

## **BAB II**

### **TINJAUAN PUSTAKA**

#### **A. Penerapan Alternatif Penyelesaian Sengketa.**

##### **1. Pengertian Penerapan dan Alternatif Penyelesaian Sengketa**

Penerapan berasal dari kata “terap”. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia penerapan adalah perbuatan menerapkan. Menurut beberapa ahli berpendapat bahwa penerapan adalah suatu perbuatan mempraktekan suatu teori, metode dan hal lain untuk mencapai tujuan tertentu dan untuk suatu kepentingan yang diinginkan oleh suatu kelompok atau golongan yang telah terencana dan tersusun sebelumnya (<http://internetsebagaisumberbelajar.blogspot.com/2010/07/pengertian-penerapan.html>). Penerapan merupakan sebuah tindakan yang dilakukan baik secara individu maupun kelompok dengan maksud untuk mencapai tujuan yang telah dirumuskan. Adapun unsur-unsur penerapan meliputi:

- a. Adanya program yang dilaksanakan.
- b. Adanya kelompok target, yaitu masyarakat yang menjadi sasaran dan diharapkan akan menerima manfaat dari program tersebut.
- c. Adanya pelaksana baik organisasi atau perorangan yang bertanggung jawab dalam pengelolaan, pelaksanaan maupun pengawasan dari proses penerapan (<http://eprints.ac.uny.ae.id/9331/3/bab%202-08208241006.pdf>).

Alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli (Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa). Pengertian lain dari Alternatif penyelesaian sengketa adalah penyelesaian sengketa melalui jalur non pengadilan yang pada umumnya ditempuh melalui cara-cara perundingan yang dipimpin atau diprakarsai oleh pihak ketiga yang netral atau tidak memihak (Maria SW Sumardjono, 2008: 4). Alternatif penyelesaian sengketa yang dilakukan di luar pengadilan dan pelaksanaannya diserahkan sepenuhnya kepada para pihak dan para pihak dapat memilih penyelesaian sengketa yang akan ditempuh yakni melalui konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, arbitrase atau meminta penilaian ahli. Hal ini menjadi kehendak bebas sepenuhnya para pihak. Para pihak mempunyai kebebasan untuk memilih bentuk penyelesaian sengketa. Hal inilah yang membedakan antara penyelesaian sengketa di luar pengadilan dan penyelesaian sengketa melalui pengadilan (<http://arsyadshawir.blogspot.com/2013/03/pengantar-alternatif-penyelesaian.html>).

Alternatif penyelesaian sengketa merupakan padanan dari istilah asing *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Penyelesaian sengketa melalui *alternative dispute resolution* masih dianggap relatif murah dan cepat, oleh karena itu saat ini penggunaan cara penyelesaian di luar

pengadilan lebih disenangi dibandingkan penyelesaian melalui pengadilan. Menurut Joni Emirzon (2002: 495) ada beberapa kebaikan mekanisme ADR bila dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan, yaitu :

- a. Sifat kesukarelaan dalam proses.
- b. Prosedur yang cepat.
- c. Keputusan non-yudisial.
- d. Kontrol oleh manejer yang paling tahu tentang kebutuhan organisasi.
- e. Prosedur rahasia.
- f. Fleksibilitas yang besar dalam merancang syarat-syarat penyelesaian masalah.
- g. Hemat waktu dan biaya.
- h. Perlindungan dan pemeliharaan hubungan kerja.
- i. Tinggi kemungkinan untuk melaksanakan kesepakatan.
- j. Tingkatan yang lebih tinggi untuk melaksanakan kontrol dan lebih mudah untuk memperkirakan hasil.
- k. Kesepakatan-kesepakatan yang lebih baik dari pada sekedar kompromi atau hasil yang diperoleh dari cara penyelesaian kalah atau menang.
- l. Keputusan bertahan sepanjang waktu.

2. Faktor penyebab tidak disukainya penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

Beberapa faktor penyebab tidak disukainya penyelesaian sengketa melalui pengadilan adalah:

- a. Lamanya proses beracara dalam persidangan penyelesaian perkara perdata.
- b. Lamanya penyelesaian sengketa dapat juga disebabkan oleh panjangnya tahapan penyelesaian sengketa, yakni proses beracara di Pengadilan Negeri, kemudian masih dapat banding ke Pengadilan Tinggi dan kasasi ke Mahkamah Agung. Bahkan proses masih dapat lebih panjang jika diajukan peninjauan kembali.
- c. Lama dan panjangnya proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan tersebut tentunya membawa akibat yang berkaitan dengan tingginya biaya yang diperlukan (*legal cost*).
- d. Sidang pengadilan di Pengadilan Negeri dilakukan secara terbuka, padahal di sisi lain kerahasiaan adalah sesuatu yang diutamakan dalam kegiatan bisnis;
- e. Seringkali hakim yang menangani atau menyelesaikan perkara dalam bisnis kurang menguasai substansi hukum sengketa yang bersangkutan atau dengan perkataan lain, hakim dianggap kurang profesional.
- f. Adanya citra yang kurang baik terhadap dunia peradilan Indonesia.

<http://mahendraputra.net/wpcontent/uploads/2008/12/bahan-kuliah-alternatif-penyelesaian-sengketa-dagang-5.pdf>).

### 3. Beberapa cara dalam penyelesaian sengketa

#### a. Mediasi.

Menurut Garry Goodpaster (Felix O. Soebagio ed., 2005: 11), mediasi merupakan salah satu bentuk *Alternative Dispute Resolution* (ADR) yang ditangani oleh pihak ke-3 yang bersifat netral, imparial, tidak memiliki kewenangan untuk memutuskan sengketa. Mediasi dapat mengantarkan para pihak pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win-win solution*). Dalam mediasi para pihak yang bersengketa proaktif dan memiliki kewenangan penuh dalam pengambilan keputusan. Mediator tidak memiliki kewenangan dalam pengambilan keputusan, tetapi ia hanya membantu para pihak dalam menjaga proses mediasi guna mewujudkan kesepakatan damai mereka (Syahrizal Abbas. 2009 : 24).

#### 1) Peran dan fungsi mediator

Peran mediator sebagai garis rentang, yakni dari sisi peran yang terlemah adalah apabila mediator melaksanakan perannya, yakni:

##### (a) Penyelenggara pertemuan.

- (b) Pemimpin diskusi netral.
- (c) Pemelihara atau penjaga aturan perundingan agar proses perundingan berlangsung secara beradab.
- (d) Pengendali emosi para pihak.
- (e) Pendorong pihak/perunding yang kurang mampu atau segan mengemukakan pendapatnya

Sisi peran yang kuat oleh mediator bila dalam perundingan mengerjakan/melakukan hal-hal diantaranya:

- (a) Memepersiapkan dan membuat notulen perundingan.
- (b) Merumuskan titik temu/kesepakatan para pihak.
- (c) Membantu para pihak agar menyadari, bahwa sengketa bukan sebuah pertarungan untuk dimenangkan tapi diselesaikan.
- (d) Menyusun dan mengusulkan alternatif pemecahan masalah.
- (e) Membantu para pihak menganalisis alternatif pemecahan masalah(Suyud Margono, 2010: 55).

## 2) Tahapan proses mediasi

Para sarjana atau praktisi mediasi berbeda dalam melihat dan membagi tahapan yang terdapat dalam proses mediasi. Pada sub bagian ini akan disebutkan beberapa tahapan dari proses mediasi menurut dari beberapa sarjana, membagi proses mediasi kedalam 5 tahapanyakni:

- (a) Sepakat untuk menempuh proses mediasi.
- (b) Memahami masalah-masalah.

- (c) Membangkitkan pilihan-pilihan pemecahan masalah.
- (d) Mencapai kesepakatan.
- (e) Melaksanakan kesepakatan (Suyud Margono, 2010: 58).

b. Arbitrase

Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa (Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa). Pengadilan mempunyai beberapa keterkaitan dengan arbitrase. Dalam hal ini, dapat dilihat dari Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang mencantumkan beberapa peranan pengadilan di Indonesia untuk memperkuat proses arbitrase dari awal proses arbitrase dimulai sampai pelaksanaan putusan arbitrase tersebut (Erman Rajaguguk, 2001: 9).

Dalam proses awal arbitrase dengan adanya suatu perjanjian arbitrase dalam bentuk tertulis, maka menghilangkan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri. Hal ini sebagaimana tercantum dalam Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak

para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri.

Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa bahwa Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Dengan adanya Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa ini, maka pada intinya Pengadilan Negeri wajib menolak dan menyatakan tidak akan campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa bahwa dalam hal para pihak tidak dapat mencapai kesepakatan mengenai pemilihan arbiter, maka Ketua Pengadilan Negeri menunjuk arbiter atau majelis arbitrase.

#### 1) Kelebihan dan Kelemahan Arbitrase

Pada umumnya lembaga arbitrase mempunyai kelebihan dibandingkan dengan lembaga peradilan umum, yaitu sebagai berikut:

- a) Sidang arbitrase adalah tertutup untuk umum, sehingga kerahasiaan sengketa para pihak terjamin.

- b) Kelambatan yang diakibatkan oleh hal prosedural dan administratif dapat dihindari.
- c) Para pihak yang bersengketa dapat memilih arbiter yang menurut keyakinannya mempunyai pengalaman, pengetahuan, jujur dan adil, serta latar belakang yang cukup mengenai masalah yang disengketakan.
- d) Sikap arbiter atau majelis arbiter dalam menagani perkara arbitrase didasarkan pada sikap yang mengusahakan *win-win solution* terhadap para pihak yang bersengketa.
- e) Pilihan hukum untuk menyelesaikan sengketa serta proses dan tempat penyelenggaraan arbitrase dapat ditentukan oleh para pihak
- f) Putusan arbitrase mengikat para pihak (*final and binding*) dan dapat melalui tata cara (prosedur) sederhana ataupun langsung dapat dilaksanakan.
- g) Suatu perjanjian arbitrase (klausula arbitrase) tidak menjadi batal karena berakhir atau batalnya perjanjian pokok.
- h) Di dalam proses arbitrase, arbiter atau majelis arbitrase harus mengutamakan perdamaian diantara para pihak yang bersengketa.

Selain kelebihan-kelebihan tersebut, terdapat juga kelemahan dari arbitrase, yaitu (Frans Hendra Winarta, 2011:62-63).

- a) Putusan arbitrase ditentukan oleh kemampuan teknis arbiter untuk memberikan putusan yang memuaskan dan sesuai dengan rasa keadilan semua pihak.
- b) Apabila pihak yang kalah tidak mau melaksanakan putusan arbitrase, maka diperlukan perintah dari pengadilan untuk melakukan eksekusi atas putusan arbitrase tersebut.
- c) Pada praktiknya pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase asing masih menjadi hal yang sulit.
- d) Pada umumnya pihak-pihak yang bersengketa di arbitrase adalah perusahaan-perusahaan besar, oleh karena itu untuk mempertemukan kehendak para pihak yang bersengketa dan membawanya ke badan arbitrase tidaklah mudah.

## 2) Waktu pemeriksaan dalam arbitrase

Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, pemeriksaan atas sengketa harus diselesaikan dalam jangka waktu paling lama 180 (seratus delapan puluh) hari sejak arbiter atau majelis terbentuk. Pemeriksaan atas sengketa tersebut dapat diperpanjang dalam hal:

- a) Diajukan permohonan oleh salah satu pihak mengenai hal khusus.
- b) Sebagai akibat ditetapkannya putusan provisional atau putusan sela lainnya.
- c) Dianggap perlu oleh arbiter atau majelis arbiter untuk kepentingan pemeriksaan.

### 3) Konsiliasi

Konsiliasi adalah usaha mempertemukan keinginan pihak yang berselisih untuk mencapai persetujuan dan penyelesaian. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tidak memberikan suatu rumusan yang eksplisit atas pengertian dari konsiliasi. Rumusan tentang konsiliasi dapat ditemukan dalam pasal 1 angka 10 dan alinea 9 Penjelasan Umum, konsiliasi merupakan salah satu lembaga alternatif dalam penyelesaian sengketa. Konsiliasi merupakan proses penyelesaian sengketa alternatif dan melibatkan pihak ketiga yang diikutsertakan untuk menyelesaikan sengketa. Konsiliator dalam proses konsiliasi harus memiliki peran yang cukup berarti. Konsiliator berkewajiban untuk menyampaikan pendapat-pendapatnya mengenai duduk persoalannya.

Dalam menyelesaikan perselisihan, konsiliator memiliki hak dan kewenangan untuk menyampaikan pendapat secara terbuka dan tidak memihak kepada yang bersengketa. Selain itu, konsiliator tidak

berhak untuk membuat putusan dalam sengketa untuk dan atas nama para pihak, sehingga keputusan akhir merupakan proses konsiliasi yang diambil sepenuhnya oleh para pihak dalam sengketa yang dituangkan dalam bentuk kesepakatan antara para pihak (<http://dhini34n4.blogspot.com/2012/05/reviewjurnalpenyelesaian-sengketa.html>).

Pada prinsipnya konsiliasi merupakan perdamaian. Perdamaian sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Pasal 1851 sampai dengan pasal 1864 buku ketiga Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, hal ini berarti segala sesuatu yang dimaksudkan untuk diselesaikan melalui konsiliasi tunduk pada ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan secara khusus pada ketentuan pasal diatas. Hasil kesepakatan para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa harus dibuat secara tertulis dan ditanda tangani oleh para pihak yang bersengketa. Sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (7) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Konsumen bahwa kesepakatan penyelesaian sengketa atau beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik serta wajib didaftarkan di Pengadilan Negeri dengan waktu paling lama 30 (tiga Puluh) hari sejak penandatanganan (Susilawetty, 2013 : 28).

Pada dasarnya, konsiliasi merupakan langkah awal perdamaian sebelum sidang peradilan (litigasi) dilaksanakan. Ketentuan

perdamaian yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah identik dengan konsiliasi yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Konsiliasi tidak hanya dapat dilakukan untuk mencegah dilaksanakannya proses litigasi (peradilan), melainkan juga dapat dilakukan oleh para pihak dalam setiap tingkat peradilan yang sedang berlangsung, baik didalam maupun diluar pengadilan, dengan pengecualian untuk hal-hal atau sengketa dimana telah diperoleh suatu putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (Gunawan Wijaya, 2001: 94).

## **B. Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen**

### **1. Pengertian Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen**

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen mengatur tentang Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen yaitu Badan Perlindungan Sengketa Konsumen di luar pengadilan. Para konsumen yang merasa dirugikan oleh pelaku usaha dapat mengajukan gugatan ke Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. Hal ini berlaku untuk mengajukan gugatan perseorangan, sedangkan gugatan secara kelompok dilakukan melalui peradilan umum. Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen adalah suatu badan yang menyelesaikan sengketa konsumen di luar pengadilan. Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen diharapkan dapat menjawab tuntutan masyarakat agar proses berperkara

berjalan cepat, sederhana dan murah dengan demikian badan penyelesaian sengketa konsumen hanya menerima perkara yang nilai kerugiannya kecil. Pemeriksaan dilakukan oleh hakim tunggal dan kehadiran penuh pihak ketiga (pengacara) sebagai wakil pihak yang bersengketa tidak diperkenankan. Putusan dari Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen tidak dapat dibanding kecuali bertentangan dengan hukum yang berlaku (Dedi Harianto, 2007: 143).

Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen sebagai badan khusus di luar pengadilan umum yang menyelesaikan sengketa antara pelaku usaha dan konsumen, maka konsumen yang merasa hak-haknya dirugikan dapat mengajukan tuntutan ke Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen untuk menuntut hak-hak mereka. Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen merupakan satu badan yang menyelesaikan sengketa antara konsumen dan produsen. Penyelesaian sengketa konsumen dilakukan dalam bentuk kesepakatan yang di buat dalam bentuk perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh para pihak yang bersengketa, yang dikuatkan dalam bentuk keputusan badan penyelesaian sengketa konsumen (Adrian Sutendi, 2008: 25).

## 2. Dasar Hukum Pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen

Dasar hukum pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen adalah Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen jo. Pasal 2 Keputusan

Menteri Perindustrian Dan Perdagangan Nomor 350/MPP/Kep/12/2001 mengatur bahwa di setiap kota atau kabupaten harus dibentuk Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. Kehadiran Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen diresmikan pada tahun 2001, yaitu dengan adanya keputusan presiden Nomor 90 Tahun 2001 tentang Pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen Pada Pemerintah Kota Medan, Kota Palembang, Kota Semarang, Kota Yogyakarta, Kota Surabaya, Kota Malang, Kota Makassar. Dalam Keputusan Presiden Nomor 108 Tahun 2004 tentang Pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen Pada Pemerintah Kota Kupang, Kota Samarinda, Kota Sukabumi, Kota Bogor, Kota Kediri, Kota Mataram, Kota Palangkaraya, Dan Pada Kabupaten Kupang, Kabupaten Belitung, Kabupaten Sukabumi, Kabupaten Bulungan, Kabupaten Serang, Kabupaten Ogan Komering Ulu, Dan Kabupaten Jeneponto, dibentuk lagi Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen di tujuh kota dan tujuh kabupaten berikutnya yaitu di kota Kupang, kota Samarinda, Kota Sukabumi, Kota Bogor , Kota Kediri, Kota Mataram, Kota Palangkaraya, dan pada Kabupaten Kupang, Kabupaten Belitung, Kabupaten Sukabumi, kabupaten Ogan Komering Ulu, dan kabupaten Jeneponte. Terakhir, pada 12 juli 2005 dengan Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 2005 tentang Pembentukan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen Pada Pemerintah Kota Padang, Kabupaten Tangerang, Kabupaten Indramayu, Dan Kabupaten Bandung, terbentuk Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen di kota Padang, kabupaten Indramayu,

kabupaten Bandung dan kabupaten Tangerang (Susanti Adi Nugroho, 2008: 76).

### 3. Tugas dan wewenang BPSK

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen mengatur Tugas dan wewenang Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen meliputi:

- a. Melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen, dengan cara melalui mediasi atau arbitrase atau konsiliasi;
- b. Memberikan konsultasi perlindungan konsumen;
- c. Melakukan pengawasan terhadap pencantuman klausula baku;
- d. Melaporkan kepada penyidik umum apabila terjadi pelanggaran ketentuan dalam Undangundang ini;
- e. Menerima pengaduan baik tertulis maupun tidak tertulis, dari konsumen tentang terjadinya pelanggaran terhadap perlindungan konsumen;
- f. Melakukan penelitian dan pemeriksaan sengketa perlindungan konsumen;
- g. Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap perlindungan konsumen;
- h. Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli dan/atau setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran terhadap Undangundang ini;
- i. Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli, atau setiap orang sebagaimana dimaksud pada huruf g dan

huruf h, yang tidak bersedia memenuhi panggilan badan penyelesaian sengketa konsumen;

- j. Mendapatkan, meneliti dan/atau menilai surat, dokumen, atau alat bukti lain guna penyelidikan dan/atau pemeriksaan;
- k. Memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak konsumen;
- l. Memberitahukan putusan kepada pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap perlindungan konsumen; dan
- m. Menjatuhkan sanksi administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan undang-undang ini.

#### 4. Kepastian hukum dalam penyelesaian sengketa

Pada dasarnya prinsip kepastian hukum menekankan pada penegakan hukum yang berdasarkan pembuktian secara formil, artinya suatu perbuatan baru dapat dikategorikan sebagai pelanggaran hanya jika melanggar aturan tertulis tertentu. Sebaliknya menurut prinsip keadilan, perbuatan yang tidak wajar, tercela, melanggar kepatutan dan sebagainya dapat dianggap sebagai pelanggaran demi tegaknya keadilan meskipun secara formal tidak ada undang-undang yang melarang (Mahfud M.D dalam Fajar Laksono, 2007:91). Dilema antara penegakan hukum yang mengedepankan pada prinsip kepastian hukum ataukah rasa keadilan merupakan persoalan yang sudah ada sejak lama, keduanya sama-sama ada di dalam konsepsi negara hukum.

Maria S.W Sumardjono(1997:1) menyatakan bahwa secara normatif kepastian hukum itu memerlukan tersedianya perangkat peraturan perundang-undangan yang secara operasional maupun mendukung pelaksanaannya. Secara empiris, keberadaan peraturan perundang-undangan itu perlu dilaksanakan secara konsisten dan konsekuen oleh sumber daya manusia pendukungnya.

### **C. Landasan Teori**

Landasann teori yang digunakan dalam penulisan tesis ini berkaitan dengan Penerapan Alternatif Penyelesaian Sengketa Di Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Untuk Mewujudkan Kepastian Hukum adalah

#### **1. Teori Penegakan Hukum**

Penegakan hukum pada prinsipnya harus memberi manfaat atau berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat namun di sisi lain masyarakat juga mengharapkan adanya penegakan hukum untuk mencapai suatu keadilan. Kendatipun demikian tidak dapat dipungkiri bahwa apa yang dianggap berguna (secara sosiologis) belum tentu adil, begitu juga sebaliknya apa yang dirasakan adil (secara filosofis), belum tentu berguna bagi masyarakat padahal masyarakat hanya menginginkan suatu kepastian hukum, dimana terdapat suatu peraturan yang dapat mengisi kekosongan hukum tanpa menghiraukan apakah hukum itu adil atau tidak. Kenyataan sosial seperti ini memaksa pemerintah untuk segera membuat peraturan secara praktis dan pragmatis, mendahulukan bidang-bidang yang paling

mendesak sesuai dengan tuntutan masyarakat tanpa perkiraan strategis, sehingga melahirkan peraturan-peraturan yang bersifat tambal sulam yang daya lakunya tidak bertahan lama, sehingga mengakibatkan kurang ternjaminnya kepastian hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Menurut Van Apeldoorn (Achamad Ali, 1996:134-135) kepastian hukum meliputi dua hal yakni:

- a. Kepastian hukum adalah hal yang dapat ditentukan (*bepaalbaarheid*) dari hukum, dalam hal-hal yang kongkrit, pihak-pihak pencari keadilan ingin mengetahui apakah hukum dalam suatu keadaan atau hal tertentu, sebelum ia memulai dengan perkara;
- b. Kepastian hukum berarti pula keamanan hukum, artinya melindungi para pihak terhadap kewenangan-kewenangan hakim. Roscoe Pound juga menambahkan bahwa yang disebut dengan kepastian hukum adalah *Predictability* yang artinya terukur dan dapat diperhitungkan.

Kepastian hukum normatif ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam arti tidak menimbulkan keraguan-keraguan dan logis dalam artian ia menjadi sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Uraian yang dikemukakan Van apeldoorn tersebut jika dikaitkan dalam penelitian ini bahwa dalam penyelesaian sengketa alternatif di Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen harus mempunyai kepastian hukum yang jelas karena dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun

1999 tentang Perlindungan Konsumen Pasal 54 ayat (3) putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen bersifat final tetapi dalam Pasal 56 ayat (2) menyatakan bahwa putusan tersebut dapat diajukan kembali ke pengadilan negeri, sehingga disini tidak ada kepastian hukum yang jelas.

## 2. Teori Equitable and Legal Remedies

Teori hukum ini dikemukakan oleh Lucy V. Kazi (1984: 588), yaitu "*equitable and legal remedies*" yang memberikan adanya kesederajatan yang sama dan penggantian kerugian secara hukum yang harus dihormati oleh para pihak. Para pihak mempunyai keyakinan bahwa penyelesaian sengketa melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen akan mendapat *remedy for damages* bagi mereka dengan *win-win solution* bukan *win-lose solution*. Di sini, para pihak "sama-sama menang" tidak saja dalam arti ekonomi atau keuangan, melainkan termasuk juga kemenangan moril dan reputasi (nama baik dan kepercayaan).