolo Buccirossi berkaitan dengan istilah *antitrust law* dan *competition law* mengemukakan “...in the United States it is generally referred to as “antitrust law,” whereas in the European Union it is normally referred to as “competition law.” Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics*, Editor, The MIT Press, Massachusetts, 2008, h. ix.

<sup>2</sup>Richard A. Posner dikenal sebagai pengusung utama kajian *economic analysis of law*, seperti yang disebutkan oleh Ronald H. Coase “*The development of the economic analysis of the law ... Posner has clearly played the major role.*” Ronald H. Coase, “Law and Economics at Chicago,” *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, 1993, h. 251. Hal yang sama diungkapkan Suri Ratnapala bahwa “*Economic analysis of law...one of the most prolific and influential current writers is Richard Posner, Chief Judge of The United States Court of Appeals for the Seventh Circuit.*” Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, h. 243.

<sup>3</sup>Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976 (selanjutnya disebut Richard A. Posner I), h. 1.

<sup>4</sup>Michael D. Whiston, *Lectures on Antitrust Economics*, The MIT Press, Massachusetts, 2006, h. 1.

Pendapat yang juga dijadikan pijakan dalam merumuskan proposisi awal disertasi ini adalah yang dikemukakan oleh **Malcolm B. Coate** dan **Andrew N. Kleit** yang menekankan bahwa:

*“Antitrust analysis is explicitly a question of economics. The basic antitrust models focuses on the economic concept of a market. If one firm (or a coordinated group of firms) comes to dominate (or monopolize) a market, the resulting market power allows the firm (or firms) to raise price above marginal costs and earn short run monopoly profit. Antitrust laws are designed to preclude this result by limiting an aspect of the firm’s (or group of firms) behavior (i.e. mergers, business practices, and distribution systems) in the marketplace.”<sup>5</sup>*

Begitupun pendapat **Jonathan B. Baker** dan **Timothy F. Bresnahan** yang mengemukakan bahwa:

*“Competition policy decision-makers today rely extensively on economic concepts, reasoning, and evidence. Economic terms like elasticity of demand, marginal cost, and oligopoly behavior have become part of the language of antitrust...Just as antitrust has become infused with economics, industrial organization economics—the economics field most closely related to antitrust—has turned its attention to the legal system.”<sup>6</sup>*

Penggunaan *economics paradigm* dalam konteks *antitrust law* di Indonesia dapat diketahui dengan mengidentifikasi peraturan perundang-undangan *a quo*, *i.e.* Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 33 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3817, selanjutnya disebut UU 5/1999). Pada Pasal 1 diuraikan beberapa definisi yang *notabene* merupakan kajian ilmu ekonomi, *i.e.* monopoli, praktek monopoli, pemusatan kekuatan ekonomi, posisi dominan, persaingan usaha tidak sehat,

<sup>5</sup>Malcolm B. Coate dan Andrew N. Kleit, *The Economics of the Antitrust Process*, Kluwer Academic Publisher, Massachusetts, 1996, h. 2.

<sup>6</sup>Jonathan B. Baker dan Timothy F. Bresnahan, *Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power*, dalam Paolo Buccirossi, *Op. Cit.*, h. 1-2.

persekongkolan, pasar, pasar bersangkutan, struktur pasar, perilaku pasar, pangsa pasar, harga pasar, konsumen, jasa, *etc.* Berkaitan dengan hal tersebut **Claudia Seitz** mengemukakan bahwa:

*“Several key elements of antitrust law—e.g. the definition of competition as such, the definition of the relevant market, the question of market power—are not legal but economic terms, although they play a central role in the legal framework of antitrust law provisions and in the assessment of antitrust cases...many of the key concepts of antitrust law—for example, the concepts of competition, monopoly, oligopoly, and barriers to entry—are concepts derived not from a law perspective but from economics. Economics concepts play an important role in almost all parts of antitrust law. There is for example, an increasing importance of the more economic approach in all parts of antitrust law.”*<sup>7</sup>

Penggunaan *economics paradigm* dalam UU 5/1999 selanjutnya dapat dipahami dengan mengelaborasi tujuan pembentukan undang-undang *a quo* yang diatur dalam Pasal 3 yang menegaskan bahwa “Tujuan pembentukan undang-undang ini adalah untuk: a. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat; b. Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil; c. Mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha

---

<sup>7</sup>Claudia Seitz, *Economic Principles in Antitrust Law in the Aftermath of the More Economic Approach: General Aspects, Current Issues and Recent*, dalam Klaus Mathis, Editor, *Law and Economics in Europe*, Springer, Dordrecht, 2014, (selanjutnya disebut Klaus Mathis I) h. 368. Simon Bishop dan Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, dalam Klaus Mathis I, *Ibid.*, h. 369. Konsep-konsep tersebut selanjutnya dapat ditelusuri dalam *textbooks* ilmu ekonomi dan hukum persaingan usaha, antara lain: Paul A. Samuelson dan William D. Nordhaus, *Economics*, Nineteenth Edition, McGraw-Hill/Irwin, New York, 2010; Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Pearson Education Inc., Boston, 2012; Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, The Foundation Press, New York, 1993; Michael D. Whiston, *Lectures on Antitrust Economics*, The MIT Press, Massachusetts, 2006; Karl E. Case dan Ray C. Fair, *Principles of Economics*, Eighth Edition, Pearson Education Inc., New Jersey, 2007; William W. Sharkey, *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, *etc.*

tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan c. Terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.”

Berkaitan dengan upaya meningkatkan efisiensi ekonomi dalam mewujudkan kesejahteraan rakyat sebagai tujuan *antitrust law*, **Stephen F. Ross** mengungkapkan “*The now ascendant view is that antitrust laws should promote allocative economic efficiency...economist and their fellow travelers often refer to this goal as “maximizing consumer welfare.”*”<sup>8</sup> Sedangkan pandangan yang menunjukkan bahwa efisiensi ekonomi merupakan *economics paradigm* sehingga dibutuhkan analisis ekonomi untuk mewujudkannya diungkapkan oleh **Robert H. Bork** bahwa “*The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare. The task must be guided by basic economic analysis...*” Selanjutnya, **Bork** berpendapat bahwa dengan upaya peningkatan efisiensi ekonomi maka dengan sendirinya merupakan upaya meningkatkan kesejahteraan konsumen yang *notabene* adalah peningkatan kesejahteraan rakyat, sebagaimana diungkapkan **Bork** “*...competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency...consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation.*”<sup>9</sup>

**Joanna Goider** dan **Albertina Albors-Llorens** juga mengemukakan pendapat yang sama berkaitan dengan efisiensi dan kesejahteraan, yaitu:

---

<sup>8</sup>Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, The Foundation Press, New York, 1993, h. 3

<sup>9</sup>Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, With a New Introduction and Epilogue, The Free Press, New York, 1993, (selanjutnya disebut Robert H. Bork I) h. 90, 91, 427.

*“The main goal of developed competition law system is ‘economic welfare’ does not refer to a general state of economic well-being, but rather it is a technical term that refers to the degree to which available resources are allocated to producing as efficiently as possible the goods or services that will be most valued by consumers.”<sup>10</sup>*

Hal tersebut sejalan dengan pendapat **Baker** dan **Bresnahan** yang menyatakan:

*“Most modern competition law regimes have economic goals, such as promoting economic efficiency or consumer welfare, in whole or substantial part. An emphasis on economic goals inevitably brings economics to bear, leading courts to frame antitrust issues in terms of economic concepts such as market power, competitive effects, entry, and efficiencies, and to interpret the detailed facts involving a particular industry and specific challenged practices through application of the logical framework supplied by economics.”<sup>11</sup>*

Mengenai upaya untuk mewujudkan persaingan yang merupakan konkretisasi dari perwujudan *economic welfare* sebagaimana disebutkan pada Pasal 3 huruf b UU 5/1999, **Goider** dan **Llorens** mengemukakan *“A pure economic welfare approach is often described as aiming at protecting the process of competition, rather than protecting competitors.”<sup>12</sup>* Sedangkan upaya perlindungan pelaku usaha menengah dan kecil sejatinya lebih bersifat politis dibanding ekonomis, atau dengan kata lain bukan bagian dari *economics paradigm*, sebagaimana diungkapkan oleh **Roger Van den Bergh** bahwa:

*“Besides economic goals (allocative and productive efficiency), current competition policy embodies rules that aim to decentralize power, protect freedom of decision of independent firms and maintain equal opportunities to compete for small businesses. The latter goals are political, rather than economic.”<sup>13</sup>*

---

<sup>10</sup>Joanna Goider dan Albertina Albors-Llorens, *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, h. 11.

<sup>11</sup>Jonathan B. Baker dan Timothy F. Bresnahan, *Op. Cit.*, h. 3.

<sup>12</sup>Joanna Goider dan Albertina Albors-Llorens, *Loc. Cit.*

<sup>13</sup>Roger Van den Bergh, *“The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law,”* dalam Antonio Cucinotta, *et. al.*, Editor, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2002, h. 44.

Menguatkan pendapat **Bergh, John H. Shenefield** dan **Irwin M. Stelzer** mengemukakan bahwa ada dua tujuan *Antitrust law*, yaitu: pertama, “*The social and political goal is a system that reflects a sense of equity or fairness, that diffuses economic power, and that maximizes individual opportunity*”; dan kedua, “*The economic goal is to maximize efficiency and consumer welfare.*”<sup>14</sup>

Selanjutnya, berkaitan dengan pencegahan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3 huruf c UU 5/1999, di mana hal tersebut erat kaitannya dengan tujuan pada huruf a, sebagaimana yang diungkapkan **Bork** bahwa “*the preservation of the competition was often cited as the aim oaf the law...competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency.*”<sup>15</sup>

Begitupun yang diungkapkan **Ross** bahwa:

“*There is broad agreement that society is harmed when a single firm acquires monopoly power by inefficient means...basic economics teaches that increasing the prices to obtain monopoly profits, an inefficient quantity of the product is produced for society. Monopoly pricing thus defeats the ultimate goal of those seeking to promote allocative efficiency...*”<sup>16</sup>

Kemudian, berkaitan dengan tujuan untuk menciptakan efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3 huruf d UU 5/1999 yang juga erat kaitannya dengan tujuan pada huruf a, di mana efektivitas dan efisiensi kegiatan usaha merupakan pengertian *productive efficiency* sebagai bagian dari efisiensi secara umum di samping *allocative efficiency*, sebagaimana

---

<sup>14</sup>John H. Shenefield dan Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Laws: A Primer*, 4th Ed., The American Enterprise Institute, Washington D. C., 2001, h. 14.

<sup>15</sup>Robert H. Bork I, *Op. Cit.*, h. 427.

<sup>16</sup>Stephen F. Ross, *Loc. Cit.*

diungkapkan **Bork** bahwa “*Allocative efficiency, as used here, refers to the placement of resources in the economy, the question of whether resources are employed in tasks where consumers value their output most. Productive efficiency refers to the effective use of resources by particular firms.*”<sup>17</sup>

Selanjutnya, secara umum, tujuan dalam Pasal 3 UU 5/1999 dapat dibandingkan dengan pendapat dari *scholars* penganut *Chicago School* yang menekankan bahwa tujuan utama *antitrust adjudication* adalah “*maximization of consumer welfare*” yang berimplikasi pada penggunaan *economic analysis* untuk menguji proposisi hukum dan untuk memahami pengaruh perilaku bisnis terhadap *consumer welfare*. Hal tersebut sebagaimana dikemukakan oleh **Bork**, yaitu:

“*The primary characteristics of the Chicago School of antitrust are two. The first is the insistence that the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare...Second, The Chicagoans applied economic analysis more rigorously than was common at the time to test the propositions of the law and to understand the impact of business behavior on consumer welfare.*”<sup>18</sup>

Penggunaan *economics paradigm* dalam UU 5/1999 berikutnya dapat diidentifikasi melalui ketentuan-ketentuan dalam undang-undang *a quo* yang merupakan konkritisasi secara koheren dari tujuan *antitrust law* yang *notabene* menggunakan *economics paradigm*. Hal tersebut sejalan dengan pandangan **Bork** yang menyatakan bahwa:

“*Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law—what are its goals? Everything else follows from the answer we give. Is the antitrust judge to be*

---

<sup>17</sup>Robert H. Bork I, *Op. Cit.*, h. 91.

<sup>18</sup>*Ibid.*, h. xi.

*guided by one value or several? Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules.”<sup>19</sup>*

Ketentuan-ketentuan dalam UU 5/1999 secara umum mengatur tiga jenis aktifitas ekonomi yaitu: perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, dan posisi dominan. Dari ketiga jenis aktifitas ekonomi tersebut, praktik kartel dikategorikan sebagai perjanjian yang dilarang yang diatur dalam Pasal 11. Ketiga aktifitas ekonomi tersebut dirumuskan dengan menggunakan pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason*, namun perumusan tersebut tidak dilakukan secara *rigid* sehingga perlu dianalisis untuk menentukan apakah suatu pasal atau ketentuan dalam undang-undang *a quo* berkualifikasi *per se illegal* atau *rule of reason*.

Pendekatan *per se illegal* menentukan bahwa suatu perbuatan berkualifikasi *illegal* atau *unlawful* disebabkan oleh sifat perbuatan *a quo* yang *inherently illegal* atau *illegal by itself*. Sebaliknya, pendekatan *rule of reason*, yang pertama kali diistilahkan oleh **Chief Justice White**<sup>20</sup> menentukan bahwa suatu perbuatan berkualifikasi *illegal* atau *unlawful* tidak disebabkan oleh sifat perbuatan *a quo* yang *inherently illegal* atau *illegal by itself*, namun disebabkan oleh dampak perbuatan *a quo* yang bertentangan dengan prinsip dan tujuan hukum persaingan

---

<sup>19</sup>*Ibid.*, h. 50. Koherensi antara tujuan dan ketentuan-ketentuan dalam suatu peraturan perundang-undangan harus dipahami sebagai *system of logic*, di mana ketentuan merupakan konkritisasi dari tujuan dan sebaliknya tujuan merupakan abstraksi dari ketentuan. Dengan demikian, secara *logic* dapat disimpulkan bahwa jika tujuan UU 5/1999 menggunakan *economics paradigm* maka ketentuan-ketentuannya pun menggunakan *economics paradigm*.

<sup>20</sup>Yang pertama kali memberikan nama pada istilah *rule of reason* dalam konteks *antitrust law* adalah Chief Justice White pada tahun 1911 dalam menerapkan *The Sherman Act* dalam kasus *Standard Oil* dan *American Tobacco*. Periksa: Robert H. Bork, “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II,” *The Yale Law Journal*, Vol. 74, No. 5, 1965, h. 783. (selanjutnya disebut Robert H. Bork II)



usaha (e.g. merger berkualifikasi *illegal* jika dapat mengakibatkan praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat).<sup>21</sup>

Selanjutnya untuk menentukan suatu perbuatan bersifat *inherently illegal* (*per se illegal*) dan menilai dampak suatu perbuatan bertentangan atau bersesuaian dengan prinsip dan tujuan hukum persaingan usaha yang berimplikasi pada *illegal*-nya perbuatan *a quo* (*rule of reason*), **White** berpandangan bahwa hal tersebut dapat diketahui melalui penggunaan *economic analysis* terhadap perbuatan *a quo*, sebagaimana yang disebutkan **Bork** dalam mengulas pandangan

**White** yaitu:

*“White created a three-part rule of reason...then, may be phrased as a three-part test: (1) inherent nature or the per se concept; (2) inherent effect or market power; and (3) evident purpose or specific intent. The inherent nature test results in what we would call today the category of practice illegal per se. When economic analysis shows that a practice can have no significant beneficial effects but is solely a means of restricting output...the practice then is labelled illegal per se, which means that there is no defense and that the court need not examine either intent or market power before pronouncing the behavior unlawful. The remaining two tests were those of “inherent effect” and “evident purpose.” When economic analysis does not reveal that a practice is always harmful by nature, as are pure cartel arrangements, that court must pass on these tests. White thought mergers not inherently, or per se, illegal. What additional facts, then, must be examined to determine a merger’s legal status? Proof of an “evident purpose,” or an actual intent, to inflict the evils of monopoly would render the merger unlawful. This means an intent to gain or maintain monopoly through means other than superior efficiency. Bad intent can be shown by admissions, documents, the employment of abusive or predatory practices, or by other behavior inconsistent with efficiency. White do not define the “inherent effect” test, but it almost certainly refers to the inference of bad effects from some fact additional to the character of the restraint. Third additional fact, almost surely, is the market share of the parties.”*

---

<sup>21</sup>Oliver Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, h. 65-71.

Dengan demikian dapat dipahami bahwa pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* menggunakan *economics paradigm* melalui instrumen *economic analysis* dalam menilai suatu perbuatan berkualifikasi *illegal*.

Selanjutnya mengenai perjanjian, kegiatan, dan posisi dominan yang diatur dalam UU 5/1999 apakah berkualifikasi *per se illegal* atau *rule of reason*, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (selanjutnya disebut KPPU) diberikan kewenangan untuk menilai, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 35 huruf a, b, dan c. KPPU kemudian menerbitkan Peraturan Komisi disertai Lampiran sebagai pedoman dalam melakukan penilaian tersebut.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup>Adapun hasil penilaian KPPU—sebagai lembaga yang memiliki otoritas mengawasi penerapan UU 5/1999—terhadap perjanjian, kegiatan, dan posisi dominan adalah sebagai berikut: (1) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pedoman Tindakan Administratif Sesuai Ketentuan Pasal 47 menilai bahwa Jabatan Rangkap dan Integrasi Vertikal berkualifikasi *Rule of Reason*; (2) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 menilai bahwa Persekongkolan Tender berkualifikasi *Rule of Reason*; (3) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 menilai bahwa Kartel berkualifikasi *Rule of Reason*; (4) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 5 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 14 menilai bahwa Integrasi Vertikal berkualifikasi *Rule of Reason*; (5) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 6 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 25 menilai bahwa Posisi Dominan berkualifikasi *Per se Illegal*; (6) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 19 huruf D menilai bahwa Praktek Diskriminasi berkualifikasi *Rule of Reason*; (7) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 5 menilai bahwa Penetapan Harga berkualifikasi *Per se Illegal*; (8) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 5 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 15 menilai bahwa Perjanjian Tertutup berkualifikasi *Rule of Reason* dengan meneleki lebih mendalam dampak yang ditimbulkannya (positif atau negatif); (9) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 6 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 20 menilai bahwa Jual Rugi berkualifikasi *Rule of Reason*; (10) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 7 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 27 menilai bahwa Pemilikan Saham berkualifikasi *Per se Illegal*; (11) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 8 menilai bahwa Penetapan Harga Jual Kembali berkualifikasi *Rule of Reason*; (12) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 11 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 17 menilai bahwa Praktek Monopoli berkualifikasi *Rule of Reason*; (13) Lampiran Peraturan KPPU Nomor 3 Tahun 2012 Tentang Perubahan Kedua atas Peraturan KPPU Nomor 13 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menilai bahwa Merger, Konsolidasi, dan Akuisisi berkualifikasi *Rule of Reason*. Penilaian yang dilakukan KPPU tersebut tidak terlepas dari keterkaitan perjanjian, kegiatan, dan posisi dominan dengan asas dan tujuan UU 5/1999, hal mana sejalan dengan pendapat Bork bahwa “*The rule of reason, as we have seen, is simply a set of general categories that are given content by ideas about the proper goals of the law, economics, and the requirements of the judicial process. As ideas about these matters change, the substantive law—the content of the categories—also change.*” Robert H. Bork I, *Op. Cit.*, h. 21.

Penggunaan *economics paradigm* dalam UU 5/1999—selain dalam definisi, tujuan, dan perumusan pasal (*per se illegal* atau *rule of reason*)—juga dapat ditelusuri pada tahapan pembuktian tentang adanya pelanggaran terhadap undang-undang *a quo*. KPPU dalam proses pembuktian menggunakan *hard evidence* atau *direct evidence* (bukti langsung, seperti: surat) dan *circumstantial evidence* atau *indirect evidence* (bukti tidak langsung, berupa keadaan atau kondisi). *Circumstantial evidence* diperoleh dengan melakukan *economic analysis* terhadap keadaan atau kondisi pasar. Kemudian dalam pasal-pasal yang menggunakan pendekatan *rule of reason*, KPPU setelah membuktikan adanya suatu perjanjian, kegiatan, atau posisi dominan melalui *hard evidence* dan/atau *circumstantial evidence*, selanjutnya KPPU akan menilai melalui instrumen *economic analysis* apakah terdapat alasan *reasonable* atau *unreasonable* dan kemudian menilai dampaknya terhadap iklim persaingan usaha dengan berpedoman pada prinsip dan tujuan UU 5/1999.<sup>23</sup>

Proses pembuktian tersebut dapat dilihat dalam perkara dugaan pelanggaran pasal yang berkualifikasi *per se illegal* dan *rule of reason* seperti berikut: a) Perkara Nomor: 04/KPPU-I/2016 tentang dugaan pelanggaran Pasal 5 ayat (1) tentang *price fixing* UU 5/1999 yang dilakukan oleh para Terlapor yaitu: PT. Yamaha Indonesia Motor Manufacturing dan PT. Astra Honda Motor. *Price fixing* dalam pasal *a quo* merupakan ketentuan yang berkualifikasi *per se illegal*. Majelis Komisi pada perkara *a quo* menggunakan *circumstantial evidence* atau *indirect evidence* berupa *concerted action* atau *concerted practices* antara Yamaha dan

---

<sup>23</sup>Periksa: Lampiran Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 dan Lampiran Peraturan KPPU Nomor 4 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 5.

Honda yang membuktikan adanya perjanjian di antara keduanya untuk melakukan *price fixing* dalam industri sepeda motor jenis skuter matik 110-125 cc di Indonesia. Majelis Komisi kemudian dalam Putusannya menyatakan bahwa PT. Yamaha Indonesia Motor Manufacturing dan PT. Astra Honda Motor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 ayat (1) UU 5/1999 dan menghukum keduanya untuk membayar denda masing-masing sebesar Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah) dan Rp. 22.500.000.000 (dua puluh dua miliar lima ratus juta rupiah).

b) Perkara Nomor: 08/KPPU-I/2014 tentang dugaan pelanggaran Pasal 5 ayat (1) tentang *price fixing* dan Pasal 11 tentang kartel UU 5/1999 dalam industri otomotif terkait ban kendaraan bermotor roda empat yang dilakukan oleh para Terlapor yaitu PT. Bridgestone Tire Indonesia, PT. Sumi Rubber Indonesia, PT. Gajah Tunggal Tbk., PT. Goodyear Indonesia Tbk., PT. Elang Perdana Tyre Industry, dan PT. Industri Karet Deli. *Price fixing* dalam pasal *a quo* merupakan ketentuan yang berkualifikasi *per se illegal* dan kartel dalam pasal *a quo* merupakan ketentuan yang berkualifikasi *rule of reason*. Majelis Komisi pada perkara *a quo* menggunakan *direct evidence* atau *hard evidence* berupa Risalah Rapat Presidium Asosiasi Pengusaha Ban Indonesia (APBI)—di mana para terlapor merupakan anggota APBI—dalam membuktikan adanya perjanjian untuk menetapkan harga dan untuk mengatur produksi dan/atau pemasaran ban di Indonesia. Selanjutnya, karena Pasal 11 berkualifikasi *rule of reason* maka Majelis Komisi membuktikan unsur “Mengakibatkan Praktek Monopoli dan/atau Persaingan Usaha tidak Sehat.” Dalam membuktikan hal tersebut, Majelis Komisi melakukan *economic analysis* sehingga ditemukan

bahwa tindakan terlapor telah menimbulkan inefisiensi dan kenaikan harga yang menyebabkan kerugian konsumen dengan demikian dinilai merugikan kepentingan umum sebagai dampak dari terjadinya praktek monopoli karena terjadinya pemusatan kekuatan ekonomi oleh para terlapor yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran ban roda empat di Indonesia. Majelis Komisi kemudian dalam Putusannya menyatakan bahwa para Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 UU 5/1999 dan menghukum para Terlapor untuk masing-masing membayar denda sebesar Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah).

Beranjak dari uraian di atas, nampak dengan jelas bahwa konsep, prinsip, *ratio legis* perumusan pasal, beserta proses pembuktian UU 5/1999 menggunakan *economics paradigm*. Namun, permasalahan yang kemudian muncul dalam konteks pengkajian hukum adalah bahwa penggunaan *economics paradigm* dapat mereduksi hukum itu sendiri, mengingat terdapat pandangan dalam pengkajian hukum yang menekankan bahwa hukum bersifat *sui generis*, *self-sufficient*, *immanent rationality*, *otonom*, *etc.*, serta pandangan yang menolak *thesis-thesis* tersebut. Oleh karena itu maka, dianggap penting untuk menguraikan secara singkat pandangan-pandangan yang pro dan kontra terhadap hal tersebut sehingga akan tergambar *state of the art* yang menjadi landasan penelitian ini.

**Hans Kelsen** dengan alirannya *Die reine Rechtslehre* yang sekaligus menjadi judul *magnum opus*-nya yang diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris sebagai *The Pure Theory of Law*, berpandangan bahwa hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir non-hukum, seperti yang diungkapkan **Kelsen** sebagai berikut:

*“It is called a pure theory of law, because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of this description everything that is not strictly law: Its aim is to free the science of law from alien elements. This is the methodological basis of the theory.”<sup>24</sup>*

*Jurist* lain yang juga pro terhadap doktrin otonomi hukum adalah **Karl-Heinz Fezer** sebagaimana diungkapkan oleh **Klaus Mathis** yang mengkritisi penggunaan *economics paradigm* melalui metode *economic analysis* terhadap hukum, seperti yang ditulis oleh **Mathis** sebagai berikut:

*“Karl-Heinz Fezer's vehement disapproval of economic analysis of law is almost legendary: The inevitable result of any economic analysis of law is an inauspicious course of action, the economic reduction of the complexity of law. The monocausal theoretical approach stunts the multifunctionality of the legal system. It strips the law of its essential functions.”<sup>25</sup>*

**Mathis** kemudian mengungkapkan pandangan **Peter Gauch** yang juga menolak penggunaan *economics paradigm* dalam hukum, sebagaimana ditulis oleh **Mathis** bahwa *“Equally unflattering is Peter Gauch's dismissal of economic analysis of law: As soon as we begin to dissect the law into economic data, we arrive at a law without quality. And what remains is sheer worthlessness.”<sup>26</sup>*

Selanjutnya akan diuraikan pandangan-pandangan *jurists* yang kontra terhadap doktrin otonomi hukum dan pro terhadap penggunaan paradigma disiplin ilmu yang lain dalam hukum. **Roscoe Pound** berpandangan bahwa hukum tidak *self-sufficient* dalam artian bahwa hukum tidak cukup dengan keilmuannya sendiri, hukum membutuhkan disiplin ilmu yang lain, seperti yang diungkapkan **Pound** bahwa:

---

<sup>24</sup>Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Translation from the second German edition by Max Knight, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1967, h. 1.

<sup>25</sup>Klaus Mathis, Translated by Deborah Shannon, “Efficiency Instead Justice?” *Law and Philosophy Library*, Vol. 84, 2009, h. 2. (selanjutnya disebut Klaus Mathis II)

<sup>26</sup>*Ibid.*

*“The science of law cannot be self-sufficient. Viewed functionally, as a technique of social control with a changing purpose in view, it must draw upon other discipline for insights. Ethics, economics, political science, sociology, social psychology, history, psychology, and philosophy are the disciplines which can be used advantageously to further the purposes of law.”*<sup>27</sup>

**Oliver Wendell Holmes** juga berpandangan bahwa hukum membutuhkan disiplin ilmu lain utamanya ekonomi, sebagaimana diungkapkan **Holmes** bahwa *“for the rational study of the law, the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics...”*<sup>28</sup>

Begitupun dengan **Thomas S. Ulen** yang pro terhadap penggunaan *economics paradigm* dalam hukum. **Ulen** menyoal permasalahan tidak adanya satu metodologi utama dalam ilmu hukum, hal tersebut kemudian dijadikan sebagai pintu masuk penggunaan *economics paradigm* dalam hukum. Sebagaimana yang diungkapkan **Ulen** sebagai berikut:

*“There is no core methodology in the doctrinal study of law that must be displaced by innovation while rational choice theory has been the core methodology of microeconomics for almost 60 years. The field of law is defined not by a common methodology that lawyers all over the world (or even regionally or nationally) use to study their subject. What unites the legal academy is not a methodology but rather a subject matter—namely, the formal obligations that we call “law” and its close substitutes, such as social norms. Economics, on the other hand, is a field that has a core methodology—rational choice theory—and no strong commitment to a core subject matter...In law there is no core methodology of investigation that has to be displaced. That field is united by subject matter, not method. So, an innovation—such as law and economics—does not need to undertake the difficult task of displacing a prevailing methodology.”*<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup>Roscoe Pound, *My Philosophy of Law*, dalam James A. Gardner, “The Sociological Jurisprudence of Roscoe Pound,” *Villanova Law Review*, Vol. 7, No. 1, 1961, h. 13.

<sup>28</sup>Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897, h. 469.

<sup>29</sup>Thomas S. Ulen, *European and American Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Edited by Klaus Mathis, Springer Int. Publishing, Switzerland, 2015, h. 5-6.

Selanjutnya untuk lebih menegaskan bahwa terdapat mazhab pemikiran dalam pengkajian hukum yang saling berposisi terutama menyangkut doktrin apakah hukum bersifat otonom, semi otonom, atau tidak otonom yang menjadi fokus pengkajian dalam penelitian ini yang dikaitkan dengan penggunaan *economics paradigm* dalam pengaturan kartel maka, berikut akan diuraikan tulisan **Posner** dalam *The Problems of Jurisprudence* yang menggambarkan hal tersebut.

**Posner** menyebutkan bahwa terdapat mazhab pemikiran dalam pengkajian hukum yang saling berposisi yaitu, pertama "*neotraditionalism*" dengan *thesis*-nya "*law is law,*" kedua "*critical legal studies*" (selanjutnya disebut *CLS*) dengan *thesis*-nya "*law is politic,*" dan ketiga "*law and economics*" (selanjutnya disebut *L&E*) dengan *thesis*-nya "*law is economic.*"<sup>30</sup> *Neotraditionalists* berpandangan bahwa "*Law contains within itself all the resources necessary for the correct resolution of legal disputes, no matter how momentous the dispute.*"<sup>31</sup> Hal mana sejalan dengan **Meuwissen** yang mengkwilifisir ilmu hukum (dogmatik) bersifat *sui generis*.<sup>32</sup> Adapun ciri utama *neotraditionalism* menurut **Posner** adalah "*antireductionism,*" "*law as a via media between unacceptable extremes,*" "*law as practical reason,*" dan "*interpretive communities.*"<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup>Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1990 (selanjutnya disebut Richard A. Posner II), h. 424, 441-443.

<sup>31</sup>*Jurists* yang dapat digolongkan ke dalam penganut pandangan *neotraditionalism* adalah C. Langdell, Hans Kelsen, Warren Seavy, Ernest J. Weinrib, Charles Fried, *etc.* Periksa: *Ibid.*, h. 424, 431, 435, & 440

<sup>32</sup>Meuwissen mengkwilifisir ilmu hukum ke dalam ilmu hukum dogmatik dan ilmu hukum empiris. Sejalan dengan Meuwissen, Peter Mahmud Marzuki yang merujuk pada Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, juga menyatakan bahwa ilmu hukum (dogmatika hukum, teori hukum, dan filsafat hukum) bersifat *sui generis*. Periksa: Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Edisi Revisi, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2008 (Selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki I), h. 36.

<sup>33</sup>Richard A. Posner II, *Op. Cit.*, h. 334-437



Mengenai *neotraditionalism*, **Posner** sering mengistilahkannya dengan *traditional legalism* dan *conventionalism*. Di mana, menurut **Donald H. Gjerdingen** terdapat enam postulat utama dari *conventionalism*, yaitu:

1. *Law is apolitical. It is neutral, dispassionate, and pure—the product of reason, not politics;*
2. *Law is autonomous. One of the most developed theories on the autonomy of the law in conventionalist theory is Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*. It is a complete, self-contained system. At times, the law may overlap with psychology or economics; however, there is little doubt in the mind of the conventionalist that, if a conflict exists between the law and something else, the law controls. Thus, for the conventionalist, a legal question answered by an economist is, at the very worst, not law at all and, at the very best, only law and economics;*
3. *Law is ahistorical. Conventionalists assume that legal technique has not changed over time. The way lawyers think now is the way lawyers thought in the past and is, therefore, the way lawyers will think in the future. As society changes, new legal issues certainly arise, but the techniques and methods used to resolve those issues remain the same; the “artificial reason of the law” remain static, even if the events it must consider do not;*
4. *Conventionalism maintains that determinate answers exist for all legal problems. The rule of law requires either that people be able to predict what courts will do (and thus be able to plan their actions) or, in the case of actions that cannot be handled by consent, that people be judged by neutral standards that eliminate any possibility of personal prejudice or bias;*
5. *The proper subject of legal study is the legal rules generated by courts. The essence of the lawyer’s role is derived from the results of adjudication. This affects not only what is studied but also how it is studied. The study of adjudication defines the boundaries of the autonomous subject of law and entrusts it to a single group—lawyers;*
6. *The proper legal technique centers on the techniques of conventional legal training.*<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup>Donald H. Gjerdingen, “The Future of Legal Scholarship and the Search for a Modern Theory of Law,” *Buffalo Law Review*, Vol. 35, 1986, h. 334-437.

Berbeda dengan *neotraditionalism*, *CLS* menolak *thesis* bahwa hukum bersifat otonom, *self-sufficient*, *antireductionism*, *etc.* Penganut *CLS*<sup>35</sup> berpandangan bahwa hukum adalah alat untuk mencapai tujuan masyarakat, dengan demikian hukum tidak bisa dilepaskan dari politik.<sup>36</sup> Bahkan hukum diposisikan sebagai sub-ordinasi dari supremasi politik. Menurut **Gjerdingen**, *CLS* memiliki enam postulat yang berbeda dengan *conventionalism* (*neotraditionalism*) yaitu:

1. *Law must be political, CLS acknowledge that classical liberalism is associated with conventionalism and that the politics of classical liberalism are no longer valid. CLS scholars argue that liberalism itself is inconsistent. For the most strident members of the CLS group, liberalism is based on a fundamental contradiction between self and community.*
2. *Law is a semi-autonomous discipline.*
3. *Law must be historical.*
4. *Legal technique not necessarily give one right answer. The indeterminacy argument usually is advanced by CLS scholars only as a means of criticizing the inevitability of conventionalism. By arguing that the law is indeterminate, the CLS scholars are only arguing that conventionalism is not the only possible vision of law and not that law in any form must be indeterminate. CLS scholars have dealt with the cultural aspects.*
5. *Law is more than the study of adjudication.*
6. *Legitimate legal techniques include more than traditional common law methods and are not necessarily linked to classical common law categories.*<sup>37</sup>

Dengan demikian dapat dipahami bahwa postulat *CLS* sangat bertentangan dengan postulat *neotraditionalism/conventionalism*. *CLS* sendiri sejatinya adalah

---

<sup>35</sup>Penganut *CLS* diantaranya: Roberto Mangarabia Unger, pemikirannya dapat dipahami dalam bukunya: *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; Mark Tushnet, pemikirannya dapat dipahami dalam bukunya: *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1988; Duncan Kennedy, pemikirannya dapat dipahami dalam artikelnya: "Critical Labor Law Theory: A Comment," *Industrial Relations Law Journal* 4, 1981 dan "Form and Substance in Private Law Adjudication," *Harvard Law Review* 89, 1976, *etc.*

<sup>36</sup>Andrew Altman, "*Critical Legal Studies: A Liberal Critique*," Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1990, h. 13, 17 & 18.

<sup>37</sup>Donald H. Gjerdingen, *Op. Cit.*, h. 437-464.

metamorfosa dari *legal realism*<sup>38</sup> yang dianut oleh **Oliver Wendell Holmes**, **Alf Ross**, **Karl Llewellyn**, **Jerome Frank**, *etc.*, sedangkan *legal realism*, secara substansial merupakan penerus alam pemikiran *sociological jurisprudence* yang dianut oleh **Benjamin N. Cardozo** dan **Pound** dengan *thesis*-nya yang terkenal “*law is a tool of social engineering*,”<sup>39</sup>

Mazhab pemikiran yang juga berposisi dan menolak *thesis neotraditionalism* adalah *Law and Economics (L&E)*. Penganut *L&E* berpandangan bahwa terdapat titik konvergensi antara hukum dan ekonomi, sehingga perlu dilakukan pendekatan atau analisis ekonomi terhadap hukum, seperti yang diungkapkan oleh **Posner** bahwa “*Economics has been woven into the fabric of law....*”<sup>40</sup>

Uraian di atas yang menjadi *raison d’etre* penelitian ini, setidaknya telah memberikan gambaran bahwa *antitrust law* mengadopsi dan menggunakan *economics paradigm*, di mana hal tersebut mendapat penerimaan dan penolakan dari para *jurists* dalam pengkajian hukum.

---

<sup>38</sup>*Legal realism* adalah “*a theory in philosophy of law or jurisprudence broadly characterized by the claim that the nature of law is better understood by observing what courts and citizens actually do than by analyzing stated legal rules and legal concepts. The theory is also associated with the thoughts that legal rules are disguised predictions of what courts will do, and that only the actual decisions of courts constitute law.*” Periksa: Robert Audi, General Editor, *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, h. 490-491.

<sup>39</sup>Oliver Wendell Holmes merupakan *the father of legal realism*. Periksa: Richard A. Posner II, *Op. Cit.*, h. 442. Alf Ross merupakan *Scandinavian Realist*, ia mengemukakan bahwa *a norm has two aspects (a) directive to do or not to do something; and (b) the correspondence of the directive to some social facts*. Periksa: Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Cet. ke-9, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2005 (selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki II), h. 48. Pemikiran Karl Llewellyn dapat dipahami dalam bukunya: *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, University of Chicago Press, Chicago, 1962. Pemikiran Jerome Frank dapat dipahami dalam bukunya: *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1949 dan *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester-Massachusetts, 1970. Untuk mengelaborasi lebih mendalam tentang *CLS*, *legal realism*, dan *sociological jurisprudence*, Periksa: Soetandyo Wignjosebroto, *Pergeseran Paradigma dalam Kajian-kajian Sosial dan Hukum*, Setara Press, Malang, 2013, h. 125-139.

<sup>40</sup>Richard A. Posner II, *Op. Cit.*, h. 441.

## **2. Rumusan Masalah**

Beranjak dari uraian pada bagian latar belakang maka, masalah pokok yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah **“Konvergensi Hukum dan Ekonomi dalam Pengaturan Kartel.”** Selanjutnya dirumuskan isu hukum yang akan diteliti yang dibatasi pada:

- a. Hakekat Kartel dalam Hukum Persaingan Usaha.
- b. Konvergensi Hukum dan Ekonomi dalam Pengaturan Kartel.

## **3. Tujuan dan Manfaat Penelitian**

### **3.1. Tujuan Penelitian**

Tujuan yang ingin dicapai dalam penelitian ini adalah:

- a. Untuk menemukan hakekat kartel dalam Hukum persaingan Usaha.
- b. Untuk menemukan dasar ontologis Konvergensi Hukum dan Ekonomi dalam Pengaturan Kartel.

### **3.2. Manfaat Penelitian**

#### **3.2.1. Manfaat Teoritis**

Hasil penelitian ini diharapkan akan bermanfaat dalam memberikan kontribusi terhadap pengembangan ilmu hukum khususnya hukum persaingan usaha terkait dengan konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

#### **3.2.2. Manfaat Praktis**

Hasil penelitian ini diharapkan akan bermanfaat dalam memberikan kontribusi berupa rekomendasi khususnya kepada pembuat peraturan perundang-undangan dan KPPU mengenai hakekat kartel dan konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

#### 4. Orisinalitas Penelitian

Penelitian ini bukan penelitian pertama yang mengkaji hukum persaingan usaha. Sebelumnya telah dilakukan beberapa penelitian terkait, namun sejauh penelusuran peneliti, belum ada penelitian yang membahas tema “Konvergensi Hukum dan Ekonomi dalam Pengaturan Kartel” dengan mengkaji isu hukum sebagaimana diuraikan pada Bagian 2 tentang Rumusan Masalah penelitian. Berikut akan disebutkan beberapa penelitian sebelumnya yang secara substansial berbeda dengan penelitian ini, yaitu:

a. **Johnni Ibrahim**, dengan judul penelitian disertasi “Implikasi Pengaturan Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia (Analisis Yuridis dan *Socio-Legal*)”.<sup>41</sup> Penelitian tersebut mengkaji isu hukum yaitu “Apakah larangan terhadap praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 benar-benar dapat mengatasi gangguan terhadap bekerjanya mekanisme pasar, dan bagaimana negara-negara lain mengaturnya dalam perundang-undangannya, serta apa implikasi dan urgensinya dalam menciptakan iklim persaingan usaha yang sehat di Indonesia?” Adapun simpulan dari penelitian tersebut adalah:

1. Praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dapat menimbulkan gangguan terhadap bekerjanya mekanisme pasar secara wajar, sehingga menghambat perdagangan. Karena itu diperlukan pengaturan hukum dalam bentuk larangan-larangan. Bentuk larangan ada yang bersifat *per se illegal*, dan ada yang bersifat *rule of reason*. Sementara asas yang digunakan dalam pengaturan hukum anti monopoli dan larangan persaingan tidak sehat adalah asas keadilan dan kepatutan (*justice and fairness*) yang dipengaruhi oleh doktrin “*restraints of trade*” atau “hambatan terhadap perdagangan” yang lahir dari tradisi common law. Doktrin *restraints of trade* merupakan hasil

---

<sup>41</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 2001.

karya pikir ilmuwan hukum yang menjadi dasar larangan terhadap monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Doktrin ini telah digunakan jauh sebelum ilmu ekonomi mampu menjelaskan secara ilmiah dampak buruk monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dalam perdagangan.

2. Hambatan dalam perdagangan merupakan manifestasi perilaku para pelaku usaha yang melakukan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat untuk memperoleh keuntungan. Bentuk-bentuk hambatan dalam perdagangan antara lain adalah hambatan horisontal (*horizontal restraints*) berupa: perjanjian penetapan harga (*price fixing*), alokasi pasar (*market allocation*), kontrol terhadap produksi (*production control*), boikot (*boycott*) atau menolak untuk berdagang (*refusal to deal*), jabatan rangkap atas perusahaan yang saling bersaing (*interlocking directorate*). Hambatan vertikal (*vertical restraints*) adalah dalam bentuk seperti: pembatasan terhadap distribusi yang dilakukan hanya kepada pihak tertentu saja (*exclusive dealing*), penetapan harga jual kembali (*resale price maintenance*), pembatasan wilayah dan pelanggan, pembatasan terhadap pemasok melalui perjanjian membeli produk dari produsen (*tie-in*). Dalam hal merger, meskipun banyak manfaat ekonomi yang diperoleh dari upaya pelaku usaha mengadakan merger, namun langkah merger perlu diawasi dan diatur karena dalam hal tertentu seperti dalam merger horisontal, merger dapat menghambat terselenggaranya persaingan usaha yang sehat. Perilaku pelaku usaha yang menghambat perdagangan itulah yang dilarang melalui aturan hukum persaingan usaha berbagai negara. Dengan adanya rambu-rambu larangan terhadap perilaku usaha yang dimaksud maka kecurangan dalam perdagangan dapat dicegah, menjamin adanya perlindungan dan kepastian hukum terhadap setiap pelaku pasar, sehingga persaingan yang sehat dapat berlangsung (*workable competition*). Terselenggaranya persaingan usaha yang sehat, tertib dan adil tersebut akan memberikan pengaruh positif terhadap bekerjanya mekanisme pasar secara wajar dan efisien.
3. UU No. 5 Tahun 1999 pada dasarnya telah mengatur prinsip-prinsip utama bagi terselenggaranya persaingan yang sehat sebagaimana dilakukan oleh beberapa negara yang diteliti. Namun demikian, undang-undang ini mengandung beberapa kelemahan yang disebabkan proses pembuatannya dilakukan secara tergesa-gesa untuk mengejar target waktu tertentu, sehingga cenderung disebut sebagai undang-undang yang terburu-buru (*sweeping legislation*).
4. UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana produk hukum ekonomi dalam sistem hukum di Indonesia berlandaskan asas demokrasi ekonomi menurut Pasal 33 UUD 1945.

Penelitian *a quo* secara substansial berbeda dengan penelitian ini yang mengkaji dan mengelaborasi tentang konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

- b. **A.M. Tri Anggraini**, dengan judul penelitian disertasi “Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: *per se illegal* atau *rule of reason*”.<sup>42</sup> Penelitian tersebut mengkaji beberapa isu hukum, yaitu: 1) Bagaimanakah keunggulan dan kelemahan penerapan pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason*?; 2) Bagaimanakah kesulitan-kesulitan dalam menerapkan pendekatan *per se illegal* dan *rule of reaasn*?; 3) Apakah tindakan pelaku usaha hanya dapat dinilai dengan pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason*?; dan 4) Bagaimanakah penerapan pendekatan *rule of reason* dan *per se illegal* dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999?. Adapun simpulan dari penelitian tersebut adalah:

1. Metode *rule of reason* dapat dengan akurat dari sudut efisiensi menetapkan apakah suatu tindakan pelaku usaha menghambat persaingan.
2. Kesulitan untuk menerapkan pendekatan *rule of reason* disebabkan, antara lain, adalah adanya dua pemahaman mengenai kekuatan pasar, yaitu kekuatan pasar *Stiglerian* dan kekuatan pasar *Bainian*. Sebaliknya pendekatan *per se illegal* tidak memerlukan penelitian terhadap tindakan pelaku usaha, dari sudut ekonomi, apakah menghambat atau mendorong persaingan.
3. Di dalam kenyataannya, tindakan-tindakan tertentu pelaku usaha tidak dapat dinilai dengan pendekatan *per se illegal* atau *rule of reaasn* semata-mata dalam rangka mencapai efisiensi dan melindungi konsumen. Umpamanya, penerapan *per se illegal* dapat mengurangi persaingan dan kesejahteraan konsumen. Bila suatu perjanjian memperlihatkan adanya potensi efisiensi, pengadilan harus memakai pendekatan *rule of reason*, dengan pertimbangan kegunaan dan akibat dari perjanjian itu, serta penguasaan pasar dari pihak-pihak yang terlibat. Pendekatan *rule of reason* akan memperkuat sebagian besar manfaat dari *per se illegal*, dan dalam waktu yang sama mendorong

---

<sup>42</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum universitas Indonesia, Jakarta, Tahun 2003.

lebih banyak kegiatan yang efisien. Oleh karenanya pendekatan *rule of reason* harus diterapkan terhadap *price fixing*. Sebaliknya, dalam tindakan lainnya, umpamanya *bid rigging* tidak mungkin mendatangkan efisiensi. Guna mencapai *judicial efficiency* dan *certainty*, *bid rigging* ditetapkan berdasarkan *per se illegal*.

4. Penerapan *per se illegal* atau *rule of reason* dalam beberapa ketentuan pasal-pasal UU No. 5/1999 tidak selalu tepat. Beberapa ketentuan tersebut meliputi antara lain, ketentuan Pasal 5 yang melarang secara *per se illegal* terhadap penetapan harga, padahal tidak semua tindakan penetapan harga selalu tepat dinilai dengan pendekatan tersebut. Pada umumnya pendekatan *per se illegal* diterapkan terhadap penetapan harga vertikal. Sedangkan penetapan harga horisontal mulai bergeser menggunakan pendekatan *rule of reason*. Ketentuan pembagian wilayah dalam Pasal 9 ditentukan dengan *rule of reason*, padahal pada umumnya negara menetapkan secara *per se illegal*. Demikian pula terhadap kartel yang dalam Pasal 11, pada umumnya negara menetapkan secara *per se illegal*, tetapi dalam UU No. 5/1999 ditetapkan secara *rule of reason*. Kejanggalan juga meliputi istilah kartel yang digunakan dalam UU No. 5/1999 yang terlalu sempit, karena di banyak negara, perjanjian untuk membagi wilayah, mengalokasikan pelanggan, atau menetapkan harga adalah kartel.

Penelitian *a quo* secara substansial berbeda dengan penelitian ini yang mengkaji dan mengelaborasi tentang konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

- c. **Ningrum Natasya Sirait**, dengan judul penelitian disertasi “Asosiasi Pelaku Usaha dan Analisis Perilakunya Menurut Hukum Persaingan Usaha”.<sup>43</sup> Penelitian tersebut mengkaji beberapa isu hukum, yaitu: 1) Bagaimana suatu asosiasi pelaku usaha dapat menjadi hambatan dalam proses persaingan (*restraint of trade*) atau hambatan masuk ke pasar (*barrier to entry*); 2) Bagaimanakah tindakan dan keputusan asosiasi pelaku usaha yang dapat dikategorikan sebagai perilaku atau tindakan yang dapat dianggap melanggar prinsip yang diatur dalam Hukum Persaingan?; 3) Bagaimanakah asosiasi

---

<sup>43</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, Tahun 2003.



pelaku usaha menyikapi UU No. 22/1999 dan diberlakukannya berbagai Perda dalam menghadapi pasar persaingan saat ini?; dan 4) Bagaimanakah asosiasi pelaku usaha mengantisipasi paradigma baru persaingan dalam mengantisipasi diimplementasikannya UU No. 5/1999 dan dibentuknya Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)? Adapun simpulan dari penelitian tersebut adalah:

1. Eksistensi asosiasi yang ada selama ini secara umum bersifat positif dan berperan sebagai kemitraan dengan pemerintah. Pola kemitraan yang ada dimana asosiasi berperan partisipatif sebagai perpanjangan tangan pemerintah, sebagai mediator untuk mensosialisasikan keputusan ataupun kebijakan pemerintah yang menyangkut industri mereka sekaligus menjadi mitra dalam mengeluarkan keputusan yang sifatnya strategis dan menentukan dalam perekonomian masyarakat (misalnya dalam perhitungan penetapan tarif).
2. Mengenai beberapa perilaku dan tindakan dari berbagai asosiasi pada beberapa tindakan tidak menyadari bahwa keputusan organisasi akan menyebabkan hambatan masuk pasar (*barrier to entry*) dan menimbulkan *delay entry* atau menghambat masuknya pesaing baru masuk ke pasar. Dari keseluruhan perilaku asosiasi maka dengan mengakibatkan terjadinya *delay entry* atau terhambatnya seseorang pelaku masuk ke pasar, maka akan mampu mengakibatkan pasar terhambat dalam persaingan. Oleh sebab itu persaingan yang tidak berjalan, maka efeknya akan berakibat pada efisiensi dan kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*) dan bila dilakukan dengan tujuan menghambat persaingan, maka alokasi sumber daya tidak akan maksimum. Pada akhirnya tujuan dari UU No. 5/1999 tidak akan tercapai yaitu efisiensi nasional dan kesejahteraan umum.
3. Dalam masa transisi ekonomi dan *power sharing* antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah, maka UU No. 22/1999 akan sangat berpengaruh dalam menentukan pola kebijakan persaingan daerah. Perda dianggap sebagai suatu alternatif yang baik bagi upaya daerah untuk menambah keuangan.

Penelitian *a quo* secara substansial berbeda dengan penelitian ini yang mengkaji dan mengelaborasi tentang konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

d. **L. Budi Kagramanto**, dengan judul penelitian disertasi “Larangan Persekongkolan Tender dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha”.<sup>44</sup> Adapun isu hukum yang dikaji dalam penelitian tersebut adalah: 1) Hakekat persekongkolan tender dalam hukum persaingan usaha; 2) Pengaturan larangan persekongkolan tender dalam hukum persaingan usaha; dan 3) Penerapan prinsip *per se illegal* maupun *rule of reason* dalam UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Adapun simpulan penelitian tersebut adalah:

1. Persekongkolan tender merupakan kegiatan yang dilarang dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, karena pada hakekatnya dalam persekongkolan tender ada upaya dari pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender. Di samping itu persekongkolan tender juga bertentangan dengan keadilan, serta tidak memberikan kesempatan yang sama kepada seluruh peserta tender untuk melakukan penawaran harga barang/jasa yang ditawarkan oleh penyelenggara/panitia tender. Akibat terjadinya persekongkolan tender ini, penawar/peserta tender yang mempunyai itikad baik menjadi terhambat (*barrier to entry*) untuk memasuki pasar pada kegiatan tender, dan akibat lebih jauh lagi adalah terciptanya harga barang/jasa yang semakin tidak kompetitif.
2. Mengingat dampak yang ditimbulkan dari kegiatan persekongkolan dalam tender sangat signifikan terhadap pembangunan nasional, pemerintah berupaya membentuk peraturan yang bertujuan untuk melaksanakan pengadaan barang/jasa secara efektif-efisien, dengan prinsip persaingan sehat, transparan, non diskriminasi dan berkeadilan, antara lain melalui Keppres No. 18 Tahun 2000 yang telah disempurnakan dalam Keppres No. 80 tahun 2003 (Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah).
3. Kegiatan tender atau pengadaan barang/jasa oleh pemerintah masih menjadi sebuah bagian yang dominan dalam pergerakan perekonomian Indonesia. Kondisi seperti ini nampak dalam tender kolusif yang masih mendominasi perkara persaingan usaha yang ditangani oleh KPPU. Persekongkolan telah menyebabkan inefisiensi (kebocoran) pada keuangan negara sebesar 30 hingga 50 % dari nilai proyek yang ditenderkan. Penyebab utamanya adalah masih adanya patronase, serta KKN antara pelaku usaha peserta tender dengan birokrat yang sudah tertanam puluhan tahun lamanya. Di samping itu masih banyak intervensi pejabat birokrasi terhadap panitia tender yang

---

<sup>44</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 2007.

tidak lain adalah bawahannya dan justru pengaturan tender masih banyak dilakukan oleh atasan dari panitia tender secara vertikal.

- e. **Murni**, dengan judul penelitian disertasi “ Larangan Praktik Monopoli dalam Kerangka Kesejahteraan Rakyat.”<sup>45</sup> Penelitian tersebut mengkaji isu hukum yaitu: 1) Apakah dasar filosofis larangan praktik monopoli sesuai dengan UUD 1945?; dan 2) Apakah yang mendasari rasio desidendi Majelis Komisi (KPPU) dalam memutus perkara pelanggaran praktik monopoli yang dilakukan pelaku usaha?. Adapun simpulan dari penelitian tersebut adalah:

1. Dasar filosofi larangan praktik monopoli terdapat dalam amanat yang diemban Pasal 33 UUD 1945 yaitu mewujudkan kesejahteraan rakyat yang berdasarkan demokrasi ekonomi. Demokrasi ekonomi berarti memberikan kesempatan secara terbuka kepada setiap pelaku usaha untuk melakukan kegiatan ekonomi dengan tidak memberikan tempat bagi pelaku usaha untuk melakukan tindakan praktik monopoli. Praktik monopoli berpotensi mendistorsi pasar yang dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan merugikan kepentingan umum. Larangan praktik monopoli ditujukan kepada tindakan-tindakan yang secara *per se illegal* maupun *rule of reason* mengakibatkan berkurangnya kesejahteraan rakyat (*deadweight loss*), sehingga segala aturan yang berorientasi kepada terwujudnya kesejahteraan rakyat dengan melarang praktik monopoli seperti UU No. 5 Tahun 1999 merupakan aturan yang tidak bertentangan atau sesuai dengan amanat UUD 1945.
2. Dasar pertimbangan *ratio decidenci* putusan Majelis Komisi (KPPU) di dalam memutus perkara praktik monopoli yang dilakukan pelaku usaha terletak pada adanya kepentingan umum (masyarakat) yang dirugikan oleh pelaku usaha. Putusan KPPU dapat digunakan sebagai sarana turut serta mewujudkan kesejahteraan rakyat melalui pelaksanaan putusan KPPU yang sudah berkekuatan hukum tetap (*inkracht*) dan secara suka rela dilaksanakan oleh pelaku usaha. Unsur-unsur praktik monopoli dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 yang meliputi non substitusi, *barrier to entry*, dan penguasaan pasar lebih dari 50% satu jenis barang tertentu telah digunakan sebagai bahan pertimbangan Majelis Komisi (KPPU) dalam memutus perkara pelanggaran praktik monopoli.

---

<sup>45</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 2011.

Penelitian *a quo* secara substansial berbeda dengan penelitian ini yang mengkaji dan mengelaborasi tentang konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

f. **I Made Sarjana**, dengan judul penelitian disertasi “Prinsip pembuktian dalam Hukum Acara Persaingan Usaha”.<sup>46</sup> Penelitian tersebut mengkaji isu hukum yaitu: 1) Dasar penanganan perkara persaingan usaha; 2) Karakteristik prinsip pembuktian perkara persaingan usaha; dan 3) Penerapan prinsip pembuktian dalam penegakan hukum persaingan usaha. Adapun simpulan dari penelitian tersebut adalah:

1. Penanganan perkara persaingan usaha dilakukan oleh KPPU sebagai otoritas yang pertama untuk menjaga keberadaan UU No. 5 Tahun 1999. Penanganan perkara persaingan usaha merupakan campuran atau perpaduan antara karakter perkara pidana dan perdata. Perpaduan kedua karakter tersebut berdampak pada karakter pembuktian perkara persaingan usaha. Komisi dalam menangani perkara hendaknya selalu ingat bahwa roh perkara persaingan usaha adalah bersifat publik.
2. karakter pembuktian perkara persaingan usaha merupakan kombinasi antara hukum acara pidana dan perdata. Karakter khas prinsip pembuktian dalam penegakan hukum persaingan usaha adalah pembuktiannya menggunakan pendekatan yuridis dan pendekatan ekonomi. Pendekatan yuridis ada dua yakni *per se illegal* dan *rule of reason*. Pada pendekatan *rule of reason* dilakukan atas dua dasar yakni melalui analisis ekonomi dan tidak melakukan analisis ekonomi. Kedua pendekatan tersebut berpengaruh pada pembuktian secara langsung (*direct evidence*) dan tidak langsung (*indirect/ circumstantial evidence*). Penggunaan pendekatan *rule of reason* dan pembuktian tidak langsung harus dilakukan sesuai dengan prinsip kehati-hatian, sehingga dapat memberikan perlindungan terhadap pelaku usaha terlapor, serta menjamin keberadaan persaingan usaha yang sehat. Prinsip kehati-hatian tersebut harus dilakukan oleh KPPU, oleh karena dalam pembuktiannya menganut teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim atas alasan yang logis.
3. Penerapan prinsip pembuktian dalam penegakan hukum persaingan usaha. Penerapan alat bukti dalam praktik di tingkat KPPU selalu mengutamakan alat bukti tertulis atau dokumen sebelum alat bukti saksi. Penerapan

---

<sup>46</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 2013.

pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* tidak dilakukan secara kaku, hal tersebut dimungkinkan karena KPPU memiliki kewenangan untuk menilai tindakan pelanggaran yang dilakukan oleh pelaku usaha.

g. **Raja Mohamad Rozi**, dengan judul penelitian disertasi “Formulasi Aspek Pidana pada Kartel di Indonesia.”<sup>47</sup> Penelitian tersebut mengkaji isu hukum yaitu: 1) Apa hakikat aspek pidana pada kartel di Indonesia?; 2) Apa implikasi pengaturan aspek pidana pada kartel di Indonesia?; 3) Bagaimana formulasi aspek pidana pada kartel di masa yang akan datang?. Adapun simpulan dari penelitian tersebut adalah:

1. a. Hakikat aspek pidana pada kartel di Indonesia adalah sebagai berikut:

- 1) Perbuatan kartel sangat dilarang oleh Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
- 2) Pelaku usaha memiliki maksud kriminal (*mensrea*) sengaja melakukan perbuatan kartel;
- 3) Perbuatan kartel mencerminkan sifat tamak (rakus) serta kejam dengan karakteristik bermewah-mewah di atas penderitaan orang lain dan memperhitungkan selisih sanksi dan keuntungan signifikan;
- 4) Adanya hubungan kausal antara kesalahan secara sukarela dan bahaya kartel yang diakibatkannya;
- 5) Perbuatan kartel mengakibatkan kerugian pelaku usaha, masyarakat dan negara menghambat pertumbuhan ekonomi;
- 6) Bobot sanksi hukuman yang ditentukan undang-undang tidak sebanding dengan akibat perbuatan.

b. hakikat Pengaturan aspek pidana kartel di Indonesia saat ini adalah:

- 1) Peraturan pengaturan definisi kategoris perbuatan kartel belum ada. Perumusan hipotesis perbuatan kartel belum sempurna dan sanksi pidananya ada tetapi tidak pernah dilaksanakan (*dead letter law*);
- 2) Timbulnya penegakan hukum pidana yang ragu-ragu;
- 3) Tidak ada kepastian hukum dalam menindak perbuatan kartel yang merupakan perbuatan melawan hukum pidana (*defensive law enforcement*);

---

<sup>47</sup>Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya, Malang, Tahun 2019.

- 4) Timbulnya budaya diskresi oleh hakim yaitu pengembangan kebijaksanaan penegakan hukum kartel secara perdata disesuaikan dengan selera sendiri penegak hukumnya berdampak negatif kepada keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum;
  - 5) Timbulnya budaya pragmatisme yakni pengambilan keputusan hakim perdata yang hanya didasarkan pada pertimbangan praktis dan sifatnya hanya sesaat dan berjangka pendek yang merugikan korban potensial.
- c. Hakikat konsep hukum pidana pada kartel adalah kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*) yang didahului adanya konspirasi pelaku usaha dan asosiasi pengusaha serta pemegang kebijakan secara melawan hukum untuk menetapkan harga, wilayah pemasaran, menetapkan kuota produksi, dan kolusi tender dengan disertai ancaman sanksi internal kepada para anggotanya melalui distribusi informasi dan adanya kompensasi bagi anggota.
2. a. Implikasi Pengaturan aspek pidana pada kartel di Indonesia terhadap keadilan meliputi:
- 1) Paradigma moral religius;
  - 2) Paradigma kemanusiaan atau humanisme;
  - 3) Paradigma kebangsaan;
  - 4) Paradigma demokrasi ekonomi; dan
  - 5) Paradigma keadilan sosial.
- b. Implikasi pengaturan aspek pidana pada kartel di Indonesia terhadap kepastian hukum meliputi:
- 1) Ketidakpastian hukum substantif;
  - 2) Ketidakpastian hukum ajektif; dan
  - 3) Pembatasan spektrum pertanggungjawaban pidana.
- c. Implikasi pengaturan aspek pidana pada kartel di Indonesia terhadap perekonomian negara meliputi:
- 1) Kerugian keuangan negara yakni berkurangnya harta dan pendapatan negara;
  - 2) Kerugian perekonomian negara yakni menghambat alokasi sektor produksi dan jasa untuk pemenuhan masyarakat; distribusi pendapatan atau transfer penghasilan; dan mengacaukan stabilitas perekonomian melalui kebijakan moneter dan kebijakan fiskal; dan percepatan pertumbuhan ekonomi.
  - 3) Kerugian masyarakat yakni kerugian bagi pelaku usaha yang jujur dan memperlemah daya beli masyarakat konsumen serta menghambat distribusi kesejahteraan.

3. Formulasi pengaturan aspek pidana pada kartel di Indonesia melalui undang-undang pidana kartel sebagai berikut:
  - a. Prinsip pemberlakuan pidana pada kartel *ultimum remedium*.
  - b. Pengaturan pemaknaan rumusan “setiap orang” berlaku bagi pelaku usaha dan badan hukum, oknum pejabat, pengurus asosiasi pengusaha dan orang asing serta pejabat pemerintah asing.
  - c. Pemberlakuan ajaran penyertaan pidana (*plegen* dan *dader*).
  - d. Pemberlakuan prinsip restitusi berdasarkan *daad-dader-straftrecht-straftopper*.
  - e. Pengaturan prinsip subsidiaritas (pengecualian) secara tepat (*amnesty, leniency program* dan *defence*).
  - f. Pengkualifikasian kartel sebagai tindak pidana yang luar biasa.
  - g. Perumusan kembali unsur subjektif dan objektif pidana kartel.
  - h. Pengaturan model pertanggungjawaban pidana korporasi pada kartel.
  - i. Rekonstruksi bobot sanksi pidana pada kartel.

Penelitian *a quo* secara substansial berbeda dengan penelitian ini yang mengkaji dan mengelaborasi tentang konvergensi hukum dan ekonomi dalam pengaturan kartel.

## 5. Kerangka Teoritik

### 5.1. *Jurisprudence*

Penelitian ini akan mengkaji secara komprehensif dan holistik dari perspektif *jurisprudence* permasalahan yang teridentifikasi. Dengan demikian, dipandang penting untuk terlebih dahulu menguraikan tentang pembagian *jurisprudence*, *subject matter*-nya, dan *schools of thought* dalam pengkajian dan perkembangan *jurisprudence* yang akan merefleksikan konstruksi pemikiran dalam penelitian ini.

#### 5.1.1. Peristilahan

Istilah *jurisprudence* memiliki lebih dari satu makna, sebagaimana disebutkan oleh **Ratnapala** bahwa:

*“jurisprudence is an imprecise term. Sometimes it refers to a body of substantive legal rules, doctrines, interpretations and explanations that make up the law of a country: thus, English, French or German jurisprudence refers to the laws of England, France and Germany. Jurisprudence may also refer to the interpretations of the law given by a court. We speak in this sense of the constitutional jurisprudence of the US Supreme Court and the High Court of Australia, and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Jurisprudence in this sense is not synonymous with law, but signifies the juristic approaches and doctrines associated with particular courts.”*<sup>48</sup>

Sedangkan menurut **G. W. Paton** *“in France la jurisprudence covers what we should term case law”*, di mana *case law* adalah putusan hakim terdahulu (dibuat dalam suatu kumpulan putusan) yang menjadi rujukan bagi putusan hakim setelahnya untuk kasus yang serupa. *Case law* juga sama maknanya dengan istilah *judge-made-law*, istilah-istilah tersebut dikenal dalam *Common Law System* yang sepadan dengan istilah *jurisprudence* dalam *Civil Law System*.<sup>49</sup> **J.W. Harris** dalam *Legal Philosophies* menyebutkan tentang perbedaan penggunaan istilah *jurisprudence* di Prancis dan Inggris, yaitu:

*“‘jurisprudence’...sometimes this word is used as a heavy word for the study or knowledge of the law. There was a time when it was used in England to stand merely for the analysis of legal concepts. In French, ‘la Jurisprudence’ signifies what we call case law; and ‘theorie generale du droit’ covers much of the same ground as what is here (United Kingdom) called jurisprudence. I believe that use of ‘jurisprudence’ to stand for general speculations of all kinds about the law is now fairly common in modern English usage.”*<sup>50</sup>

Kemudian, **Jan Gijssels** dan **Mark van Hoecke** dalam *Wat is Rechtsteorie?* menggunakan istilah *jurisprudence* untuk menterjemahkan *Rechtswetenschap*

<sup>48</sup>Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, h. 3.

<sup>49</sup>G.W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 1951, h. 182-184.

<sup>50</sup>J.W. Harris, *Legal Philosophies*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2004 (selanjutnya disebut J.W. Harris I), h. 4-5.



yang sepadan dengan ilmu hukum.<sup>51</sup> Istilah *jurisprudence* dalam makna ilmu hukum sepadan dengan istilah “*rechtwetenschap*” dalam bahasa Belanda, “*theorie generale du droit*” dalam bahasa Perancis, “*Juirisprudenz*” dan “*Rechtswissenschaft*” dalam bahasa Jerman. Istilah *jurisprudence* dalam tulisan ini digunakan secara bergantian menurut konteksnya dengan makna *theory of law*, *philosophy of law*, *science of law*, atau ilmu hukum, di mana hal tersebut, secara umum, sudah diterima dan digunakan oleh para sarjana hukum. Hal mana sejalan dengan **William Twining** yang mengemukakan:

“‘*Jurisprudence*’, ‘*legal theory*’, and ‘*legal philosophy*’, do not have settled meanings in either the Anglo-American or the Continental European traditions. Here, I shall treat *jurisprudence* and *legal theory* as synonyms and *legal philosophy* as one part –the most abstract part– of *jurisprudence*”.<sup>52</sup>

### 5.1.2. Pembagian dan Objek Material (*Subject Matter*) *Jurisprudence*

Setiap disiplin ilmu, *e.g. jurisprudence*, harus memiliki objek formal dan objek material sebagai *conditio sine qua non* agar berkualifikasi sebagai ilmu. Objek formal menyoal tentang metodologi (*object matter*), sedangkan objek material menyoal tentang sasaran pemikiran (*Gegenstand*) atau persoalan pokok yang dikaji (*subject matter*).<sup>53</sup> *Jurisprudence* sendiri oleh beberapa *jurists* diklasifikasikan menjadi beberapa bagian seperti yang akan diuraikan berikut.

**J.W. Harris** menyebutkan bahwa *jurisprudence* dapat dikelompokkan ke dalam *general jurisprudence* dan *particular jurisprudence*.<sup>54</sup> *General*

<sup>51</sup>Peter Mahmud Marzuki II, *Op. Cit.*, h. 9.

<sup>52</sup>William Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, h. 21.

<sup>53</sup>Ali Mudhofir, *Pengenalan Filsafat*, dalam Tim Dosen Filsafat Ilmu-Fakultas Filsafat UGM, *Filsafat Ilmu*, Edisi Kedua, Liberty, Yogyakarta, 2001, h. 22.

<sup>54</sup>J.W. Harris I, *Op. Cit.*, h. 4.

*jurisprudence* setidaknya mengkaji empat hal yaitu: pertama, hubungan hukum dan moral; kedua, perumusan dan pengembangan kosakata yang akan digunakan oleh pen-studi hukum; ketiga, ketepatan secara logis proposisi-proposisi dalam ilmu hukum; keempat, kondisi sosio-politis masyarakat sebagai subjek hukum.<sup>55</sup> Sedangkan *particular jurisprudence* secara khusus mengkaji putusan lembaga peradilan, perundang-undangan, dan konsep-konsep hukum.<sup>56</sup>

Menurut **H. Davies** dan **D. Holdcroft**, *jurisprudence* dapat dibagi menjadi *normative jurisprudence* dan *analytical jurisprudence*. Di mana, *analytical jurisprudence* mengkaji tentang konsep dan makna hukum secara umum, sedangkan *normative jurisprudence* fokus pada pengkajian tentang hukum dari dimensi moral.<sup>57</sup> Berkaitan dengan pandangan tersebut, lebih spesifik **Ratnapala** menjelaskan bahwa, *analytical jurisprudence* tak lain adalah *legal theory*, yaitu “*theories about the idea of law and its basic concepts...such as right, duty, liberty, liability, property, possession and legal personality*”. Sedangkan *normative jurisprudence* menyoal hukum dari perspektif moral.<sup>58</sup> **William Twining** membagi *jurisprudence* ke dalam *analytical jurisprudence*, *normative jurisprudence*, dan *empirical (sociological) jurisprudence*. **Julius Stone** membagi *jurisprudence* ke dalam *analytical jurisprudence*, *sociological (or functional) jurisprudence*, and *theories of human law and justice (ensorial, critical, or ethical)*.

---

<sup>55</sup>J.W. Harris, *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 1979 (Selanjutnya disebut J.W. Harris II), h. 14.

<sup>56</sup>J.W. Harris I, *Loc. Cit.*

<sup>57</sup>Davies H. & Hodcroft D., *Jurisprudence: Text and Commentary*, dalam Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, h. 4.

<sup>58</sup>Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, h. 4.

**Wesley Newcomb Hohfeld** mengelompokkan *jurisprudence* ke dalam enam departemen yaitu: pertama, *historical or genetic jurisprudence* yang mengkaji secara komprehensif perkembangan sistem hukum secara historis mulai dari awal kemunculannya hingga perkembangannya saat ini; kedua, *comparative or eclectic jurisprudence* yang mengkaji secara komparatif dengan sistematis dan komprehensif berbagai sistem hukum dan cabang-cabang hukum guna memberikan solusi yang tepat terhadap berbagai persoalan hukum yang dihadapi; ketiga, *formal or analytical jurisprudence* yang mengkaji, mengembangkan dan menemukan konsep-konsep elementer dalam hukum, hubungan hukum di antara subjek hukum, dan upaya harmonisasi terhadap berbagai doktrin sebagai satu kesatuan dalam sistem hukum, keempat, *critical or teleological jurisprudence* yang mengembangkan pengkajian dan melakukan kritik sistematis terhadap prinsip dan peraturan dari perspektif non-hukum (eksternal) seperti psikologi, etika, politik, dan ekonomi, kemudian merumuskan tujuan hukum yang hendak dicapai; kelima, *legislative or constructive jurisprudence* yang mengkaji dan berupaya menemukan metode yang tepat dalam legislasi (*legislative drafting*), termasuk substansi dan organisasinya; dan keenam, *dynamic or functional jurisprudence* yang merupakan studi sistematis dan empiris terhadap bekerjanya sistem hukum, seperti kepatuhan dan penolakan terhadap hukum.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup>Wesley Newcomb Hohfeld, "A Vital School of Jurisprudence and Law: Have American Universities Awakened to the Enlarged Opportunities and Responsibilities of the Present Day," dalam Walter Wheeler Cook, Editor, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays By Wesley Newcomb Hohfeld*, Yale University Press, New Haven, MDCCCCXXIII, h. 338-357.

**John Austin** dalam *The Province of Jurisprudence Determined* menyebutkan “*the matter of jurisprudence is positive law...or law set by political superiors to political inferiors*”.<sup>60</sup> Sedangkan **G.W. Paton** dalam *A Text-Book of Jurisprudence* menegaskan “*one of the first tasks of jurisprudence is to attempt to throw light on the nature of law*”.<sup>61</sup>

Menyoal tema yang sama tentang *jurisprudence*, **Pound** menyatakan “*jurisprudence is the science of law, using the term law in the judicial sense, as denoting the body of principles recognized or enforced by public or regular tribunals in the administration of justice*”.<sup>62</sup> Sedangkan **Posner** dalam *The Problem of Jurisprudence* menekankan:

“*by jurisprudence I mean the most fundamental, general, and theoretical plane of analysis of the social phenomena called law. Thus the traditional definition of jurisprudence as the philosophy of law, or as the application of philosophy to law, is prima facie appropriate*”.<sup>63</sup>

Selanjutnya, **Hilaire McCoubrey** dan **Nigel D. White** mengemukakan “*the subject matter of jurisprudence, whether the discipline be classified as an art or a science, is the nature of law and its working*”.<sup>64</sup> Merujuk pada pendapat-pendapat

---

<sup>60</sup>John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, h. 18.

<sup>61</sup>G.W. Paton, *Op. Cit.*, h. 3.

<sup>62</sup>Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, dalam Peter Mahmud Marzuki II, *Loc. Cit.*

<sup>63</sup>Richard A. Posner II, *Op. Cit.*, h. xi. Pendapat lain tentang *jurisprudence* dikemukakan oleh Holland yang menggambarkan “*jurisprudence as the formal science of positive law*”, Allen menyatakan “*jurisprudence as the scientific synthesis of the essential principles of law*”. Sedangkan Suri Ratnapala mengemukakan “*Jurisprudence consists of scientific and philosophical investigations of the social phenomenon of law and of justice generally. It embraces studies, theories and speculations about law and justice undertaken with the knowledge and theoretical tools of different disciplines –such as law, history, sociology, economics, political science, philosophy, logic, psychology, economics, and even physics and mathematics. No discipline is unwelcome that sheds light on the nature of law and its relation to society*”. Periksa: G.W. Paton., *Loc. Cit.*, dan Suri Ratnapala, *Loc. Cit.*

<sup>64</sup>Hilaire McCoubrey dan Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, 2nd Edition, Blackstone Press Ltd., London, 1996, h. 1.

tersebut, dapat dipahami bahwa *the subject matter of jurisprudence* adalah *the nature of law* secara teoritis dan filosofis.

### 5.1.3. *The Nature of Law*

**Robert Alexy** dalam tulisannya *The Nature of Legal Philosophy*, mengemukakan:

*“The arguments about the nature of law revolve around three problems. The first problem addresses the question: In what kind of entities does the law consist, and how are these entities connected such that they form the overarching entity we call ‘law’? This problem concerns the concept of a norm and a normative system. The second and the third problems are addressed to the validity of law. The second concerns its real or factual dimension. This is the area of legal positivism. Two centres are to be distinguished here. The first is determined by the concept of authoritative issuance, the second by that of social efficacy. The third problem of the nature of legal philosophy concerns the correctness or legitimacy of law. Here, the main question is the relationship between law and morality. To take up this question is to take up the ideal or critical dimension of law. It is this triad of problems that, taken together, defines the nucleus of the problem of the nature of law”.*<sup>65</sup>

Menurut **Alexy**, terdapat tiga permasalahan yang selalu muncul dalam menyoal *the nature of law (jurisprudence)* yaitu, *pertama*, tentang definisi hukum yang mencakup pembahasan konsep dan sistem norma, *kedua*, mengkaji dimensi *riil* atau faktual dari hukum—merupakan wilayah kajian *legal positivism*—yang menyoal kewenangan dan keberlakuan atau penerimaan terhadap hukum, dan *ketiga*, berkaitan dengan *legal philosophy* yang menyoal tentang legitimasi, di mana isu utamanya adalah hubungan antara hukum dan moral.

---

<sup>65</sup>Robert Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, dalam *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory*, Edited by Sean Coyle and George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford, 2005, h. 54-55.

Menjawab pertanyaan *what is law?* merupakan upaya untuk mengkaji *the nature of law* yang menjadi isu utama dalam *jurisprudence*. **Ratnapala** menegaskan “*It is a specific project within jurisprudence*”.<sup>66</sup> **Pound** dalam *An Introduction to the Philosophy of Law* mengemukakan “*twelve conceptions of what law is may distinguishes*”, yaitu:

“**First**, law as a divinely ordained rule or set of rules for human action; **second**, law as a tradition of the old customs which have proved acceptable to the gods and hence point the way in which man may walk with safety; **third**, law as the recorded wisdom of the wise men of old who had learned the safe course or the divinely approved course for human conduct; **fourth**, law as a philosophically discovered system of principles which express the nature of things, to which, therefore, man ought to conform his conduct; **fifth**, law as a body of ascertainments and declarations of an eternal and immutable moral code; **sixth**, law as a body of agreements of men in politically organized society as to their relations with each other; **seventh**, law as a reflection of the divine reason governing the universe; a reflection of that part which determines the “ought” addressed by that reason to human beings as moral entities, in distinction from the “must” which it addresses to the rest of creation. Such was the conception of **Thomas Aquinas**, which had great currency down to the seventeenth century and has had much influence ever since; **eighth**, law as a body of commands of the sovereign authority in a politically organized society as to how men should conduct themselves therein, resting ultimately on whatever basis was held to be behind the authority of that sovereign; **ninth**, idea of law takes it to be a

---

<sup>66</sup>Menjawab pertanyaan *what is law?*, tak lain adalah memberikan definisi terhadap term ‘law’. Terdapat beberapa cara dalam mendefinisikan suatu term, yaitu, pertama, *lexical definition*, a *lexical definition simply reports the sense in which the term understood within a language community. A lexical definition will indicate the sense in which the term is understood within a given community. A lexical definition may be right or wrong, and can be empirically tested by asking members of a community what they mean. Sociologists and anthropologists are particularly interested in lexical meanings of a term, e.g. of law*, kedua, *stipulative definition*, a *stipulative definition assigns a meaning to a term. Such a definition is neither right nor wrong, but its may be fair or unfair, practical or impractical. Stipulative definitions are common in legislation*, ketiga, *theoretical definition*, a *theoretical definition is a special case of a stipulative definition. Whereas a stipulative definition can be completely arbitrary, a theoretical definition assigns a meaning to a term and justifies it by a scientific theory. Unlike a non-theoretical stipulative definition, which is neither right nor wrong, a theoretical definition can be shown to be wrong by disproving the theory. A theoretical definition that cannot be falsified is purely stipulative. A definition –whether lexical, stipulative, theoretical or any other– is not of much use unless it enables us to identify with some precision the things that are included within the term. One way to do this is to give the ‘extension’ of the term. Extension is the naming of all items that belong within the term. Second way is to state the ‘intention’ of the term. The intension of a term specifies all the properties that are not only necessary but also sufficient to place something within the term. Periksa: Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, h. 3,7-8.*

*system of precepts discovered by human experience whereby the individual human will realize the most complete freedom possible consistently with the like freedom of will of others; tenth, men have thought of law as a system of principles, discovered philosophically and developed in detail by juristic writing and judicial decision, whereby the external life of man is measured by reason, or in another phase, whereby the will of the individual in action is harmonized with those of his fellow men; eleventh, law has been thought of as a body or system of rules imposed on men in society by the dominant class for the time being in furtherance, conscious or unconscious, of its own interest. This economic interpretation of law takes many forms; finally, twelve, there is an idea of law as made up of the dictates of economic or social laws with respect to the conduct of men in society, discovered by observation, expressed in precepts worked out through human experience of what would work and what not in the administration of justice. This again results from the tendency in recent years to unify the social sciences and consequent attention to sociological theories".<sup>67</sup>*

**Pound** secara historis mengemukakan dua belas konsep tentang *the nature of law*, berawal dari *primitive law* hingga *post-enlightenment* dan *post-aufklarung*. Terlepas dari perbedaan dalam konsep tersebut, dapat dipahami titik persamaannya yaitu "hukum merupakan aturan tentang perilaku (*rules of conduct*),<sup>68</sup> sehingga dalam konteks *jurisprudence* hukum berkarakter normatif dalam pengertian bahwa hukum mengatur apa yang harus dan tidak harus dilakukan oleh subjek hukum".<sup>69</sup>

Sebagai pembanding terhadap konsep deskriptif historis yang dikemukakan **Pound**, perlu disebutkan pendapat beberapa *jurists* yang menyoal *the nature of law*. Berikut secara berurutan akan disebutkan pandangan dari **Jeremy Bentham**, **Hans Kelsen**, **H.L.A. Hart**, **Ronald Dworkin**, dan **John Finnis**.

---

<sup>67</sup>Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1922, h. 60-69.

<sup>68</sup>Berkenaan dengan esensi hukum sebagai aturan perilaku, F.A. Hayek menyebutnya dengan istilah '*rules of just conduct*'. Periksa: J.W. Harris I, *Op. Cit.*, h. 265.

<sup>69</sup>*Law is normative in the sense that it lays down rules of conduct –what ought to be done and what ought not to be done*. Periksa: Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, h. 2.

**Jeremy Bentham**, berkaitan dengan definisi hukum, berpandangan, bahwa:

*“A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to his power: such volition trusting for its accomplishment to the expectation of certain events which it is intended such declaration should upon occasion be a means of bringing to pass, and the prospect of which it is intended should act as a motive upon those whose conduct is in question”.*<sup>70</sup>

Menurut **Bentham**, hukum merupakan aturan tentang perilaku yang harus dipatuhi yang berasal dari organ yang berdaulat. Aturan tersebut menjadi alat untuk menyelesaikan sengketa dan menjadi sumber kekuasaan atau kewenangan yang dimiliki oleh subjek hukum.

Sedangkan menurut **Hans Kelsen**, hukum adalah aturan tentang perilaku, di mana aturan tersebut merupakan suatu kesatuan sistem norma yang lahir melalui fakta (norma merupakan interpretasi dari fakta) yang validitasnya ditentukan oleh norma yang lebih tinggi atau *basic norm*. Hal tersebut dapat diketahui dari pendapat **Kelsen** sebagai berikut:

*“...when we compare the objects that have been designated by the word ‘law’ by different peoples at different times, we see that all these objects turn out to be orders of human conduct. An ‘order’ is a system of norms whose unity is constituted by the fact that they all have the same reason for their validity, and the reason for the validity of a normative order is a basic norm from which the validity of all norms of the order are derived”.*<sup>71</sup>

Selanjutnya, **H.L.A. Hart**, berkenaan dengan hukum, berpandangan bahwa *“Law is the union of primary and secondary rules”*. *Primary rules* adalah peraturan tentang kewajiban subjek hukum atau *rules of conduct*, sedangkan

---

<sup>70</sup>*Ibid.*, h. 32.

<sup>71</sup>Hans Kelsen, *Op. Cit.*, h. 31.



*secondary rules* adalah peraturan tentang kewenangan untuk mengakui (*rule of recognition*), menetapkan, mengubah, dan mengaplikasikan *primary rules*. Dengan demikian, dapat dipahami bahwa *secondary rules* menyoal tentang validitas hukum.<sup>72</sup>

Menyoal tentang hukum, **Ronald Dworkin** berpandangan bahwa:

*“Law insists that force not be used or withheld, no matter how beneficial or noble these ends, except as licensed or required by individual rights and responsibilities flowing from past political decisions about when force is justified. The law of a community on this account is the scheme of rights and responsibilities that meet the complex standard: they licence coercion because they flow from past decisions of the right sort”.*<sup>73</sup>

Terdapat tiga poin yang dapat dipahami dari pendapat **Dworkin** tersebut, yaitu: *pertama*, hukum memuat atau mengatur tentang hak dan tanggungjawab subjek hukum, *kedua*, hak dan tanggungjawab tersebut bersumber dari konstitusi, peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi, dan putusan pengadilan, di mana hal tersebut tidak berlaku surut, *ketiga*, negara dapat melakukan tindakan yang sifatnya memaksa namun hal itu dilakukan hanya untuk menjamin dan menegakkan hak dan tanggungjawab seperti yang disebutkan dalam poin pertama dan kedua tersebut.

Selanjutnya, **John Finnis**, dalam mendefinisikan hukum mengemukakan bahwa:

*“Rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and effective authority for a ‘complete’ community, and buttressed by sanctions in accordance with the rule guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the community’s coordination problems for the*

---

<sup>72</sup>Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, hh. 51-52.

<sup>73</sup>*Ibid.*, h. 176.

*common good of that community, according to a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimization of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of the law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities”.*<sup>74</sup>

Menurut **Ratnapala, Finnis** menggabungkan pendapat dari **Kelsen, Hart, Austin** dan **Lon A. Fuller**. Hal tersebut dapat diketahui dengan menguraikan unsur-unsur dari pandangan **Finnis** tersebut, sebagai berikut:

- a. *It refers to rules made according to regulative legal rules (Kelsen, Hart),*
- b. *by a determinate and effective authority for a complete community (Austin),*
- c. *It refers to the fact that law is backed by sanctions (Austin, Kelsen, Hart),*
- d. *It emphasises that law typically exists where the conditions for the rule of law exist (Fuller), dan*
- e. *It identifies the law’s central purpose as the resolution of the community’s coordination problems, and points to the need for reciprocity between ruler and subject (Fuller).*<sup>75</sup>

Selanjutnya, menurut **Ratnapala, Finnis** menekankan bahwa *natural law theory* tidak berkaitan dengan penolakan terhadap hukum positif dalam menyelesaikan permasalahan hukum. Namun yang disoal oleh tradisi *natural law theory* adalah bahwa proses legislasi dalam menghasilkan hukum positif seyogiyanya dituntun oleh prinsip-prinsip moral.<sup>76</sup>

## **5.2. Autonomy of Law**

### **5.2.1. Law as the Immanent Rationality (Immanent Intelligibility)**

Setelah menguraikan teori tentang *jurisprudence*, selanjutnya untuk menganalisis dan mengelaborasi isu hukum dalam penelitian ini, akan diuraikan

---

<sup>74</sup>John Finnis, *Natural Law and Natural Right*, 2nd Edition, Oxford University Press, New York, 2011, h. 276-277.

<sup>75</sup>Suri Ratnapala, *Op. Cit.*, h. 157.

<sup>76</sup>*Ibid.*

teori yang membahas otonomi hukum. *Legal formalism* versi **Weinrib** akan dijadikan rujukan utama dalam mengkaji otonomi hukum seperti yang akan diuraikan berikut.

Postulat utama teori **Weinrib** adalah *the immanent rationality of law* atau *law as the immanent intelligibility* yang diklaim bersumber pada rasionalisme filsafat barat yang terefleksikan dalam tradisi *natural law* dan *natural right* yang dapat ditelusuri dalam pemikiran-pemikiran **St. Thomas Aquinas, Immanuel Kant, G.W.F. Hegel, dan John Finnis**, hingga akhirnya **Weinrib** mengemukakan “*in the formalist understanding law is not the realization of a utopian project. It is, nonetheless, a supreme achievement of mind.*”<sup>77</sup> Berkaitan dengan postulat yang diajukan *legal formalist* tersebut **Weinrib** mengemukakan:

*“In construing law as an immanent moral rationality, formalism directly challenges these assumption about law’s provenance, nature, and characteristic process. In the formalist conception, law has a content that is not imported from without but elaborated from within. Law is not an instrument in the service of foreign ideals as an end in itself constituting, as it were, its own ideal.”*<sup>78</sup>

Dengan demikian dapat dipahami bahwa *legal formalism* memandang konsep otonomi hukum secara *rigid*, di mana hukum memiliki *subject matter*-nya sendiri secara inheren dan hukum bukanlah alat untuk mewujudkan tujuan yang berasal dari luar hukum. Sehingga fungsi hukum adalah “*to express this immanent rationality in the doctrines, institutions, and decisions of the positive law.*”<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup>Ernest J. Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law,” *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 6, May 1988., h. 1016.

<sup>78</sup>*Ibid.*, h. 957.

<sup>79</sup>*Ibid.*

**Weinrib** selanjutnya memberikan penekanan terhadap teorinya dengan menyatakan:

*“Legal formalism postulates that the law’s content can be understood in and through itself by referene to the mode of thinking that shapes it from inside. (p. 962) Just as one can understand geometry by working through a geometrical perplexity from the inside, so one can understand law by an effort of mind that penetrates to, and participates in, the structure of thought that the law embodies...The task for the formalist is to make explicit the intelligibility latent in the legal materials and thereby to indicate that from which legal error is a deviation.”<sup>80</sup>*

Bagi **Weinrib**, otonomi hukum dapat dipahami seperti geometri yang dielaborasi secara internal. Bahkan tugas utama *formalists* adalah mengeksplisitkan konsep *immanent intelligibility* dalam mengatasi permasalahan-permasalahan hukum yang secara *laten* sebenarnya sudah terdapat dalam bahan-bahan hukum.

Mengelaborasi lebih mendalam konsep otonomi hukum bagi *legal formalist*, terdapat beberapa tahapan yang dijadikan acuan dalam membangun argumentasi dimaksud, yaitu:

1. *Form is the integration of character, genericity, and unity that renders a determinate content intelligible,*
2. *The content of a sophisticated legal system is intelligible from within,*
3. *The presentation of legal intelligibility as the interpretation of form and content stakes out a vintage point internal to law,*
4. *Law authoritatively orders the external relation between persons, and justice is the intelligibility of this ordering,*
5. *The intelligibility of law therefore involves the disclosure of the relationship between the law’s content and the forms of justice that constitute the most inclusive justificatory structures applicable to external relations,*
6. *Two different forms of justice can be discerned. Corrective justice constitutes the internal rationality of transactions. Distributive justice, which mediates the relations among persons, and between persons and things, according to some criterion, is the rationality of distributions,*

---

<sup>80</sup>*Ibid.*, h. 963.

7. *These two forms exhibit differing structures and are not reducible one to the other,*
8. *Justifications that blend the component of these two different forms are necessarily incoherent,*
9. *Only distributions are amenable to the extrinsic—and thus instrumental—operation of political purpose,*
10. *The juridical consists of the elucidation and specification, in the context of particular transactions and distributions, of a content that is adequate to the justificatory structures of these two forms,*
11. *The two forms of justice have inherent normative force because they presuppose the Kantian notion of moral personality,*
12. *The forms of justice, being immanent to the understanding of external interaction, are not divorced from social and historical world, dan*
13. *They determine the juridical character, genericity and coherence of that world through the positive law that is their existence at the level of particular transactions and distributions.*<sup>81</sup>

Selanjutnya, perlu dipahami bahwa *legal formalism* versi **Weinrib** berbeda dengan *positivism* yang berpandangan bahwa *subject matter of law* dapat diintrodusir dari luar hukum dan tidak mempertimbangkan dimensi moral serta menjadikan hukum sebagai alat untuk mewujudkan cita ideal yang notabene non-hukum, seperti yang dianut oleh **Posner, Calabresi, Epstein, Unger, Kelsen, Austin, etc.**

### 5.2.2. *Law as an Autopoietic System*

Selain menggunakan teori dari **Weinrib** dalam membahas otonomi hukum, penelitian ini juga akan menggunakan teori dari **Niklas Luhmann** dan **Gunther Teubner** sebagai pijakan untuk menganalisis isu hukum. **Luhmann** berpendapat bahwa *law as an autopoietic system*. Konsep tersebut diadopsi dari konsep biologi yang dikembangkan oleh biologis Chili **Humberto Maturana** dan **Francisco Varela**. *Autopoietic* sendiri berasal dari istilah Yunani *autos* yang berarti sendiri

---

<sup>81</sup>*Ibid.*, h. 1012-1013.

dan *poiein* yang berarti memproduksi, di mana jika digabungkan akan bermakna *self-(re)production*.<sup>82</sup>

Menurut **Maturana** dan **Varela** *autopoietic system* adalah sistem yang memproduksi dirinya dari dalam dirinya sendiri, seperti tanaman yang memproduksi sel melalui selnya sendiri. Namun karakter otonomi dalam *autopoietic system* tidak bermakna tertutup secara mutlak terhadap lingkungan di luar sistem tersebut. *Autopoietic system* memiliki karakter tertutup dan terbuka di saat yang sama, terbuka terhadap energi namun tertutup dalam proses dan kontrol reproduksi.<sup>83</sup>

Konsep dalam ilmu biologi tersebut kemudian diintrodusir ke dalam ilmu sosial dan hukum oleh **Luhmann** dan **Gunther Teubner**. Dalam konteks hukum, **Luhmann** mengemukakan “*The autopoiesis of the legal system is normatively closed in that only the legal system can bestow legally normative quality on its elements and thereby constitute them as elements,*” namun “*at the same time, and precisely in relation to this closure the legal system is a cognitively open system.*”<sup>84</sup> Sehingga otonomi hukum harus dipahami sebagai konsep otonomi yang tertutup dan terbuka. Di mana tertutup dalam hal memberikan karakter normatif terhadap elemen-elemennya dan dalam memproduksi elemen-elemennya,

---

<sup>82</sup>Niklas Luhmann, *The Unity of the Legal System*, dalam Gunther Teubner, Editor, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1987, h. 14 & 20. Gunther Teubner, “Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg,” *Law and Society Review*, Vol. 18, No. 2, 1984, h. 84 & 85. David Seidl, “Luhmann’s Theory of Autopoietic Social Systems,” *Munich Business Research-Munich School of Management*, 2004-2, h. 2.

<sup>83</sup>Awalnya Maturana dan Varela mencoba untuk menjawab pertanyaan “*what is life?*” atau “*what distinguishes the living from the non-living?*” Di mana jawaban keduanya adalah “*a living system reproduces itself.*” Konsep *self-reproduction* itu lah kemudian yang diistilahkan dengan *autopoiesis*. Periksa: *Ibid*.

<sup>84</sup>Niklas Luhmann, *Op. Cit.*, h. 20.

namun terbuka terhadap disiplin ilmu yang lain dalam perkembangan teori hukum.

Konsep *law as an autopoietic system* sebagai konsep *autonomy of law* dengan demikian menentukan bahwa hukum memiliki karakteristik tertutup (*closure*) yang terimplementasikan dalam *self-referential* serta *self-reproduction* dan karakteristik terbuka (*openness*) yang terimplementasikan dengan tetap membuka diri terhadap disiplin ilmu lain melalui metode komunikasi antar sub-sistem, di mana ilmu hukum dan disiplin ilmu yang lain merupakan sub-sistem dari sistem sosial.<sup>85</sup> Berkenaan dengan hal tersebut, **Teubner** mengemukakan bahwa terdapat tiga dimensi yang berbeda dalam konsep otonomi hukum yang didalamnya terdapat interkoneksi dengan lingkungannya (disiplin ilmu lain), yaitu:

1. *Tranversality, draws conclusions from the autonomy of different incommensurable social theories and their mutual interconnectedness. The law denies any monopoly claim and selects points of contact in a transversal exploration,*
2. *Responsiveness, insists on the autonomy of legal doctrine vis-a-vis social theory and takes account of their mutual interconnectedness, with the law opening itself up to the challenges posed by social theories and drawing inspiration from this for normative innovation, dan*
3. *Self-normativity, the law achieves normative orientation not from social theory, but solely from internal processes of the law and at the same time from the self-normativity developed by the reflection doctrines of other social system.*<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup>Niklas Luhmann, *Closure and Openness*, dalam Gunther Teubner, Editor, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1987, h. 340. Gunther Teubner, *Evolution of Autopoietic Law*, dalam Gunther Teubner, Editor, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1987, h. 221.

<sup>86</sup>Gunther Teubner, "Law and Social Theory: Three Problems," *Asian Journal of Law and Society*, Vol. 1, Issue 02, November 2014, h. 251.

### 5.3. Konsep Dasar Ilmu Ekonomi (*Economics Paradigm*)

Menyoal *economics paradigm*, **Klaus Mathis** mengemukakan bahwa “*The central element of the economic paradigm is homo economicus (economic man), the rational actor in situations of scarcity.*”<sup>87</sup> Sedangkan **Robert Cooter** dan **Thomas Ulen** berkaitan dengan *homo economicus* berpandangan bahwa *homo economicus* akan selalu berupaya memaksimalkan kepuasannya, sebagaimana yang diungkapkan oleh **Cooter** dan **Ulen** bahwa:

*“Economists usually assume that each economic actor maximizes something: Consumers maximize utility (that is, happiness or satisfaction), firms maximize profits, politicians maximize votes, bureaucracies maximize revenues, charities maximize social welfare, and so forth. Economists often say that models assuming maximizing behavior work because most people are rational, and rationality requires maximization.”*<sup>88</sup>

Pertanyaannya kemudian—dalam kaitannya dengan ekonomi sebagai suatu disiplin keilmuan—adalah apa sebenarnya substansi ilmu ekonomi sehingga secara logis dapat dikaitkan dengan analisis terhadap *homo economicus* yang selalu berupaya *to maximize something* serta bagaimana interaksi antar *homo economicus* yang melahirkan kompetisi sehingga akan nampak landasan argumentasi terhadap dilakukannya intervensi jika kompetisi dimaksud tidak berjalan secara *fair* atau mereduksi tatanan dalam *economics paradigm*. Berikut akan diuraikan secara singkat teori dari **Paul A. Samuelson** dan **William D. Nordhaus** tentang ilmu ekonomi.

**Samuelson** dan **Nordhaus** memberikan pengertian tentang ilmu ekonomi, yaitu “*Economics is the study of how societies choose to use scarce productive*

---

<sup>87</sup>Klaus Mathis, *Loc. Cit.*

<sup>88</sup>Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law and Economics*, Sixth Edition, Pearson Education Inc., Boston, 2012, h. 12.



*resources that have alternative uses, to produce commodities of various kinds (valuable goods and services) and distribute them among different individuals.”*

Terdapat dua elemen utama dari definisi tersebut yang sangat menentukan dalam ilmu ekonomi yaitu, kelangkaan ketersediaan barang atau sumber daya (*scarcity*) dan tuntutan untuk menggunakan barang atau sumber daya tersebut secara efisiensi (*efficiency*).<sup>89</sup>

Ilmu ekonomi secara umum dapat dikelompokkan ke dalam ilmu ekonomi mikro (*microeconomics*) dan ilmu ekonomi makro (*macroeconomics*). **Adam Smith** merupakan pendiri atau penemu *microeconomics*. **Smith** dalam *magnum opus*-nya *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* mengkaji tentang bagaimana harga (*price*) terbentuk, apa yang menjadi kekuatan dan kelemahan mekanisme pasar, dan efisiensi dalam mekanisme pasar, serta mengkaji bagaimana *self-interest* dari individu-individu pelaku ekonomi dapat memberikan manfaat kepada masyarakat. Adapun *subject matter microeconomics* adalah studi tentang pasar, perusahaan (*firms*), rumah tangga (*household*), monopoli, perdagangan internasional, keuangan (*finance*), *etc.*<sup>90</sup>

Sedangkan *macroeconomics* memfokuskan kajiannya terhadap kinerja perekonomian secara keseluruhan misalnya, bagaimana menentukan investasi dan konsumsi secara total, bagaimana bank sentral mengelola uang dan suku bunga, apa penyebab terjadinya krisis keuangan, dan perbedaan tingkat pertumbuhan di berbagai negara. *Macroeconomics*, dalam konteks modern, mulai eksis sejak **John Maynard Keynes** mempublikasikan karya monumentalnya *General Theory of*

---

<sup>89</sup>Paul A. Samuelson dan William D. Nordhaus, *Economics*, 19th Edition, McGraw-Hill, New York, 2010, h. 4 & 15.

<sup>90</sup>*Ibid.*, h. 5.

*Employment, Interest and Money* pada tahun 1936 di saat Inggris dan Amerika dilanda krisis ekonomi (*the Great Depression*). **Keynes** mengembangkan analisis menyangkut lingkaran bisnis dan memberikan solusi terhadap pengangguran dan inflasi.<sup>91</sup>

Ketika diperhadapkan pada isu-isu ekonomi, harus dibedakan antara pertanyaan tentang fakta (*questions of fact*) dan pertanyaan tentang *fairness* (*questions of fairness*). *Questions of fact*—misalnya: mengapa dokter berpenghasilan lebih tinggi dari asisten rumah tangga? apakah *North American Free Trade* dapat meningkatkan atau menurunkan pendapatan orang-orang Amerika? apakah suku bunga tinggi dapat memperlambat pertumbuhan ekonomi dan menurunkan inflasi?—menjadi kajian dalam *positive economics* sedangkan *questions of fairness*—misalnya: apakah terjadi ketimpangan dalam distribusi pendapatan, apakah harus dilakukan renegotiasi terhadap tarif impor—merupakan kajian dalam *normative economics* yang mempertimbangkan persoalan etis yang berbasis pada nilai-nilai yang terdapat di masyarakat.<sup>92</sup>

Menurut **Samuelson** dan **Nordhaus** terdapat tiga pertanyaan mendasar dalam ekonomi yaitu: pertama, *what commodities are produced and in what quantities?*; kedua, *how are goods produced?*; ketiga, *for whom are goods produced?* Dalam menjawab ketiga pertanyaan tersebut (*what*, *how*, dan *for whom*) sangat ditentukan oleh sistem ekonomi yang dianut oleh suatu masyarakat atau negara. Secara umum terdapat dua sistem dalam ekonomi yang saling berposisi dalam upaya menjawab ketiga pertanyaan mendasar dalam organisasi

---

<sup>91</sup>*Ibid.*

<sup>92</sup>*Ibid.*, h. 6.

ekonomi yaitu, sistem ekonomi komando (*command economy*) dan sistem ekonomi pasar (*market economy*).<sup>93</sup>

Dalam *command economy*, pemerintah menentukan apa dan bagaimana produksi dan distribusi sumber daya ekonomi (*what, how, dan for whom*). Pemerintah merupakan pemilik sumber-sumber produksi (*land and capital*), dan perusahaan-perusahaan industri. Pemerintah mengatur para pekerja dan menentukan bagaimana penghasilan dibagi. Singkatnya, dalam *command economy*, **Samuelson** dan **Nordhaus** menyimpulkan bahwa “*in a command economy, the government answers the major economic questions through its ownership of resources and its power to enforce decisions.*”<sup>94</sup>

Sebaliknya, dalam *market economy*, aktor-aktor ekonomi-lah yang menentukan apa dan bagaimana produksi dan distribusi sumber daya ekonomi. Interaksi antar aktor-aktor ekonomi terjadi di pasar secara sukarela dalam melakukan pertukaran barang dan jasa. Sistem harga, pasar, keuntungan dan kerugian, insentif dan *reward*, menentukan *what, how, dan for whom*. Contoh ekstrim penerapan sistem ekonomi pasar secara penuh adalah *laissez-faire economy*, di mana tidak satu aktor pun yang mengintervensi bekerjanya mekanisme pasar. Singkatnya, dalam *market economy*, **Samuelson** dan **Nordhaus** menyimpulkan bahwa “*a market economy is one in which individuals and privat firms make the major decisions about production and consumption.*”<sup>95</sup>

Saat ini tidak ada negara yang menerapkan salah satu dari kedua sistem ekonomi tersebut secara total. Melainkan menggabungkan *command economy* dan

---

<sup>93</sup>*Ibid.*, h. 7.

<sup>94</sup>*Ibid.*, h. 8.

<sup>95</sup>*Ibid.*

*market economy* menjadi sistem ekonomi campuran (*mixed economy*). Dalam *mixed economy*, mekanisme pasar lah yang menentukan dalam menjawab *what*, *how*, dan *for whom*, namun pemerintah bisa mengintervensi untuk menjaga bekerjanya mekanisme pasar secara wajar tanpa distorsi.<sup>96</sup>

Untuk menemukan argumentasi penggunaan *mixed economy* yakni gabungan antara mekanisme pasar dan kontrol pemerintah, perlu diurai kembali bekerjanya *market economy* dan kapan pemerintah akan mengambil peran di dalamnya. Peran pasar sangat menentukan dan merupakan elemen kunci dalam *market economy*. Mekanisme pasar menentukan harga barang dan jasa melalui interaksi antara produsen dan konsumen, penjual dan pembeli, permintaan (*demand*) dan penawaran (*supply*). Jika pasar berfungsi sebagaimana mestinya maka akan tercipta persaingan sempurna (*perfect competition*) yang efisien di antara aktor-aktor ekonomi.<sup>97</sup>

Namun, pada kenyataannya, mekanisme pasar yang wajar dan efisien (harga ditentukan oleh *demand* dan *supply*) tidak selalu terwujud karena terjadi kegagalan pasar (*market failure*). *Market failure* dapat disebabkan oleh tiga hal yaitu: *pertama*, monopoli atau persaingan tidak sempurna (*imperfect competition*). *Imperfect competition* atau monopoli tidak efisien karena dapat mempengaruhi mekanisme pasar melalui penentuan harga (harga tidak lagi sepenuhnya ditentukan oleh interaksi *demand* dan *supply* seperti dalam *perfect competition*) dan *output* produksi; *kedua*, aspek *externalities* atau *spillover effects* yaitu munculnya biaya atau keuntungan yang disebabkan oleh faktor dari luar pasar; dan *ketiga*, karena adanya pertimbangan etis yang mempengaruhi distribusi

---

<sup>96</sup>*Ibid.*

<sup>97</sup>*Ibid.*

pendapatan. *Market failure* menyebabkan inefisiensi dalam produksi atau konsumsi, nah di sini lah peran negara—dalam kerangka *mixed economy*—dibutuhkan. Namun, pada kenyataannya, peran negara tidak hanya dalam rangka mengatasi *market failure* tapi melebar ke hal-hal lain yang justru menjadi salah satu elemen dalam *market failure* itu sendiri, seperti penarikan pajak.<sup>98</sup> Adapun fungsi ekonomi pemerintah dalam *market economy* adalah:

1. *Governments increase efficiency by promoting competition, curbing externalities like population, and providing public goods.*
2. *Governments promote equity by using tax and expenditure programs to redistribute income toward particular groups.*
3. *Governments foster macroeconomic stability and growth—reducing unemployment and inflation while encouraging economic growth—through fiscal and monetary policy.*<sup>99</sup>

**Samuelson** memberikan contoh bagaimana bentuk intervensi pemerintah jika terjadi *market failure* dapat dilihat pada tabel berikut:

*Tabel 1.* <sup>100</sup>  
*Government can remedy the shortcomings of the market*

<b>Failure of Market Economy</b>	<b>Government Intervention</b>	<b>Current Examples of Government Policy</b>
Inefficiency: Monopoly Externalities  Public Goods	Encourage Competition Intervene Markets  Encourage Beneficial Activities	Antitrust Laws, Deregulation Antipollution Laws, Antismoking Ordinances Provide Public Education, Build Roads
Inequality: Unacceptable Inequalities of Income and Wealth	Redistributive Income	Progressive Taxation of Income and Wealth, Income-Support or Transfer Programs (e.g. Subsidize Health Care)
Macroeconomic Problems: Business Cycles (High Inflation and Unemployment)  Slow Economic Growth	Stabilize Through Macroeconomic Policies  Stimulate Growth	Monetary Policies (e.g. Changes in Money Supply and Interest Rates), Fiscal Policies (e.g. Taxes) Improve Efficiency of Tax System

<sup>98</sup>*Ibid.*, h. 30 & 35.

<sup>99</sup>*Ibid.*, h. 35.

<sup>100</sup>*Ibid.*, h. 40.

## 6. Metode Penelitian

Setiap disiplin ilmu harus memiliki objek formal dan objek material sebagai *conditio sine qua non* agar berkualifikasi sebagai ilmu. Objek formal (*object matter*) menyoal tentang metodologi, sedangkan objek material menyoal tentang sasaran pemikiran (*Gegenstand*) atau persoalan pokok yang dikaji (*subject matter*).<sup>101</sup> *Subject matter* penelitian ini telah diuraikan pada bagian latar belakang dan secara spesifik terumuskan pada bagian isu hukum, sedangkan *object matter*-nya akan diuraikan berikut ini.

### 6.1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian ini adalah penelitian hukum doktrinal yang akan menelusuri dan mengkaji bahan-bahan dalam kepustakaan hukum dan non-hukum untuk menjawab isu hukum.

### 6.2. Pendekatan Penelitian

Penelitian ini akan menggunakan tiga pendekatan yaitu: pendekatan undang-undang (*statute approach*); pendekatan konseptual (*conceptual approach*); dan pendekatan kasus (*case approach*).

*Statute approach* dilakukan dengan menelaah peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan isu hukum yang akan diteliti. Dengan pendekatan ini akan ditemukan dasar *ontologis* lahirnya suatu undang-undang dan *ratio legis* lahirnya suatu ketentuan dalam undang-undang, di mana dalam penelitian ini undang-undang yang akan dikaji adalah UU 5/1999 beserta peraturan pelaksanaannya.

---

<sup>101</sup>Ali Mudhofir, *Loc. Cit.*

Pendekatan selanjutnya adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Melalui pendekatan ini, akan dilakukan penelusuran dan pengkajian terhadap: konsep dan teori hukum persaingan usaha utamanya terkait kartel; konsep dan teori *jurisprudence* terutama yang berkaitan dengan *the nature of law* dan karakter keilmuan hukum; dan konsep dan teori *microeconomics* yang berkaitan dengan hukum persaingan usaha.

Terakhir penelitian ini akan menggunakan *case approach* dengan menelaah *ratio decidendi* atau *reasoning* yang menjadi pertimbangan majelis dalam memutus kasus-kasus terkait kartel yang selanjutnya akan menjadi dasar argumentasi dalam mengkaji isu hukum yang diteliti.

### **6.3. Sumber Bahan Penelitian**

Untuk menjawab isu hukum dalam penelitian ini, maka digunakan sumber bahan hukum berupa sumber bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Selain bahan hukum, juga digunakan bahan non-hukum dalam bidang ekonomi. Untuk menemukan simpulan yang memenuhi kebenaran koherensi dalam penelitian ini, selanjutnya dilakukan pengumpulan dan inventarisasi terhadap bahan hukum dan bahan non-hukum melalui penelusuran kepustakaan. Kemudian dilakukan klasifikasi, pengkajian, sistematisasi dan analisis sesuai dengan isu hukum yang diteliti. Langkah berikutnya adalah mengolah dan mengkaji secara mendalam bahan hukum dan bahan non-hukum sehingga diperoleh gambaran yang utuh mengenai isu hukum yang diteliti hingga ditemukan rumusan ilmiah untuk menjawab isu hukum tersebut.

### **6.3.1. Bahan Hukum Primer dan Bahan Hukum Sekunder**

Bahan hukum primer dalam penelitian ini meliputi peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang terkait dengan isu hukum dalam penelitian ini. Sedangkan bahan hukum sekunder dalam penelitian ini adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer, seperti karya ilmiah (disertasi dan artikel dalam jurnal hukum), buku-buku teks hukum, kamus-kamus hukum dan sumber lain yang relevan dengan masalah yang diteliti.

### **6.3.2. Bahan Non-Hukum**

Guna memperoleh gambaran yang komprehensif mengenai isu hukum yang akan dikaji maka, selain menggunakan bahan hukum, penelitian ini juga akan menggunakan bahan non-hukum yaitu dalam bidang ekonomi. Bahan tersebut berupa karya ilmiah (disertasi dan artikel dalam jurnal), buku-buku teks, kamus-kamus ekonomi, dan sumber lain terutama berkaitan dengan *microeconomics* baik yang positif maupun normatif.

## **7. Pertanggungjawaban Sistematika Penulisan**

Sebagai pertanggungjawaban sistematika, penulisan penelitian ini disusun dalam empat bab dan setiap bab terdiri dari sub-bab. Sistematika penulisan penelitian ini tergambar sebagai berikut:

- Bab I akan memuat Pendahuluan yang akan mengurai Latar Belakang, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Orisinalitas Penelitian, Kerangka Teoritik, Metode Penelitian dan Pertanggungjawaban Sistematika Penulisan disertasi ini.



- Bab II akan memuat dan membahas hakikat kartel secara etimologi dan terminologi serta re-definisi kartel. Bab ini juga akan membandingkan konsep kartel dengan konsep lain *e.g. trust, joint venture* dan *conzern*. Di Bab ini juga akan dibahas tentang hakikat kartel sebagai perjanjian, sistem ekonomi, konsep *per se illegal* dan *rule of reason*, teori keadilan, serta program *leniency* dalam penegakan hukum persaingan usaha *in casu* kartel.
- Bab III akan memuat dan membahas landasan filosofis hukum persaingan usaha *in casu* kartel, konsep dasar ilmu ekonomi terkait persaingan usaha, mazhab pemikiran dalam pengkajian hukum terkait berkonvergensinya hukum dan ekonomi dalam hukum persaingan usaha.
- Bab IV, Penutup, memuat simpulan dari hasil penelitian berdasarkan isu hukum yang dirumuskan serta memuat saran sebagai rekomendasi bagi pihak terkait khususnya kepada pembuat peraturan perundang-undangan dan KPPU.