

PENGARUH SISTEM HUKUM COMMON LAW TERHADAP HUKUM INVESTASI DAN PEMBIAYAAN DI INDONESIA

Dhaniswara K. Harjono
Pascasarjana FH UKI, Jakarta
Jl. Mayjen Sutoyo 2, Cawang, Jakarta 13630
dhaniswara@gmail.com

ABSTRACT

World jurisdictional system subdivided as Common Law's law system and Civil Law's law system that deep its oftentimes implement impinging and interplay. Globalization has begat pranata's input sentences investment and indigenous finances system sentences Common Law goes to Indonesia that follow Civil Law's system. Its attending is trusts's institute, housings secondary finances, capital market and sekuritisasi in forms EBA that its beginning just amends on State that follow Common Law's law system have regarded investment and finances law at Indonesian one bows the neck to Civil Law's law system, where for its implement require law update because is not easily to do law adoption.

Keywords: *Jurisdictional System Common Law Investment Law, Finances Law*

Pendahuluan

Abad 21 merupakan abad globalisasi yang ditandai dengan keterbukaan dan kebebasan dalam berbagai bidang kehidupan. Globalisasi adalah suatu perubahan zaman yang membawa perubahan dalam segala aspek kehidupan manusia. Dengan arus globalisasi maka akan terjadi penghapusan batas-batas Negara dalam bidang ekonomi dan membiarkan segala persoalan yang berkaitan dengan persoalan ekonomi tersebut bergerak secara bebas di dunia tanpa hambatan apapun yang meliputi seluruh penjuru dunia, sebagaimana dikemukakan oleh Abid Al- Jabiri yang mengatakan bahwa kata globalisasi berasal dari bahasa Perancis "*monodilisation*" yang berarti menjadikan sesuatu pada level dunia, atau perubahan dari posisi yang terbatas dan terkontrol menjadi tidak terbatas (*kon-derless*) dan tidak terkontrol. (Abdul Manan, 2005)

Indonesia sebagai negara yang turut aktif dalam kegiatan perdagangan dunia tidak terlepas dari pengaruh globalisasi. Globalisasi merupakan fenomena sosial yang masuk hampir pada semua

aspek kehidupan, baik sosial, ekonomi, dan tak terkecuali bidang hukum. Globalisasi telah membawa pengaruh pada perubahan, baik ditingkat regional, nasional, maupun internasional yang secara tidak langsung berpengaruh terhadap perubahan hukum, dimana terhadap setiap perubahan tersebut, hukum harus mampu memberikan legalitas.

Sudah menjadi fenomena umum, bahwa dari sekian banyak bidang yang terkena arus perubahan globalisasi, bidang ekonomi merupakan bidang yang paling besar terpengaruh oleh adanya globalisasi, yang ditandai dengan masuknya bidang-bidang ekonomi yang sebelumnya tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia, seperti bidang investasi dan bidang pembiayaan.

Globalisasi dalam bidang ekonomi akan membawa pengaruh dalam perubahan paradigma hukum karena setiap perubahan dalam bidang ekonomi, pasti akan membawa perubahan dalam hukum dan praktik hukum. (Gunawan Widjaya, 2008). Karena globalisasi telah mengakibatkan masuknya berbagai macam pranata ekonomi asing yang me-

nganut sistem hukum *Common Law* ke dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law*. Perubahan tersebut secara tidak langsung akan mengakibatkan konflik hukum yang disebabkan oleh adanya perbedaan sistem hukum.

Pengaruh masuknya sistem hukum asing dalam bidang ekonomi ke dalam sistem hukum Indonesia tidaklah dapat dihindari dan oleh karenanya kita tidak dapat menutup mata terhadap masuknya unsur atau lembaga yang tunduk pada pranata hukum yang berbeda. Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII yang diselenggarakan di Bali, tanggal 14 s/d 18 Juli 2003, khusus mengenai aspek masalah keuangan, mempertegas mengenai adanya pengaruh sistem hukum asing dalam bidang ekonomi, sebagaimana dinyatakan dalam "Uraian Masalah Dan Rekomendasi Untuk Rancangan Tindak Bidang Ekuin", sebagai berikut :

Kebijakan dalam bidang EKUIN pada umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *Common Law*, yang kadangkala tidak cocok diterapkan di Negara kita yang menganut *Civil Law* terutama yang menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya, tradisi hukum masing-masing Negara yang berbeda. (BPHN, 2003)

Dengan rekomendasi tersebut, maka Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law* mendapat pengaruh dan benturan dari sistem hukum *Common Law*, terutama dalam bidang ekonomi.

Bidang hukum investasi dan pembiayaan merupakan salah satu bidang ekonomi yang mendapat pengaruh dari sistem hukum *Common Law* yang dalam pelaksanaannya seringkali menimbulkan benturan. Bidang-bidang hukum investasi dan pembiayaan tersebut antara lain adalah lembaga pasar modal, lembaga *trusts*, dan lembaga pembiayaan perumahan (*Secondary Mortgage Facility/SMF*), dan securitisasi aset, yang merupa-

kan lembaga ekonomi yang berkembang di Negara yang menganut sistem hukum *Common Law* dan sebelumnya sama sekali tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law*.

Benturan tersebut terjadi karena perbedaan sistem hukum, dimana sistem hukum yang ada (sistem hukum Indonesia) memiliki struktur, substansi dan budaya tersendiri yang berbeda dengan sistem hukum yang lain (sistem hukum *Common Law*). Hukum sebagai suatu sistem merupakan refleksi atau cermin dari budaya masyarakat, sehingga hukum tidaklah otonom dan dipengaruhi oleh budaya yang ada dan hidup di masyarakat. Oleh karenanya tidak semua pranata hukum cocok dengan tradisi dan nilai-nilai budaya yang ada dalam masyarakat kita, yang itu memerlukan perubahan dan pembaharuan hukum.

Makalah ini dibuat dengan metode pendekatan yuridis normatif, yaitu dengan melakukan penelitian bahan kepustakaan, baik bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder. Penelitian juga dilakukan terhadap asas-asas hukum dan kaidah-kaidah hukum yang berkaitan sistem hukum, hukum investasi dan pembiayaan. Tujuan makalah ini adalah untuk membahas secara teoritis mengenai pengaruh sistem hukum *Common Law* terhadap bidang hukum investasi dan pembiayaan di Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law*.

Pembahasan

Dalam suatu sistem, peraturan-peraturan hukum tidak berdiri sendiri, tetapi mempunyai hubungan satu sama lain, sebagai konsekuensi adanya keterkaitan antara aspek-aspek kehidupan dalam masyarakat. Malahan keseluruhan peraturan hu-

kum dalam masyarakat merupakan suatu sistem hukum.

Bellefroid menyebutkan bahwa sistem hukum sebagai suatu rangkaian kesatuan peraturan hukum yang disusun secara tertib menurut asasnya. Sudikno Mertokusumo mengatakan, sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. (Titik Triwulan, 2006)

Dari pengertian-pengertian tersebut, maka sistem hukum adalah merupakan suatu kesatuan peraturan-peraturan hukum, yang terdiri atas bagian-bagian (hukum) yang mempunyai kaitan interaksi antara satu dengan yang lainnya, tersusun sedemikian rupa menurut asas-asasnya, yang berfungsi untuk mencapai suatu tujuan. Sehingga menurut Scholten, sistem hukum merupakan kesatuan dalam sistem hukum, tidak ada peraturan hukum yang bertentangan dengan peraturan-peraturan hukum lain dari sistem itu.

Menurut Lawrence M. Friedman (2002), sistem hukum merupakan satu sistem yang meliputi elemen-elemen struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. Unsur pertama dari pandangan Friedman ini adalah struktur hukum. Struktur hukum merupakan kerangka dari sistem hukum tersebut secara keseluruhan. Struktur hukum memberi bentuk pada sistem hukum, yang menopang sistem hukum tersebut. Bagaimana selanjutnya pendelegasian wewenang pada masing-masing lembaga dalam negara, apa yang menjadi hak dan wewenang masing-masing, termasuk sistem peradilan yang berjalan di suatu negara.

Unsur kedua adalah substansi hukum yang merupakan aturan-aturan hukum yang berlaku, nor-

ma-norma dan pola perilaku setiap anggota masyarakat yang berada dalam sistem itu. Substansi ini berkaitan dengan produk hukum positif yang berkaitan dengan produk legislatif. Substansi hukum inilah yang mengisi sistem hukum, yang menentukan bagaimana suatu masyarakat dapat dan harus berjalan, mana yang boleh dilakukan mana yang tidak boleh dilakukan. Unsur yang ketiga adalah budaya hukum, yaitu sikap-sikap dan nilai-nilai yang berhubungan dengan hukum, bersama-sama dengan sikap-sikap dan nilai-nilai yang terkait dengan tingkah laku yang berhubungan dengan hukum dan lembaga-lembaganya baik secara positif maupun negatif. (Friedman, 2002) Friedmann dalam bukunya *Legal Theory* menyatakan bahwa budaya hukum merupakan orientasi, pandangan dan perasaan serta perilaku seseorang dalam masyarakat terhadap hukum dengan segala kongkretisasinya. Budaya hukum ini oleh Friedmann, disebut sebagai bensinnya motor keadilan (*the legal culture provides fuel for motor of justice*).

Seluruh peraturan-peraturan hukum dalam suatu Negara dapat dikatakan sebagai sistem hukum. Sistem hukum Indonesia, terdapat berbagai macam bidang hukum yang masing-masing mempunyai sistem sendiri-sendiri sehingga terdapat sistem hukum perdata, pidana, sistem hukum tata Negara, sistem hukum ekonomi, dan sebagainya, yang kemudian masing-masing terbagi menjadi beberapa sistem hukum. Sehingga dalam suatu Negara terdapat tingkatan sistem hukum. Keseluruhan peraturan positif di Indonesia adalah merupakan sistem hukum Indonesia.

Sistem hukum merupakan sistem yang terbuka karena peraturan-peraturan hukum karena istilah-istilahnya yang bersifat umum, terbuka untuk

penafsiran yang berbeda dan untuk penafsiran yang luas. Hukum akan dapat disebut sebagai sistem hukum apabila memenuhi *principles of legality*, yaitu:

- 1) Suatu sistem harus mengandung peraturan-peraturan yang tidak boleh mengandung sekedar keputusan ad hoc;
- 2) Peraturan-peraturan yang telah dibuat harus diumumkan;
- 3) Peraturan-peraturan tidak boleh ada yang berlaku surut;
- 4) Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti;
- 5) Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain;
- 6) Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
- 7) Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah-ubah peraturan sehingga menyebabkan orang kehilangan konsentrasi;
- 8) Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

Mengenai sistem hukum, selain sistem hukum asli yang dimiliki oleh setiap masyarakat hukum, sistem hukum dunia juga telah dipengaruhi sistem hukum besar dunia yang saling berpengaruh sama kuatnya. Sehingga sistem hukum yang berlaku pada suatu Negara akan dipengaruhi oleh sistem hukum lainnya.

Terbentuknya sistem hukum dunia bertitik tolak dari pemikiran mengenai Negara hukum di dunia barat dari Plato dengan konsepnya, “bahwa

penyelenggaraan Negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik yang disebut dengan istilah “*nomoi*”. Satjipto, (1986). Konsep Negara hukum tersebut selanjutnya berkembang dalam dua sistem hukum besar, yaitu sistem hukum Eropa Kontinental (sistem hukum *Civil Law*) dengan istilah *Rechtstaat* dan sistem hukum Anglo-Saxon (sistem hukum *Common Law*) dengan istilah *Rule of Law*.

Sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut dengan *Civil Law* berkembang di Negara-negara Eropa daratan (Barat). Pertama kali di Perancis, kemudian diikuti oleh Negara-negara Eropa Barat lainnya seperti Belanda, Jerman, Belgia, Swiss dan Italia, selanjutnya berkembang ke Amerika Latin dan Asia (termasuk Indonesia pada masa penjajahan pemerintah Hindia Belanda). Sedangkan sistem Anglo-Saxon yang biasa disebut *Common Law* berkembang di Negara-negara Anglo-Saxon, seperti Inggris dengan Negara-negara jajahannya, seperti Amerika, Australia, India, Pakistan, Malaysia, dan sebagainya.

Civil Law adalah sistem hukum Barat yang merupakan sistem hukum modern yang diadopsi hampir oleh mayoritas bangsa-bangsa di dunia. Prinsip utama yang mendasari sistem hukum Eropa Kontinental atau *Civil Law* adalah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan. Menurut Frederich Julius Stahl, konsep sistem hukum ini ditandai oleh empat unsur pokok, yaitu :

- 1) Pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
- 2) Negara di dasarkan pada teori trias politika;
- 3) Pemerintahan diselenggarakan berdasarkan undang-undang (*wetmatig bertuur*);

4) ada peradilan administrasi Negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).

Kekuatan mengikat karena diwujudkan artinya bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi dan kompilasi tertentu semata-mata untuk kepastian hukum. Kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau pergaulan atau hubungan dalam masyarakat di atur dalam peraturan-peraturan tertulis. Sehingga Hakim menurut sistem hukum *Civil Law* tidak leluasa untuk menciptakan hukum yang mengikat masyarakat, putusan Hakim dalam suatu perkara, hanyalah mengikat pihak yang berperkara saja (*doctrins Rea Ajudicata*).

Sumber hukum pada sistem *Civil Law* meliputi : 1) Undang-undang yang dibentuk pemegang kekuasaan legislatif; 2) Peraturan-peraturan yang dibuat pegangan kekuasaan eksekutif berdasarkan wewenang yang telah ditetapkan oleh undang-undang; 3) Kebiasaan-kebiasaan yang hidup dan diterima sebagai hukum oleh masyarakat selama tidak bertentangan dengan undang-undang.

Berdasarkan sumber hukum tersebut, maka kaidah hukum dalam sistem *Civil Law* adalah : 1) hukum bersifat konservatif; 2) hakim hanya menerapkan isi rumusan hukum tertulis; 3) hakim hanya sebagai cerobong undang-undang; 4) jika terjadi pertentangan antara undang-undang dengan yurisprudensi, maka dimenangkan undang-undangnya; 5) Indonesia menganut sistem *Common Law* dan *Ci-*

vil Law dengan skala prioritas *Civil Law* diiringi *Common Law*.

Sedangkan sistem hukum *Common Law*, merupakan sistem hukum yang berkembang di bawah pengaruh sistem yang bersifat *adversarial* dalam sejarah *England* berdasarkan keputusan pengadilan yang berdasarkan tradisi, *custom*, dan *pre-seden*. Bentuk *reasoning* yang digunakan dalam *Common Law* dikenal dengan *casuistry* atau *case based reasoning*. *Common Law* dapat juga berbentuk hukum tak tertulis ataupun hukum tertulis seperti tertuang dalam *statutes* maupun *codes*.

Sistem *Common Law* merupakan sistem hukum yang memakai logika berpikir induktif dan analogi. Sistem hukum *Common Law* memiliki konsep *Rule of Law* yang menekankan pada tiga tolak ukur : 1) supremasi hukum (*supremacy of law*); 2) persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*); 3) konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan (*the constitution based on individual rights*).

Sumber hukum sistem hukum *Common Law* adalah : 1) putusan-putusan pengadilan atau hakim (*judicial decision*), yaitu hakim tidak hanya berfungsi sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum, tetapi tidak juga membentuk seluruh tata kehidupan dan menciptakan prinsip-prinsip baru (yurisprudensi); 2) kebiasaan-kebiasaan dan peraturan-peraturan tertulis undang-undang dan peraturan administrasi Negara. Dengan berdasarkan sumber hukum tersebut, kaidah hukum dalam sistem *Common Law* adalah : 1) hukum merupakan lembaga kebudayaan yang terus mengalami perkembangan; 2) hukum merupakan hasil daya cipta manusia; 3) hukum tidak memerlukan kodifikasi, karena hukum yang terkodifikasi

hanyalah sebagian saja dari hukum; 4) putusan pengadilan adalah hukum. (Kamil, 2004)

Dengan mengutip ulasan Friedmann, bahwa pada dasarnya perbedaan fundamental antara kedua sistem hukum tersebut adalah dalam sistem hukum *Civil Law* mengambil bentuk tertulis yang dikodifikasi dalam perundang-undangan, sehingga *rigid* dalam perubahan. Segi positifnya lebih menjamin kepastian hukum. Sedangkan sistem hukum *Common Law* lebih mengacu kepada hukum kebiasaan (*customary law*) yang cenderung tidak tertulis. Sehingga sumber hukum utama dari *Civil Law* adalah peraturan perundang-undangan walaupun terdapat sumber hukum lain, seperti kebiasaan, yurisprudensi dan doktrin. Ahli hukum di negara Eropa Kontinental lebih kuat dalam hal penafsiran karena terbiasa mengacu kepada peraturan perundang-undangan, disamping itu juga membutuhkan penafsiran hukum, antara lain penafsiran gramatikal, historis, otentik dan konstruksi hukum.

Hal ini berbeda dengan sistem hukum *Common Law* yang sumber hukum utamanya adalah yurisprudensi (*judge made by law/binding force of precedent*), dimana masalah-masalah hukum diselesaikan kasus per kasus dan hasilnya tercermin dalam putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Oleh karenanya kemampuan analisis yang kuat dari para hakim negara-negara Anglo Saxon menjadi salah satu ciri positif, karena mereka sudah terbiasa memecahkan masalah dengan melihat kasus-kasus terdahulu. Proses peradilan dengan sistem juri dikenal dalam sistem hukum *Common Law* tidak dikenal dalam sistem *Civil Law*.

Bidang Hukum Investasi dan Pembiayaan yang berasal dari sistem hukum *Common Law*

Masuknya sistem hukum asing dalam bidang ekonomi ke dalam sistem hukum Indonesia tidaklah dapat dihindari dan kita tidak dapat menutup mata terhadap masuknya unsur atau lembaga yang tunduk pada pranata hukum yang berbeda. Bahkan kebijakan dalam bidang EKUIN pada umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *Common Law*, yang kadangkala tidak cocok diterapkan di Negara kita yang menganut *Civil Law* terutama yang menyangkut prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya, tradisi hukum masing-masing Negara yang berbeda.

Pranata hukum *Common Law* di bidang hukum investasi dan pembiayaan yang masuk ke dalam sistem hukum kita yang menganut sistem *Civil Law* adalah antara lain :

a. *Trusts*

Lembaga *trusts* merupakan suatu lembaga yang hubungannya berdasarkan kepercayaan (*fiduciary relationship*) dimana didalamnya seseorang adalah sebagai pemegang hak atas harta kekayaan yang tunduk pada kewajiban berdasarkan *equity* untuk memelihara atau menggunakan harta kekayaan itu untuk kepentingan orang lain. Dengan pranata *trusts*, kepemilikan dibagi kepada hak berdasarkan hukum dan hak berdasarkan *equity*. Dalam pandangan sistem hukum *Common Law*, *trusts is created where the absolute owner of property (the settlor) passes the legal title in that property to a person (the trustee) to hold that property on trusts for the benefit of another person (the beneficiary) in accordance with terms set out by the settlor. (Gunawan Widjaya, 2008)*

Sebagai pranata yang berkembang dalam sistem *equity*, yang melibatkan eksistensi 3 pihak yaitu *settlor*, *trustee* dan *beneficiary*, *trusts* merupakan suatu pranata yang unik. Dalam hal yang demikian, *trusts* merupakan suatu konsep dimana *settlor* menyerahkan hak milik sejatinya (*dominium*) kepada *trusts* dalam bentuk kepemilikan terdaftar (*legal owner*) dan *beneficiary* dalam bentuk kenikmatan (*equitable owner*). Sehingga jelas dengan diserahkannya benda dalam *trusts* oleh *settlor* kepada *trustee*, *settlor* tidak lagi memiliki sesuatu kepentingan atau hak apapun lagi atas benda yang diserahkan dalam *trusts* (kecuali dalam *resulting trusts*).

Sebagai pranata hukum yang unik, *trusts* tidaklah berdiri sendiri, melainkan merupakan bagian dari suatu sistem yang lebih besar yang disebut sebagai *equity*. Sehingga dalam hal ini *trusts* lahir dari *equity*, *trusts* merupakan salah satu kontribusi terbesar dalam *equity*. Dalam tradisi hukum *anglo saxon*, *trustee* selain sebagai pemilik juga merupakan pengurus dalam hukum dari *trusts corpus*.

Hukum Indonesia (*Civil Law*) tidak mengenal istilah *trustee*. Pranata hukum *trusts* yang berdasarkan pada adanya *dual ownership*, yaitu *legal owner* dan *beneficial owner* tidak dikenal dalam sistem hukum *Civil Law*. Dalam sistem ini *legal* dan *beneficial owner* berada dalam satu tangan, dengan kata lain pemilik adalah mereka yang mempunyai hak milik terhadap sesuatu benda. Sebaliknya dalam sistem hukum *Common Law*, *trusts* merupakan pranata hukum yang didasarkan pada *equity* atau kepatutan. Konsep *trusts* ini banyak digunakan dalam bisnis. Dalam *Com-*

mon Law, *equity* merupakan sumber hukum yang kedudukannya sejajar dengan hukum yang pada awalnya muncul akibat hukum tidak mampu menyelesaikan permasalahan.

b. Pembiayaan Sekunder Perumahan (*Secondary Mortgage Facility*/SMF)

Lembaga *Secondary Mortgage Facility* (SMF) merupakan lembaga pembiayaan yang dikenal sebagai *Housing Finance System* yang dikenal di negara Amerika dan Negara yang menganut sistem *Common Law* /*Anglo Saxon* dan disebut dengan *Mortgage Backed Securities*.

Kegiatan SMF pada dasarnya adalah kegiatan membeli tagihan kredit pemilikan rumah (KPR) dari bank penerbit KPR (*originator*), kemudian menerbitkan efek atau sekuritas untuk dijual kepada investor dengan jaminan tagihan KPR yang didukung oleh jaminan kebendaan yang dinamakan *mortgage* yang dibebankan atas tanah yang dibeli melalui KPR. Sehingga jaminan sekunder (*second mortgage*) merupakan penjaminan dimana suatu benda dijamin kepada dua kreditor, kreditor awal dan kreditor akhir. *Secondary Mortgage Facility is a mortgage that's a junior to first mortgage on the same property, but the senior to any later mortgage* Dalam hal ini objek jaminan yang sudah dijamin dalam perjanjian kredit dijamin kembali. Sehingga tanah dan bangunan/rumah yang sudah dijamin dalam pembiayaan rumah dijamin lagi untuk mendapatkan dana pembiayaan perumahan tersebut.

Jaminan *mortgage* tersebut dikumpulkan oleh bank dan diserahkan pada suatu lembaga *trusts* untuk penerbitan sekuritas untuk dijual kepada investor. Sedangkan *originator* sebagai bank

pemberi kredit akan melakukan fungsinya sebagai pemberi kredit dengan memantau kelangsungan pembayaran kredit dan apabila terjadi kemacetan, sebagai *originator*, bank akan menalangi pembayaran kewajiban debitor.

c. Sekuritisasi Aset dalam bentuk Efek Beragun Aset (EBA)

Sekuritisasi sebagai konsep yang lahir dan pertama berkembang di Amerika Serikat, diartikan sebagai transformasi aset yang tidak liquid (tagihan-tagihan yang semula sulit diperjualbelikan) menjadi liquid (mudah diperjualbelikan) dengan cara pembelian Aset Keuangan dari kreditor asal dan penerbitan EBA berupa : a) Surat Utang (misalnya obligasi) yang dijamin pembayarannya dengan portofolio tagihan-tagihan terhadap debitor yang di dalamnya melekat jaminan Hak Tanggungan; dan b) Sertifikat partisipasi yang dijual kepada/ dimiliki investor sebagai bukti kepemilikan secara proporsional atas portofolio tagihan-tagihan portofolio adalah kumpulan tagihan-tagihan terpilih dari bank pemberi kredit (*originator*) terhadap debitor/pembeli rumah.

Suatu sekuritisasi akan menghasilkan *Asset Backed Securities* atau disebut Efek Beragun Aset (EBA), karena setiap pemenuhan kewajiban yang ada dalam sekuritas atau efek tersebut dijamin dengan aset. Oleh karenanya produk dari sekuritisasi aset dinamakan *Asset Backed Securities* (ABS) atau Efek Beragun Aset. EBA terdiri dari dua bentuk, yakni : 1) *Fixed income securities* yang menerbitkan/ memberikan kupon dalam jumlah tetap dan disebutkan pula jadwal pembayaran yang jelas; dan 2) *Floating income securities* yang pembayaran

kuponnya tidak tetap dan jadwal pembayarannya pun tidak jelas.

Pengaruh Sistem Hukum Common Law Terhadap Hukum Investasi dan Pembiayaan

Berlakunya pranata hukum yang berasal dari sistem hukum *Common Law* di Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law* menunjukkan adanya situasi percampuran sistem hukum (*mixed jurisdiction*), dimana di Indonesia berlaku kaidah hukum sistem *Common Law* walaupun mengutamakan sistem hukum *Civil Law*. Hal ini menunjukkan tren perkembangan hukum positif di Indonesia.

Kecenderungan eksistensi sistem hukum *Common Law* dalam sistem hukum Indonesia merupakan konsekuensi dari peran Amerika sebagai adidaya ekonomi. Sejumlah pencangkokan dan pengenalan hukum Amerika telah berjalan secara sistematis, disamping kenyataan bahwa para elit *legal expert* dan ahli ekonomi Indonesia pada umumnya merupakan alumni Universitas di Amerika, Inggris dan Australia. (Ade Manan, 2004)

Kebijakan Amerika dalam pembangunan hukum di Negara-negara berkembang, sebagaimana diulas oleh Thomas Franck dalam tulisan “Dapatkan Hukum Amerika dan Insitusi Hukumnya Membantu Negara Berkembang” yang merujuk pada Foreign Assistance Act 1966, bahwa kongres menyetujui Lembaga Pembangunan Internasional (AID) :

To emphasize the assurance of Maximum Participation in the task of economic development on the part of the people of the developing countries through the encourage went of democratic private and local governmental institution.

Sebagai implikasinya telah dikirim peneliti, khususnya para pakar hukum ke Negara-negara berkembang di Asia dan Afrika.

Pengaruh sistem hukum *Common Law* ke dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law* ditandai dengan masuknya pranata ekonomi dan pranata hukum asing sebagai akibat pergaulan perdagangan dunia. Sehingga mengakibatkan benturan tradisi hukum Indonesia dengan tradisi hukum Anglo Saxon.

Pengaruh sistem hukum *Common Law* dengan sistem hukum *Civil Law* yang dianut Indonesia dalam bidang hukum investasi dan pembiayaan juga masih menimbulkan benturan, karena bidang hukum dimaksud tidak dikenal dalam sistem hukum *Civil Law*, yaitu :

a. **Persoalan Hukum Penggunaan Lembaga Trusts**

Lembaga *trusts* merupakan lembaga yang dipercayakan oleh seseorang atas harta kekayaannya demi kepentingan *beneficiary*. Lembaga ini dalam tradisi hukum *Common Law* adalah *legal relationship created under the laws of equity whereby property (the corpus) is held by one party (the trustee) for the benefit of other (cestui que trust or beneficiaries*. Dari rumusan tersebut memperlihatkan bahwa *trusts* adalah produk dari *equity* yang berada di luar *court of Common Law*.

Terdapat beberapa karakteristik *Civil Law* modern yang yang menjadi penghalang terhadap resepsi/ adopsi konsep *trusts* yang merupakan bagian elemen dari pranata hukum, dimana konsep *trusts* merupakan bagian esensi dari pranata hukum investasi dan pembiayaan yang meliputi, konsep kepemilikan dalam satu ke-

satuan berbeda dengan konsep hak kebendaan yang duplikasi dan dapat dibagi-bagi, konsep pelengkap (*supplementary nation*). Konsep yang dikembangkan di Jerman ini menyatakan bahwa registrasi publik atas hak kebendaan termasuk juga kodifikasi hak tersebut dari segi perpajakan. Ini disebut dengan *numerus Clausus*, dan perkembangan beberapa instrumen hukum yang mempunyai tujuan yang sama dengan konsep.

Penghalang pertama yang merupakan penghalang utama terhadap adopsi konsep *trusts* ke dalam *Civil Law* adalah adalah konsep kepemilikan yang mandiri tidak dapat dibagi. Yang merupakan konsep kepemilikan seperti yang pertama kali diperkenalkan oleh Code Justian, kemudian diperkenalkan kembali oleh Code Napoleon Pasal 544. Kemudian terdapat perkembangan terhadap struktur sosial. Perkembangan tersebut termasuk juga perubahan formulasi kepemilikan yang otonom dan eksklusif menjadikan konsep kepemilikan yang lebih luas yang lebih dapat beradaptasi dan luwes. Akibat dari proses liberalisasi bahwa hak untuk hidup, hak untuk bekerja, atau hak atas pendidikan yang dipandang sebagai hak milik komersial, kultural atau hak kolektif pekerja di industri-industri.

Syarat kedua adalah prinsip terbuka untuk umum yang mensyaratkan *numerus clausus* atau perhitungan pajak atas hak kepemilikan. Menurut doktrin ini : a) semua transaksi yang menimbulkan *iura in rem* mesti dicatat dengan resmi; b) bentuk-bentuk transaksi *in rem* di perinci dalam kodifikasi; c) transaksi yang tidak disebut dalam kodifikasi tidak dapat dilakukan;

d) jumlah transaksi *ius in rem* tidak dapat diubah-ubah.

Dasar dari konsep publisitas kepemilikan adalah pemisahan antara *aura in rem* dan *aura in personam*, yakni pemisahan antara hukum kebendaan dengan hukum tentang obligasi. Sehingga otonomi para pihak diperkenankan dalam bidang ini dengan konsep *trusts*, karena sebenarnya setiap transaksi tentang *trusts* akan melibatkan kepemilikan *in rem* yang akan memperluas konsep kepemilikan kepada klaim dan *future interest* dan *beneficiaries*, tetapi transaksi seperti ini dalam konsep *Civil Law* pada prinsipnya dianggap tidak mempunyai akibat *in rem*.

b. **Persoalan Hukum pembiayaan sekunder perumahan (*secondary mortgage facility/SMF*)**

Sebagai suatu bentuk yang baru, SMF menghadapi hambatan sebagai akibat perbedaan sistem hukum yang terkait dengan jaminan kredit berupa tanah dan rumitnya ketentuan hukum pertanahan khususnya masalah Hak Tanggungan yang ternyata tidak cukup adaptif terhadap pelaksanaan SMF ini merupakan kendala utama. Atas dasar hal tersebut, maka permasalahan hukum yang menjadi kendala transaksi sekuritisasi SMF saat ini adalah sebagai berikut :

1. Hak Tanggungan, terdapat 2 permasalahan, yaitu:

a. Syarat balik nama jaminan Hak Tanggungan. Jaminan Hak Tanggungan yang semula terdaftar atas nama bank pemberi kredit KPR (*originator*) yang

diberikan oleh masing-masing Debitor harus melalui proses balik nama secara bertahap, yaitu balik nama ke *Secondary Mortgage Company* (Tahap I), baru kemudian dibalik nama atas nama Wali Amanat yang mewakili para investor/pemegang EBA (Tahap II). Mengingat transaksi sekuritisasi hanya menguntungkan bilamana mencakup debitor-debitor dan tagihan-tagihan dalam jumlah besar agar dapat menutup biaya-biaya yang cukup tinggi untuk melakukan sekuritisasi, maka portofolio tagihan KPR yang terdiri dari ratusan atau bahkan ribuan tagihan akan menjadi kendala besar dalam efisiensi waktu dan biaya dalam proses balik nama yang sekarang dilakukan secara manual (satu persatu dan tidak secara kontinyu/global). Untuk itu harus dimungkinkan Tahap I dan Tahap II dilakukan secara serentak dan kolektif (balik nama) dapat langsung terjadi dari bank pemberi KPR (*originator*) kepada Wali Amanat.

b. Tidak ditentukannya pendaftaran Hak Tanggungan atas nama Wali Amanat dalam Undang Undang Hak Tanggungan. Dalam Hipotik yang didasarkan pada *Ordonansi op de Vergadering van Houders van Schuldbrieven aan Toonder* (Ordonansi Rapat Para Pemegang Surat Utang Atas Tunjuk), Stb 1937 – 545 tanggal 25 September 1937, berlaku sejak 4 November 1937 yang masih berlaku hingga saat ini, Hipotik

dapat didaftarkan atas nama Wali Amanat. Sementara dalam Undang Undang Hak Tanggungan tidak ada pengaturan seperti itu. Padahal ketentuan Ordonansi tersebut tidak dapat diabaikan dan di-hentikan dalam perkembangan peraturan perundang-undangan.

- c. Permasalahan yang berkaitan dengan perpindahan hak milik yang terjadi. Dikaitkan dengan Pasal 613 KUH Perdata, penyerahan hak-hak atas piutang tersebut harus melalui proses pemberitahuan kepada debitor KPR atau secara tertulis disetujui dan diakuinya. Hal ini akan relatif sulit dalam pelaksanaannya mengingat portofolio yang akan dijual adalah milik ribuan debitor.

Pembaharuan Hukum

Dengan masuknya sistem hukum *Common Law* dalam pranata ekonomi Indonesia, hukum memerlukan penyesuaian karena hukum harus memberikan legalitas terhadap segala perubahan yang terjadi, agar lalu lintas pergaulan manusia akibat masuknya pranata hukum asing tersebut tidak terganggu dan saling bertabrakan. Untuk itu reformasi di bidang hukum sebagai akibat masuknya pranata hukum asing di Indonesia merupakan hal yang sangat penting dan mendesak untuk dilakukan. Perubahan hukum tersebut mencakup pembaharuan dalam cara berpikir, tingkah laku, pola hidup yang sesuai dengan tuntutan perkembangan. Perbedaan sistem hukum ini harus dapat diatasi dengan cara pembaharuan hukum sebagaimana konsep dan pendapat Mochtar Kusumaatmaja, yang meny-

takan bahwa hukum merupakan sarana pembaharuan dan pembangunan masyarakat.

Adopsi hukum sebagai akibat masuknya pranata hukum asing yang mempunyai sistem hukum yang berbeda merujuk pada perpindahan norma-norma hukum atau ketentuan hukum tertentu dari suatu Negara tertentu ke Negara lain selama suatu proses pembuatan hukum (undang-undang). Oleh karenanya adopsi hukum menunjuk pada proses pembuatan peraturan perundang-undangan, dimana legislatif mempunyai 2 (dua) opsi pilihan, yaitu meminjam atau mengambil alih hukum atau undang-undang yang telah ada dan berlaku pada Negara lain, atau karena tiap-tiap Negara memiliki tradisi, budaya, sejarah, dan identitas yang berbeda antara satu dengan yang lainnya, maka tiap-tiap Negara melakukan sendiri proses pencarian norma-norma dan kaidah-kaidah hukum yang dianggap cocok dan sesuai dengan identitas bangsa dan negara tersebut yang sejalan dengan tradisi, budaya, dan sejarahnya.

Masuknya pranata hukum yang berasal dari tradisi hukum Anglo Saxon dengan sistem hukumnya *Common Law* ke seluruh dunia memberikan alasan dilakukannya adopsi pranata hukum asing karena : 1) Transplantasi hukum dilakukan dengan mudah, cepat, dan merupakan sumber hukum baru yang potensial; 2) Transplantasi hukum seringkali mengikuti suatu masa penjajahan (kolonialisme); dan 3) Transplantasi hukum tidak lepas dari peran serta kalangan ahli hukum, yang cenderung mencontoh hukum-hukum yang bagi mereka dianggap baik dan bagus.

Pada prinsipnya, hukum sebagai suatu sistem adalah refleksi atau cermin dari budaya masyarakat, bahwa hukum tidaklah otonom, bahwa hu-

kum ada dan dipengaruhi oleh budaya yang hidup dalam masyarakat, bahwa substansi hukum yang dibuat tidak berdasarkan norma-norma atau kaidah-kaidah yang cocok yang sesuai dengan nilai-nilai budaya dan tradisi yang ada dalam masyarakat tidaklah dapat hidup dan bertahan dalam masyarakat tersebut. Dengan dasar ini seolah-olah pranata hukum asing sulit untuk diadopsi.

Namun demikian sesungguhnya, adopsi terhadap pranata hukum asing dapat dilakukan dengan bergantung pada kuat lemahnya hubungan antara hukum atau undang-undang yang hendak diadopsi dengan keadaan politik, sosial, budaya dari masyarakat suatu negara dimana hukum atau undang-undang tersebut hendak diadopsi. Dalam hal demikian, maka pelaksanaan dari hukum yang diadopsi dari suatu sistem hukum ke sistem hukum lain pasti berbeda dengan hukum negara asalnya.

Mengenai masuknya pranata hukum asing di bidang investasi dan pembiayaan seperti pasar modal, lembaga *trusts*, pembiayaan sekunder perumahan dan sekuritisasi aset memerlukan adanya pembaruan hukum yang memungkinkan dilakukan adopsi dan penerapannya yang sesuai dengan sistem hukum kita yang menganut sistem *Civil Law*. Sehingga Indonesia tidak lagi mengalami benturan dengan tradisi hukum Anglo Saxon atau *Common Law*. Apalagi kebijakan dalam bidang EKUIN umumnya mengambil ketentuan dari sistem hukum *Common Law* yang kadang kala tidak cocok diterapkan di negara kita yang menganut *Civil Law*, terutama yang berkaitan dengan prosedur yang dibentuk dari sejarah, budaya masing-masing negara yang berbeda.

Oleh karenanya agar konsep pranata hukum pasar modal, *trusts*, pembiayaan sekunder pe-

rumahan dan sekuritisasi aset dapat diterapkan dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law*, maka harus diadakan pembaharuan hukum melalui sarana pembangunan yang memenuhi syarat-syarat kerangka pembangunan hukum menurut Mochtar Kusumaatmadja, yang meliputi :

- 1) Hukum tidak merupakan aturan-aturan yang bersifat *ad hoc*, akan tetapi merupakan aturan-aturan umum dan tetap. Dalam hal ini aturan dalam mekanisme hukum harus merupakan peraturan yang sifatnya tetap bukan bersifat insidental sesaat.
- 2) Hukum tadi harus diketahui dan jelas bagi warga masyarakat yang kepentingan-kepentingannya diatur oleh hukum. Hukum mengenai mekanisme investasi dan pembiayaan tersebut harus disosialisasikan pemberlakuannya sehingga dapat efektif dalam pelaksanaannya.
- 3) Dihindari penerapan peraturan-peraturan yang bersifat retroaktif (berlaku surut);
- 4) Hukum tersebut harus dimengerti oleh umum;
- 5) Tidak ada peraturan-peraturan yang saling bertentangan, baik mengenai satu bidang kehidupan tertentu, maupun untuk pelbagai bidang kehidupan (konsisten);
- 6) Pembentukan hukum harus memperhatikan kemampuan para warga masyarakat untuk mematuhi hukum tersebut;
- 7) Perlu dihindari terlalu banyak dan seringnya frekwensi perubahan-perubahan pada hukum, oleh karena warga-warga masyarakat dapat kehilangan ukuran dan pedoman bagi kegiatan-kegiatan;

- 8) Adanya korelasi antara hukum dengan pelaksanaan atau penerapan hukum tersebut;
- 9) Hukum mempunyai landasan yuridis, filosofis maupun sosiologis;
- 10) Perlu diusahakan agar hukum tersebut diberi bentuk tertulis.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja, ukuran dapat dilakukan pengembangan/pembaharuan bidang hukum adalah : 1) Ukuran keperluan yang mendesak.; 2) *Feasibility*, bidang hukum yang mengandung terlalu banyak halangan ditanggihkan; 3) Perubahan yang pokok, dimana perubahan diperlukan karena pertimbangan politik, ekonomi dan sosial; 4) Penggunaan model asing, walaupun adakalanya menguntungkan juga harus memperhatikan hambatan terhadap penggunaan model asing tersebut. (Mochtar Kusumaatmadja, 2002)

Untuk itu sesuai dengan teori Mochtar Kusumaatmadja, perubahan pembangunan hukum berkaitan dengan adopsi pranata hukum trusts, lembaga pembiayaan sekunder perumahan, sekuritisasi dan Pasar Modal harus dilakukan dengan pembangunan secara menyeluruh melalui pembentukan hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang disesuaikan dengan nilai-nilai dan kenyataan yang hidup di dalam masyarakat. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, “Di Indonesia, undang-undang merupakan cara pengaturan hukum yang utama”.

Sejalan dengan teori Mochtar Kusumaatmadja tersebut, dengan sarana hukum melalui legalisasi Pemerintah dengan cara pembentukan peraturan perundang-undangan, adopsi terhadap lembaga hukum investasi dan pembiayaan seperti pasar modal, *trusts*, pembiayaan sekunder perumahan dan sekuritisasi aset yang merupakan lembaga dalam sis-

tem hukum Anglo Saxon dapat dilakukan. Namun demikian pembentukan hukum tersebut dengan menggunakan sarana peraturan perundang-undangan harus dilakukan dengan memperhatikan konsep pemikiran sistem hukum Indonesia. Pembaharuan dan pembinaan hukum melalui pembentukan perundang-undangan baru sangatlah memegang peranan yang terpenting. Namun demikian tidaklah mengesalkan pembentukan hukum melalui sarana putusan pengadilan.

Atas dasar teori Mochtar Kusumaatmadja tersebut, maka pembaharuan terhadap hukum investasi dan pembiayaan yang berasal dari pranata hukum asing dengan sistem hukumnya *Common Law*, dalam penerapan tetaplah dimungkinkan dan dapat dilakukan, karena lembaga ini masuk dalam bidang hukum netral yang memungkinkan diadakan pembaharuan hukum sebagaimana konsep pembangunan hukum dari Mochtar Kusumaatmadja yang menyatakan, bahwa hukum dapat dipilah antar bidang hukum netral dan bidang hukum tidak netral. Sehingga untuk pembaharuan hukum harus ditentukan bidang hukum mana yang dapat diperbaharui dan bidang hukum mana yang sebaiknya dibiarkan dulu. Bidang hukum yang sangat erat kaitannya dengan kehidupan budaya dan spiritual masyarakat (bidang hukum tidak netral) sementara harus dibiarkan, seperti bidang-bidang hukum kekeluargaan, perkawinan, perceraian serta waris. Sebaliknya bidang-bidang lain, seperti hukum perjanjian, perseroan, dan hukum perniagaan pada umumnya merupakan bidang hukum yang tepat untuk usaha pembaharuan (bidang hukum netral). terhadap bidang hukum netral dapat digunakan hukum negara lain. Sedangkan bidang hukum tidak

netral harus selalu memperhatikan asas hukum dalam sistem hukum Indonesia.

Pranata hukum investasi dan pembiayaan merupakan bidang hukum perikatan dan harta kekayaan yang menganut asas kebebasan berkontrak dan sistem terbuka serta merupakan hukum pelengkap yang memungkinkan untuk dilakukan perubahan.

Kesimpulan

Berdasarkan uraian di atas, dapat diperoleh kesimpulan yang merupakan sebagai berikut:

1. Globalisasi sebagai fenomena pembaharuan membawa pengaruh cukup besar terhadap bidang ekonomi yang harus diikuti dengan perubahan dan pembaharuan hukum karena hukum harus selalu memberikan kepastian.
2. Globalisasi telah mengakibatkan masuknya pranata ekonomi dan hukum asing ke dalam suatu negara yang memiliki sistem hukum yang berbeda, yaitu masuknya lembaga ekonomi yang hanya ada pada sistem *Common Law* ke Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law* yang pelaksanaannya seringkali menimbulkan benturan.
3. Lembaga *trusts*, pembiayaan sekunder perumahan, sekuritisasi aset dengan EBA dan Pasar Modal merupakan pranata ekonomi yang berasal dari Negara dengan sistem hukum yang semula tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia yang menganut sistem hukum *Civil Law*, dimana pada kenyataan keberadaan lembaga-lembaga ekonomi tersebut tidak mungkin dihindari keberadaannya.
4. Agar tidak terjadi benturan dalam pelaksanaannya, maka perlu dilakukan pembaharuan

hukum, yang memungkinkan lembaga ekonomi yang berasal dari sistem hukum *Common Law* tersebut diberlakukan di Indonesia yang tentunya disesuaikan dengan budaya, tradisi dan hukum yang berlaku di Indonesia.

5. Lembaga-lembaga hukum investasi dan pembiayaan yang berasal dari sistem hukum *Common Law* dimungkinkan untuk dilakukan adopsi dengan diikuti perubahan dan pembaharuan karena lembaga investasi dan pembiayaan tersebut merupakan bidang hukum netral yang masuk dalam hukum perikatan dan hukum kekayaan yang bersifat terbuka.

Daftar Pustaka

- Abdul Manan, "Aspek-Aspek Pengubah Hukum", Ed. 1. Cet. 1, Kencana, Jakarta, 2005.
- Ahmad Kamil dan M. Fauzan, "Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi", Ed. 1. Kencana, Jakarta, 2004.
- AR. Fullarton. *The Common Law and Taxation of Trusts in Australia in The Twenty-First Century*.
- BPHN. *Seminar Pembangunan Nasional VIII Buku 1*, BPHN, Jakarta, 2003.
- Gunawan Widjaya", "Transplantasi Trusts Dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang Undang Pasar Modal", Ed. 1. Cet.1, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008.
- Lawrence M. Friedman, "American Law : as an Introduction", Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002.
- Lawrence M. Friedmann, "American Law", Norton Company, New York, 1984.
- Lawrence M. Friedmann Wolfgang, "Legal Theory", Steven & Son, London, 1953.

- Mochtar Kusumaatmadja, "Hukum Masyarakat dan perkembangan Hukum Nasional", Binacipta, Bandung, 1976.
- Mochtar Kusumaatmadja, "Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan", Alumni, Jakarta, 2002.
- Munir Fuady, "Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik", Buku Ketiga, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Satjipto Raharjo, "Ilmu Hukum", Alumni, Bandung, 1986.
- Titik Triwulan Tutik, "Pengantar Ilmu Hukum", Cet. Pertama, Prestasi Pustaka Publisher, Jakarta, 2006.