

Terjemahan Bahasa Indonesia

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ANALISA EKONOMI TERHADAP HUKUM

RICHARD A. POSNER

Penerjemah dan Editor

Dr. Diana R.W. Napitupulu, S.H., M.H., M.Kn., M.Sc.



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ANALISA EKONOMI TERHADAP HUKUM

Terjemahan Bahasa Indonesia

Penulis:

Richard A. Posner

Penerjemah dan Editor:

Dr. Diana R.W. Napitupulu, S.H., M.H., M.Kn., M.Sc.



UKI PRESS

Pusat Penerbitan dan Pencetakan

Buku Perguruan Tinggi

Universitas Kristen Indonesia

Jakarta

2025

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ANALISA EKONOMI TERHADAP HUKUM

Terjemahan Bahasa Indonesia

Penulis:

Richard A. Posner

Editor:

Dr. Diana R.W. Napitupulu, S.H., M.H., M.Kn., M.Sc.

Penerjemah:

Dr. Diana R.W. Napitupulu, S.H., M.H., M.Kn., M.Sc.

Penerbit: UKI Press

Anggota APPTI

Anggota IKAPI

Redaksi: Jl. Mayjen Sutoyo No.2 Cawang Jakarta - 13630

Telp. (021) 8092425

Cetakan I Jakarta: UKI Press, 2025

Hak cipta dilindungi undang-undang.

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit.

KATA PENGANTAR

Barangkali perkembangan paling penting dalam pemikiran hukum selama seperempat abad terakhir adalah penerapan ilmu ekonomi pada bidang-bidang hukum yang semakin luas cakupannya, termasuk pada bidang-bidang hukum yang secara fundamental tampak tidak berkaitan dengan ekonomi, seperti hukum perbuatan melawan hukum (*tort*), hukum pidana, hukum keluarga, hukum acara, dan hukum konstitusi. Perkembangan ini, yang secara wajar menimbulkan kontroversi karena merupakan suatu gerakan yang tidak hanya menantang pendekatan metodologis tetapi juga kecenderungan politik dari banyak akademisi hukum tradisional serta para mahasiswa hukum, praktisi hukum, dan hakim, sering kali dianggap remeh atau bahkan keliru secara nyata. Namun demikian, analisis ekonomi terhadap hukum tetap berhasil menarik minat yang terus meningkat, baik dalam lingkup akademik maupun praktik, serta melahirkan literatur yang semakin luas dan berkembang secara substansial.¹

Ketika edisi pertama buku ini diterbitkan pada tahun 1973, belum terdapat buku teks maupun risalah ilmiah yang secara khusus membahas penerapan ilmu ekonomi dalam bidang hukum. Buku ini merupakan pelopor yang mencakup keduanya. Meskipun hingga kini masih menjadi satu-satunya risalah ilmiah yang komprehensif, buku ini bukan lagi satu-satunya buku teks dalam bidang ini. Saat ini telah tersedia di pasaran sejumlah buku kumpulan bacaan, yang sebagian besar disusun oleh para sarjana hukum dan ditujukan khusus bagi mahasiswa;² dua buku teks yang ditulis oleh ekonom;³ serta satu buku studi kasus hukum dan ekonomi, juga ditulis oleh seorang ekonom.⁴

¹ Untuk tinjauan mutakhir (meskipun sudah agak usang) mengenai bidang ini, lihat C.G. Veljanovski, *The New Law-and-Economics: A Research Review* (1982); *The Place of Economics in Legal Education*, 33 *Journal of Legal Education* 183 (1983).

² Lihat, misalnya, *Economic Foundations of Property Law* (Bruce A. Ackerman, ed. 1975); *The Economics of Contract Law* (Anthony T. Kronman & Richard A. Posner, eds. 1979); *Economics of Corporation Law and Securities Regulation* (Richard A. Posner & Kenneth E. Scott, eds. 1980); *Readings in the Economics of Law and Regulation* (A.I. Ogus & C.G. Veljanovski, eds. 1984).

³ Werner Z. Hirsch, *Law and Economics: An Introductory Analysis* (1979); A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (1983).

⁴ Charles J. Goetz, *Cases and Materials on Law and Economics* (1984).

Namun demikian, tidak satu pun dari buku-buku tersebut mencoba memberikan cakupan yang seluas dan sedalam buku ini.

Pilihan mendasar dalam menyusun buku teks mengenai ekonomi dalam hukum adalah bersifat struktural: apakah akan menggunakan prinsip-prinsip ekonomi atau prinsip-prinsip hukum sebagai kerangka pengorganisasian isi buku. Jika prinsip-prinsip ekonomi yang digunakan, maka prinsip-prinsip hukum hanya diperlakukan sebagai contoh-contoh ilustratif. Pendekatan ini, terlepas dari keunggulan-keunggulan lainnya, memiliki konsekuensi metodologis yang signifikan.

Pendekatan berbasis keunggulan (*merits*) tidak dapat menyampaikan pemahaman yang memadai mengenai struktur terpadu dari prinsip-prinsip dan institusi-institusi hukum. Hukum merupakan suatu sistem; ia memiliki kesatuan yang dapat diterangi oleh analisis ekonomi; namun, untuk melihat kesatuan tersebut, seseorang harus mempelajari sistemnya secara menyeluruh. Buku ini berupaya mengemukakan prinsip-prinsip ekonomi melalui suatu tinjauan sistematis (meskipun tentu saja tidak sepenuhnya lengkap) atas prinsip-prinsip hukum. Sekilas tinjauan terhadap indeks buku ini akan menunjukkan bahwa sebagian besar topik dalam ilmu mikroekonomi (teori harga)⁵ dibahas dalam buku ini, meskipun tidak dalam urutan yang lazim sebagaimana terdapat dalam buku teks ilmu ekonomi.

Mengingat sebagian besar sistem hukum berkaitan dengan perilaku non-pasar — seperti institusi keluarga, tindak pidana, kecelakaan, proses litigasi, dan berbagai hal lainnya yang jauh dari ruang lingkup pasar konvensional dalam teori ekonomi — maka buku ini memberikan penekanan yang lebih besar terhadap ekonomi perilaku non-pasar dibandingkan dengan buku teks mikroekonomi pada umumnya. Berbeda dengan pendekatan yang sangat normatif yang umumnya dijumpai baik dalam tulisan-tulisan hukum maupun ekonomi mengenai hukum, buku ini menitikberatkan pada analisis positif: yakni penggunaan ilmu ekonomi untuk menjelaskan prinsip-prinsip sistem hukum, bukan untuk mengubah sistem tersebut.

⁵ Prinsip-prinsip dalam ilmu ekonomi, tidak termasuk prinsip-prinsip khusus yang digunakan untuk menganalisis fenomena ekonomi agregat seperti inflasi, pengangguran, pertumbuhan ekonomi, dan siklus bisnis; fenomena-fenomena tersebut merupakan ranah kajian makroekonomi.

Buku ini tidak mengandaikan adanya pengetahuan awal dari pembaca mengenai ilmu ekonomi.⁶ Mahasiswa hukum yang merasa kesulitan dalam bidang matematika tidak perlu khawatir terhadap isi buku ini. Demikian pula, buku ini tidak mensyaratkan pemahaman awal mengenai hukum; dan meskipun buku ini akan memberikan makna yang lebih bagi mereka yang telah mempelajari hukum setidaknya dalam kadar tertentu, buku ini juga dapat berfungsi sebagai pengantar hukum bagi para ekonom dan ilmuwan sosial lainnya yang ingin mempelajari sistem hukum dan mungkin melakukan riset di bidang tersebut.⁷

Akhirnya, sebagaimana telah disampaikan, buku ini merupakan suatu risalah ilmiah mengenai analisis ekonomi terhadap hukum, meskipun tentu lebih ringkas dan tidak sedalam risalah ilmiah murni, karena ditujukan terutama bagi para mahasiswa. Meskipun sebagian besar isinya merupakan ringkasan atas gagasan-gagasan yang telah dipublikasikan sebelumnya, baik oleh penulis sendiri maupun oleh banyak pihak lain (yang dirujuk dalam bagian referensi pada akhir setiap bab), edisi ini — sebagaimana juga edisi-edisi sebelumnya — memuat analisis orisinal dalam jumlah yang cukup signifikan.

Para pembaca yang telah mengenal edisi-edisi sebelumnya mungkin akan terkejut melihat sejauh mana revisi dilakukan dalam edisi ini. Namun, selain karena banyaknya karya ilmiah dalam bidang hukum dan ekonomi yang telah diterbitkan sejak tahun 1977 (tahun diterbitkannya edisi kedua), pengalaman saya sebagai hakim pada Pengadilan Banding Federal sejak tahun 1981 telah mendorong saya untuk mengeksplorasi penerapan ekonomi dalam bidang-bidang hukum yang sebelumnya belum saya dalami sewaktu menjadi profesor hukum atau konsultan. Pengalaman tersebut juga menyebabkan saya merevisi sebagian gagasan saya yang terdahulu.

⁶ Bagi pembaca yang ingin memperdalam pemahaman mengenai ekonomi, disarankan untuk memulai dengan Jack Hirshleifer, *Price Theory and Applications* (edisi ke-3, 1984); buku lain yang juga sangat bernilai (meskipun lebih sulit) adalah Gary S. Becker, *Economic Theory* (1971), dan George J. Stigler, *The Theory of Price* (edisi ke-3, 1966).

⁷ Apabila terdapat buku teks yang baik dan dapat diakses oleh pembaca non-hukum mengenai bidang hukum yang dibahas dalam suatu bab, maka akan dicantumkan rujukannya (terkadang lebih dari satu) dalam catatan kaki pertama pada bab tersebut.

KATA PENGANTAR

Buku ini merupakan terjemahan dari karya monumental *Economic Analysis of Law* yang ditulis oleh Richard A. Posner, salah satu tokoh paling berpengaruh dalam perkembangan pendekatan ekonomi terhadap hukum di dunia. Melalui buku ini, Posner tidak hanya menawarkan suatu kerangka analitis baru dalam memahami aturan hukum, tetapi juga mengusulkan bahwa prinsip-prinsip ekonomi dapat digunakan untuk menjelaskan, mengevaluasi, bahkan merumuskan hukum secara lebih efisien. Dalam konteks Indonesia, pendekatan ini menjadi semakin relevan seiring dengan meningkatnya kebutuhan untuk merancang kebijakan hukum yang responsif, efisien, dan berbasis bukti. Di tengah dinamika globalisasi ekonomi dan kompleksitas pengambilan keputusan hukum, analisis ekonomi terhadap hukum menawarkan instrumen intelektual yang tajam untuk menilai *trade-off* antara keadilan, efisiensi, dan kepastian hukum.

Penerjemahan buku ini ke dalam bahasa Indonesia bertujuan untuk memperluas akses mahasiswa, akademisi, praktisi hukum, dan pembuat kebijakan terhadap pendekatan interdisipliner yang selama ini relatif kurang tereksplorasi dalam studi hukum di Indonesia. Buku ini tidak hanya menjelaskan teori ekonomi dasar yang relevan untuk bidang hukum, tetapi juga memberikan aplikasi konkrit pada berbagai cabang hukum: mulai dari hukum kontrak, perdata, pidana, hingga hukum tata negara dan regulasi.

Dalam proses penerjemahan, tim penerjemah berupaya menjaga integritas konsep-konsep asli dalam bahasa Inggris, sekaligus menyesuaikannya dengan istilah dan konteks hukum Indonesia secara hati-hati. Catatan kaki dan penjelasan tambahan disisipkan untuk membantu pembaca memahami referensi, konteks, dan perbandingan hukum yang digunakan oleh Posner dalam sistem hukum *common law*, yang berbeda dengan sistem hukum *civil law* yang berlaku di Indonesia.

Kami berharap buku ini menjadi kontribusi penting dalam pengembangan kajian hukum yang lebih terbuka terhadap pendekatan ekonomi dan rasionalitas analitis. Semoga pembaca dapat menemukan wawasan baru dan inspirasi untuk terus membumikan analisis ekonomi terhadap hukum ke dalam konteks sosial, politik, dan hukum Indonesia yang khas.

Akhir kata, kami mengucapkan terima kasih kepada seluruh pihak yang telah mendukung penerbitan buku ini. Semoga buku ini menjadi referensi utama dalam pengembangan ilmu hukum yang progresif, interdisipliner, dan kontekstual.

Akhir kata, kami menyampaikan terima kasih kepada semua pihak yang telah memberikan dukungan, baik secara langsung maupun tidak langsung, terutama untuk anak kami **JABEZ JOHN KRISTOFER HASIBUAN** yang senantiasa menjadi motivator kami

Dr. Diana R.W. Napitupulu, S.H., M.H., M.Kn., M.Sc.

Penerjemah dan Editor

Program Studi Magister Hukum

Universitas Kristen Indonesia

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR.....	i
KATA PENGANTAR.....	iv
DAFTAR ISI.....	vi
KATA PENGANTAR.....	xviii

BAGIAN I

HUKUM DAN EKONOMI: SEBUAH PENGANTAR.....	1

BAB I

HAKIKAT PENALARAN EKONOMI	3
A. Konsep-Konsep Dasar	3
B. Nilai, Utilitas, dan Efisiensi.....	15
C. Realisme Asumsi Ekonom	24

BAB II

PENDEKATAN EKONOMI TERHADAP HUKUM	29
A. Sejarahnya	29
B. Analisis Ekonomi Normatif dan Positif terhadap Hukum.....	31
C. Kritikan terhadap Pendekatan Ekonomi.....	34

BAGIAN II

HUKUM UMUM (<i>COMMON LAW</i>).....	41

BAB III

HARTA KEKAYAAN.....	43
A. Teori Ekonomi tentang Hak Milik: Aspek Statis dan Dinamis.....	44
B. Permasalahan dalam Pembentukan dan Penegakan Hak Milik: Menyangkut Hewan Liar, Harta Karun, Kekayaan Intelektual, Privasi, dan Hal-Hal Eksotik Lainnya	49
C. Hak Kepemilikan dalam Hukum dan Ekonomi: Kasus Frekuensi Siaran.....	57

D. Hak-Hak di Masa Depan	60
E. Penggunaan yang Tidak Saling Sesuai (<i>Incompatible Uses</i>)	62
F. Pelanggaran (<i>Trespass</i>) dan Pengambilan Tanah oleh Negara (<i>Eminent Domain</i>)	71
G. Polusi: Pendekatan Gangguan (<i>Nuisance</i>) dan Hak Servitut (<i>Easement</i>)	79
H. Solusi Lain terhadap Permasalahan Ketidakcocokan Penggunaan Tanah: Perbedaan antara Hak Milik dan Hak Kontraktual serta antara Upaya Hukum Injunctif dan Ganti Kerugian.....	85
I. Kepemilikan Terbagi — Hak atas Tanah (<i>Estates in Land</i>).....	93
J. Permasalahan dalam Alih Hak Milik atas Properti	100
K. Dampak Distribusi dari Penetapan Hak Milik.....	107
L. Tanah Milik Negara (<i>Public Lands</i>).....	111

BAB IV

HAK KONTRAKTUAL DAN UPAYA HUKUMNYA..... 117

A. Proses Pertukaran dan Peran Ekonomi Hukum Kontrak.....	117
B. Pertimbangan (<i>Consideration</i>)	127
C. Kesepakatan Para Pihak (<i>Mutual Assent</i>) dan Kontrak Sepihak (<i>Unilateral Contracts</i>)	131
D. Kesalahan Timbal Balik (<i>Mutual Mistake</i>)	133
E. Kontrak sebagai Instrumen Asuransi — Ketidakmungkinan dan Doktrin Terkait serta Penafsiran terhadap Kontrak Asuransi.....	135
F. Penipuan (<i>Fraud</i>).....	143
G. Paksaan, Kekuatan Tawar-Meawar, dan Ketidakwaian	150
H. Prinsip Dasar Ganti Rugi dalam Hukum Kontrak.....	156
I. Kerugian Tidak Langsung (<i>Consequential Damages</i>)	169
J. Penalti, Ganti Rugi yang Ditentukan di Muka (<i>Liquidated Damages</i>), dan Sitaan (<i>Forfeitures</i>)	172
K. Pemenuhan Prestasi Secara Spesifik (<i>Specific Performance</i>).....	175
L. Upaya Sendiri (<i>Self-Help</i>) — Kondisi dalam Kontrak.....	178
M. Kontrak Implikatif	182

BAB V

HUKUM KELUARGA..... 189

A. Teori Produksi Rumah Tangga.....	189

B. Pembentukan dan Pembubaran Perkawinan.....	194
C. Konsekuensi dari Pembubaran	200
D. Perlindungan Hukum terhadap Anak	204
E. Hukum dan Populasi.....	212

BAB VI

HUKUM PERBUATAN MELAWAN HUKUM 217

A. Ekonomi Kecelakaan dan Rumusan <i>Learned Hand</i> atas Tanggung Jawab karena Kelalaian.....	217
B. Standar Orang yang Patut (<i>The Reasonable Man Standard</i>).....	222
C. Kebiasaan sebagai Dasar Pembelaan.....	224
D. Kesalahan Korban: Kelalaian Kontributif dan Komparatif, Penerimaan Risiko, dan Kewajiban terhadap Pelanggar Hak Milik	226
E. Tanggung Jawab Mutlak (<i>Strict Liability</i>)	236
F. Tanggung Jawab atas Produk (<i>Products Liability</i>)	242
G. Sebab Akibat (<i>Causation</i>) dan Kemungkinan yang Dapat Diperkirakan (<i>Foreseeability</i>)	245
H. Sebab Akibat dan Dapat Diperkirakannya Suatu Kerugian	248
I. Perbuatan Melawan Hukum Bersama, Kontribusi, dan Ganti Rugi	252
J. Penyelamatan: Antara Pertanggung jawaban dan Restitusi	256
K. Fungsi Ganti Rugi dalam Perbuatan Melawan Hukum	259
L. Ganti Rugi atas Hilangnya Kemampuan untuk Menghasilkan Pendapatan.....	260
M. Ganti Rugi atas Rasa Sakit dan Penderitaan serta Permasalahan Penilaian atas Nilai Kehidupan Manusia.....	266
N. Aturan Manfaat Kolateral (<i>Collateral Source Rule</i>)	271
O. Kelalaian dengan Asuransi Tanggung Gugat dan Asuransi Kecelakaan; Skema Kompensasi Kecelakaan Mobil Tanpa Kesalahan (<i>No-Fault</i>)	272
P. Perbuatan Melawan Hukum yang Dilakukan Secara Sengaja (<i>Intentional Torts</i>)	279
Q. Perbuatan Melawan Hukum yang Dilakukan dengan Sengaja.....	282
R. Pencemaran Nama Baik (<i>Defamation</i>).....	286

BAB VII

HUKUM PIDANA I.....	293
A. Hakikat Ekonomis dan Fungsi Hukum Pidana.....	293
B. Sanksi Pidana yang Optimal.....	299
C. Mencegah Kejahatan: Hukum bagi Pelaku Berulang, Percobaan dan Permufakatan Jahat, Membantu Melakukan Kejahatan, serta Penjebakan	309
D. Niat Pidana (<i>Criminal Intent</i>).....	316
E. Kelalaian Berat, Kelalaian Biasa, dan Pertanggungjawaban Mutlak (<i>Strict Liability</i>) Sekali Lagi	321
F. Pembelaan atas Dasar Keadaan Memaksa (<i>The Defense of Necessity</i>).....	323
G. Ekonomi Kejahatan Terorganisir (<i>The Economics of Organized Crime</i>).....	324

BAB VIII

COMMON LAW, SEJARAH HUKUM, DAN JURISPRUDENSI	331
A. Logika Ekonomi Implisit dalam <i>Common Law</i>	331
B. <i>Common Law</i> , Pertumbuhan Ekonomi, dan Sejarah Hukum	337
C. Kandungan Moral dalam Hukum <i>Common Law</i>	344
D. Bentuk Moral dari Hukum.....	349

BAGIAN III

REGULASI PUBLIK TERHADAP PASAR

(PUBLIC REGULATION OF THE MARKET).....	355

BAB IX TEORI MONOPOLI

(THE THEORY OF MONOPOLY)	357
A. Harga dan <i>Output</i> dalam Praktik Monopoli	357
B. Pengaruh Perubahan Biaya atau Permintaan terhadap Harga Monopoli	361
C. Konsekuensi Efisiensi dari Monopoli	363
D. Diskriminasi Harga.....	368

E. Hambatan Lain terhadap Monopoli: Persaingan untuk Menguasai Pasar, Ketahanan (Durabilitas), dan Masuknya Pelaku Usaha Baru	370

BAB X

UNDANG-UNDANG ANTITRUST..... 375

A. Kartel dan <i>Sherman Act</i>	375
B. Perjanjian Horizontal di Wilayah Abu-abu (<i>Borderline Horizontal Agreements</i>) — Perjanjian Paten dan Lisensi Kolektif BMI-ASCAP	383
C. Pemeliharaan Harga Eceran (<i>Resale Price Maintenance</i>).....	387
D. Merger Menuju Monopoli dan Oligopoli	391
E. Kekuatan Monopoli	393
F. Definisi Pasar dan Pangsa Pasar.....	395
G. Persaingan Potensial.....	399
H. Praktik Predatori.....	401
I. Penutupan Akses Pasar (<i>Foreclosure</i>), Penjualan Bersyarat (<i>Tie-Ins</i>), dan Hambatan Masuk Pasar (<i>Barriers to Entry</i>)	406
J. Boikot; Mengenai Monopsoni	409
K. Ganti Rugi dalam Hukum <i>Antitrust</i>	410

BAB XI

PENGATURAN HUBUNGAN KETENAGAKERJAAN..... 415

A. Perlakuan Khusus terhadap Monopoli Tenaga Kerja	415
B. Logika Ekonomi dari <i>National Labor Relations Act</i>	418
C. Serikat Pekerja dan Produktivitas.....	422
D. Hubungan Kerja " <i>At Will</i> " (Berdasarkan Kehendak)	424
E. Hukum Persaingan Usaha dan Ketenagakerjaan.....	425
F. Upah Minimum dan Legeslasi Perlindungan Pekerja yang Terkait.....	427
G. Beberapa Isu dalam Diskriminasi Ketenagakerjaan Berdasarkan Ras, Jenis Kelamin, dan Usia	432

BAB XII

REGULASI PUBLIK ATAS UTILITAS..... 439

- A. Monopoli Alamiah dan Pengangkutan Umum (*Common Carrier*)..... 439
- B. Pengendalian Keuntungan dan Permasalahan Pengembangan yang Wajar..... 443
- C. Beberapa Masalah Lain yang Timbul dari Upaya Pembatasan Laba Perusahaan yang Diatur 447
- D. Regulasi Berbasis Insentif 450
- E. Regulasi terhadap Struktur Tarif dan Masuknya Pelaku Usaha 451
- F. Selingan Mengenai Televisi Berbayar..... 458
- G. Pemajakan melalui Regulasi (Subsidi Internal atau Subsidi Silang)..... 459
- H. Persaingan yang Berlebihan (*Excessive Competition*) 463
- I. Permintaan atas Regulasi..... 466

BAB XIII

PILIHAN ANTARA REGULASI DAN *COMMON LAW*..... 471

- A. Teori Regulasi yang Optimal..... 471
- B. Teori Regulasi yang Optimal..... 475
- C. Pengungkapan yang Diwajibkan 478
- D. Keselamatan dan Kesehatan 481
- E. Polusi Ditinjau Kembali — Pajak sebagai Instrumen Regulasi 482
- F. Setoran Wajib atas Kemasan Minuman 489
- G. Televisi Kabel: Permasalahan Hak Cipta dan Monopoli Lokal 490

BAGIAN IV

THE LAW OF BUSINESS ORGANIZATIONS

***AND FINANCIAL MARKETS* 499**

BAB XIV

PERSEROAN TERBATAS (DENGAN SEKILAS TINJAU

TERHADAP PEMBIAYAAN DAN KEPAILITAN) 501

- A. Hakikat Perusahaan 501
- B. Permasalahan dalam Pembiayaan Usaha..... 502

C. Perseroan sebagai Suatu Kontrak Baku.....	504
D. Utang Perseroan — Kepailitan dan Restrukturisasi	508
E. Penembusan Tirai Korporasi (Piercing the Corporate Veil)	517
F. Pemisahan antara Kepemilikan dan Pengendalian dalam Korporasi Modern	520
G. Pengalihan Kendali Korporasi.....	524
H. Prinsip Fidusia	528
I. Pengambilalihan Paksa Saham Minoritas dan Kompetisi Antarnegara dalam Kelonggaran Regulasi.....	531
J. Perdagangan Orang Dalam dan Masalah Imbalan Kewirausahaan..	533
K. Diskresi Manajerial dan Tanggung Jawab Sosial Korporasi.....	535
L. Pertanggungjawaban Pidana Korporasi.....	539
M. Perseroan Tertutup.....	541
N. Peninjauan Kembali terhadap Regulasi Utilitas Publik.....	544

BAB XV

PASAR KEUANGAN..... 549

A. Perancangan Portofolio	549
B. Diversifikasi, Leverage, dan Rasio Utang terhadap Ekuitas	554
C. Pemilihan Saham dan Hipotesis Pasar Efisien	558
D. Monopoli Sekali Lagi	560
E. Hukum Investasi Kepercayaan dan Dana Pasar	562
F. Regulasi atas Pasar Modal.....	566
G. Regulasi terhadap Perbankan	571

BAGIAN V

LAW AND THE DISTRIBUTION OF INCOME AND WEALTH 577

BAB XVI

KETIMPANGAN PENDAPATAN, KEADILAN DISTRIBUSI, DAN KEMISKINAN 579

A. Pengukuran Ketimpangan	579
B. Apakah Ketimpangan Itu Tidak Efisien?	583
C. Teori Kontrak dalam Keadilan Distributif	585
D. Biaya Kemiskinan dan Keterbatasan Amal Swasta.....	588

E. Transfer Tunai Tanpa Pembatasan Versus Bantuan dalam Bentuk Barang/Jasa	591
F. Redistribusi Kekayaan Melalui Aturan Tanggung Gugat: Studi Kasus Penegakan Kode Hunian.....	595
G. Bantuan dalam Bentuk Barang/Jasa yang Tidak Terbatas	598

BAB XVII

PERPAJAKAN 603

A. Perpajakan dan Efisiensi.....	603
B. Wajib Militer (<i>Conscription</i>).....	604
C. Pajak Cukai (<i>Excise Taxes</i>)	605
D. Pajak atas Properti (<i>Real Estate Taxes</i>).....	607
E. Pajak Penghasilan Badan.....	609
F. Pajak Penghasilan Orang Pribadi: Pengantar	611
G. Definisi Penghasilan.....	614
H. Pengurangan dalam Pajak Penghasilan	617
I. Perlakuan Khusus terhadap Keuntungan Modal (<i>Capital Gains</i>)....	621
J. Prinsip Progresivitas.....	625

BAB XVIII

PENGALIHAN KEKAYAAN PADA SAAT KEMATIAN 633

A. Pajak atas Kematian (dan Hibah)	633
B. Masalah "Tangan Mati"	636
C. Doktrin <i>Cy Pres</i>	639
D. Masalah Insentif pada Yayasan Amal	640
E. Ketentuan dalam <i>Private Trusts</i>	641
F. Bagian Warisan Janda	643

BAGIAN VI

PROSES HUKUM 647

BAB XIX

PASAR, SISTEM ADVERSARIAL, DAN PROSES LEGISLASI

SEBAGAI METODE ALOKASI SUMBER DAYA..... 649

A. Perbandingan Alokasi Hukum dan Alokasi Pasar	649

B. Perbandingan antara Alokasi Yudisial dan Alokasi Legislatif.....	651
C. Teori Ekonomi tentang Legislasi.....	653
D. Regulasi Pembiayaan Kampanye	657
E. Penafsiran Statutori dalam Dunia Politik Kelompok Kepentingan.....	658
F. Hubungan antara Peradilan Independen dan Politik Kelompok Kepentingan.....	660
G. Apa yang Dimaksimalkan oleh Para Hakim?.....	664

BAB XX

PROSES PEMBENTUKAN Kaidah Hukum 669

A. Kumpulan Preseden sebagai Modal Kapital.....	669
B. Produksi Preseden	671
C. Produksi Undang-Undang dan Pilihan antara Aturan Umum dan Aturan Khusus	673
D. <i>Stare Decisis</i>	677

BAB XXI

PROSEDUR PERDATA DAN PIDANA 679

A. Tujuan Ekonomi dari Prosedur; Mengenai <i>Due Process</i>	679
B. Biaya Akibat Kesalahan dalam Perkara Perdata	680
C. Pembuktian Melampaui Keraguan yang Wajar.....	684
D. Rumusan Ekonomi untuk Menentukan Apakah Gugatan Sementara (<i>Preliminary Injunction</i>) Patut Dikabulkan.....	685
E. Keputusan untuk Menyelesaikan atau Melanjutkan ke Persidangan; Mengenai Hukum Acara Perdata dan Evolusi Kaidah Hukum <i>Common Law</i>	686
F. Tinjauan Kembali terhadap Kaidah-Kaidah Pertanggungjawaban ..	692
G. Perundingan Pengakuan Bersalah (<i>Plea Bargaining</i>) dan Reformasi Prosedur Pidana	694
H. Pengeluaran dalam Proses Litigasi	697
I. Akses terhadap Upaya Hukum — Biaya Kondisional, Gugatan Kelompok, dan Ganti Rugi atas Biaya Hukum	700
J. Kaidah 68 dan Prinsip Ganti Rugi Satu Arah.....	709
K. <i>Res Judicata</i> dan <i>Collateral Estoppel</i>	712
L. Penundaan Pengadilan dan Krisis Beban Perkara	715

M. Juri dan Arbiter.....	719
N. Banding.....	722
O. Pilihan Hukum yang Berlaku (<i>Choice of Law</i>)	726
BAB XXII	
PENEGAKAN HUKUM	733
A. Penegakan Hukum Publik <i>versus Privat</i> : Pertukaran (<i>Tradeoffs</i>)....	733
B. Penegakan Hukum Publik <i>versus Privat</i> : Implikasi Positif	737
C. Pemilihan Perkara oleh Badan Penegak Hukum Publik.....	741
BAB XXIII	
PROSES ADMINISTRATIF	747
A. Alasan Pelimpahan Kewenangan	747
B. Penggabungan Fungsi.....	749
C. Perilaku Lembaga Administratif	752
D. Pengawasan Yudisial terhadap Tindakan Lembaga Administratif ..	754
BAGIAN VII	
KONSTITUSI DAN SISTEM FEDERAL.....	757
BAB XXIV	
HAKIKAT DAN FUNGSI KONSTITUSI.....	759
A. Ekonomi Konstitusionalisme: Suatu Pengantar	759
B. Pemisahan Kekuasaan	761
C. Perlindungan Hak-Hak	764
D. Pengujian Rasionalitas (<i>Rationality Review</i>).....	766
BAB XXV	
<i>DUE PROCESS</i> DALAM BIDANG EKONOMI.....	769
A. Kebebasan Berkontrak sebagai Asas Konstitusional	769
B. Pemulihan <i>Economic Due Process</i> : Kaum Miskin sebagai Kelas yang Dilindungi secara Konstitusional.....	772
C. Hak <i>Due Process</i> Konsumen dan Pegawai Negeri.....	774

BAB XXVI

EKONOMI DALAM KONTEKS FEDERALISME 779

- A. Alokasi Tanggung Jawab antara Pemerintah Federal dan Pemerintah Negara Bagian 779
- B. Pengadilan Federal 781
- C. Pajak Negara Bagian: Pajak Cukai..... 783
- D. Pajak Negara Bagian: Pajak Properti dan Pajak Penghasilan Badan 790
- E. Pembatasan Yurisdiksi Personal Berdasarkan Prinsip *Due Process* 792
- F. Transfer Air Antar-Daerah Aliran Sungai 793
- G. Ekspor Kemiskinan 795

BAB XXVII

DISKRIMINASI RASIAL 801

- A. Preferensi atas Diskriminasi 801
- B. Segregasi Sekolah..... 804
- C. Persyaratan Adanya Tindakan Negara (*State Action*) 806
- D. Undang-Undang Antidiskriminasi..... 809
- E. Diskriminasi Terbalik (*Reverse Discrimination*) 813

BAB XXVIII

PASAR GAGASAN DAN KEDUDUKAN UTAMA HAK

POLITIK ATAS HAK EKONOMI 819

- A. Dasar Ekonomi atas Kebebasan Berpendapat 819
- B. Ruang Lingkup Aktivitas yang Dilindungi: Hasutan, Ancaman, Pencemaran Nama Baik, dan Pornografi..... 820
- C. Regulasi atas Penyiaran 826
- D. Iklan Palsu dan Hubungan antara Hak Politik dan Ekonomi 829

BAB XXIX

AMANDEMEN KEEMPAT 833

- A. Hak atas Privasi: Suatu Tinjauan Ulang..... 833
- B. Upaya Hukum..... 834

DAFTAR PERKARA	838
INDEKS PENULIS	843
INDEKS SUBJEK.....	853

KATA PENGANTAR

Saya berharap bahwa hasil dari edisi ini adalah sebuah buku yang lebih baik; saya menyadari bahwa buku ini menjadi lebih panjang, dan karena itu saya ingin memberikan sebuah saran terkait pengajaran dan pembelajaran. Buku ini terlalu panjang untuk dapat diajarkan secara keseluruhan dalam satu mata kuliah berdurasi satu kuartal atau satu semester. Untuk keperluan tersebut — yang dalam konteks sekolah hukum paling tepat ditawarkan pada paruh kedua tahun pertama atau paruh pertama tahun kedua — saya menyarankan agar hanya mencakup Bagian I sampai dengan III (prinsip-prinsip dasar ekonomi, *common law*, dan regulasi terhadap praktik monopoli), serta Bagian VI (proses hukum, termasuk hukum acara). Namun demikian, saya berharap mahasiswa yang mengambil mata kuliah tersebut tetap membaca bagian-bagian lain dari buku ini secara mandiri, karena ia (atau dia) akan menemukan bahwa bagian-bagian lainnya tidak hanya membantu dalam memahami bidang hukum yang dibahas, tetapi juga memperkuat pemahaman atas bagian-bagian yang telah diajarkan dalam perkuliahan.

Sejumlah rekan dan kolega telah berbaik hati untuk membaca dan memberikan komentar terhadap berbagai bab dalam buku ini: Douglas Baird, Mary Becker, Walter Blum, Christopher DeMuth, Frank Easterbrook, Robert Ellickson, Daniel Fischel, Walter Hellerstein, James Krier, William Landes, Saul Levmore, Michael Lindsay, Sam Peltzman, Carol Rose, Andrew Rosenfield, Steven Shavell, George Stigler, Geoffrey Stone, Cass Sunstein, dan Robert Willis. Saya menyampaikan penghargaan yang sebesar-besarnya kepada mereka; juga kepada Dwight Miller, Keith Crow, dan Richard Cordray atas bantuan riset; kepada Program Hukum dan Ekonomi dari Fakultas Hukum Universitas Chicago yang telah menanggung biaya dari bantuan tersebut; kepada Robert Mrofka, atas gagasan di balik Gambar 13.2 dan 13.3 dalam Bab 13; kepada istri saya, Charlene, atas bantuan dalam penyuntingan; serta kepada para ekonom yang paling membentuk cara berpikir saya tentang ilmu ekonomi — Gary Becker, Ronald Coase, Aaron Director, William Landes, dan George Stigler.

Richard A. Posner

Oktober 1985

ANALISIS EKONOMI TERHADAP HUKUM

BAGIAN I HUKUM DAN EKONOMI: SEBUAH PENGANTAR

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB I

HAKIKAT PENALARAN EKONOMI

Buku ini ditulis dengan keyakinan bahwa ilmu ekonomi merupakan alat yang sangat ampuh untuk menganalisis berbagai persoalan hukum, namun sebagian besar pengacara dan mahasiswa hukum — bahkan yang sangat cerdas sekalipun — kerap mengalami kesulitan dalam mengaitkan prinsip-prinsip ekonomi dengan permasalahan hukum yang konkret. Seorang mahasiswa mungkin mengikuti perkuliahan tentang teori harga (*price theory*) dan mempelajari apa yang terjadi terhadap harga gandum ketika harga jagung turun, serta terhadap harga lahan penggembalaan ketika harga daging sapi naik, namun ia tidak memahami kaitannya dengan kebebasan berpendapat, kecelakaan, tindak pidana, *Rule Against Perpetuities*, atau perikatan dalam perjanjian utang korporasi. Oleh karena itu, buku ini dirancang untuk menambatkan pembahasan teori ekonomi pada persoalan-persoalan hukum yang konkret, beragam, dan berjumlah banyak. Adapun pembahasan mengenai teori ekonomi secara abstrak dibatasi hanya pada bab ini.

A. Konsep-Konsep Dasar

Banyak ahli hukum beranggapan bahwa ekonomi adalah studi mengenai inflasi, pengangguran, siklus bisnis, dan berbagai fenomena makroekonomi misterius lainnya yang jauh dari persoalan sehari-hari dalam sistem hukum. Padahal, cakupan ilmu ekonomi jauh lebih luas. Dalam kerangka buku ini, ekonomi dipahami sebagai ilmu tentang pilihan rasional (*rational choice*) dalam dunia — dunia kita — di mana sumber daya terbatas jika dibandingkan dengan keinginan manusia.⁸

Tugas ekonomi, sebagaimana didefinisikan demikian, adalah menggali implikasi dari asumsi bahwa manusia merupakan makhluk rasional yang memaksimalkan tujuan-tujuan hidupnya, kepuasannya — yang dalam buku ini akan disebut sebagai "kepentingan diri" (*self-interest*). Rasionalitas dalam memaksimalkan tidak boleh disamakan dengan perhitungan secara sadar.

⁸ Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976); dan untuk kritik terhadap definisi ekonomi yang begitu luas, lihat Ronald H. Coase, *Economics and Contiguous Disciplines*, 7 J. Leg. Stud. 201 (1978).

Ekonomi bukanlah teori tentang kesadaran. Suatu perilaku dianggap rasional apabila sesuai dengan model.

Model pilihan rasional, terlepas dari kondisi kesadaran si pelaku. Selain itu, *kepentingan diri* (*self-interest*) tidak boleh disamakan dengan sifat egois (*selfishness*); kebahagiaan (atau bahkan penderitaan) orang lain dapat menjadi bagian dari kepuasan seseorang.

Konsep manusia sebagai makhluk yang secara rasional memaksimalkan kepentingan dirinya mengandung implikasi bahwa manusia merespons insentif — yaitu bahwa apabila lingkungan di sekitarnya berubah sedemikian rupa sehingga ia dapat meningkatkan kepuasannya dengan mengubah perilakunya, maka ia akan melakukannya. Dari proposisi ini diturunkan tiga prinsip fundamental dalam ilmu ekonomi:

1. Prinsip pertama adalah hubungan terbalik antara harga yang dikenakan dengan jumlah barang yang diminta (*The Law of Demand*). Apabila harga daging sapi meningkat sebesar 10 sen per pon, dan harga-harga lainnya tetap, maka secara relatif daging sapi menjadi lebih mahal dibandingkan sebelumnya. Karena bersifat rasional dan berorientasi pada kepentingan diri, konsumen akan bereaksi dengan mencari kemungkinan untuk mengganti daging sapi dengan barang lain yang sebelumnya kurang disukai pada harga lama, namun kini menjadi lebih menarik karena lebih murah secara relatif dibandingkan daging sapi. Banyak konsumen mungkin tetap akan membeli daging sapi dalam jumlah yang sama seperti sebelumnya; bagi mereka, barang lain bukanlah substitusi yang memadai, bahkan dengan harga relatif yang sedikit lebih rendah. Namun demikian, sebagian konsumen lainnya akan mengurangi pembelian daging sapi dan menggantinya dengan daging lain (atau makanan lain, atau produk yang sama sekali berbeda), sehingga jumlah total yang diminta oleh seluruh konsumen — dan oleh karena itu jumlah yang diproduksi — akan menurun. Hal ini diilustrasikan dalam Gambar 1.1, di mana sumbu vertikal menunjukkan satuan dolar dan sumbu horizontal menunjukkan satuan *output*. Kenaikan harga dari p_1 ke p_2 mengakibatkan penurunan jumlah yang diminta dari q_1 menjadi q_2 . Demikian pula, kita dapat membayangkan penurunan jumlah yang ditawarkan dari...

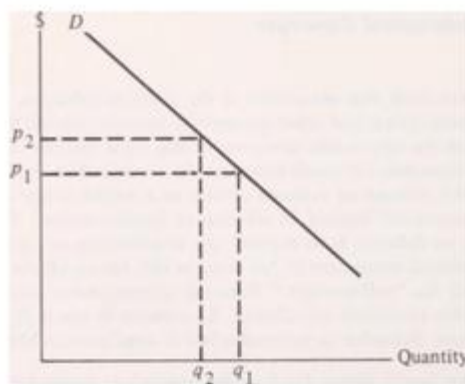


Figure 1.1

q_1 ke q_2 , dan kita dapat mengamati bahwa efeknya adalah peningkatan harga barang dari p_1 ke p_2 . Dapatkah Anda melihat mengapa hubungan kausalitas dapat berjalan ke dua arah?

Analisis ini mengasumsikan bahwa satu-satunya perubahan yang terjadi dalam sistem adalah perubahan dalam harga relatif⁹ atau dalam kuantitas. Namun, jika misalnya permintaan meningkat secara bersamaan dengan kenaikan harga, maka jumlah barang yang diminta dan ditawarkan tidak harus menurun; bahkan bisa saja meningkat. (Dapatkah Anda menggambarkan kurva peningkatan permintaan? Jika tidak, lihat Gambar 9.5 dalam Bab 9). Analisis ini juga mengabaikan kemungkinan dampak perubahan harga relatif terhadap pendapatan. Perubahan tersebut dapat menghasilkan efek balik terhadap jumlah yang diminta. Misalnya, apabila penurunan pendapatan seseorang justru menyebabkan ia membeli lebih banyak dari suatu barang,¹⁰ maka peningkatan harga barang tersebut akan memiliki dua efek langsung terhadap konsumen:

- (1) barang substitusi menjadi lebih menarik; dan
- (2) kekayaan konsumen akan berkurang karena pendapatan yang sama kini hanya dapat membeli lebih sedikit barang.

⁹ Jika tingkat harga naik untuk semua barang (yaitu, jika ada inflasi), tidak ada efek kuantitas (mengapa tidak?).

¹⁰ Barang semacam itu disebut oleh para ekonom sebagai barang "inferior". Suatu barang disebut "superior" jika orang membelinya lebih banyak ketika pendapatan mereka meningkat. Jika tidak, barang tersebut adalah barang "normal".

Efek pertama akan menurunkan permintaan, tetapi efek kedua — berdasarkan asumsi bahwa barang tersebut adalah barang inferior — justru akan meningkatkannya dan mungkin saja (meski kecil kemungkinannya) akan melampaui efek pertama.¹¹ Efek kekayaan dari perubahan harga suatu barang tunggal biasanya sangat kecil sehingga hanya memberikan dampak balik yang dapat diabaikan terhadap permintaan; dengan kata lain, efek substitusi dari perubahan harga biasanya lebih besar dibandingkan efek pendapatan atau kekayaan. Oleh karena itu, efek pendapatan dapat diabaikan dalam kebanyakan kasus.

Hukum Permintaan (*Law of Demand*) tidak hanya berlaku terhadap barang yang memiliki harga eksplisit. Dosen yang tidak populer kadang-kadang mencoba meningkatkan jumlah mahasiswa di kelasnya dengan menaikkan nilai rata-rata yang diberikan; sebab, dengan asumsi faktor lain tetap, dosen yang memberikan nilai ketat umumnya memiliki jumlah mahasiswa yang lebih sedikit dibandingkan dengan dosen yang memberi nilai longgar. Seorang narapidana yang telah menjalani hukumannya sering dikatakan telah “membayar utangnya kepada masyarakat,” dan seorang ekonom akan menganggap metafora ini tepat. Hukuman adalah, setidaknya dari sudut pandang pelaku kriminal (dan mengapa bukan juga dari sudut pandang masyarakat?), merupakan harga yang dikenakan oleh masyarakat atas suatu pelanggaran pidana. Maka dari itu, seorang ekonom akan memprediksi bahwa peningkatan baik dalam beratnya hukuman maupun dalam kemungkinan dijatuhkannya hukuman akan meningkatkan “harga kejahatan” dan oleh karena itu menurunkan frekuensi terjadinya. Pelaku kriminal akan terdorong untuk mensubstitusi perilaku tersebut dengan kegiatan lain.

2. Dalam contoh mengenai konsumen daging sapi — dan juga pelaku kriminal — diasumsikan bahwa mereka berusaha memaksimalkan utilitas mereka (kebahagiaan, kesenangan, kepuasan).¹² Asumsi yang sama berlaku pula bagi produsen daging sapi, meskipun dalam hal

¹¹ Ini adalah paradoks Giffm; belum ditemukan contoh nyata “barang Giffin” yang terautentikasi dengan baik.

¹² Kita akan menelaah konsep utilitas secara lebih kritis sebentar lagi.

penjual umumnya digunakan istilah maksimalisasi laba ketimbang utilitas. Penjual berusaha memaksimalkan selisih antara biaya produksi dengan pendapatan penjualan; namun, untuk sementara.² Apabila tingkat harga meningkat untuk semua barang (misalnya dalam situasi inflasi), maka tidak terjadi efek pada kuantitas (mengapa demikian?).³ Barang seperti ini disebut dalam ilmu ekonomi sebagai barang inferior. Barang disebut barang superior apabila konsumen membeli lebih banyak saat pendapatannya meningkat. Selain itu, terdapat juga barang normal, yaitu barang yang konsumsinya berubah secara proporsional terhadap perubahan pendapatan.⁴ Ini adalah paradoks Giffen; tidak ada contoh nyata dalam dunia nyata yang telah diverifikasi secara baik mengenai keberadaan barang Giffen.⁵ Konsep utilitas akan dianalisis lebih kritis pada bagian berikutnya. Hanya tertarik pada harga terendah yang akan dikenakan oleh penjual yang rasional dan berorientasi pada kepentingan dirinya sendiri. Harga minimum tersebut adalah harga yang dapat diperoleh oleh sumber daya yang digunakan dalam memproduksi (dan menjual) barang penjual tersebut jika digunakan untuk tujuan terbaik berikutnya — inilah yang disebut harga alternatif. Inilah yang dimaksud oleh ekonom sebagai biaya suatu barang, dan menjelaskan mengapa (dengan beberapa pengecualian yang tidak perlu kita bahas di sini) seorang penjual yang rasional tidak akan menjual barangnya di bawah biaya.

Sebagai contoh, biaya untuk membuat sebuah mesin pemotong rumput adalah jumlah harga yang harus dibayarkan oleh produsen untuk memperoleh modal, tenaga kerja, bahan baku, dan sumber daya lainnya yang digunakan dalam proses produksi. Harga tersebut harus lebih tinggi daripada harga yang bisa diperoleh oleh sumber daya tersebut jika dijual kepada penawar tertinggi berikutnya, sebab jika produsen mesin pemotong rumput tidak bersedia membayar lebih dari itu, ia tidak akan menjadi penawar tertinggi dan karenanya tidak akan mendapatkan sumber daya tersebut. Kita akan menunda pembahasan mengenai komplikasi yang timbul jika penjual suatu sumber daya menetapkan harga lebih tinggi dari harga alternatifnya. Sebagai turunan dari konsep biaya sebagai harga alternatif, maka suatu biaya hanya dianggap timbul jika seseorang kehilangan kesempatan untuk menggunakan sumber daya tersebut. Karena saya dapat menghirup udara sebanyak yang saya inginkan tanpa mengurangi jumlah udara yang tersedia bagi orang lain, tidak

ada seorang pun yang akan membayar saya untuk melepaskan udara saya kepada mereka; oleh karena itu udara tidak memiliki biaya.¹³ Hal yang sama berlaku bagi barang yang hanya memiliki satu kemungkinan penggunaan. (Dapatkah Anda memahami mengapa demikian?)

Biaya, bagi seorang ekonom, adalah “biaya peluang” (*opportunity cost*) — yaitu manfaat yang dikorbankan ketika suatu sumber daya digunakan untuk satu tujuan sehingga tidak tersedia untuk tujuan lain. Berikut dua contoh tambahan mengenai biaya peluang:

- (1) Biaya utama dari pendidikan tinggi bukanlah uang kuliah, melainkan pendapatan yang dikorbankan oleh mahasiswa karena memilih untuk belajar daripada bekerja; biaya ini bahkan melebihi biaya kuliah.
- (2) Misalkan biaya tenaga kerja, modal, dan bahan baku untuk memproduksi satu barel minyak adalah \$2, tetapi karena cadangan minyak murah cepat habis, satu barel minyak diperkirakan akan berharga \$20 dalam waktu 10 tahun. Produsen yang memilih untuk menyimpan minyaknya hingga saat itu akan dapat menjualnya seharga \$20. Maka nilai \$20 tersebut merupakan biaya peluang dari menjual minyak sekarang — meskipun bukan biaya peluang bersih, karena jika produsen menunggu, ia akan kehilangan bunga yang bisa diperolehnya jika menjual minyak sekarang dan menginvestasikan hasil penjualannya.

Pembahasan mengenai biaya ini dapat membantu menghilangkan salah satu kekeliruan paling kuat dalam memahami ilmu ekonomi — yaitu anggapan bahwa ekonomi adalah tentang uang. Justru sebaliknya, ekonomi membahas mengenai penggunaan sumber daya, sedangkan uang hanyalah klaim atas sumber daya.¹⁴ Seorang ekonom membedakan antara transaksi yang berdampak pada penggunaan sumber daya, terlepas dari apakah uang berpindah tangan, dan transaksi murni keuangan (*pecuniary transactions*) — seperti transfer pembayaran. Pekerjaan rumah tangga merupakan aktivitas ekonomi, meskipun dilakukan oleh pasangan hidup yang tidak menerima imbalan dalam bentuk uang.⁶ Ini bukan berarti bahwa udara bersih tidak

¹³ Ini bukan berarti udara bersih tidak memerlukan biaya. Lihat Bab 3.7 *infra*

¹⁴ Bagi mereka yang bukan ekonom, uang memiliki arti yang lebih penting dibandingkan bagi ekonom. Salah satu pencapaian besar Adam Smith dalam *The Wealth of Nations* adalah menunjukkan bahwa merkantilisme, yakni kebijakan untuk memaksimalkan cadangan emas suatu negara, justru akan membuat negara tersebut miskin, bukan sebaliknya.

memiliki biaya. Bandingkan dengan pembahasan dalam Bab 3.7 *infra*.⁷ Kalangan non-ekonom justru cenderung memberikan arti lebih besar terhadap uang dibandingkan ekonom. Salah satu pencapaian besar Adam Smith dalam *The Wealth of Nations* adalah menunjukkan bahwa merkantilisme — kebijakan yang bertujuan memaksimalkan cadangan emas suatu negara — justru akan membuat negara tersebut miskin alih-alih kaya.

kompensasi; hal itu melibatkan biaya — terutama biaya peluang atas waktu yang digunakan oleh pekerja rumah tangga. Sebaliknya, transfer melalui pajak sebesar \$1.000 dari saya kepada orang miskin (atau orang kaya) — terlepas dari dampaknya terhadap insentif kami masing-masing, biaya pelaksanaannya, atau kemungkinan perbedaan dalam nilai subjektif uang bagi kami — pada dirinya sendiri bersifat tanpa biaya; transfer tersebut tidak mengonsumsi sumber daya apa pun. Transfer itu memang akan mengurangi daya beli saya, tetapi meningkatkan daya beli penerima dalam jumlah yang sama. Dengan kata lain, transfer tersebut merupakan biaya privat, tetapi bukan biaya sosial. Biaya sosial adalah biaya yang mengurangi kekayaan masyarakat, sedangkan biaya privat hanyalah mengatur ulang distribusi kekayaan tersebut.

Perbedaan antara biaya peluang dan pembayaran transfer, atau dengan kata lain, antara biaya ekonomi dan biaya akuntansi, menunjukkan bahwa biaya dalam pandangan ekonom adalah konsep yang berorientasi ke depan. Biaya yang telah terjadi (*sunk cost*) tidak memengaruhi keputusan mengenai harga dan kuantitas. Misalnya, seekor gajah putih dari plastik mungkin memerlukan biaya sebesar \$1.000 untuk dibuat (\$1.000 adalah harga alternatif dari input yang digunakan untuk memproduksinya), tetapi nilai maksimum yang bersedia dibayar seseorang setelah barang itu dibuat hanyalah \$10. Maka biaya peluang dari gajah putih plastik tersebut adalah \$10. Fakta bahwa \$1.000 telah dikeluarkan untuk membuatnya tidak memengaruhi harga jualnya, karena jika penjual bersikeras tidak menjual barang itu dengan harga di bawah biaya produksinya, hasilnya hanya akan menjadi kerugian yang lebih besar — alih-alih kehilangan \$990, dia akan kehilangan \$1.000 penuh.

Aplikasi paling terkenal dari konsep biaya peluang dalam analisis ekonomi terhadap hukum adalah *Teorema Coase*.¹⁵ Teorema ini (yang akan

¹⁵ Lihat Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law & Economics*, vol. 3 (1960), hlm. 1.

dibahas lebih dalam pada bab selanjutnya) menyatakan bahwa jika transaksi tidak memerlukan biaya (*costless*), maka penetapan awal hak atas suatu properti tidak akan menentukan penggunaan akhir dari properti tersebut.

Misalkan seorang petani memiliki hak agar tanamannya tidak dirusak oleh percikan api dari lokomotif kereta api; nilai tanaman bagi si petani adalah \$100, berdasarkan selisih antara pendapatan \$330 dan biaya tenaga kerja dan modal sebesar \$230; sementara itu biaya bagi perusahaan kereta api untuk memasang alat penahan percikan api adalah \$110; dan transaksi antara perusahaan kereta dan petani tidak memiliki biaya (*costless*). Maka biaya nyata dari menanam tanaman bagi petani bukanlah \$230, melainkan antara \$330 dan \$340, karena ia dapat memperoleh uang dari perusahaan kereta api dengan cara menyetujui untuk tidak menggunakan lahannya dengan cara yang sensitif terhadap percikan api. Karena biaya sejati untuk menggunakan haknya lebih besar dari pendapatan yang diperoleh, ia akan menjual hak tersebut, dan lahan itu akan digunakan seolah-olah perusahaan kereta api memiliki hak untuk memancarkan percikan api secara bebas. Dalam contoh ini, penetapan awal hak kepemilikan memang tidak menentukan penggunaan akhir dari lahan yang terdampak.

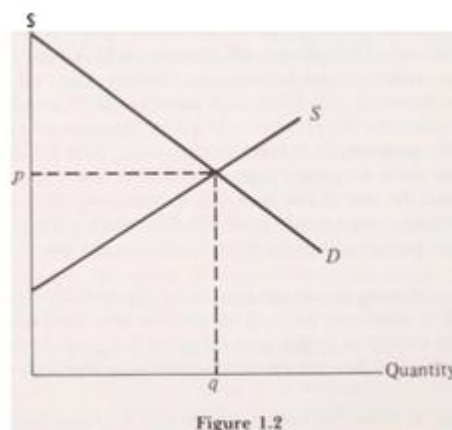
Kekuatan persaingan cenderung membuat biaya peluang menjadi harga maksimum sekaligus harga minimum. (Dapatkah Anda memahami mengapa contoh petani-perusahaan kereta api menjadi pengecualian terhadap generalisasi ini?) Harga di atas biaya peluang bertindak sebagai magnet yang menarik sumber daya ke dalam produksi barang tersebut.

hingga peningkatan jumlah output mendorong harga, sesuai dengan Hukum Permintaan, turun ke tingkat biaya (mengapa persaingan tidak akan mendorong harga di bawah biaya peluang?). Proses ini digambarkan dalam Gambar 1.2. Huruf D merepresentasikan kurva permintaan atas barang yang dimaksud, sedangkan S menunjukkan biaya peluang untuk memasok satu unit output pada berbagai tingkat produksi. Istilah lain untuk S adalah kurva biaya marjinal industri.

Biaya marjinal didefinisikan sebagai perubahan dalam total biaya yang disebabkan oleh perubahan satu unit dalam jumlah output; dengan kata lain, biaya ini adalah biaya unit terakhir yang diproduksi — yaitu biaya yang akan dihindari jika satu unit produksi tidak dilakukan. (Konsep biaya marjinal ini akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 9 dan 10.)

Definisi ini dapat membantu menjelaskan mengapa titik perpotongan antara kurva D dan S mencerminkan harga dan jumlah keseimbangan dalam kondisi pasar yang bersaing. Istilah keseimbangan (*equilibrium*) merujuk pada suatu titik stabil, di mana, selama tidak ada perubahan dalam kondisi permintaan maupun penawaran, tidak ada insentif bagi penjual untuk mengubah harga atau jumlah *output*. Maka dapat dipertanyakan: mengapa setiap titik yang berada di sebelah kiri atau kanan dari titik perpotongan tersebut dianggap sebagai tingkat harga-output yang tidak stabil atau berada dalam keadaan tidak seimbang (*disequilibrium*)?

Bahkan dalam kondisi keseimbangan jangka panjang dalam pasar yang bersaing, tidak ada jaminan bahwa seluruh transaksi akan dilakukan pada harga yang sepenuhnya setara dengan biaya peluang dari barang yang dijual. Hal ini secara implisit tercermin dalam kemiringan ke atas dari kurva penawaran dalam Gambar 1.2. Fakta bahwa biaya produksi suatu barang meningkat seiring dengan peningkatan jumlah yang diproduksi mengindikasikan bahwa proses produksinya memerlukan sumber daya yang secara alamiah sangat langka dibandingkan dengan tingkat permintaan — misalnya lahan subur atau lahan dengan lokasi yang strategis.



Sebagai contoh, anggaplah bahwa lahan jagung terbaik dapat memproduksi jagung dengan biaya sebesar \$1 per gantang, dengan komponen biaya tersebut mencakup baik biaya langsung produksi (tenaga kerja, pupuk, dan sebagainya) maupun nilai lahan tersebut dalam penggunaan terbaik berikutnya (*next best use*). Selanjutnya, anggap bahwa harga pasar jagung yang dihasilkan dari lahan terbaik tersebut akan dijual dengan harga \$10 per gantang, apabila tidak ada produksi jagung lain. Jelas bahwa terdapat insentif

untuk meningkatkan produksi. Lahan-lahan lain, meskipun secara kualitas lebih rendah, akan dialihkan untuk produksi jagung, dan proses ini akan terus berlanjut hingga harga pasar dan biaya marjinal menjadi setara, sebagaimana digambarkan dalam Gambar 1.2. Pada titik ini, harga pasar akan setara dengan biaya produsen marjinal. Misalnya, jika biaya tersebut sebesar \$2,50, maka seluruh petani jagung akan menjual jagungnya dengan harga \$2,50 per gantang, tetapi mereka yang memiliki lahan terbaik hanya menanggung biaya peluang sosial sebesar \$1.

Selisih antara total penerimaan industri sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 1.2 (yakni $p \times q$) dan total biaya peluang produksi (yakni area di bawah kurva S) disebut sebagai *economic rent* atau sewa ekonomi (yang tidak boleh disamakan dengan sewa properti biasa). Dalam konteks ini, sewa ekonomi berarti selisih positif antara total pendapatan dan total biaya peluang. Lalu siapa yang memperoleh sewa ekonomi dalam Gambar 1.2? Jawabannya adalah pemilik lahan unggul. Persaingan antar produsen akan mengeliminasi semua keuntungan produsen (*producer rents*), sehingga seluruh sewa akan diterima oleh pemilik sumber daya yang menjadi penyebab munculnya sewa tersebut. Jika para pemilik lahan (atau pihak lain) dapat menambah jumlah lahan unggul secara cuma-cuma, maka persaingan di antara mereka akan menghilangkan kelangkaan yang menciptakan sewa ekonomi, dan dengan demikian menghapuskan sewa itu sendiri. Oleh karena itu, dalam pasar yang bersifat kompetitif, sewa ekonomi hanya akan diperoleh oleh pemilik sumber daya yang tidak dapat ditambah secara cepat dan murah untuk memenuhi peningkatan permintaan atas barang yang diproduksi dengan menggunakan sumber daya tersebut.

Pendapatan yang sangat tinggi yang diperoleh oleh segelintir penyanyi, atlet, dan pengacara elit juga mengandung sewa ekonomi, yang berasal dari kelangkaan bawaan dari sumber daya yang mereka kuasai — misalnya suara nyanyian yang indah, keterampilan atletik dan determinasi tinggi, atau kemampuan analitis dan argumentatif (*forensik*) dari seorang pengacara sukses. Pendapatan mereka dapat jauh melampaui potensi penghasilan tertinggi mereka di pekerjaan alternatif lainnya, meskipun mereka menjual jasanya dalam pasar yang kompetitif. Jenis sewa ekonomi yang berbeda, dan akan dibahas dalam Bab 9, diperoleh oleh pelaku monopoli, yang menciptakan kelangkaan buatan terhadap produk yang mereka kuasai.

3. Prinsip dasar ekonomi yang ketiga adalah bahwa sumber daya cenderung bergerak menuju penggunaan yang paling bernilai apabila pertukaran sukarela — yakni melalui mekanisme pasar — diizinkan. Mengapa produsen mesin pemotong rumput dalam contoh sebelumnya bersedia membayar lebih mahal untuk tenaga kerja dan bahan baku dibandingkan dengan pengguna lain yang bersaing? Alasannya adalah karena ia memperkirakan dapat menggunakan sumber daya tersebut untuk menghasilkan barang jadi dengan harga jual yang lebih tinggi dibandingkan dengan para pesaing lainnya; artinya, sumber daya tersebut memiliki nilai yang lebih besar baginya.

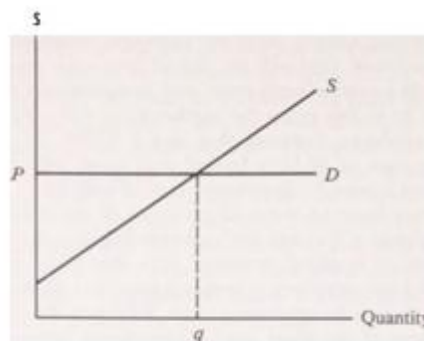


Figure 1.3

Demikian pula, mengapa petani A bersedia membeli lahan milik petani B dengan harga lebih tinggi dari harga minimum yang ditetapkan oleh petani B? Karena lahan tersebut lebih bernilai bagi A daripada bagi B, yang berarti bahwa petani A dapat menggunakannya untuk menghasilkan *output* dengan nilai pasar yang lebih tinggi, sebagaimana diukur melalui kesediaan konsumen untuk membayar. Melalui mekanisme pertukaran sukarela, sumber daya akan bergeser ke arah penggunaan yang memberikan nilai tertinggi berdasarkan kesediaan konsumen untuk membayar. Ketika sumber daya digunakan untuk tujuan yang memiliki nilai tertinggi, maka dapat dikatakan bahwa sumber daya tersebut telah digunakan secara efisien.

Salah satu asumsi yang secara metodologis berguna meskipun tidak realistis adalah bahwa tidak terdapat peluang keuntungan (dalam arti sewa ekonomi, bukan biaya modal ekuitas) yang belum dimanfaatkan. Peluang keuntungan adalah semacam magnet yang menarik sumber daya menuju suatu kegiatan.

Jika "magnet" tersebut tidak berfungsi, ekonom tidak serta merta menyimpulkan bahwa pelaku pasar bodoh, memiliki selera yang aneh, atau berhenti menjadi pemaksimal kepentingan pribadi, melainkan menyimpulkan bahwa terdapat hambatan terhadap aliran bebas sumber daya. Hambatan tersebut dapat berupa:

- Tingginya biaya informasi,
- Adanya eksternalitas,
- Kelangkaan bawaan (*inheren*) sebagaimana dalam contoh sewa ekonomi atas lahan, atau
- Kondisi ekonomi lain sebagaimana dibahas dalam buku ini.

Apabila hambatan-hambatan tersebut tidak ada, maka dalam pasar seperti yang digambarkan dalam Gambar 1.2, setiap penjual secara individual akan menghadapi kurva permintaan horizontal pada tingkat harga p , sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 1.3, meskipun kurva permintaan agregat pasar secara keseluruhan menurun (yang dapat dipandang sebagai penjumlahan dari sejumlah besar kurva permintaan masing-masing pelaku usaha, yang masing-masing hanya menurun sedikit — dengan kata lain, nyaris mendatar).¹⁶

Makna penting dari kurva permintaan horizontal adalah bahwa apabila penjual menaikkan harga barangnya, bahkan sedikit saja di atas harga pasar, maka jumlah penjualannya akan menjadi nol. Hal ini terjadi karena, dengan menaikkan harga dan menciptakan kesenjangan antara harga dan biaya marjinal, penjual tersebut menciptakan peluang keuntungan yang segera akan dimanfaatkan oleh penjual lain.

¹⁶ Namun, tidak perlu berasumsi bahwa terdapat jumlah penjual yang tak terhingga di pasar — hanya saja masuknya terjadi secara instan. Hal ini dibahas lebih lanjut di Bab 9. Perhatikan bahwa kurva biaya marjinal perusahaan ditunjukkan miring ke atas, sama seperti kurva industri pada Gambar 1.2. Hal yang sama yang menyebabkan kurva industri naik akan menyebabkan kurva perusahaan secara individual naik; dan faktor tambahannya adalah meningkatnya biaya informasi dan kendali seiring pertumbuhan dan kompleksitas perusahaan. Lihat Bab 14.1 *infra*. Perhatikan bahwa jika suatu perusahaan tidak mengalami kenaikan biaya marjinal pada suatu titik, outputnya akan menjadi tak tentu. Hubungan antara biaya dan permintaan dibahas lebih lanjut di Bab 12.

B. Nilai, Utilitas, dan Efisiensi

Bagian sebelumnya telah menggunakan sejumlah istilah yang memiliki bobot konseptual yang tinggi — seperti nilai (*value*), utilitas (*utility*), dan efisiensi (*efficiency*) — yang perlu dijelaskan secara lebih presisi.

Nilai ekonomi dari suatu barang atau jasa adalah sebesar apa yang bersedia dibayarkan seseorang untuk memperolehnya, atau jika ia telah memilikinya, berapa besar kompensasi uang yang ia minta untuk melepaskannya. (Kedua jumlah tersebut tidak selalu sama dan ketidaksetaraan itu dapat menimbulkan persoalan, yang akan dibahas lebih lanjut di bagian berikut.)

Istilah "utilitas" dalam ekonomi memiliki dua pengertian berbeda, dan sangat penting untuk membedakannya.

Pertama, utilitas digunakan untuk menunjukkan nilai dari suatu biaya atau manfaat yang bersifat ekspektatif (*expected*) dibandingkan dengan yang bersifat pasti. Misalnya, bayangkan Anda diberi pilihan antara menerima \$1 juta secara langsung, atau 10 persen kemungkinan untuk mendapatkan \$10 juta. Kemungkinan besar, Anda akan memilih opsi pertama, meskipun nilai ekspektasi matematisnya sama, yaitu: $\$1 \text{ juta} = 0,10 \times \$10 \text{ juta}$.

Pilihan Anda tersebut menunjukkan bahwa Anda menghindari risiko (*risk averse*). *Risk aversion* ini merupakan konsekuensi dari prinsip menurunnya utilitas marjinal terhadap uang (*diminishing marginal utility of money*) — yang berarti bahwa semakin banyak uang yang dimiliki seseorang, semakin kecil tambahan kebahagiaan atau kepuasan yang diperoleh dari setiap dolar tambahan.

Fenomena utilitas marjinal yang menurun bahkan lebih mudah digambarkan dalam konteks barang-barang yang kurang serbaguna dibandingkan uang — misalnya kursi, lampu, atau hewan peliharaan seperti hamster. Namun demikian, secara intuitif dapat disimpulkan bahwa satu dolar tambahan akan memiliki arti yang lebih kecil bagi seseorang seiring bertambahnya kekayaannya.

Meskipun demikian, penghindaran risiko tidaklah *universal*. Contohnya, praktik perjudian menunjukkan kecenderungan sebaliknya, yaitu preferensi terhadap risiko (*risk preference*). (Dapatkah Anda memahami mengapa?)

Namun, sebagian besar ekonom meyakini — dengan didukung oleh berbagai bukti, terutama popularitas produk asuransi — bahwa mayoritas individu cenderung menghindari risiko dalam sebagian besar situasi. Walaupun begitu, respon institusional terhadap penghindaran risiko, seperti asuransi dan badan usaha berbadan hukum (korporasi), dapat membuat individu secara efektif bersikap netral terhadap risiko dalam banyak kondisi tertentu.

Penggunaan istilah "nilai (*value*)" dan "utilitas (*utility*)" untuk membedakan antara:

1. Suatu biaya atau manfaat ekspektatif (yaitu: nilai dalam dolar dikalikan dengan probabilitas terjadinya), dan
2. Apa arti dari biaya atau manfaat tersebut bagi seseorang yang tidak bersifat netral terhadap risiko,

justru dapat menutupi perbedaan konseptual yang lebih tajam, yaitu antara:

1. Nilai dalam arti ekonomi yang luas, yang mencakup kenyataan bahwa seseorang yang menghindari risiko akan "menilai" \$1 lebih tinggi dibandingkan peluang 10% untuk memperoleh \$10; dan
2. Utilitas sebagaimana dimaknai oleh filsuf-filsuf penganut utilitarianisme, yakni kebahagiaan (*happiness*).

Sebagai ilustrasi, misalkan ekstrak kelenjar pituitari sangat langka dibandingkan dengan permintaannya, sehingga harganya menjadi sangat mahal. Sebuah keluarga miskin memiliki anak yang, tanpa ekstrak tersebut, akan tumbuh menjadi seorang kerdil (*dwarf*). Namun keluarga ini tidak mampu membelinya, bahkan jika mereka berusaha menjaminkan penghasilan masa depan anak tersebut sebagai individu dengan tinggi badan normal; sebab nilai kini (*present value*) dari penghasilan masa depannya, dikurangi konsumsi, masih lebih rendah dibanding harga ekstrak tersebut. Sementara itu, sebuah keluarga kaya memiliki anak yang akan tumbuh dengan tinggi badan normal, tetapi ekstrak tersebut dapat menambah beberapa inci pada tinggi anak itu. Orang tuanya memutuskan untuk.

Dalam pengertian nilai (*value*) sebagaimana digunakan dalam buku ini, ekstrak pituitari lebih bernilai bagi keluarga kaya daripada keluarga miskin, karena nilai diukur berdasarkan kesediaan untuk membayar (*willingness to pay*); namun, ekstrak tersebut akan memberikan kebahagiaan yang jauh lebih besar jika berada di tangan keluarga miskin daripada di tangan keluarga kaya.

Sebagaimana ditunjukkan oleh contoh tersebut, penggunaan istilah efisiensi (*efficiency*) — sebagaimana digunakan dalam buku ini untuk menyatakan suatu alokasi sumber daya yang memaksimalkan nilai ekonomi — memiliki keterbatasan sebagai kriteria etis dalam pengambilan keputusan sosial. Meski begitu, keterbatasan ini mungkin tidak terlalu serius, karena kasus-kasus seperti di atas sangat jarang terjadi.¹⁷

Utilitas dalam pengertian utilitarianisme juga memiliki keterbatasan serius, bukan hanya karena sulitnya pengukuran ketika kesediaan membayar tidak digunakan sebagai satuan ukur (*metric*). Fakta bahwa satu orang memiliki kapasitas yang lebih besar untuk memperoleh kesenangan dibandingkan orang lain bukanlah alasan yang cukup untuk melegitimasi transfer paksa kekayaan dari orang kedua kepada orang pertama.

Berbagai kriteria etika yang lazim lainnya juga memiliki persoalan tersendiri yang cukup serius. Walaupun buku ini tidak bertujuan untuk membela efisiensi sebagai satu-satunya kriteria yang sah dalam pemilihan sosial (*social choice*), buku ini mengasumsikan, dan barangkali kebanyakan orang akan setuju, bahwa efisiensi merupakan salah satu kriteria penting. Dalam banyak ranah yang menjadi perhatian utama analisis ekonomi terhadap hukum — seperti hukum persaingan usaha (*antitrust*) — efisiensi, sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut, merupakan fokus utama dalam kebijakan publik.

Beberapa ekonom menggunakan definisi efisiensi yang lebih netral secara normatif, yaitu membatasi istilah tersebut hanya pada transaksi sukarela secara murni. Misalnya, A menjual ukiran kayu kepada B seharga \$10, kedua belah pihak memiliki informasi yang lengkap, dan transaksi tersebut tidak menimbulkan dampak apa pun terhadap pihak ketiga. Maka, alokasi sumber daya yang dihasilkan dari transaksi itu dikatakan lebih unggul secara Pareto (*Pareto superior*) dibandingkan dengan alokasi sebelum transaksi dilakukan. Transaksi yang *Pareto superior* adalah transaksi yang membuat paling tidak satu orang menjadi lebih baik keadaannya tanpa membuat siapa pun menjadi lebih buruk. (Dalam contoh ini, diasumsikan bahwa baik A maupun B menjadi lebih baik keadaannya, dan tidak ada pihak lain yang dirugikan.) Dengan kata lain, kriteria *Pareto superior* mensyaratkan kesepakatan bulat (*unanimity*) dari semua pihak yang terdampak. Namun demikian, ini merupakan konsep

¹⁷ Lihat untuk referensi lebih lanjut terhadap contoh tersebut, BAB.5.D *infra*.

efisiensi yang sangat ketat dan terbatas penerapannya dalam dunia nyata, karena pada kenyataannya mayoritas transaksi (atau serangkaian transaksi yang serupa) memiliki dampak terhadap pihak ketiga, bahkan jika dampaknya hanya berupa perubahan harga barang-barang lain (mengapa demikian?).

Dalam konsep efisiensi yang kurang ketat dan digunakan dalam buku ini — yaitu konsep *Kaldor-Hicks* — misalkan A menilai ukiran kayu seharga \$5, sedangkan B menilainya sebesar \$12, maka pada harga jual \$10 (atau harga berapa pun antara \$5 dan \$12), transaksi tersebut akan menghasilkan manfaat total sebesar \$7. Misalnya, jika transaksi dilakukan pada harga \$10:

- a. Merasa dirinya memperoleh manfaat sebesar \$5, karena menjual barang yang hanya bernilai \$5 baginya,
- b. Merasa dirinya memperoleh manfaat sebesar \$2, karena membeli barang yang ia nilai seharga \$12.

Transaksi tersebut dikatakan efisien, selama kerugian (jika ada) yang ditimbulkan terhadap pihak ketiga, setelah dikurangi manfaat bagi pihak ketiga, tidak melebihi \$7. Namun, transaksi ini tidak dapat dikatakan *Pareto superior*, kecuali A dan B memberikan kompensasi penuh kepada pihak ketiga atas kerugian yang mereka alami akibat transaksi tersebut.

Konsep *Kaldor-Hicks* juga sering disebut dengan istilah yang lebih sugestif, yakni “keunggulan Pareto potensial (*potential Pareto superiority*)”: para pihak yang diuntungkan dapat mengganti kerugian yang diderita oleh pihak yang dirugikan — tetapi tidak harus melakukannya (atau setidaknya, tidak selalu wajib).

Karena kondisi ideal untuk tercapainya keunggulan *Pareto* hampir tidak pernah terpenuhi dalam dunia nyata, sementara para ekonom tetap banyak berbicara tentang efisiensi, maka sudah jelas bahwa definisi operasional dari efisiensi dalam ilmu ekonomi bukanlah efisiensi dalam arti *Pareto*. Ketika seorang ekonom mengatakan bahwa perdagangan bebas, persaingan, pengendalian polusi, atau suatu kebijakan tertentu dinilai “efisien”, sembilan dari sepuluh kali yang dimaksud adalah efisiensi *Kaldor-Hicks* — dan hal ini pula yang dianut dalam buku ini. Ketergantungan bahkan dari konsep keunggulan Pareto terhadap distribusi kekayaan — karena kesediaan membayar, dan oleh karenanya nilai, merupakan fungsi dari distribusi tersebut — menunjukkan batasan serius dari efisiensi sebagai kriteria utama kebaikan sosial (*the social good*). Jika distribusi pendapatan dan kekayaan diubah, maka

pola permintaan juga akan berubah, dan akibatnya alokasi sumber daya yang dianggap efisien pun akan berbeda. Karena ilmu ekonomi tidak memberikan jawaban atas pertanyaan apakah distribusi pendapatan dan kekayaan yang ada saat ini adalah baik atau buruk, adil atau tidak adil², maka ilmu ekonomi juga tidak dapat menjawab pertanyaan mendasar: apakah suatu alokasi sumber daya yang efisien dapat dikatakan secara sosial atau etis diinginkan.¹⁸

Demikian pula, seorang ekonom tidak dapat menyatakan, bahkan dengan mengasumsikan bahwa distribusi pendapatan saat ini adalah adil, apakah kepuasan konsumen (*consumer satisfaction*) layak dijadikan sebagai nilai dominan dalam masyarakat. Oleh karena itu, kompetensi ekonom dalam diskusi mengenai sistem hukum bersifat terbatas. Ia dapat memprediksi dampak dari peraturan dan tata kelola hukum terhadap nilai dan efisiensi, dalam arti teknis yang sempit, serta terhadap distribusi pendapatan dan kekayaan yang ada. Namun, ia tidak dapat mengeluarkan preskripsi normatif yang bersifat mengikat mengenai perubahan sosial. Salah satu pertanyaan penting dalam analisis ekonomi terhadap hukum, yang sebelumnya telah disinggung, adalah apakah dan dalam kondisi apa suatu pertukaran yang tidak bersifat sukarela (*involuntary exchange*) dapat dikatakan meningkatkan efisiensi. Meskipun efisiensi tidak didefinisikan secara eksklusif sebagai sesuatu yang hanya dapat muncul dari transaksi sukarela, bahkan ketika kita menggunakan konsep *Kaldor-Hicks*, tetap ada permasalahan pembuktian (*evidentiary point*): bahwa kesediaan untuk membayar hanya dapat ditentukan secara andal melalui observasi atas transaksi sukarela yang aktual. Apabila suatu sumber daya berpindah tangan melalui transaksi sukarela, maka kita dapat berasumsi dengan tingkat keyakinan yang tinggi bahwa perpindahan tersebut meningkatkan efisiensi.¹⁹ Transaksi itu tidak akan terjadi apabila kedua pihak tidak meyakini bahwa mereka akan menjadi lebih baik setelah transaksi. Implikasinya adalah bahwa sumber daya tersebut lebih bernilai di tangan pemilik barunya.

Namun demikian, banyak transaksi memiliki dampak terhadap pihak ketiga, baik secara langsung maupun tidak langsung.

¹⁸ Pertanyaan tentang keadilan distribusi akan dibahas kembali dalam Bab 16.

¹⁹ Kita tidak dapat sepenuhnya yakin bahwa transaksi itu benar-benar meningkatkan efisiensi, kecuali semua pihak yang terdampak dilibatkan secara langsung dalam transaksi tersebut — dan persyaratan ini hampir tidak pernah terpenuhi.

Sebagian besar transaksi yang terjadi atau diatur melalui sistem hukum bersifat tidak sukarela (*involuntary*). Tindak pidana dan kecelakaan merupakan contoh transaksi tidak sukarela, begitu pula dengan putusan hukum yang menjatuhkan kewajiban membayar ganti rugi atau denda. Lalu bagaimana cara untuk mengetahui apakah transaksi semacam ini meningkatkan atau justru menurunkan efisiensi?

Jawabannya adalah: kita tidak akan pernah dapat mengetahui dengan tingkat keyakinan yang sama, seperti halnya dalam menilai transaksi sukarela, bahwa transaksi tersebut meningkatkan efisiensi. Namun, jika kita bersikukuh bahwa suatu transaksi harus sepenuhnya sukarela sebelum dapat dikategorikan efisien — dalam arti bahwa seluruh pihak yang berpotensi dirugikan telah menerima kompensasi secara penuh — maka kita akan sangat jarang dapat menyatakan bahwa suatu transaksi itu efisien. Dengan kata lain, kita akan kembali pada standar efisiensi *Pareto*, yang terlalu sempit untuk diterapkan dalam realitas hukum.

Sebagai alternatif, yang sejalan dengan semangat pendekatan *Kaldor-Hicks*, dan yang digunakan secara luas dalam buku ini, adalah dengan berusaha memperkirakan apakah suatu transaksi sukarela akan terjadi jika memang memungkinkan untuk dilakukan. Sebagai contoh, jika pertanyaannya adalah apakah air bersih lebih bernilai sebagai input untuk industri kertas atau untuk kegiatan berperahu (rekreasi air), maka kita dapat mencoba menentukan — dengan menggunakan data kuantitatif atau metode lain yang tersedia — apakah, dalam dunia tanpa biaya transaksi (*zero transaction costs*), industri kertas akan bersedia membeli hak penggunaan air tersebut dari para pelaku rekreasi air.

Pendekatan ini merupakan upaya untuk merekonstruksi syarat-syarat yang masuk akal dari suatu transaksi pasar, dalam konteks ketika pertukaran yang terjadi adalah pertukaran paksa melalui hukum — dengan kata lain, meniru atau mensimulasikan mekanisme pasar. Memang benar bahwa pertukaran yang dipaksakan oleh hukum, lalu kemudian dievaluasi apakah meningkatkan efisiensi atau tidak, bukanlah metode optimal dalam alokasi sumber daya, dibandingkan transaksi pasar yang sesungguhnya. Namun, sering kali transaksi pasar yang bebas tidak memungkinkan, dan dalam kondisi demikian, pilihannya adalah antara:

- (1) Sistem hukum yang mengatur pertukaran paksa secara kasar, atau

- (2) Inefisiensi yang lebih besar lagi apabila semua bentuk pertukaran paksa dilarang — yang dalam praktiknya dapat berarti larangan terhadap hampir semua bentuk pertukaran, karena setiap transaksi nyaris selalu menimbulkan dampak terhadap pihak ketiga.

Selain permasalahan pembuktian (*evidentiary problem*) dalam penerapan konsep *Kaldor-Hicks*, terdapat pula permasalahan filosofis. Dalam transaksi pasar yang eksplisit, kedua belah pihak menerima kompensasi untuk melakukan pertukaran; jika salah satu pihak tidak dikompensasi, maka transaksi tersebut tidak dapat disebut sukarela, bahkan dalam pengertian yang longgar. Namun, ketika sistem hukum, misalnya, menghapus gangguan (*nuisance*) dengan dasar bahwa nilai dari kegiatan tergugat lebih kecil dibandingkan penurunan nilai properti di sekitarnya, maka tergugat tidak menerima kompensasi apapun. Transaksi paksa melalui hukum seperti ini cenderung lebih kecil kemungkinannya untuk menciptakan kebahagiaan, dibandingkan transaksi pasar, karena penderitaan pihak yang kalah (dan tidak dikompensasi) bisa jadi melebihi sukacita pihak yang menang.

Dan jika upaya hukum untuk mensimulasikan hasil pasar tidak menghasilkan kebahagiaan, lalu bagaimana konsep ini bisa dibenarkan? Apa yang menjadi dasar filosofis dari konsep *Kaldor-Hicks*, sebagaimana dasar utilitarian yang mendasari keunggulan *Pareto*?

Salah satu jawabannya adalah bahwa hal-hal yang dapat diwujudkan oleh kekayaan — bukan hanya barang mewah, tetapi juga waktu luang, akses terhadap pengobatan modern, dan bahkan keberadaan fakultas-fakultas filsafat — merupakan komponen utama dalam kebahagiaan sebagian besar orang.

Transaksi yang terjadi atau dipengaruhi oleh sistem hukum bersifat tidak sukarela. Sebagian besar tindak pidana dan kecelakaan merupakan transaksi yang tidak sukarela, demikian pula putusan hukum yang mewajibkan pembayaran ganti kerugian atau denda. Bagaimana seseorang dapat mengetahui kapan transaksi semacam itu meningkatkan efisiensi, dan kapan justru mengurangnya?

Jawabannya adalah bahwa seseorang tidak dapat mengetahuinya dengan tingkat kepastian yang setara dengan bagaimana seseorang dapat menilai transaksi sukarela sebagai sesuatu yang meningkatkan efisiensi. Namun, jika kita menegaskan bahwa suatu transaksi harus benar-benar sukarela sebelum dapat dikatakan efisien — benar-benar sukarela dalam pengertian bahwa

semua pihak yang berpotensi dirugikan telah sepenuhnya mendapatkan kompensasi — maka sangat jarang kita dapat membuat penilaian efisiensi, karena sangat sedikit transaksi yang benar-benar sukarela dalam pengertian tersebut; kita akan kembali pada konsep superioritas *Pareto*.

Pendekatan alternatif, yang sejalan dengan prinsip *Kaldor-Hicks* dan banyak digunakan dalam buku ini, adalah mencoba memperkirakan apakah, jika suatu transaksi sukarela memungkinkan, transaksi tersebut akan terjadi. Misalnya, jika pertanyaannya adalah apakah air bersih lebih berharga sebagai bahan produksi kertas daripada untuk kegiatan perahu, kita dapat mencoba menentukan, dengan menggunakan data kuantitatif atau data lain yang tersedia, apakah dalam kondisi tanpa biaya transaksi (*zero transaction costs*), industri kertas akan membeli dari pelaku usaha perahu hak untuk menggunakan air tersebut.

Pendekatan ini berupaya merekonstruksi kemungkinan syarat-syarat transaksi pasar dalam situasi di mana yang terjadi adalah pertukaran yang dipaksakan — dengan kata lain, meniru atau mensimulasikan mekanisme pasar. Memang benar, pertukaran yang dipaksakan oleh sistem hukum yang kemudian mencoba menilai apakah pertukaran tersebut meningkatkan atau mengurangi efisiensi adalah metode alokasi sumber daya yang kurang efisien dibandingkan transaksi pasar — jika transaksi pasar memungkinkan. Namun seringkali transaksi pasar tidak memungkinkan, dan pilihan yang ada adalah antara sistem pertukaran yang dipaksakan secara hukum yang cenderung kasar dengan inefisiensi yang jauh lebih besar apabila seluruh pertukaran yang dipaksakan dilarang, yang pada akhirnya bisa berarti melarang semua pertukaran, karena semua pertukaran memiliki efek terhadap pihak ketiga.

Selain masalah pembuktian yang muncul dalam penerapan konsep *Kaldor-Hicks*, terdapat pula masalah filosofis. Dalam pasar yang eksplisit, kedua pihak dalam transaksi memperoleh kompensasi atas partisipasi mereka; apabila salah satu pihak tidak memperoleh kompensasi, transaksi tersebut tidak dapat dikatakan sukarela, bahkan dalam pengertian yang longgar sekalipun. Namun, misalnya, ketika sistem hukum menghilangkan gangguan (*nuisance*) dengan alasan bahwa nilai kegiatan tergugat lebih kecil daripada penurunan nilai tanah di sekitarnya akibat gangguan tersebut, tergugat tidak memperoleh kompensasi. Transaksi yang dipaksakan secara hukum cenderung kurang mampu meningkatkan kebahagiaan dibandingkan transaksi

pasar, karena penderitaan para pihak yang (tidak dikompensasi) dirugikan mungkin melebihi kegembiraan para pihak yang diuntungkan.

Jika upaya hukum untuk mensimulasikan hasil pasar tidak dapat meningkatkan kebahagiaan, bagaimana hal itu dapat dibenarkan? Dengan kata lain, apa dasar filosofis dari konsep *Kaldor-Hicks* yang setara dengan dasar utilitarianisme dari superioritas *Pareto*? Salah satu jawabannya adalah bahwa hal-hal yang dapat diwujudkan oleh kekayaan — tidak hanya barang mewah tetapi juga waktu senggang, pengobatan modern, bahkan fakultas filsafat — merupakan unsur utama dari kebahagiaan kebanyakan orang.

Kebahagiaan, sehingga maksimisasi kekayaan merupakan instrumen sosial yang penting — bahkan mungkin satu-satunya yang efektif — dalam maksimisasi utilitas. Jawaban ini menghubungkan efisiensi dengan utilitarianisme; jawaban yang mengaitkannya dengan konsep etika lainnya akan dibahas dalam Bab 8 dan Bab 16.

Satu masalah teknis yang agak kompleks dalam penggunaan kesediaan membayar (*willingness to pay*) sebagai kriteria efisiensi muncul dalam kasus-kasus di mana objek transaksi merupakan bagian besar dari kekayaan salah satu pihak. Misalkan saya menolak tawaran sebesar \$100.000 untuk rumah saya, tetapi kemudian pemerintah menyita rumah tersebut dengan membayar saya \$50.000, yaitu nilai pasar rumah tersebut. Misalkan pula pemerintah bersedia menjual rumah itu kembali kepada saya seharga \$100.000 — harga yang lebih rendah bagi pemerintah meskipun lebih tinggi dari \$50.000 — tetapi saya tidak memiliki maupun dapat meminjam uang sejumlah \$100.000. Dalam keadaan demikian, di tangan siapa rumah tersebut lebih bernilai — di tangan saya atau pemerintah? Dalam mempertimbangkan persoalan ini, perlu diingat bahwa istilah kekayaan sebagaimana digunakan oleh ekonom bukanlah konsep akuntansi; kekayaan diukur berdasarkan apa yang orang bersedia bayar untuk sesuatu (atau tuntutan yang diajukan sebagai imbalan atas pelepasan sesuatu yang mereka miliki), bukan berdasarkan apa yang sebenarnya mereka bayar. Oleh sebab itu, waktu senggang memiliki nilai dan merupakan bagian dari kekayaan, meskipun waktu senggang itu tidak diperjualbelikan. Kita dapat berbicara mengenai waktu senggang sebagai memiliki harga implisit atau harga bayangan (*shadow price*) (bagaimana cara menghitungnya?). Bahkan pasar eksplisit menciptakan nilai di atas harga barang yang dijual di dalamnya. Kembali pada Gambar 1.2, dan perhatikan bahwa jika jumlah barang yang dijual lebih sedikit, harga akan lebih tinggi;

jelas konsumen bersedia membayar lebih untuk beberapa unit produk tersebut, sehingga mereka memperoleh nilai dari kemampuan membeli produk tersebut dengan harga kompetitif. Nilai ini, yang disebut surplus konsumen (*consumer surplus*) (lihat Bab 9.3 infra), juga merupakan bagian dari kekayaan masyarakat.

C. Realisme Asumsi Ekonom

Bagi pembaca yang belum pernah mengenal ilmu ekonomi atau ilmu lainnya, sebagian besar pembahasan pada bagian sebelumnya dalam bab ini mungkin terasa aneh. Secara khusus, pembaca mungkin merasa terganggu oleh apa yang tampak sebagai asumsi-asumsi yang sangat tidak realistis yang mendasari teori ekonomi. Asumsi dasar ekonomi bahwa perilaku manusia bersifat rasional tampaknya bertentangan dengan pengalaman dan pengamatan dalam kehidupan sehari-hari, meskipun kontradiksi tersebut menjadi kurang tajam setelah seseorang memahami bahwa istilah rasionalitas sebagaimana digunakan oleh ekonom bersifat objektif, bukan subjektif, sehingga tidak menjadi kesalahan logika jika dikatakan seekor katak bersifat rasional. Namun benar bahwa asumsi teori ekonomi bersifat satu dimensi dan hambar apabila dilihat sebagai gambaran perilaku manusia — terutama perilaku para “pelaku” ekonomi yang tidak konvensional seperti hakim, penggugat, orang tua, pemerkosa, dan lainnya yang akan kita bahas.

yang dihadapi dalam analisis ekonomi terhadap hukum. Namun demikian, abstraksi — atau reduksionisme, jika Anda menghendakinya — merupakan inti dari suatu penyelidikan ilmiah. Sebuah teori ilmiah²⁰ harus memilih dari sekian banyak pengalaman yang hendak dijelaskannya, dan oleh karenanya teori tersebut secara inheren bersifat tidak realistis apabila dibandingkan secara langsung dengan kondisi yang sebenarnya. Hukum *Newton* tentang benda jatuh, misalnya, mengandung asumsi dasar yang tidak realistis bahwa benda jatuh di dalam ruang hampa, namun tetap merupakan teori yang berguna karena mampu memprediksi perilaku berbagai jenis benda yang jatuh dengan tingkat akurasi yang memadai dalam dunia nyata. Dengan cara yang serupa, teori ekonomi mengenai hukum tidak akan mampu menangkap sepenuhnya kompleksitas, kekayaan, dan kekacauan dari berbagai

²⁰ Dan ekonomi positif adalah suatu disiplin ilmiah. Lihat Alexander Rosenberg, *Microeconomic Laws: A Philosophical Analysis* (1976).

fenomena — pidana, peradilan, perkawinan, atau lainnya — yang hendak dijelaskannya. Namun, ketidakrealistisan tersebut, alih-alih membatalkan validitas teori, justru merupakan prasyarat esensial dari suatu teori. Suatu teori yang berusaha secara setia mereproduksi kompleksitas dunia empiris dalam asumsi-asumsinya tidaklah dapat disebut teori — dalam arti sebagai penjelasan — melainkan hanya sekadar deskripsi.

Bahaya nyata bagi ilmu ekonomi positif secara umum, dan bagi teori ekonomi positif tentang hukum sebagaimana diuraikan dalam banyak bagian buku ini (khususnya pada Bagian II), justru merupakan kebalikan dari reduksionisme: sebut saja sebagai komplikasionisme. Ketika seorang analis ekonomi berupaya memperumit suatu model ekonomi yang sangat sederhana — misalnya, dengan memasukkan unsur ketidaksukaan terhadap risiko (*risk aversion*) dan biaya informasi (*information costs*), sebagaimana akan sering dilakukan dalam buku ini — ia menghadapi risiko berhadapan dengan terlalu banyak derajat kebebasan: yakni, menghasilkan model yang begitu kaya sehingga tidak ada pengamatan empiris yang dapat menyangkalnya — yang berarti pula bahwa tidak ada pengamatan yang dapat mendukungnya.

Namun semua ini bukan berarti bahwa seorang analis memiliki kebebasan mutlak dalam memilih asumsi-asumsinya. Uji penting terhadap suatu teori terletak pada kemampuannya menjelaskan realitas. Apabila suatu teori gagal melakukan hal itu, maka besar kemungkinan penyebabnya adalah asumsi-asumsinya yang tidak cukup realistis; akan tetapi, kita tidak perlu menilai asumsi-asumsi tersebut secara langsung untuk mengevaluasi validitas teorinya. Jika diukur berdasarkan uji daya jelaskan (*explanatory power*), maka teori ekonomi haruslah dinilai sebagai suatu keberhasilan yang signifikan — meskipun hanya bersifat parsial — yang menyiratkan bahwa asumsi mengenai perilaku manusia sebagai makhluk rasional yang bertindak secara *maximizing*, apabila dipahami secara benar, tidaklah se-tidak realistis sebagaimana mungkin dibayangkan oleh mereka yang bukan ekonom.

Banyak contoh dapat dikemukakan mengenai kemampuan teori ekonomi dalam memprediksi secara tepat bagaimana manusia akan berperilaku sebagai respons terhadap perubahan-perubahan dalam lingkungan mereka.²¹ Contoh-contoh tersebut tidak terbatas pada pasar yang eksplisit,

²¹ Dua contoh yang dibahas dalam buku ini adalah respons permintaan tenaga kerja terhadap kenaikan upah minimum dan perilaku investor. Lihat Bab 11.6 dan Bab 15.

yakni domain konvensional ilmu ekonomi. Teori ini juga mencakup ranah pendidikan dan keluarga²² serta hukum itu sendiri, di mana — sebagaimana akan kita lihat — teori ekonomi telah memberikan kontribusi yang signifikan. Dan ekonomi positif merupakan disiplin ilmiah.

Telah terbukti memiliki daya penjabar yang mengejutkan terhadap perilaku pelaku kejahatan, jaksa penuntut, hakim *common law*, dan peserta lainnya dalam sistem hukum.

Bacaan yang Disarankan

1. Bruce J. Caldwell, *Beyond Positivism: Economic Methodology in the Twentieth Century* (1982).
2. Jules L. Coleman, *The Economic Analysis of Law*, 24 *Nomos* 83 (1982).
3. Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, dalam *Essays in Positive Economics* hlm. 3 (1953).
4. Jack Hirshleifer, *Price Theory and Applications* (edisi ke-3, 1984).
5. Frank H. Knight, *The Economic Organization* (1933).
6. Thomas C. Schelling, *Choice and Consequence*, bab 1 (1984).
7. George J. Stigler, *The Theory of Price*, bab 2 (edisi ke-3, 1966).
8. *The Philosophy of Economics: An Anthology* (disunting oleh Daniel M. Hausman, 1984).

Permasalahan

1. Apakah ilmu ekonomi layak untuk dipelajari jika sumber daya tidak langka? Dapatkah masyarakat Amerika Serikat saat ini digambarkan sebagai masyarakat yang mengalami kelangkaan? Kadang-kadang dikatakan bahwa terdapat kelangkaan dokter, bensin, atau komoditas lain. Bagaimana peristiwa-peristiwa ini berbeda dari kelangkaan atas semua barang bernilai?

²² Lihat, misalnya, *Education, Income, and Human Behavior* (disunting oleh F. Thomas Juster, 1976); *Household Production and Consumption* (disunting oleh Nestor E. Terleckyj, 1975); Michael Grossman, *The Demand for Health* (Biro Nasional Penelitian Ekonomi, 1972); Gary S. Becker, *Introduction*, dalam *The Economic Approach to Human Behavior* hlm. 3 (1976).

2. Apa yang menentukan keinginan manusia? Apakah ini termasuk pertanyaan ekonomi? Apakah keinginan manusia tidak terbatas? Bagaimana pertanyaan ini relevan dalam kajian ilmu ekonomi?
3. Misalkan semua orang tidak egois, penuh kebaikan, dan altruistik. Apakah ilmu ekonomi akan menjadi kurang relevan dalam pengaturan sosial? Bagaimana individu yang dermawan mengalokasikan sumber daya? Apakah ia mungkin tetap menggunakan mekanisme pasar — yakni menjual kepada penawar tertinggi — alih-alih memberikan barang secara cuma-cuma? Mengapa?
4. Pasar hanyalah salah satu metode untuk mengarahkan alokasi sumber daya ke berbagai penggunaan. Metode lain bisa berupa keputusan administratif oleh suatu badan pemerintahan. Bagaimana Anda memperkirakan perbedaan antara kedua metode ini?
5. Salah satu biaya dalam menghukum tindakan penyuapan adalah meningkatnya gaji bagi pegawai negeri. Jelaskan pernyataan ini.
6. Jelaskan bagaimana sistem makan prasmanan (*buffet*) di restoran menggambarkan konsep biaya marjinal.
7. Sering kali dikatakan bahwa biaya berperkara (litigasi) terlalu mahal dan bahwa jumlah litigasi terlalu banyak. Dalam asumsi apa kedua pernyataan ini dapat benar tanpa bertentangan dengan logika ekonomi?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB II

PENDEKATAN EKONOMI TERHADAP HUKUM

A. Sejarahnya

Hingga 25 tahun yang lalu, analisis ekonomi terhadap hukum hampir identik dengan analisis ekonomi atas hukum antitrust (hukum persaingan usaha), meskipun terdapat pula karya ekonomi penting mengenai perpajakan (misalnya oleh *Henry Simons*), korporasi (misalnya oleh *Henry Manne*), serta regulasi terhadap utilitas publik dan angkutan umum (misalnya oleh *Ronald Coase*).

Dokumen dalam perkara antitrust menyediakan sumber informasi yang kaya mengenai praktik bisnis, dan para ekonom mulai berusaha menemukan rasionalitas serta konsekuensi ekonomi dari praktik-praktik tersebut. Penemuan mereka, tentu saja, memiliki implikasi terhadap kebijakan hukum, namun pada dasarnya apa yang mereka lakukan tidak berbeda dari apa yang secara tradisional dilakukan oleh para ekonom — yaitu menjelaskan perilaku pasar ekonomi secara eksplisit. Analisis ekonomi terhadap hukum antitrust dan persoalan-persoalan terkait regulasi ekonomi eksplisit tetap menjadi bidang yang berkembang pesat, dan kemajuan mutakhir yang penting dalam bidang ini mendapatkan perhatian yang signifikan dalam buku ini.

Namun, ciri khas dari hukum dan ekonomi “baru” — yaitu pendekatan hukum dan ekonomi yang baru dalam kurun waktu 25 tahun terakhir — adalah penerapan teori dan metode empiris ilmu ekonomi terhadap sistem hukum secara menyeluruh — terhadap bidang-bidang *common law* seperti perbuatan melawan hukum (*torts*), kontrak, restitusi, hukum laut (*admiralty*), dan properti; teori dan praktik pidana; prosedur perdata, pidana, dan administratif; teori legislasi dan regulasi; penegakan hukum dan administrasi peradilan; bahkan terhadap hukum konstitusi, hukum primitif, dan filsafat hukum (*jurisprudence*).

Hukum dan ekonomi baru ini dapat ditandai secara arbitrer sejak awal tahun 1960-an, yakni ketika artikel pertama *Guido Calabresi* tentang *torts* dan artikel *Ronald Coase* mengenai *social cost* (biaya sosial) diterbitkan.²³

Upaya modern pertama²⁴ yang secara sistematis menerapkan analisis ekonomi terhadap bidang-bidang hukum yang secara eksplisit tidak mengatur hubungan ekonomi dimulai dari situ. Meskipun sebenarnya terdapat secercah pendekatan ekonomi sebelumnya atas persoalan hukum kecelakaan (*accident law*) dan gangguan (*nuisance law*) yang dibahas oleh *Calabresi* dan *Coase*²⁵ terutama dalam karya *Pigou*²⁶ yang menjadi titik tolak bagi analisis *Coase*, karya-karya awal tersebut tidak memberikan dampak berarti terhadap kajian hukum.

Artikel *Coase* memperkenalkan *Coase Theorem*, yang telah kita temui dalam Bab 1, dan secara lebih luas membentuk suatu kerangka untuk menganalisis pengalokasian hak milik (*property rights*) dan tanggung jawab hukum (*liability*) dalam istilah-istilah ekonomi. Ini membuka bidang doktrin hukum yang luas untuk dianalisis secara ekonomi secara produktif.²⁷ Satu fitur penting — meskipun sempat terabaikan — dari artikel *Coase* adalah implikasinya bagi analisis ekonomi positif terhadap doktrin hukum. *Coase* menyatakan bahwa hukum gangguan dalam sistem hukum Inggris memiliki logika ekonomi yang implisit. Para penulis selanjutnya menggeneralisasi wawasan ini dan menyatakan bahwa banyak doktrin dan institusi dalam sistem hukum paling baik dipahami dan dijelaskan sebagai upaya untuk mendorong alokasi sumber daya yang efisien — sebuah tema utama dalam buku ini.

Daftar para pendiri *law and economics* yang “baru” tidak akan lengkap tanpa menyebut nama *Gary Becker*. Penekanannya terhadap relevansi

²³ . Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale L.J.* 499 (1961); Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960).

²⁴ Karya penting tentang ekonomi dalam hukum pidana telah dilakukan pada abad ke-18 dan awal abad ke-19 oleh Beccaria dan Bentham — dan tetap relevan untuk dibaca hingga hari ini. Lihat *Cesare Beccaria, On Crimes and Punishments* (Henry Paolucci, penerjemah, 1963 [1764]); *Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, dalam *1 Works of Jeremy Bentham* 1, 81–154 (John Bowring, editor, 1843); *Jeremy Bentham, Principles of Penal Law*, dalam *1 id.* pada 365.

²⁵ Lihat William M. Landes & Richard A. Posner, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 *Ga. L. Rev.* 851, 852–854 (1981), untuk beberapa contohnya.

²⁶ Lihat A.C. Pigou, *The Economics of Welfare*, bab 9 (edisi ke-4, 1932).

²⁷ Literatur modern tentang hak milik juga mencerminkan pengaruh dari karya awal Frank Knight yang penting, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, 38 *Q.J. Econ.* 582 (1924); lihat Bab 3.1.

ekonomi dalam berbagai perilaku non-pasar (termasuk amal dan cinta), serta kontribusinya yang spesifik terhadap analisis ekonomi atas kejahatan, diskriminasi rasial, serta perkawinan dan perceraian, membuka bidang hukum yang sangat luas bagi pendekatan ekonomi — bidang-bidang yang tidak dijangkau oleh studi *Calabresi* dan *Coase* tentang hak milik dan aturan tanggung jawab.²⁸

B. Analisis Ekonomi Normatif dan Positif terhadap Hukum

Bab-bab berikut akan menunjukkan bagaimana wawasan dari *Coase*, *Calabresi*, *Becker*, dan para pelopor lainnya telah digeneralisasi, diuji secara empiris, dan diintegrasikan dengan wawasan dari *law and economics* versi “lama” (yang juga berkembang pesat) untuk membentuk teori ekonomi tentang hukum yang semakin memiliki daya jelaskan (*explanative power*) dan dukungan empiris. Teori ini memiliki dimensi normatif maupun positif. Sebagai contoh, meskipun sebagaimana disebutkan dalam Bab 1 seorang ekonom tidak dapat mengatakan kepada masyarakat apakah masyarakat seharusnya membatasi pencurian, ekonom dapat menunjukkan bahwa membiarkan pencurian secara tak terbatas adalah tidak efisien, dan dengan demikian dapat memperjelas konflik nilai dengan menunjukkan seberapa besar satu nilai — yakni efisiensi — harus dikorbankan untuk mencapai nilai lainnya. Atau, jika tujuan membatasi pencurian diasumsikan sebagai sesuatu yang sudah diterima, ekonom dapat menunjukkan bahwa cara-cara yang digunakan masyarakat untuk mencapai tujuan tersebut tidak efisien — bahwa masyarakat dapat memperoleh pencegahan yang lebih besar dengan biaya yang lebih rendah apabila menggunakan metode yang berbeda. Jika metode yang lebih efisien tersebut tidak mengorbankan nilai-nilai lain, maka metode tersebut secara sosial layak diterapkan, bahkan jika efisiensi bukanlah nilai tertinggi dalam *hierarki* nilai sosial.

Adapun peran positif, yang menjelaskan aturan dan hasil hukum *sebagaimana adanya* alih-alih mengubahnya menjadi lebih baik, akan ditunjukkan dalam bab-bab berikut bahwa banyak bidang hukum — terutama namun tidak terbatas pada bidang *common law* seperti hukum properti, perbuatan melawan hukum (*tort*), pidana, dan kontrak — mengandung corak

²⁸ Untuk karakter kontribusi Becker terhadap ilmu ekonomi, lihat Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976).

penalaran ekonomi. Meskipun hanya sedikit putusan pengadilan yang secara eksplisit merujuk pada konsep-konsep ekonomi, sering kali dasar sejati dari suatu putusan hukum justru tersembunyi — bukan dijelaskan — oleh retorika khas dalam pendapat hakim. Sesungguhnya, pendidikan hukum pada dasarnya adalah belajar untuk menggali di balik permukaan retorika guna menemukan dasar-dasar tersebut, yang sebagian besar mungkin bersifat ekonomi. Ingat kembali betapa luasnya definisi ekonomi yang dijelaskan dalam Bab 1. Maka tidaklah mengherankan jika doktrin-doktrin hukum ternyata berpijak pada upaya-upaya tak terucapkan untuk mencapai efisiensi — terlebih jika kita mengingat bahwa banyak dari doktrin tersebut berasal dari akhir abad ke-18 dan abad ke-19, masa ketika ideologi *laissez-faire* yang didasarkan pada ekonomi klasik merupakan pandangan dominan di kalangan masyarakat terpelajar.

Teori efisiensi dari *common law* bukanlah bahwa setiap doktrin dan putusan *common law* adalah efisien. Hal itu akan sangat tidak mungkin, mengingat betapa sulitnya permasalahan yang dihadapi hukum dan sifat dari insentif para hakim. Teori ini menyatakan bahwa *common law* paling baik (meskipun tidak secara sempurna) dijelaskan sebagai suatu sistem untuk memaksimalkan kekayaan masyarakat. Bidang hukum yang bersumber pada undang-undang atau konstitusi — berbeda dari *common law* — cenderung kurang mempromosikan efisiensi, namun bahkan bidang-bidang tersebut, sebagaimana akan kita lihat, juga sarat dengan pertimbangan ekonomi dan dapat dijelaskan dengan analisis ekonomi.

Namun demikian, mungkin akan muncul pertanyaan: bukankah pengacara dan ekonom mendekati kasus yang sama dengan cara yang sangat berbeda sehingga menunjukkan adanya ketidakcocokan mendasar antara hukum dan ekonomi? Misalnya, X tertembak oleh pemburu ceroboh, Y. Satu-satunya pertanyaan yang menarik perhatian para pihak dan kuasa hukumnya — serta satu-satunya pertanyaan yang diputuskan oleh hakim dan juri — adalah apakah biaya dari cedera tersebut seharusnya dialihkan dari X kepada Y, yaitu apakah adalah “adil” atau “pantas” bagi X untuk menerima kompensasi. Pengacara X akan berargumen bahwa

Bahwa X harus diberikan kompensasi karena Y adalah pihak yang bersalah dan X tidak bersalah. Kuasa hukum Y mungkin akan berargumen bahwa X juga lalai sehingga adalah adil apabila kerugian tetap menjadi tanggungan X. Tidak hanya keadilan dan kewajiban bukanlah istilah ekonomi,

tetapi ekonom tidak (dapat dikatakan) tertarik pada satu pertanyaan yang menjadi perhatian korban dan kuasa hukumnya: Siapa yang harus menanggung biaya dari kecelakaan ini? Bagi ekonom, kecelakaan tersebut adalah bab yang telah selesai. Biaya yang ditimbulkannya dianggap sudah hilang (*sunk cost*). Ekonom lebih tertarik pada metode-metode untuk mencegah kecelakaan di masa depan (yang secara biaya tidak dapat dibenarkan) sehingga dapat mengurangi jumlah keseluruhan biaya kecelakaan dan biaya pencegahannya, namun para pihak dalam perkara litigasi tidak memiliki kepentingan terhadap masa depan. Perhatian mereka terbatas pada konsekuensi keuangan dari kecelakaan yang telah terjadi.

Namun demikian, dikotomi ini dilebih-lebihkan. Putusan dalam perkara tersebut akan memengaruhi masa depan dan karenanya semestinya menjadi perhatian ekonom, karena putusan tersebut akan menetapkan atau mengukuhkan suatu aturan bagi orang-orang yang menjalankan kegiatan berbahaya. Putusan tersebut menjadi peringatan bahwa apabila seseorang bertindak dengan cara tertentu dan kecelakaan terjadi, maka ia harus membayar putusan pengadilan (atau tidak akan memperoleh putusan, jika ia adalah korban). Dengan demikian, melalui perubahan harga yang dihadapi oleh orang-orang tersebut, peringatan itu dapat memengaruhi perilaku mereka dan akibatnya biaya kecelakaan. Sebaliknya, hakim (dan dengan demikian para pengacara) tidak dapat mengabaikan masa depan. Karena setiap putusan hukum akan menjadi preseden, hakim harus mempertimbangkan dampak yang mungkin timbul dari berbagai alternatif putusan terhadap perilaku masa depan orang-orang yang menjalankan kegiatan yang dapat menimbulkan jenis kecelakaan sebagaimana yang sedang diperiksa²⁹. Misalnya, apabila putusan diberikan kepada tergugat dengan alasan bahwa ia adalah “orang yang pantas,” meskipun lalai, maka putusan tersebut akan mendorong orang-orang serupa untuk bersikap lalai, yang merupakan perilaku yang merugikan secara biaya. Setelah kerangka acuan diperluas melampaui para pihak langsung dalam perkara, maka keadilan dan kewajiban memperoleh makna yang lebih luas daripada sekadar apa yang adil atau wajar antara penggugat dan tergugat tersebut. Masalah yang menjadi pokok adalah apa hasil yang adil dan wajar

²⁹ Untuk studi mengenai meningkatnya penerimaan Mahkamah Agung Amerika Serikat terhadap aspek ini dan aspek lain dari pendekatan ekonomi, lihat Frank H. Easterbrook, *The Supreme Court, 1983 Term, Foreword: The Court and the Economic System*, 98 Harv. L. Rev. 4 (1984).

bagi suatu kelas kegiatan, dan hal ini tidak dapat diselesaikan secara masuk akal tanpa mempertimbangkan dampak alternatif putusan terhadap frekuensi kecelakaan dan biaya pencegahan kecelakaan. Pendekatan hukum dan pendekatan ekonomi ternyata tidaklah begitu berbeda.

C. Kritikan terhadap Pendekatan Ekonomi

Pendekatan ekonomi terhadap hukum, baik dalam aspek normatif maupun positifnya, telah menimbulkan antagonisme yang cukup besar, khususnya, tetapi tidak hanya, di kalangan akademisi hukum yang menolak gagasan bahwa logika hukum dapat bersumber dari ekonomi, terdapat kritik yang cukup kuat. Kritik-kritik utama terhadap pendekatan ini, yang dibedakan dari penerapan-penerapan tertentu, akan dibahas secara singkat di sini dan sebaiknya tetap menjadi perhatian pembaca sepanjang sisa buku ini.³⁰

Kritik yang paling sering disampaikan adalah bahwa landasan normatif dari pendekatan ekonomi begitu menolak sehingga mustahil sistem hukum akan (apalagi harus) mengadopsinya. Kritik ini mungkin tampak mencampuradukkan analisis positif dan normatif, namun sesungguhnya tidak demikian. Hukum mencerminkan dan menegakkan norma sosial yang fundamental, dan akan mengherankan jika norma-norma tersebut bertentangan dengan sistem etika masyarakatnya. Namun, apakah konsep efisiensi menurut *Kaldor-Hicks* benar-benar bertentangan dengan sistem tersebut? Selain apa yang telah kami uraikan pada bab pertama, kita akan melihat pada Bab 8 bahwa, dengan syarat konsep ini hanya menjadi salah satu komponen, meskipun tidak harus satu-satunya atau yang paling penting, dari sistem etika kita, konsep ini dapat menjadi yang mendominasi hukum sebagaimana diterapkan oleh pengadilan karena ketidakmampuan pengadilan untuk secara efektif mempromosikan tujuan lain. Selama efisiensi memiliki nilai apapun dalam sistem etika kita, dua penggunaan normatif ekonomi yang disebutkan sebelumnya — yaitu untuk memperjelas konflik nilai dan menunjukkan cara paling efisien mencapai tujuan sosial tertentu — tidak terganggu oleh perdebatan filosofis.

³⁰ Untuk kritik yang tajam terhadap pendekatan ekonomi dalam hukum sebagaimana tercermin dalam edisi pertama buku ini, lihat Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 Va. L. Rev. 451 (1974). Kritik-kritik lain dapat ditemukan dalam karya-karya yang dirujuk di akhir bab ini. Kritik bahwa pendekatan ini bersifat reduksionis telah dibahas dalam bab pertama.

Lebih jelas lagi, kemampuan analisis ekonomi untuk memperluas pemahaman kita tentang bagaimana sistem hukum sebenarnya beroperasi tidak dapat diruntuhkan oleh serangan filosofis terhadap efisiensi,³¹ berbeda dengan serangan yang menolak bahwa efisiensi merupakan tujuan penting dalam kenyataan masyarakat kita. Jika para pelaku dalam proses hukum bertindak sebagai maksimizer rasional dari kepuasan mereka — dan jika proses hukum itu sendiri dibentuk oleh kepedulian untuk memaksimalkan efisiensi ekonomi — maka ekonom memiliki bidang kajian yang kaya, terlepas dari apakah masyarakat yang anggotanya berperilaku demikian atau institusi yang dibentuk oleh kepedulian tersebut adalah masyarakat yang baik atau tidak.

Kritik lain terhadap pendekatan ekonomi dalam hukum, yang khususnya terbatas pada penggunaan positif dari pendekatan tersebut, adalah bahwa pendekatan ini tidak mampu menjelaskan setiap aturan, doktrin, institusi, dan hasil penting dalam sistem hukum. Kritik ini sebenarnya menyerang karikatur dari salah satu komponen pendekatan positif, yaitu hipotesis bahwa variabel penjelas dominan — bukan eksklusif — dalam *common law* adalah maksimasi kekayaan. Bagaimanapun, penekanan berlebihan pada teka-teki, anomali, dan kontradiksi kurang tepat apabila membicarakan bidang keilmuan yang relatif baru namun sangat produktif ini. Dengan mempertimbangkan penjelasan yang cukup memadai kekuatan yang telah berhasil dicapai oleh pendekatan ekonomi terhadap hukum melalui upaya sejumlah kecil sarjana dalam waktu yang relatif singkat, menunjukkan bahwa terlalu dini untuk menilai usaha tersebut sebagai kegagalan. Upaya untuk melakukan hal tersebut juga mengabaikan pelajaran penting dari sejarah kemajuan ilmiah: Suatu teori, kecuali yang benar-benar tidak dapat diperbaiki, tidak akan digantikan hanya dengan menunjukkan kekurangan atau keterbatasannya, melainkan dengan mengajukan teori yang lebih inklusif, lebih kuat, dan yang terutama lebih berguna.³²

³¹ Seperti yang ditunjukkan dalam ulasan C. Edwin Baker atas edisi pertama buku ini, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, 5 Philo. & Pub. Affairs 3, 47-48 (1975).

³² Ini merupakan salah satu implikasi dari Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (edisi ke-2, 1970), dan *The Copernican Revolution: Planetary Astronomy in the Development of Western Thought* (1959). Mengenai metodologi ilmiah secara umum, lihat Ian Hacking, *Representing and Intervening: Introductory Topics in the Philosophy of Natural Science* (1983).

Teori ekonomi tentang hukum adalah teori positif hukum yang paling menjanjikan saat ini. Meskipun antropolog, sosiolog, psikolog, ilmuwan politik, dan ilmuwan sosial lainnya selain ekonom juga melakukan analisis positif terhadap sistem hukum, karya mereka sejauh ini kurang kaya dari segi isi teoretis maupun empiris sehingga belum mampu memberikan kompetisi serius terhadap ekonom.³³ (Pembaca dipersilakan untuk mengajukan bukti yang bertentangan dengan penilaian yang terkesan angkuh, luas, dan mungkin kurang informasi ini.)

Kritik terkait namun lebih kuat terhadap analisis ekonomi positif hukum adalah bahwa pendekatan ini seharusnya memberikan alasan ekonomi mengapa hakim mungkin terdorong untuk menggunakan efisiensi sebagai pedoman dalam mengambil keputusan. Upaya untuk menjawab kritik ini akan dibahas pada Bab 8 dan Bab 19. Kita juga akan melihat bahwa gagasan *common law* sebagai sistem yang mendorong efisiensi hanyalah satu aspek dari teori ekonomi positif yang lebih luas yang menyatakan bahwa hukum dibentuk oleh kekuatan ekonomi, yang tidak selalu mengarah pada peningkatan efisiensi. Sebagai contoh, Bab 11 akan mengemukakan bahwa hukum ketenagakerjaan modern, meskipun dapat dijelaskan dalam istilah ekonomi, bukanlah sistem untuk memaksimalkan efisiensi; tujuan hukum tersebut, yang bersifat ekonomi namun tidak efisien, adalah untuk meningkatkan pendapatan anggota serikat pekerja dengan mengatur pasokan tenaga kerja secara kartel.

Kritik umum lain terhadap “*law and economics*” yang “baru” — meskipun mungkin lebih tepat disebut alasan mengapa subjek ini dianggap kurang disukai di beberapa kalangan — adalah bahwa pendekatan ini menunjukkan bias politik konservatif.³⁴ Kita akan melihat bahwa para praktisinya menemukan, misalnya, bahwa hukuman mati memiliki efek jera, legislasi yang dirancang untuk melindungi konsumen sering kali justru merugikan mereka, asuransi mobil tanpa kesalahan (*no-fault*) mungkin tidak efisien, dan regulasi sekuritas bisa jadi hanya membuang-buang waktu.

³³ Untuk beberapa bukti, lihat Donald J. Black, *The Mobilization of Law*, 2 J. Leg. Stud. 125 (1973); Alan Hyde, *The Concept of Legitimation in the Sociology of Law*, 1983 Wis. L. Rev. 379; Robert Martinson, *What Works? — Questions and Answers About Prison Reform*, Public Interest 22 (Spring 1974).

³⁴ Meskipun belum cukup bagi beberapa kalangan. Lihat misalnya James M. Buchanan, *Good Economics — Bad Law*, 60 Va. L. Rev. 483 (1974); Richard A. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. Leg. Stud. 151, 189-204 (1973).

Temuan-temuan seperti ini memang memberikan amunisi bagi para pendukung hukuman mati dan para penentang.

Penelitian ekonomi yang mendukung posisi liberal jarang dikatakan menunjukkan bias politik, meskipun temuan tersebut sebetulnya mendukung kebijakan tersebut. Misalnya, teori barang publik (lihat Bab16.4 *infra*) dapat dipandang sebagai salah satu landasan ideologis negara kesejahteraan, namun tidak dipandang demikian; setelah suatu pandangan menjadi dominan, ia tidak lagi dianggap memiliki karakter ideologis. Kritik ini juga mengabaikan sejumlah temuan para analis ekonomi hukum, yang dibahas dalam bab-bab selanjutnya buku ini — mengenai hak atas penasihat hukum dan standar pembuktian dalam perkara pidana, jaminan penangguhan penahanan (*bail*), tanggung jawab produk, penerapan Amandemen Pertama pada penyiaran, biaya sosial monopoli, ganti rugi dalam perkara cedera pribadi, dan banyak lainnya — yang mendukung posisi *liberal*.

Pendekatan ekonomi terhadap hukum juga dikritik karena mengabaikan “keadilan.” Dalam menilai kritik ini, perlu dibedakan makna kata tersebut. Kadang-kadang keadilan berarti keadilan distributif, yaitu tingkat kesetaraan ekonomi yang tepat. Meskipun ekonom tidak dapat menentukan berapa tingkat tersebut bagi masyarakat, mereka memiliki banyak hal yang sangat relevan untuk diperbincangkan dalam perdebatan mengenai ketimpangan — tentang besaran ketimpangan nyata dalam berbagai masyarakat dan periode waktu berbeda, tentang perbedaan antara ketimpangan ekonomi nyata dan ketimpangan pendapatan uang yang hanya mengimbangi perbedaan biaya atau mencerminkan posisi berbeda dalam siklus kehidupan, serta tentang biaya untuk mencapai kesetaraan yang lebih besar. Hal-hal ini akan dibahas pada Bab 16.

Makna keadilan yang kedua, dan mungkin yang paling umum, adalah efisiensi. Kita akan melihat, di antara banyak contoh lainnya, bahwa ketika orang menyebut tindakan tidak adil seperti memvonis seseorang tanpa persidangan, mengambil harta tanpa kompensasi yang adil, atau gagal menuntut pengemudi mobil yang lalai untuk membayar ganti rugi kepada korban kelalaiannya, hal ini tidak lain bermakna bahwa tindakan tersebut membuang-buang sumber daya (lihat lebih lanjut Bab8.3 *infra*). Bahkan prinsip pengayaan tanpa dasar (*unjust enrichment*) dapat diturunkan dari konsep efisiensi (lihat Bab4.14 *infra*). Dan dengan sedikit refleksi, tidaklah

mengejutkan bahwa dalam dunia dengan sumber daya yang terbatas, pemborosan harus dipandang sebagai tindakan yang tidak bermoral.

Namun, konsep keadilan lebih luas daripada sekadar perhatian terhadap efisiensi. Tidaklah jelas bahwa memperbolehkan perjanjian bunuh diri; membolehkan diskriminasi pribadi berdasarkan ras, agama, atau jenis kelamin; mengizinkan pembunuhan dan pemakan penumpang paling lemah dalam perahu penyelamat dalam keadaan putus asa yang nyata; memaksa seseorang memberikan kesaksian yang memberatkan diri sendiri; mencambuk narapidana; membolehkan bayi dijual untuk diadopsi; memperbolehkan penggunaan kekerasan mematikan untuk membela kepentingan murni harta benda; melegalkan pemerasan; atau memberikan pilihan kepada narapidana yang telah dihukum antara penjara dan partisipasi dalam eksperimen medis berbahaya — semua hal tersebut tidak jelas secara efisien. Namun semua hal tersebut melanggar rasa keadilan banyak (bahkan hampir semua) orang Amerika modern, dan semuanya dalam tingkat tertentu (biasanya lebih besar) dilarang oleh hukum. Buku ini akan berusaha menjelaskan sebagian larangan tersebut dalam istilah ekonomi, meskipun sebagian besar tidak dapat dijelaskan demikian; karena ada hal lain

Dalam hal keadilan, ada lebih banyak hal daripada sekadar ekonomi, sebuah poin yang harus diingat pembaca ketika mengevaluasi pernyataan normatif dalam buku ini. Kemungkinan terdapat batasan yang jelas meskipun luas, baik pada kekuatan penjelasan maupun reformasi dari analisis ekonomi terhadap hukum. Namun demikian, ekonomi selalu dapat memberikan klarifikasi nilai dengan menunjukkan kepada masyarakat apa yang harus dikorbankan untuk mencapai ideal keadilan yang tidak bersifat ekonomi. Permintaan akan keadilan tidak pernah terlepas dari harganya.

Bacaan yang Disarankan

1. Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law & Econ. 1 (1960).
2. Jules L. Coleman, *Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law*, 94 Ethics 649 (1984).
3. Duncan Kennedy, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 Stan. L. Rev. 387 (1981).

4. William M. Landes & Richard A. Posner, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 Ga. L. Rev. 851 (1984).
5. Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 Va. L. Rev. 451 (1974).
6. Richard A. Posner, *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, 9 Hofstra L. Rev. 775 (1981).
7. *Ethics, Economics, and the Law*, 24 Nomos (1982).
8. *Law, Economics, and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts*, pt. 1 (Mark Kuperberg & Charles Beitz eds. 1983).
9. Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 8 Hofstra L. Rev. 485, 811 (1980).

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAGIAN II
HUKUM UMUM
(*COMMON LAW*)

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB III

HARTA KEKAYAAN³⁵

Bab ini memulai pembahasan kita tentang *common law* — sebuah istilah hukum yang, seperti banyak istilah hukum lainnya, bersifat ambigu. Istilah ini digunakan untuk merujuk pada kumpulan prinsip yang diterapkan oleh pengadilan kerajaan Inggris pada abad kedelapan belas (sehingga mengecualikan hukum ekuitas dan hukum admiralitas, namun mencakup beberapa undang-undang); bidang-bidang hukum yang sebagian besar diciptakan oleh hakim sebagai produk sampingan dari penyelesaian perkara, bukan oleh badan legislatif; atau bidang hukum mana pun yang sebagian besar dibentuk oleh preseden yudisial. Bagian buku ini membahas *common law* terutama dalam pengertian kedua, namun tidak termasuk dua bidang penting, yaitu prosedur dan konflik hukum, yang akan dibahas kemudian pada Bab 21. Juga akan dibahas bidang-bidang yang dapat dianggap sebagai *common law* dalam pengertian ketiga yang paling luas, termasuk bidang penting hukum konstitusi.

Common law dalam pengertian kedua, dalam aspek substansialnya, dapat dipandang secara ekonomi terdiri atas tiga bagian:

1. Hukum harta kekayaan, yang berkaitan dengan penciptaan dan pendefinisian hak atas harta, yaitu hak atas penggunaan eksklusif sumber daya yang bernilai;
2. Hukum kontrak, yang berfokus pada memfasilitasi peralihan sukarela hak atas harta ke tangan mereka yang paling menghargainya;
3. Hukum perbuatan melawan hukum (*torts*), yang berkaitan dengan perlindungan hak atas harta, termasuk hak atas integritas fisik.

Bidang-bidang seperti hukum admiralitas, restitusi, hukum dagang, bahkan hukum pidana dan hukum keluarga, dapat dianggap sebagai subkategori khusus dari satu atau lebih bidang fundamental tersebut. Walaupun hukum jauh lebih kompleks daripada tipologi ini — bahkan secara prinsip, sebagaimana akan kita lihat pada Bab 3.5, hak atas harta dan *torts* saling

³⁵ Mengenai hukum harta kekayaan, lihat Jesse Dukeminier & James E. Krier, *Property* (1981); Robert C. Ellickson & A. Dan Tarlock, *Land-Use Controls: Cases and Materials*, bab 2-3, 6 (1981); Charles J. Mevers & A. Dan Tarlock, *Water Resource Management* (edisi ke-2, 1980).

tumpang tindih — tipologi ini berguna untuk mengorganisasi pemikiran dan menonjolkan tema utama dalam bagian buku ini: kesesuaian yang luar biasa meskipun tidak sempurna antara aturan-aturan.

Hukum *Common Law* dan Prinsip Efisiensi Ekonomi yang Digambarkan dalam Bab 1

A. Teori Ekonomi tentang Hak Milik: Aspek Statis dan Dinamis

Untuk memahami ekonomi hak milik, terlebih dahulu perlu dipahami perbedaan analisis statis dan dinamis menurut para ekonom. Analisis statis menghilangkan dimensi waktu dalam aktivitas ekonomi: semua penyesuaian terhadap perubahan dianggap terjadi secara seketika. Asumsi ini tidak realistis namun sering kali menghasilkan analisis yang bermanfaat; pembaca yang teliti pada Bab 1 tidak akan terlalu terganggu oleh kurangnya realisme dalam asumsi ini.

Analisis dinamis, di mana asumsi penyesuaian secara seketika terhadap perubahan dilonggarkan, biasanya dianggap lebih kompleks dan maju dibandingkan dengan analisis statis. Oleh karena itu, agak mengejutkan bahwa dasar ekonomi dari hak milik pertama kali dipahami dalam istilah dinamis. Bayangkan sebuah masyarakat di mana semua hak milik telah dihapuskan. Seorang petani menanam jagung, memupuknya, dan memasang orang-orangan sawah, namun ketika jagung telah matang, tetangganya memanen dan mengambilnya untuk kepentingan sendiri. Petani tersebut tidak memiliki upaya hukum terhadap tindakan tetangganya karena ia tidak memiliki hak atas tanah yang ditanaminya maupun atas hasil panennya. Kecuali langkah-langkah perlindungan memungkinkan (dan untuk saat ini diasumsikan tidak memungkinkan), setelah beberapa kejadian semacam itu, pengelolaan tanah akan ditinggalkan dan masyarakat akan beralih kepada metode subsisten (seperti berburu) yang membutuhkan investasi persiapan yang lebih sedikit.

Sebagaimana contoh tersebut menggambarkan, perlindungan hukum atas hak milik menciptakan insentif untuk menggunakan sumber daya secara efisien. Meskipun nilai jagung dalam contoh kita, sebagaimana diukur oleh kesediaan konsumen untuk membayar, mungkin jauh melebihi biaya tenaga kerja, bahan, dan pengorbanan penggunaan alternatif atas tanah tersebut, tanpa hak milik tidak ada insentif untuk menanggung biaya tersebut karena tidak ada jaminan imbalan yang wajar atas biaya yang dikeluarkan. Insentif yang tepat

tercipta dengan membagi hak penggunaan atas sumber daya tertentu secara eksklusif di antara anggota masyarakat. Jika setiap bidang tanah dimiliki oleh seseorang — jika selalu ada seseorang yang dapat menghalangi orang lain untuk mengakses wilayah tertentu — maka individu akan berusaha melalui budidaya atau perbaikan lain untuk memaksimalkan nilai tanah tersebut. Tentunya, tanah hanyalah sebuah contoh. Prinsip ini berlaku untuk semua sumber daya yang bernilai. Hal ini telah dikenal selama ratusan tahun.³⁶

Analisis statis terhadap hak milik belum berusia lebih dari lima puluh tahun.³⁷ Bayangkan bahwa sejumlah petani memiliki sebidang padang rumput secara bersama-sama; artinya, tidak ada satu pun dari mereka yang memiliki hak untuk mengecualikan yang lainnya, dan oleh karena itu tidak ada yang dapat mengenakan biaya atas penggunaan padang rumput tersebut kepada petani lainnya. Kita dapat mengesampingkan aspek dinamis dari permasalahan ini dengan mengasumsikan bahwa padang rumput tersebut merupakan padang rumput alami (tidak dibudidayakan). Namun demikian, penggembalaan sapi secara berlebihan akan menimbulkan biaya bagi seluruh petani: sapi-sapi tersebut harus menggembala lebih banyak untuk memperoleh jumlah rumput yang sama, yang pada gilirannya akan menurunkan berat badan mereka. Namun karena tidak ada satu pun dari para petani yang membayar atas penggunaan padang rumput tersebut, tidak ada dari mereka yang mempertimbangkan biaya tersebut dalam memutuskan jumlah sapi tambahan yang akan digembalakan, sehingga hasilnya adalah jumlah sapi yang digembalakan akan melebihi tingkat yang efisien. (Dapatkah Anda melihat analoginya dengan kemacetan lalu lintas di jalan raya?)

Permasalahan tersebut akan hilang apabila padang rumput tersebut dimiliki oleh satu pihak yang kemudian mengenakan biaya kepada setiap petani atas penggunaan padang rumput tersebut (untuk tujuan analisis ini, abaikan biaya pemungutan biaya tersebut). Biaya yang dikenakan kepada masing-masing petani akan mencakup biaya yang ditimbulkan oleh

³⁶ Lihat, misalnya, 2 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 4, 7 (1766). Sistem hak milik bahkan sudah ada sejak zaman prasejarah. Lihat Vernon L. Smith, *The Primitive Hunter Culture, Pleistocene Extinction, and the Rise of Agriculture*, 83 J. Pol. Econ. 727 (1975). Gagasan bahwa penegakan hak milik akan menghasilkan output yang lebih besar telah dipertanyakan oleh Frank I. Michelman dalam tulisannya berjudul ***Ethics, Economics, and the Law of Property***, 24 *Nomos*.

³⁷ Lihat Frank H. Knight, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, 38 Q.J. Econ. 582 (1924).

penggembalaan sapi tambahan terhadap petani lainnya, karena biaya tersebut mengurangi nilai guna padang rumput bagi petani lainnya dan, dengan demikian, mengurangi harga yang bersedia mereka bayarkan kepada pemilik padang rumput atas hak penggunaannya.

Pembentukan hak eksklusif merupakan syarat perlu (*necessary condition*), namun bukan merupakan syarat cukup (*sufficient condition*), untuk mencapai efisiensi dalam penggunaan sumber daya: hak tersebut juga harus dapat dialihkan.

Misalkan petani dalam contoh pertama memiliki tanah yang ia tanami, namun ia adalah seorang petani yang tidak kompeten; tanah tersebut akan lebih produktif apabila dikelola oleh pihak lain. Efisiensi menuntut adanya suatu mekanisme yang mendorong petani tersebut untuk mengalihkan hak miliknya kepada pihak lain yang dapat mengelolanya secara lebih produktif; hak milik yang dapat dialihkan merupakan mekanisme dimaksud.

Misalkan Petani A memiliki sebidang tanah yang ia perkirakan akan memberinya penghasilan bersih sebesar \$100 per tahun setelah dikurangi biaya tenaga kerja dan biaya lainnya, secara berkelanjutan. Sebagaimana harga suatu saham biasa merefleksikan nilai kini dari estimasi penghasilan yang akan diterima oleh pemegang saham, demikian pula nilai kini dari sebidang tanah yang diperkirakan akan memberikan pendapatan bersih tahunan sebesar \$100 dapat dihitung, dan nilai tersebut merupakan harga minimum yang bersedia diterima oleh A sebagai imbalan atas hak miliknya.³⁸ Sekarang misalkan Petani B meyakini bahwa ia dapat mengelola tanah milik A secara lebih produktif dibandingkan A.

Pembahasan mengenai diskonto ke nilai kini akan dijelaskan lebih rinci dalam Bab6.13. Tingkat kepastian atas ekspektasi A untuk terus menerima penghasilan tersebut, tingkat suku bunga yang berlaku, preferensi atau aversinya terhadap risiko, serta faktor-faktor lainnya akan mempengaruhi penilaian A terhadap nilai properti tersebut. Lihat pula Bab4.5. Untuk saat ini, kita dapat mengabaikan rincian-rincian tersebut.

Arus pendapatan yang diharapkan oleh B dari lahan tersebut dengan demikian akan melebihi nilai kini yang diperhitungkan oleh A. Misalkan nilai

³⁸ *Discounting to present value* dibahas lebih lanjut dalam Bab 6.13 infra. Tingkat kepastian A dalam menerima pengembalian, tingkat bunga yang berlaku, preferensi atau aversi terhadap risiko, dan faktor lainnya akan memengaruhi valuasi atas properti. Bandingkan dengan Bab 4.5 infra. Untuk saat ini penyempurnaan ini dapat diabaikan.

kini yang dihitung oleh A adalah sebesar \$1.000, sedangkan nilai kini menurut B adalah \$1.500. Maka, pada harga berapa pun antara \$1.000 dan \$1.500, baik A maupun B akan memperoleh manfaat dari transaksi jual beli tersebut. Oleh karena itu, terdapat insentif yang kuat untuk terjadinya pertukaran sukarela antara hak milik A atas tanah dengan uang milik B. Pembahasan ini menyiratkan bahwa apabila setiap sumber daya yang memiliki nilai (dalam arti langka dan diinginkan) dimiliki oleh seseorang (prinsip universalitas), kepemilikan tersebut mencerminkan kekuasaan penuh untuk mengecualikan semua pihak lain dari penggunaan sumber daya tersebut (prinsip eksklusivitas), serta hak untuk menggunakannya sendiri, dan hak kepemilikan tersebut dapat dialihkan secara bebas atau, dalam istilah hukum, dapat dialihkan (*transferabilitas/alienabilitas*), maka nilai dari sumber daya tersebut akan dimaksimalkan. Akan tetapi, hal ini mengabaikan biaya dari suatu sistem hak milik, baik yang tampak jelas maupun yang bersifat halus. Suatu contoh berikut akan mengilustrasikan biaya halus dari eksklusivitas. Misalkan seorang petani memperkirakan bahwa ia dapat memelihara seekor babi yang akan memiliki nilai pasar sebesar \$100, dengan biaya tenaga kerja dan bahan sebesar \$50, dan tidak ada penggunaan alternatif atas tanah tersebut yang akan memberikan nilai bersih lebih tinggi—dalam penggunaan terbaik berikutnya, pendapatan dari tanah tersebut hanya akan sebesar \$20. Dalam kondisi tersebut, petani tersebut akan memilih untuk memelihara babi. Akan tetapi, misalkan sekarang hak kepemilikannya dibatasi dalam dua hal:

- (1) Ia tidak memiliki hak untuk mencegah perusahaan kereta api di sebelah lahannya dari kemungkinan secara tidak sengaja memercikkan api dari mesin lokomotif yang dapat membakar kandang babi dan menyebabkan kematian babi tersebut sebelum waktunya; dan
- (2) pengadilan dapat memutuskan bahwa kegiatan memelihara babi di atas lahan tersebut merupakan suatu gangguan (*nuisance*), yang mengharuskan ia untuk menjual babi tersebut dengan syarat-syarat yang tidak menguntungkan (mengapa tidak menguntungkan?) sebelum babi itu mencapai masa panen.

Dengan mempertimbangkan kontingensi tersebut, petani harus mengevaluasi kembali hasil dari penggunaan lahannya: ia harus melakukan diskonto terhadap nilai \$100 untuk mencerminkan kemungkinan bahwa hasil tersebut akan jauh lebih rendah, bahkan mungkin nihil. Misalkan, setelah dilakukan diskonto, pendapatan yang diharapkan dari pemeliharaan babi

(yakni nilai pasar dikalikan dengan probabilitas bahwa babi tersebut akan mencapai pasar) adalah hanya sebesar \$60. Dalam keadaan demikian, petani tidak akan memelihara babi. Ia akan mengalihkan penggunaan lahannya untuk kegiatan lain, yang sebelumnya kita sebutkan bernilai lebih rendah;³⁹ nilai lahan tersebut pun akan menurun.

Namun demikian, analisis tersebut belum sepenuhnya lengkap. Penghapusan babi dari lahan tersebut dapat meningkatkan nilai lahan pemukiman di sekitarnya melebihi penurunan nilai lahan milik petani; atau, biaya untuk mencegah percikan api dari lokomotif dapat lebih besar daripada penurunan nilai lahan petani ketika ia beralih dari memelihara babi menjadi menanam, misalnya, lobak tahan api (*fireproof radishes*). Akan tetapi, pembaca yang cermat mungkin akan menyela: apabila peningkatan nilai bagi pihak lain dari penggunaan lahan petani secara berbeda melebihi penurunan nilai bagi petani, maka biarkan mereka membeli hak petani: perusahaan kereta api dapat membeli hak *servituut* (*easement*) untuk memercikkan api; pemilik rumah di sekitar dapat membeli perjanjian (*covenant*) dari petani agar tidak memelihara babi; tidak perlu ada pembatasan atas hak milik petani. Namun, sebagaimana akan dibahas dalam Bab3.7, terdapat biaya-biaya dalam pelaksanaan.

Suatu pengalihan hak — atau yang biasa disebut sebagai biaya transaksi — sering kali bersifat prohibitif, dan apabila demikian halnya, pemberian hak eksklusif kepada seseorang atas suatu sumber daya dapat justru mengurangi, bukan meningkatkan, efisiensi.

Tentu saja, kita masih dapat mempertahankan eksklusivitas dalam pengertian yang bersifat nominal dengan memandang hak milik atas suatu benda sebagai sekumpulan hak yang masing-masing bersifat eksklusif; dan memang demikianlah posisi hukum yang berlaku. Namun, dari sudut pandang ekonomi, pemilik hak yang sah atas suatu benda jarang memiliki kekuasaan eksklusif secara penuh terhadap benda miliknya tersebut.

³⁹ Keuntungan yang diharapkan dari kegiatan pemeliharaan babi kini hanya sebesar \$10 (dengan biaya yang harus ditanggung oleh petani sebesar \$50). Sementara itu, penggunaan alternatif terbaik dari lahan tersebut, sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, akan menghasilkan keuntungan sebesar \$20.

B. Permasalahan dalam Pembentukan dan Penegakan Hak Milik: Menyangkut Hewan Liar, Harta Karun, Kekayaan Intelektual, Privasi, dan Hal-Hal Eksotik Lainnya

Hak milik tidak hanya kurang bersifat eksklusif, tetapi juga kurang bersifat universal dibandingkan seandainya penagakannya tidak memerlukan biaya. Bayangkan suatu masyarakat primitif di mana penggunaan utama atas tanah adalah untuk penggembalaan. Populasi masyarakat tersebut relatif kecil dibandingkan dengan luas tanah yang tersedia, dan jumlah hewan ternaknya pun kecil. Tidak tersedia teknologi untuk meningkatkan nilai guna lahan melalui pupuk, irigasi, atau teknik lainnya. Biaya untuk memperoleh kayu atau bahan lainnya guna membuat pagar sangat tinggi, dan karena masyarakat tersebut buta huruf, maka penyelenggaraan sistem pencatatan kepemilikan tanah secara publik tidaklah memungkinkan.

Dalam keadaan demikian, biaya untuk menegakkan hak milik dapat melebihi manfaat yang diperoleh darinya. Biaya-biaya tersebut mencakup, antara lain, biaya untuk memagari tanah agar mencegah masuknya hewan ternak milik orang lain, dan biaya tersebut dapat menjadi sangat besar. Sementara itu, manfaatnya bisa jadi tidak ada sama sekali. Karena tidak terdapat persoalan kepadatan penggunaan lahan (*no crowding problem*), maka hak milik tidak memberikan manfaat statis. Dan karena tidak ada cara untuk meningkatkan produktivitas lahan, maka manfaat dinamis pun tidak tersedia.

Oleh karena itu, tidaklah mengherankan apabila hak milik di masyarakat primitif cenderung kurang luas cakupannya dibandingkan dengan masyarakat maju. Pola kemunculan dan perkembangan hak milik dalam suatu masyarakat sangat berkaitan erat dengan peningkatan rasio antara manfaat hak milik terhadap biaya penagakannya.⁴⁰

⁴⁰ Terdapat literatur ekonomi yang cukup luas mengenai perkembangan historis sistem hak milik: misalnya, pada masa prasejarah, primitif, dan kuno (lihat artikel Smith pada Bab 3.1 supra, catatan 1, serta diskusi dalam Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 179-182 (1981)); pada abad pertengahan (lihat, misalnya, Carl J. Dahlman, *The Open Field System and Beyond: A Property Rights Analysis of an Economic Institution* (1980)); dan di Barat Amerika abad ke-19 (lihat, misalnya, Terry L. Anderson & P.J. Hill, *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West*, 18 J. Law & Econ. 163 (1975); Gary D. Libecap, *The Evolution of Private Mineral Rights: Nevada's Comstock Lode* (1978); John R. Umbeck, *A Theory of Property Rights, With Application to the California Gold Rush* (1981)). Walaupun bukan karya ekonomi, William Cronon, *Changes in the Land: Indians, Colonists, and the Ecology of New England* (1983), memuat diskusi menarik mengenai perkembangan hak milik di kolonial New England.

Perbedaan hukum umum antara hewan domestik dan hewan liar menggambarkan poin umum ini. Hewan domestik dimiliki seperti halnya barang bergerak lainnya; sedangkan hewan liar tidak dianggap dimiliki sampai dibunuh atau ditangkap secara nyata (misalnya, di kebun binatang). Oleh karena itu, jika sapi Anda keluar dari tanah milik Anda, sapi itu tetap milik Anda; tetapi jika tikus tanah yang liang sarangnya berada di tanah Anda pergi keluar, maka tikus tersebut bukanlah milik Anda, dan siapa pun boleh menangkap atau membunuhnya, kecuali tikus tersebut sudah jinak — kecuali dia memiliki *animus revertendi* (kebiasaan kembali ke tanah Anda). (Bisakah Anda memikirkan argumen ekonomi untuk doktrin *animus revertendi*?)

Alasan perbedaan perlakuan hukum antara hewan domestik dan hewan liar adalah karena akan sangat sulit menegakkan hak milik atas hewan liar dan hal itu juga relatif tidak berguna; sebagian besar hewan liar, seperti ilustrasi tikus tanah tadi, tidak memiliki nilai ekonomis, sehingga tidak ada keuntungan dari penciptaan insentif untuk berinvestasi dalam hewan-hewan tersebut. Namun, misalkan hewan-hewan itu bernilai tinggi. Jika tidak ada hak milik atas hewan berbulu bernilai seperti sable dan berang-berang, para pemburu akan memburu hewan-hewan tersebut hingga punah, walaupun nilai sekarang dari sumber daya tersebut akan berkurang akibat hal itu. Pemburu yang membiarkan induk berang-berang agar dapat berkembang biak mengetahui bahwa anak-anak berang-berang tersebut hampir pasti akan ditangkap oleh orang lain (selama ada banyak pemburu), dan dia tidak akan mengorbankan keuntungan saat ini demi memberikan keuntungan di masa depan kepada orang lain. Hak milik sangat diinginkan dalam kondisi seperti ini, tetapi sulit membayangkan skema yang layak agar pemburu yang memutuskan untuk membiarkan induk berang-berang memperoleh hak milik atas anak-anak yang belum lahir tersebut; biaya dari hak milik (yang efektif) tetap akan melebihi manfaatnya, walaupun manfaatnya kini cukup besar.

Ada dua solusi yang mungkin. Yang pertama, dan lebih umum, adalah menggunakan kekuasaan regulasi negara untuk mengurangi tingkat perburuan mendekati tingkat optimal; ini adalah contoh bagaimana regulasi dapat menjadi pengganti hak milik dalam mengoreksi perbedaan antara biaya atau manfaat pribadi dan sosial. Solusi lainnya adalah satu orang membeli seluruh habitat hewan tersebut; dia kemudian akan mengatur perburuan di propertinya

secara optimal karena dia akan memperoleh seluruh keuntungan dari tindakan tersebut.⁴¹

Contoh lain dari hubungan antara hak milik dan kelangkaan adalah perbedaan sistem hukum air di negara bagian timur dan barat Amerika Serikat. Di negara bagian timur, di mana air melimpah, hak atas air sebagian besar bersifat komunal, dengan aturan dasar bahwa pemilik riparian (yaitu pemilik tanah di tepi badan air) berhak menggunakan air secara wajar — penggunaan yang tidak mengganggu secara berlebihan penggunaan air oleh pemilik riparian lainnya.

Di negara bagian barat, di mana air langka, hak eksklusif dapat diperoleh melalui apropriasi (penggunaan). Sekarang pertimbangkan contoh benda-benda, sering kali benda yang sangat berharga seperti harta karun di kapal karam, yang pernah dimiliki tetapi telah ditinggalkan. Aturan umum dalam hal ini adalah “yang menemukan adalah pemilik.” Dalam arti tertentu, aturan ini sama dengan aturan untuk binatang liar. Kepemilikan atas benda diperoleh dengan merebut kepemilikan secara aktual. Hingga saat itu, benda tersebut tidak dimiliki siapa pun (seperti berang-berang yang belum lahir, kapal karam yang ditinggalkan), dan kekosongan kepemilikan inilah — masa ketika tidak ada yang memiliki hak milik — yang menjadi sumber masalah ekonomi.

Namun masalahnya sedikit berbeda dalam kedua kasus tersebut. Pada kasus binatang liar, masalah utama adalah eksploitasi yang terlalu cepat; sedangkan pada kasus harta yang ditinggalkan, masalahnya adalah eksploitasi yang terlalu mahal. Misalkan harta karun di kapal karam itu bernilai \$1 juta, dan diperlukan biaya \$250.000 untuk menyewa tim penyelam guna menyelamatkannya. Karena keuntungan yang diharapkan dari usaha ini sangat besar, orang lain mungkin memutuskan untuk menyewa timnya sendiri dan berusaha mengalahkan tim pertama. Tim ketiga dan bahkan keempat mungkin juga mencoba, karena jika masing-masing memiliki peluang yang sama (25 persen) untuk mencapai harta karun terlebih dahulu, maka nilai harapan usaha bagi masing-masing ($\$1 \text{ juta} \times 0,25$) masih akan menutupi biaya yang diharapkan. Jika ada empat tim yang mencoba, biaya untuk memperoleh harta karun tersebut, yakni \$1 juta, akan menjadi empat kali lipat dibandingkan jika hanya satu tim yang berusaha.

⁴¹ Mengenai ekonomi perdagangan bulu, lihat Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 *American Economic Review Papers & Proceedings* 347, 351-353 (1967), salah satu artikel pelopor dalam bidang "hukum dan ekonomi" yang baru.

Kerugian sosial bersih akibat kompetisi ini sebenarnya akan kurang dari \$750.000, karena persaingan tersebut kemungkinan akan mempercepat ditemukan harta karun dibandingkan jika hanya satu tim yang mencoba, tetapi keuntungan waktu tersebut mungkin tidak cukup besar untuk menutupi pengeluaran tambahan akibat percepatan pencarian.

Tidak akan ada masalah jika harta karun itu tidak ditinggalkan; karena pemiliknya cukup menyewa salah satu dari empat penyelamat tersebut dengan biaya \$250.000. Namun ketika kita menyebut properti sebagai ditinggalkan dalam arti hukum, yang dimaksud adalah biaya untuk mengembalikan kepemilikan properti kepada pemilik aslinya sangat tinggi, entah karena pemilik tersebut tidak dapat ditemukan dengan biaya yang wajar atau karena ia menganggap properti tersebut (mungkin secara keliru) bernilai lebih rendah daripada biaya menemukannya atau menggunakannya. Masalah eksploitasi yang terlalu mahal terhadap sumber daya yang berharga, seperti halnya masalah eksploitasi yang terlalu cepat, pada akhirnya berakar pada biaya penegakan hak milik yang terkadang sangat tinggi.

Hukum dapat melakukan sesuatu terkait masalah properti yang ditinggalkan dan sampai batas tertentu sudah melakukannya. Hukum umum terkadang memberikan hak kepada pencari pertama yang sungguh-sungguh mencari properti yang ditinggalkan untuk mencegah orang lain melakukan pencarian selama pencariannya dilakukan dengan itikad baik. Aturan hukum umum lain menyatakan bahwa harta karun yang ditinggalkan (seperti mata uang dan emas batangan)⁴²

Jika ditemukan, harta karun tersebut akan diserahkan kepada pemerintah (*escheat*) dan tidak menjadi milik penemu. Aturan ini membatasi investasi dalam pencarian harta hanya sampai pada tingkat yang dianggap pantas oleh pemerintah; pemerintah menentukan tingkat tersebut dengan menentukan besaran imbalan yang diberikan kepada penemu. Dalam kasus mata uang, tingkat optimalnya sangat rendah, bahkan bisa nol. Menemukan uang tidak menambah kekayaan masyarakat; hal itu hanya memungkinkan penemu memiliki lebih banyak barang milik masyarakat dibanding orang lain. Oleh

⁴² Kecenderungan keuntungan yang diharapkan untuk berubah menjadi biaya melalui upaya kompetitif disebut *rent-seeking* (pencarian rente). Istilah ini muncul berulang kali dalam buku ini dan menjadi topik dari literatur yang terus berkembang. Lihat kumpulan esai dalam *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society* (James Buchanan, Robert Tollison & Gordon Tullock eds., 1980).

karena itu, imbalan optimal mungkin sangat rendah — bahkan mungkin nol. Tren dalam hukum *common law* adalah memperluas prinsip *escheat* pada harta karun ke wilayah lain dari harta yang ditemukan dan dengan demikian memberikan imbalan kepada penemu daripada hak milik atas harta tersebut; hal ini memiliki alasan ekonomi yang kuat.⁴³

Mungkin tampak bahwa tidak ada yang lebih jauh dari harta karun tenggelam daripada penemuan yang dipatenkan; namun masalah ekonomi yang timbul akibat paten sangat mirip dengan masalah harta yang ditinggalkan. Ide dalam satu sisi diciptakan, namun di sisi lain juga ditemukan. Misalnya, siapa pun yang menemukan suatu alat (*widget*) akan, jika diizinkan untuk mengecualikan orang lain dari penggunaannya dengan diberi paten, dapat menjual paten tersebut kepada produsen dengan harga 1 juta dolar. Dan misalkan biaya penemuannya adalah 250.000 dolar. Kita berada dalam situasi yang sama seperti dengan harta karun tenggelam. Orang lain akan berusaha menjadi yang pertama menemukan alat tersebut. Persaingan ini akan menyebabkan alat tersebut ditemukan lebih cepat. Namun, jika alat itu ditemukan hanya satu hari lebih cepat, nilai memiliki alat tersebut sehari lebih awal akan lebih kecil daripada biaya menggandakan seluruh investasi dalam penemuan itu.

Hukum bisa memutuskan untuk tidak mengakui hak kepemilikan atas ide, tetapi hal itu akan menyebabkan terlalu sedikit ide ditemukan. Penemu alat mungkin tidak dapat mengembalikan investasinya, karena orang lain yang tidak menanggung biaya penemuan dapat menjual dengan harga lebih rendah tanpa mengalami kerugian. Selain itu, aktivitas penemuan akan sangat condong pada penemuan yang dapat dirahasiakan, sama seperti ketiadaan hak milik yang lengkap (sebagaimana telah kita lihat di Bab3.1) akan mempengaruhi produksi pada hal-hal yang melibatkan investasi persiapan minimal. Oleh karena itu, ada sistem paten; namun hukum menggunakan beberapa perangkat untuk meminimalkan biaya penggandaan aktivitas penemuan yang ditimbulkan oleh sistem paten. Berikut empat di antaranya:

1. Paten berlaku selama 17 tahun, bukan seumur hidup. Hal ini mengurangi nilai paten bagi pemiliknya dan dengan demikian jumlah sumber daya yang akan digunakan untuk memperoleh paten.

⁴³ Terdapat pembahasan ekonomi singkat mengenai jenis-jenis penemuan lainnya dalam Werner Z. Hirsch, *Law and Economics: An Introductory Analysis* hlm. 21-23 (1979).

2. Penemuan tidak dapat dipatenkan jika dianggap “jelas.” Makna fungsional dari kejelasan ini adalah dapat ditemukan dengan biaya rendah.⁴⁴ Semakin rendah biaya penemuan, semakin sedikit perlunya perlindungan paten untuk mendorong penemuan tersebut dilakukan, dan semakin besar bahaya investasi berlebihan.

Jika perlindungan paten diizinkan. Jika sebuah gagasan yang bernilai \$1 juta hanya memerlukan biaya \$1 untuk ditemukan, bukan \$250.000, maka jumlah duplikasi yang tidak perlu akibat pemberian paten akan jauh lebih besar, mungkin \$249.999 lebih besar.

3. Paten diberikan sejak awal — sebelum suatu penemuan mencapai tahap kelayakan komersial — untuk mencegah duplikasi yang mahal dari pekerjaan pengembangan yang mahal.⁴⁵
4. Gagasan dasar (misalnya hukum fisika) tidak dapat dipatenkan, meskipun memiliki nilai yang sangat besar. Sampai ditemukannya akselerator partikel atom yang mahal, riset dasar biasanya tidak membutuhkan pengeluaran besar, dan perlindungan paten mungkin justru akan mendorong terlalu banyak riset dasar. Dengan membatasi paten hanya pada penemuan yang “berguna” dalam arti yang cukup sempit, hukum paten mengidentifikasi (meskipun secara kasar) penemuan yang kemungkinan memerlukan pengembangan mahal sebelum dapat dipasarkan. Namun, ketidakpatentabilitas penemuan dasar, seperti halnya masa berlaku paten yang terbatas, mungkin mencerminkan lebih dari sekadar perhatian terhadap biaya memperoleh paten; terdapat pula masalah identifikasi yang serius, sebagaimana dalam kasus hewan liar. Sebuah gagasan tidak memiliki lokasi fisik yang stabil, seperti sebidang tanah. Seiring waktu, semakin sulit mengidentifikasi produk yang mengandung gagasan tertentu; dan juga sulit mengidentifikasi produk yang mengandung gagasan dasar yang memiliki banyak aplikasi beragam.

⁴⁴ Lihat Edmund W. Kitch, *Graham v. John Deere Co.: New Standards for Patents*, 1966 S. Ct. Rev. 293; *Roberts v. Sears, Roebuck & Co.*, 723 F.2d 1324, 1344 (7th Cir. 1983) (en banc) (pendapat setuju dan tidak setuju).

⁴⁵ Lihat Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J. Law & Econ. 265 (1977). Perhatikan analogi dengan prinsip “Committed Searcher” yang disebutkan sebelumnya.

Biaya sistem paten, selain dapat mendorong investasi penemuan yang berlebihan, juga menciptakan perbedaan antara harga dan biaya marjinal, dengan hasil yang akan dibahas di Bagian III buku ini. Setelah suatu penemuan dibuat, biayanya sudah tenggelam; secara ekonomi, biaya tersebut menjadi nol. Oleh karena itu, harga yang mencakup royalti kepada penemu akan melebihi biaya peluang produk yang mengandung penemuan tersebut. Perbedaan ini secara analitik sama dengan biaya pagar untuk menandai hak milik atas sebidang tanah; ini adalah biaya yang tak terpisahkan dari penggunaan sistem hak milik untuk mengalokasikan sumber daya.

Bidang kekayaan intelektual, yang termasuk hukum paten, menyediakan banyak contoh menarik dari ekonomi hukum properti. Ambil misalnya merek dagang. Tidakkah masuk akal secara ekonomi untuk membiarkan seseorang mengambil sebuah kata yang sudah ada dalam bahasa dan mengklaim hak eksklusif atasnya (mengapa tidak?). Namun, misalnya seseorang menciptakan kata baru, seperti "*aspirin*," untuk menandai produknya. Ia seharusnya dapat menggunakan kata tersebut secara eksklusif sebagai penanda produk. Jika tidak, ia tidak akan memiliki insentif untuk mengembangkan merek yang khas, padahal merek tersebut merupakan bentuk informasi yang berharga bagi konsumen. Namun, apakah hak tersebut harus mutlak? Misalkan terjadi sebagaimana dalam perkara "*aspirin*," yang dahulu merupakan merek dagang dari sebuah perusahaan Jerman bernama Bayer, "*bandaid*," serta banyak kata umum lainnya.

Dari waktu ke waktu konsumen menggunakan kata tersebut untuk menunjuk produk secara generik, bukan lagi sebagai merek dari produsen tertentu. Para pesaing akan mengalami kesulitan untuk menjelaskan kepada konsumen apa yang mereka hasilkan kecuali mereka juga dapat menggunakan kata tersebut. Merek dagang tersebut kini berfungsi tidak hanya sebagai penanda merek, tetapi juga memberikan kekuasaan monopoli kepada pemilik merek tersebut. Imbalan total yang diperoleh pemilik atas penemuannya akan melebihi biaya yang biasanya relatif kecil dalam menciptakan tanda yang khas. Solusi hukum terhadap masalah ini adalah mengakhiri hak kepemilikan atas merek dagang tersebut ketika merek itu menjadi generik.

Selanjutnya, pertimbangkan doktrin penggunaan wajar dalam hukum hak cipta, yang misalnya memperbolehkan seorang pengulas buku untuk mengutip bagian-bagian dari buku tanpa harus memperoleh izin dari

pemegang hak cipta⁴⁶. Nilai hak cipta justru meningkat dengan penerapan doktrin ini, karena penggunaan materi yang dilindungi hak cipta oleh pengulas tersebut biasanya akan menghasilkan peningkatan penjualan buku dibandingkan apabila pemegang hak cipta berusaha mengenakan biaya kepada pengulas. Wawasan serupa tampaknya mendasari putusan Mahkamah Agung baru-baru ini dalam perkara perekam video,⁴⁷ di mana doktrin penggunaan wajar diterapkan untuk memperbolehkan penjualan perekam video guna merekam program televisi, meskipun tidak ada royalti yang dibayarkan kepada pemilik hak cipta atas hak merekam tersebut.⁴⁸ Banyak orang menggunakan perekam video mereka untuk merekam program yang ditayangkan pada waktu yang tidak menguntungkan atau yang ingin mereka tonton lebih dari sekali. Penggunaan seperti ini, sebagaimana penggunaan wajar pada umumnya, memberikan manfaat kepada pemilik hak cipta meskipun tidak ada royalti yang dibayarkan. Sebagian besar program dibeli oleh para pengiklan, dan mereka membayar lebih besar sesuai dengan jumlah penonton yang dapat dijangkau; dengan memperluas jumlah pemirsa efektif suatu program, perekam video memungkinkan pemilik hak cipta mengenakan tarif lebih tinggi kepada para pengiklan. Namun, sejak bukti yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam mengambil keputusan dikumpulkan, telah muncul perangkat yang sangat mudah digunakan oleh pemilik perekam video untuk menghapus iklan dalam program yang direkam sebelum ditonton. Hal ini menimbulkan pertanyaan mengenai relevansi ekonomi putusan Mahkamah Agung saat ini.

Contoh menarik dari hak kepemilikan atas barang tak berwujud adalah hak privasi, yang biasanya dibahas sebagai cabang hukum perdata delik, tetapi secara fungsional merupakan cabang hukum kepemilikan.⁴⁹ Pengakuan yudisial paling awal terhadap hak privasi yang eksplisit muncul dalam suatu

⁴⁶ Aspek-aspek hukum hak cipta ini beserta beberapa aspek lainnya dibahas dari sudut pandang ekonomi dalam karya Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Procedure*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982). Pertanyaan: Mengapa jangka waktu perlindungan hak cipta lebih lama dibandingkan dengan paten?

⁴⁷ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁴⁸ Para terdakwa adalah perusahaan-perusahaan yang memproduksi alat perekam; mereka digugat sebagai “pelaku pelanggaran kontributif.” Sementara itu, orang-orang yang membeli alat perekam secara eceran akan dianggap sebagai “pelaku pelanggaran langsung.” Apakah dasar ekonomi dari doktrin pelanggaran kontributif ini?

⁴⁹ Lihat Posner, catatan 1 di atas, bab 9-10.

perkara di mana terdakwa menggunakan nama dan gambar penggugat dalam sebuah iklan tanpa persetujuan penggugat.

Bertolak belakang dengan hal tersebut, cabang hak privasi ini paling sering diajukan oleh para selebritas yang sangat menginginkan publisitas; mereka hanya ingin memastikan memperoleh harga tertinggi atas penggunaan nama dan gambar mereka dalam iklan. Tampaknya penciptaan hak milik atas penggunaan tersebut tidak akan mendorong investasi yang bermanfaat secara sosial, melainkan hanya akan memperkaya selebritas yang sudah kaya. Namun hal ini mengabaikan dasar kemacetan (*congestion*) atau statis dari hak kepemilikan. Apapun nilai informasi yang terkandung dalam dukungan selebritas bagi konsumen akan hilang apabila setiap produsen dapat menggunakan nama dan gambar selebritas tersebut dalam iklannya.

Pertanyaan paling menarik dalam hukum privasi adalah apakah seseorang berhak untuk menyembunyikan fakta memalukan tentang dirinya — misalnya bahwa ia adalah mantan narapidana. Terdapat dukungan yudisial yang terbatas, namun tidak banyak, atas hak tersebut. Dari sudut pandang ekonomi, hal ini paralel dengan upaya para penjual menyembunyikan cacat tersembunyi pada produk mereka. Seseorang “menjual” dirinya dengan berusaha meyakinkan calon mitra transaksi — seperti pemberi kerja, tunangan, atau bahkan kenalan biasa — bahwa ia memiliki kualitas baik. Haruskah orang tersebut didorong untuk menipu pihak-pihak tersebut dengan diberikan hak untuk menggugat siapa saja yang membuka “cacat” tersembunyinya? Setidaknya dari alasan ekonomi, jawabannya tampaknya tidak. Hal ini akan berbeda jika yang “dibuka” bukan fakta memalukan melainkan resep makan malam yang luar biasa. Dalam hal ini, kita berada dalam ranah rahasia dagang yang didefinisikan secara luas, dan kasusnya secara prinsip tidak berbeda dengan pencurian formula rahasia oleh pesaing komersial. Di sini, kerahasiaan adalah metode untuk menegakkan hak milik informal dan mendorong investasi pada ide yang bernilai sosial. Menyembunyikan fakta yang mendiskreditkan individu pribadi, perusahaan, atau produk tidak demikian.

C. Hak Kepemilikan dalam Hukum dan Ekonomi: Kasus Frekuensi Siaran

Sejauh ini, fokus kita cukup erat terkait dengan gagasan hukum mengenai hak kepemilikan (kecuali mengenai privasi), yang dianalisis secara

ekonomi. Namun sering kali konsep hukum dan ekonomi mengenai hak kepemilikan berbeda. Berikut ini adalah contoh dari bidang penyiaran.⁵⁰

Pada masa awal radio, sebelum adanya regulasi federal yang komprehensif, terdapat dukungan yudisial atas proposisi bahwa hak untuk menyiarkan pada frekuensi tertentu di wilayah tertentu tanpa gangguan dari pengguna lain merupakan hak kepemilikan yang dapat dilindungi dengan perintah pengadilan (*injunction*).

Dengan pembentukan *Federal Radio Commission* pada tahun 1928 (yang kemudian menjadi *Federal Communications Commission*), Kongres mengambil pendekatan yang berbeda. Lisensi yang memberikan otorisasi atas penggunaan frekuensi tertentu di wilayah tertentu diberikan dengan biaya nominal untuk jangka waktu tiga tahun yang dapat diperbarui, kepada para pemohon yang dapat meyakinkan komisi bahwa pemberian lisensi kepada mereka akan memajukan kepentingan umum (*public interest*). Kongres secara tegas menyatakan bahwa pemegang lisensi tidak memiliki hak milik atas penggunaan frekuensi yang dialokasikan kepada mereka; ketentuan ini dimaksudkan untuk menutup kemungkinan adanya klaim kompensasi dari pemegang lisensi apabila lisensinya dicabut pada akhir masa berlaku tiga tahun tersebut.

Beberapa keberatan yang diajukan terhadap pengakuan hak milik pribadi atas penggunaan frekuensi radio terdengar janggal dari sudut pandang seorang ekonom. Sebagai contoh, dinyatakan bahwa apabila hak siar dapat diperjualbelikan layaknya properti lain, maka media penyiaran akan jatuh ke tangan kalangan kaya. Pernyataan ini mencampuradukkan antara *willingness to pay* (kesediaan untuk membayar) dengan *ability to pay* (kemampuan untuk membayar). Kepemilikan uang tidak serta-merta menentukan barang apa yang akan dibeli. Kaum miskin pun seringkali dapat memperoleh barang yang sama dengan kaum kaya dengan menunjukkan kesediaan untuk membayar lebih secara agregat.

Dalam praktik penyelenggaraan skema regulasi federal terhadap penyiaran, kesediaan untuk membayar memainkan peranan yang menentukan dan suatu sistem hak milik secara *de facto* pun telah muncul. Lisensi radio dan televisi yang bernilai tinggi diberikan melalui prosedur komparatif, di mana –

⁵⁰ Lihat Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J. Law & Econ. 1 (1959); Jora R. Minasian, *Property Rights in Radiation: An Alternative Approach to Radio Frequency Allocation*, 18 J. Law & Econ. 221 (1975).

sebagaimana dalam sistem hak milik – kesediaan untuk membayar, bukan untuk lisensi itu sendiri, melainkan untuk jasa hukum dan pengaruh politik yang dapat menentukan hasil akhir, telah menjadi faktor penentu dalam banyak kasus mengenai siapa yang akan menguasai sumber daya tersebut. Namun, metode penetapan awal atas hak siar seperti ini kurang efisien dibandingkan lelang atau metode penjualan lainnya. Proses politik dan regulasi yang penuh ketidakpastian menyebabkan pemohon yang mengeluarkan dana paling besar untuk pengacara, pelobi, dan sebagainya – yang berarti menunjukkan nilai tertinggi yang ia lekatkan pada hak tersebut – seringkali tidak mendapatkannya. Lebih jauh lagi, biaya sosial dari metode alokasi ini jauh lebih tinggi dibandingkan dengan alokasi melalui mekanisme pasar (bagaimana dengan biaya privatnya?). Persaingan untuk memperoleh lisensi dapat mengakibatkan nilai ekonomis dari lisensi tersebut habis terserap oleh pengeluaran untuk jasa hukum, pelobi, dan biaya terkait lainnya. (Pernahkah kita melihat permasalahan serupa sebelumnya?) Partisipasi dalam lelang frekuensi penyiaran tidak akan memerlukan biaya hukum dan pelobi yang tinggi, setidaknya jika pengaturan lelang tersebut dapat dilakukan tanpa biaya besar.

Kegagalan dalam mengalokasikan hak kepada pihak yang menghargainya paling tinggi hanyalah ketidakefisienan sementara. Setelah hak siar diperoleh melalui proses perizinan, hak tersebut dapat dijual bersamaan dengan penjualan aset fisik stasiun radio atau televisi. Ketika sebuah stasiun televisi yang hanya memiliki pemancar dan aset fisik senilai beberapa ratus ribu dolar dijual seharga 30 juta dolar, maka dapat diyakini bahwa sebagian besar harga pembelian tersebut merupakan pembayaran untuk hak penggunaan frekuensi. Dengan demikian, hak siar pada akhirnya tetap berada di tangan pihak-pihak yang bersedia membayar paling tinggi untuk hak tersebut, meskipun “lelang” awalnya tidak dialokasikan secara efisien.

Kesediaan para penyiar untuk membayar puluhan juta dolar demi suatu hak yang dapat dihentikan setelah tiga tahun mungkin tampak aneh. Namun, lisensi penyiaran hanya dicabut dalam hal terjadi pelanggaran serius, dengan cara yang hampir serupa dengan pencabutan hak atas tanah akibat tidak dibayarnya pajak properti.

Dengan demikian, secara ekonomi — meskipun bukan secara formal yuridis — terdapat hak milik atas frekuensi penyiaran. Hak ini diperoleh pertama kali melalui suatu kompetisi di mana kesediaan untuk membayar

memainkan peranan yang sangat besar, bahkan mungkin menentukan. Setelah diperoleh, hak ini dapat dialihkan, meskipun secara tidak sempurna, sebagaimana akan dibahas dalam Bab3.10. Hak ini bersifat eksklusif (gangguan terhadap penggunaan frekuensi oleh pemegang lisensi akan dikenai sanksi melalui perintah pengadilan), dan dalam praktiknya bersifat nyaris permanen. Pemegang hak tunduk pada berbagai batasan regulatif, namun tidak seketat perusahaan utilitas publik, di mana aset utamanya merupakan hak milik pribadi dalam pengertian hukum formal.

Konsep hak milik secara *de facto* memiliki cakupan yang sangat luas. Bahkan, beberapa ekonom menggunakan istilah *property right* (hak milik) untuk menggambarkan hampir setiap mekanisme — baik publik maupun privat, berdasarkan hukum kebiasaan maupun regulasi, kontraktual maupun administratif, formal maupun informal — yang berfungsi mengurangi kesenjangan antara biaya atau manfaat privat dengan sosial⁵¹. Namun, dalam sebuah buku hukum, penggunaan istilah ini secara luas dapat menimbulkan kebingungan. Oleh karena itu, dalam pembahasan ini, istilah *hak milik* akan dibatasi hanya pada hak milik formal, dengan pengakuan bahwa hak tersebut hanyalah sebagian kecil dari pengertian *hak milik* dalam pengertian ekonomi yang lebih luas.

D. Hak-Hak di Masa Depan

Sistem hak atas penyiaran tidak hanya mahal dan bersifat terselubung (*sub rosa*), tetapi juga tidak lengkap dalam beberapa aspek penting. Salah satunya adalah kesulitan dalam memperoleh hak untuk penggunaan di masa depan, sebuah permasalahan yang telah kita temui sebelumnya dalam konteks bangkai kapal (*shipwrecks*) dan hewan liar. Membeli sebidang tanah kosong dengan maksud untuk dikembangkan di masa depan merupakan bentuk transaksi yang lazim. Sebaliknya, mencantumkan niat untuk menunda siaran tanpa batas waktu dalam permohonan lisensi penyiaran akan memastikan bahwa permohonan tersebut akan ditolak.

Hal yang sama berlaku terhadap hak atas air dalam sistem *appropriation* (perolehan berdasarkan penggunaan) yang berlaku di negara-negara bagian

⁵¹ Untuk ilustrasi, lihat Armen A. Alchian & Harold Demsetz, *The Property Right Paradigm*, 33 J. Econ. Hist. 16 (1973), dan esai dalam *The Economics of Property Rights* (Eirik G. Furubotn & Svetozar Pejovich eds. 1974).

bagian barat Amerika Serikat: seseorang memperoleh hak atas air hanya melalui tindakan nyata dalam mengalihkan dan menggunakan aliran sungai, dan hak tersebut hanya mencakup jumlah air yang benar-benar digunakan; hak tidak dapat diperoleh untuk digunakan di masa mendatang. Namun, baik dalam hal penyiaran maupun hak atas air, keterbatasan tersebut sering kali diakali. Dalam konteks penyiaran, hal ini dilakukan dengan menunda pembangunan infrastruktur penyiaran setelah lisensi diperoleh; sedangkan dalam hal hak atas air, hal ini dilakukan dengan mengajukan *preliminary permit* (izin awal) yang menetapkan prioritas hak pemohon, meskipun pembangunan infrastruktur pengalihan dan penggunaan air ditunda.

Permusuhan terhadap pengakuan hak atas penggunaan di masa depan mungkin berkaitan dengan adanya unsur “keuntungan mendadak” (*windfall*) yang tampak dalam konteks penyiaran maupun pengelolaan sumber daya air. Dalam kedua kasus tersebut, hak diberikan secara cuma-cuma, meskipun pemohon mungkin telah mengeluarkan biaya besar untuk memperolehnya, dan hak tersebut sering kali dapat dijual kembali secara langsung dengan keuntungan yang signifikan. Namun, hal ini tidak serta-merta menunjukkan adanya keuntungan mendadak yang sesungguhnya; secara agregat, para pemohon mungkin hanya mencapai titik impas (*break-even*). Meskipun demikian, keuntungan mendadak tersebut akan tampak jauh lebih besar apabila diperoleh oleh pihak yang secara nyata tidak memberikan kontribusi jasa apa pun.

Permusuhan yang berkaitan, yang tercermin dalam berbagai cabang hukum, adalah terhadap praktik spekulasi, yaitu pembelian suatu barang bukan untuk digunakan secara langsung, melainkan untuk disimpan dengan harapan bahwa nilainya akan meningkat. Spekulasi sebenarnya menjalankan fungsi ekonomi yang penting (sebagaimana akan dibahas pada Bab 4.9 infra), yakni membantu agar harga mencerminkan secara akurat kondisi penawaran dan permintaan. Dalam konteks tanah, air, dan frekuensi siaran — bahkan juga hewan penghasil bulu — spekulasi, jika diizinkan, dapat menjalankan fungsi tambahan berupa pengoptimalan penggunaan sumber daya dari waktu ke waktu.

Namun demikian, pembelian untuk penggunaan di masa depan tidaklah selalu bersifat spekulatif; justru sebaliknya, hal tersebut dapat bersifat *hedging* atau lindung nilai. Seorang petani dapat saja mengetahui bahwa ia akan membutuhkan lebih banyak air untuk irigasi dalam beberapa tahun ke depan,

dan alih-alih menanggung risiko terhadap perubahan harga air di masa depan, ia memilih untuk menandatangani kontrak sekarang dengan harga tetap untuk pengiriman sejumlah volume air tertentu pada masa mendatang. (Dengan demikian, pihak penjual yang justru akan berspekulasi terhadap perubahan harga air di masa depan — spekulasi justru memfasilitasi lindung nilai!).

Apabila transaksi semacam ini dilarang, maka petani dapat terdorong untuk menggunakan lebih banyak air pada saat ini dari yang sebenarnya ia butuhkan, semata-mata untuk memastikan bahwa ia memiliki hak atas air tersebut di masa depan saat ia benar-benar membutuhkannya. Dampak utama dari pelarangan pembelian air, frekuensi siaran, atau lahan budidaya tiram untuk penggunaan di masa depan adalah mendorong timbulnya penggunaan yang tidak efisien secara ekonomi, yakni penggunaan yang tidak dimaksudkan untuk memenuhi permintaan nyata, melainkan sekadar untuk mengamankan klaim atas suatu hak.

E. Penggunaan yang Tidak Saling Sesuai (*Incompatible Uses*)

Sebagaimana telah disinggung dalam hipotesis mengenai peternakan babi, dan akan dijabarkan lebih lanjut dalam bagian ini, hak milik (*property rights*) sejatinya tidak benar-benar bersifat eksklusif dalam arti memberikan kepada pemilik sumber daya hak absolut untuk memperlakukan sumber daya tersebut sesuka hati dan mengecualikan seluruh pihak lain dari keterlibatan atau andil apa pun dalam penggunaan sumber daya tersebut.

Hak-hak *absolut* akan saling bertentangan. Jika suatu perusahaan kereta api ingin menikmati penggunaan eksklusif atas jalur miliknya (*right of way*), maka ia harus diizinkan untuk mengeluarkan percikan api dari mesinnya tanpa batasan hukum. Nilai dari hak milik tersebut akan menurun jika hal ini tidak diperbolehkan. Namun, apabila percikan api tersebut diperbolehkan, maka nilai dari lahan pertanian yang berdekatan akan menurun karena adanya bahaya kebakaran yang ditimbulkan. Pertanyaannya: apakah pengeluaran percikan api merupakan bagian dari hak milik kereta api (yaitu bagian dari *bundle of rights*-nya), ataukah merupakan suatu bentuk pelanggaran terhadap hak milik petani (atau *bundle*-nya)?

Sebelum menjawab pertanyaan ini, kita harus mempertanyakan terlebih dahulu apakah penetapan hak secara hukum tersebut benar-benar menentukan

hasil akhirnya. Untuk itu, kita perlu meninjau lebih dekat *Teorema Coase* yang telah dibahas dalam Bab 1.

Misalkan hak untuk mengeluarkan percikan api, dengan menghilangkan kebutuhan akan peralatan penangkap percikan (*spark-arresting equipment*) yang mahal, dapat meningkatkan nilai jalur kereta api sebesar \$100, tetapi mengurangi nilai lahan pertanian sebesar \$50 karena petani tidak bisa menanam tanaman di dekat rel. Jika petani memiliki hak hukum untuk bebas dari percikan api, maka perusahaan kereta api akan bersedia membayar, dan petani akan menerima, kompensasi atas penyerahan hak tersebut; karena hak untuk bebas dari percikan api hanya bernilai \$50 bagi petani namun membebani perusahaan kereta api sebesar \$100, maka transaksi penjualan hak tersebut pada harga antara \$50 dan \$100 akan menguntungkan kedua belah pihak.

Sebaliknya, jika perusahaan kereta api memiliki hak hukum untuk mengeluarkan percikan api, maka transaksi tidak akan terjadi. Petani tidak akan membayar lebih dari \$50 untuk membeli hak tersebut, dan perusahaan kereta api tidak akan menerima kurang dari \$100. Dengan demikian, apa pun cara hak hukum itu ditetapkan pada awalnya, hasil akhirnya tetap sama: kereta api akan mengeluarkan percikan api dan petani akan memindahkan tanamannya.

Prinsip ini tetap berlaku meskipun angka-angkanya dibalik. Misalkan hak untuk mengeluarkan percikan api hanya meningkatkan nilai jalur kereta api sebesar \$50, namun menurunkan nilai lahan petani sebesar \$100. Jika kereta api memiliki hak untuk mengeluarkan percikan api, maka petani akan menawarkan pembayaran, dan perusahaan kereta api akan menerima sejumlah pembayaran antara \$50 dan \$100 untuk menyerahkan hak tersebut. Sebaliknya, jika petani memiliki hak hukum untuk bebas dari percikan, maka tidak akan ada transaksi, karena petani akan meminta minimal \$100 sementara kereta api tidak bersedia membayar lebih dari \$50.

Sebagaimana yang ditunjukkan oleh *Coase*, apa pun nilai relatif dari dua penggunaan yang saling bersaing tersebut, penetapan awal hak hukum tidak menentukan penggunaan mana yang pada akhirnya akan menang.⁵²

Artikel *Coase* mengemukakan tiga poin penting lainnya, yang sering kali diabaikan, berkaitan dengan situasi di mana biaya untuk mentransfer hak

⁵² Lihat Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law & Econ. 1 (1960).

milik sangat tinggi sehingga suatu pengalihan sukarela menjadi tidak layak dilakukan:

- 1) Memberikan tanggung jawab hukum kepada pihak yang secara kasar dianggap sebagai “penyebab” kerugian — yaitu pihak yang aktif (dalam contoh kita adalah perusahaan kereta api) — belum tentu menghasilkan solusi yang efisien terhadap konflik tersebut. Pembaca dapat memverifikasi hal ini dengan merujuk kembali pada contoh pertama kita dan... *(bagian selanjutnya belum selesai dan akan dilanjutkan pada teks berikutnya).*

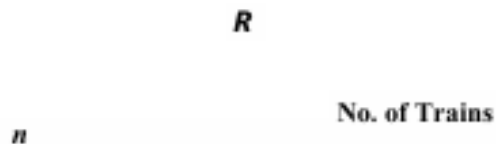


Figure 3.1

Gambar 3.1

Operasi *Coase Theorem* digambarkan secara grafis dalam Gambar 3.1. Kurva yang diberi label **R** menunjukkan pendapatan marginal dari perusahaan kereta api sebagai fungsi dari jumlah kereta yang dijalankan setiap hari. Kurva tersebut menurun dengan asumsi bahwa petani memegang hak milik dan, karena tingginya biaya transaksi, tidak dapat mengalihkan hak tersebut kepada perusahaan kereta api.

- 2) Hukum *common law* mengenai gangguan (*nuisance*) dapat dipahami sebagai suatu upaya untuk meningkatkan nilai penggunaan sumber daya dengan memberikan hak milik kepada pihak yang terlibat dalam konflik penggunaan lahan yang di tangannya hak tersebut memiliki nilai paling tinggi.
- 3) Dalam menentukan apakah intervensi pemerintah dalam sistem ekonomi diperlukan, tidaklah cukup hanya menunjukkan bahwa pasar akan beroperasi secara tidak sempurna tanpa intervensi; pemerintah pun beroperasi secara tidak sempurna. Yang diperlukan adalah suatu perbandingan antara cara kerja nyata pasar dan cara kerja nyata pemerintah dalam konteks tertentu.

Dua penyempurnaan terhadap *Coase Theorem* patut disebutkan di sini:

- 1) Penetapan awal hak, bahkan ketika biaya transaksi adalah nol sehingga efisiensi tidak terpengaruh, tetap dapat mempengaruhi kekayaan relatif para pihak, dan hal ini dapat mempengaruhi penggunaan sumber daya dalam dua cara:
 - (a) Jika para pihak tidak membelanjakan uang mereka dengan cara yang identik, pergeseran kekayaan di antara mereka akan mengubah — meskipun sedikit — permintaan atas berbagai barang dan jasa yang mereka beli. Lihat kembali Bab1.1 supra.
 - (b) Jika nilai dari hak tersebut merupakan bagian besar dari kekayaan salah satu pihak, maka tempat berakhirnya hak tersebut mungkin akan bergantung pada bagaimana penetapan awal dilakukan. Contoh ekstrem dari persoalan ini (yang telah disebutkan dalam Bab1.2 supra) adalah hak atas satu barel air di gurun. Lihat E. J. Mishan, *Pareto Optimality and the Law*, 19 *Oxford Economic Papers* (n.s.) 255 (1967). Namun, tidak satu pun dari poin ini yang meruntuhkan kesimpulan Coase bahwa efisiensi tidak terpengaruh oleh aturan tanggung jawab hukum (*liability rule*) apabila biaya transaksi adalah nol.
- 2) Biaya transaksi tidak pernah nol. Faktanya, dalam transaksi antara dua pihak pun biaya tersebut bisa sangat tinggi, sebagaimana akan terlihat berulang kali dalam buku ini. Meskipun demikian, secara umum biaya transaksi meningkat seiring dengan bertambahnya jumlah pihak dalam suatu transaksi — bahkan mungkin secara eksponensial. Rumus untuk menghitung jumlah hubungan yang diperlukan untuk menghubungkan seluruh anggota dalam suatu himpunan yang terdiri dari n anggota dapat menggambarkan hal ini: $n(n - 1)/2$.

Meskipun biaya transaksi tidak pernah benar-benar nol, *Coase Theorem* tetap menggambarkan realitas selama biaya transaksi lebih kecil daripada nilai transaksi tersebut bagi para pihak yang terlibat.

Karena setiap kereta tambahan diasumsikan memberikan pendapatan bersih yang lebih kecil kepada perusahaan kereta api dibandingkan kereta sebelumnya, kurva yang diberi label R menunjukkan pendapatan marginal perusahaan kereta api sebagai fungsi dari jumlah kereta yang dijalankan setiap hari. Kurva yang diberi label F menunjukkan biaya marginal petani akibat

kerusakan tanaman, juga sebagai fungsi dari jumlah kereta. Biaya ini meningkat seiring bertambahnya jumlah kereta, dengan asumsi bahwa petani dapat menyesuaikan diri terhadap sebagian kerusakan akibat percikan api, tetapi setiap kereta tambahan menjadi semakin merusak. (Apakah kurva F dan R harus diasumsikan masing-masing meningkat dan menurun?) Perubahan jumlah kereta diasumsikan sebagai satu-satunya cara untuk mengubah tingkat kerusakan tanaman.

Baik perusahaan kereta api bertanggung jawab atas kerusakan tanaman maupun tidak, jumlah kereta yang dioperasikan setiap hari akan sebanyak n , apabila biaya transaksi adalah nol. Di sebelah kiri titik n , perusahaan kereta api dapat menambah pendapatannya lebih banyak dengan menjalankan kereta tambahan dibandingkan kerugian yang dialami petani, sehingga perusahaan kereta api tentu akan menambah jumlah kereta. Di sebelah kanan titik n , pengurangan jumlah kereta akan menambah pendapatan bersih petani lebih banyak daripada yang dikurangi dari pendapatan perusahaan kereta api; oleh karena itu petani akan membayar perusahaan kereta api agar mengurangi jumlah kereta menjadi n . Jumlah kereta yang dijalankan akan sama jika petani memiliki hak hukum untuk terbebas dari kerusakan tanaman, bukan perusahaan kereta api yang memiliki hak untuk mengeluarkan percikan api. Di sebelah kanan titik n , petani akan menggugat perusahaan kereta api agar mengurangi jumlah kereta; di sebelah kiri titik n , perusahaan kereta api akan membayar petani agar menyerahkan sebagian haknya untuk terbebas dari kerusakan.

Namun demikian, tidak berarti penetapan awal hak sepenuhnya tidak berpengaruh dari sudut pandang efisiensi. Karena transaksi tidaklah tanpa biaya, efisiensi dapat didorong dengan memberikan hak hukum kepada pihak yang akan membelinya — yaitu perusahaan kereta api dalam situasi hipotetik pertama dan petani dalam situasi kedua — apabila hak itu awalnya diberikan kepada pihak lain. Lebih jauh, sebagaimana akan kita lihat, biaya transaksi terkadang sangat tinggi dibandingkan dengan nilai transaksi sehingga membuat pelaksanaan transaksi menjadi tidak ekonomis. Dalam hal ini, penetapan awal hak menjadi final.

Sayangnya, memberikan hak milik kepada pihak yang lebih menghargai hak tersebut merupakan solusi ekonomi yang tidak sempurna. Hal ini mengabaikan biaya pengelolaan sistem hak milik, yang mungkin lebih rendah apabila menggunakan kriteria penetapan hak yang lebih sederhana (masalah

ini akan dibahas pada Bab 20.4 dan 21.5 infra); serta sulit diterapkan dalam praktik. Contoh percikan api kereta api sangat disederhanakan karena hanya mengizinkan dua penetapan hak milik, yaitu hak mengeluarkan percikan api dan hak terbebas dari percikan api. Jika biaya administratif (terutama biaya informasi) diabaikan, nilai gabungan hak milik petani dan perusahaan kereta api mungkin dapat dimaksimalkan dengan definisi hak milik yang lebih kompleks, misalnya yang mengizinkan petani menanam satu jenis tanaman tetapi tidak yang lain, melarang penanaman dalam radius 200 kaki dari rel, dan melarang bangunan kayu dalam radius 250 kaki dari rel, sementara perusahaan kereta api hanya diizinkan mengeluarkan percikan api hingga tingkat tertentu. Kombinasi yang mungkin sangat banyak, dan tidak realistis untuk mengharapkan pengadilan menemukan kombinasi yang optimal — serta tidak ekonomis membuatnya mencari terlalu jauh! Namun dalam banyak kasus, tanpa biaya yang berlebihan, pengadilan dapat memperkirakan definisi hak milik yang mendekati optimal, dan perkiraan ini dapat menjadi panduan penggunaan sumber daya yang lebih efisien dibandingkan penetapan hak milik secara acak secara ekonomi.

Beberapa contoh mungkin membantu untuk memperjelas poin fundamental ini. Dalam hukum common law Inggris, seorang pemilik tanah yang membangun sedemikian rupa sehingga menutupi jendela tetangganya hingga tetangga tersebut memerlukan penerangan buatan untuk dapat membaca di bagian ruangan yang paling dekat dengan jendela, dianggap telah melanggar hak milik tetangganya, dengan ketentuan bahwa tetangga tersebut telah menikmati akses tanpa halangan terhadap cahaya selama 20 tahun (mengapa ada syarat ini?). Pertimbangkan konsekuensi apabila hak milik tersebut justru diberikan kepada pihak yang membangun.⁵³ Pada umumnya, biaya yang harus ditanggung oleh orang yang jendelanya tertutup akan melebihi biaya yang dikeluarkan oleh pihak lain untuk memundurkan dindingnya sedikit saja (yang sebenarnya cukup, mengingat haknya yang terbatas), sehingga orang yang terdampak akan membeli hak tersebut. Penetapan hak kepadanya sejak awal menghindari transaksi dan biaya-biaya yang menyertainya.

Namun, pengadilan tidak memperluas aturan ini untuk melindungi pemandangan yang jauh. Jika A memiliki rumah di atas bukit dengan

⁵³ Aturan common law ini (“ancient lights”) ditolak di Amerika Serikat. Dapatkah Anda memikirkan alasan ekonomi mengapa demikian?.

pemandangan indah, dan B membangun rumah yang merusak pemandangan tersebut, A tidak dapat mengklaim adanya pelanggaran terhadap hak miliknya meskipun nilai properti A menurun. Dalam kasus ini, asumsi nilai relatif dibalik. Sebuah rumah dengan pemandangan biasanya memerlukan lahan yang luas. Nilai yang akan tercipta dari pengembangan lahan tersebut kemungkinan besar melebihi kerugian nilai yang dialami oleh pemilik lahan yang pandangnya terganggu.

Aturan lain dalam *common law* (yang secara konvensional merupakan aturan hukum tort, tetapi karena menentukan hak milik seseorang dapat juga dipandang sebagai aturan hukum kepemilikan) adalah bahwa perusahaan kereta api tidak berkewajiban untuk menjaga keselamatan orang-orang yang menggunakan rel kereta sebagai jalan setapak (kecuali di perlintasan). Biaya bagi “penyusup” tersebut untuk menggunakan jalan alternatif umumnya lebih kecil dibandingkan biaya yang harus dikeluarkan oleh perusahaan kereta api untuk membuat rel aman bagi mereka. Namun demikian, hak perusahaan kereta api adalah hak yang bersyarat: perusahaan kereta api diwajibkan untuk menjaga pengawasan ketat terhadap ternak.⁵⁴ Akan sangat mahal bagi para petani untuk memasang pagar yang benar-benar mencegah ternak berkeliaran, sehingga jika transaksi antara petani dan perusahaan kereta api dapat dilakukan, para petani biasanya akan membayar perusahaan kereta api untuk menjaga pengawasan terhadap ternak di rel.

Sama seperti halnya ternak, beban untuk mencegah kecelakaan terhadap anak-anak penyusup, jika tidak ada kewajiban dari pemilik tanah, akan jatuh pada wali dewasa dan memerlukan biaya yang besar untuk menanganinya: Anak-anak sulit dikurung. Namun demikian, anak-anak, bahkan yang masih kecil, memiliki kesadaran lebih baik dibanding ternak seperti sapi atau domba. Doktrin *attractive nuisance* memberikan solusi cerdas atas konflik kepentingan antara orang tua dan pemilik tanah: Pemilik tanah harus memasang pagar atau melakukan pengamanan lain terhadap kondisi buatan di tanahnya (secara klasik, seperti meja putar kereta api) yang oleh anak-anak kecil dianggap sebagai mainan yang tidak berbahaya. Akan tidak praktis bagi anak atau orang tuanya untuk melindungi diri secara efektif terhadap jenis bahaya ini, sementara pemilik tanah dapat melakukannya dengan biaya yang relatif kecil, yang tentunya lebih murah daripada memasang pagar sepanjang

⁵⁴ Lihat Byron K. Elliott & William F. Elliott, *A Treatise on the Law of Railroads* Bab 1205 (1897).

jalur kereta api. Dan ini merupakan satu lagi contoh di mana penetapan awal hak juga merupakan penetapan akhir; akan tidak praktis bagi pemilik tanah untuk bernegosiasi terlebih dahulu dengan semua orang tua yang mungkin memiliki anak yang bisa berkeliaran ke tanah mereka.⁵⁵

Teori ekonomi tentang hak milik (*property rights*) menyiratkan bahwa hak-hak tersebut akan didefinisikan ulang dari waktu ke waktu seiring dengan berubahnya nilai relatif dari berbagai jenis penggunaan lahan. Kasus mengenai pemasangan pagar untuk ternak kembali memberikan ilustrasi. Misalnya, ternak sapi keluar dari lahan tempat mereka digembalakan dan masuk ke lahan tetangga, sehingga merusak tanaman milik tetangga tersebut. Siapakah yang harus menanggung biaya kerugian tersebut — apakah tetangga, berdasarkan argumen bahwa ia seharusnya memasang pagar untuk mencegah masuknya ternak; atau pemilik ternak, berdasarkan argumen bahwa ia seharusnya memasang pagar agar ternaknya tidak keluar? Jawabannya tampaknya tergantung (dan perbandingan antaraturan dari waktu ke waktu serta antara berbagai yurisdiksi *common law* menunjukkan bahwa hal ini memang tergantung)⁵⁶ pada rasio antara ternak dengan tanaman. Apabila terdapat lebih banyak ternak daripada tanaman (lebih tepatnya, apabila lebih banyak lahan digunakan untuk penggembalaan dibandingkan untuk pertanian), maka akan lebih murah bagi petani tanaman untuk memasang pagar dibandingkan dengan para peternak, dan hukum akan membebankan kewajiban memasang pagar pada para petani tanaman; namun kewajiban tersebut akan berbalik apabila rasio penggunaan lahan berbalik.

Apakah Anda khawatir bahwa redefinisi hak milik secara terus-menerus demi mencapai efisiensi dalam kondisi yang berubah dapat menciptakan ketidakstabilan dan menghambat investasi? Misalnya, X membeli sebidang lahan pertanian jauh sebelum terdapat jalur kereta api di wilayahnya. Harga yang dibayarnya tidak memperhitungkan potensi kerugian hasil panen akibat percikan api di masa depan, karena pembangunan jalur kereta api tidak diperkirakan sebelumnya. Namun kemudian jalur tersebut dibangun dan cukup dekat ke lahan X sehingga dapat menyebabkan kerusakan hasil panen

⁵⁵ Untuk kritik terhadap analisis dalam paragraf ini dan paragraf sebelumnya, serta tanggapan atas kritik tersebut, lihat Gordon Tullock, *Two Kinds of Legal Efficiency*, 8 *Hofstra L. Rev.* 659, 666–668 (1980); Richard A. Posner, *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, 9 *Hofstra L. Rev.* 775, 781–784 (1981).

⁵⁶ Lihat Richard A. Posner, *Tort Law: Cases and Economic Analysis* 492–493 (1982).

akibat percikan api. Ia menggugat perusahaan kereta api, tetapi pengadilan memutuskan bahwa tingkat emisi percikan api tersebut adalah wajar, karena biaya pencegahan kerugian oleh pihak kereta api akan lebih besar dibandingkan dengan biaya yang ditanggung oleh petani. Dengan nilai properti yang terekspos pada penyusutan (depresiasi) tanpa kompensasi akibat perubahan penggunaan lahan di sekitarnya yang tidak dapat diperkirakan sebelumnya, maka insentif untuk berinvestasi dalam sektor pertanian akan menurun.⁵⁷ Namun, seperti pada contoh sebelumnya mengenai usaha penggemukan babi, penurunan tingkat investasi dalam pertanian dapat merupakan penyesuaian yang efisien terhadap kemungkinan bahwa suatu hari nanti nilai tertinggi dari lahan pertanian tersebut justru sebagai tempat pembuangan percikan api dari kereta api.

Masalah yang lebih serius ketika hak milik dapat didefinisikan ulang seiring dengan perubahan nilai guna lahan adalah bahwa, bagi individu yang avers terhadap risiko, ketidakpastian merupakan sumber disutilitas. Apakah salah satu metode untuk mengeliminasi risiko yang ditimbulkan oleh ketidakpastian tersebut dapat diterapkan dalam situasi yang sedang dibahas masih dapat diragukan^{58.7}. Namun, besarnya ketidakpastian beserta konsekuensinya sering kali dilebih-lebihkan. Apabila suatu penggunaan lahan yang merugikan telah dapat diperkirakan pada saat penjualan, maka harga tanah akan disesuaikan secara proporsional, dan pembeli tidak akan mengalami kekecewaan atas harapan yang tidak terpenuhi. Namun apabila penggunaan tersebut tidak dapat diperkirakan, kemungkinan besar penggunaan itu baru akan terjadi di masa depan yang cukup jauh, dan suatu biaya yang baru akan timbul di masa yang masih lama (selama tidak bersifat astronomis) hanya akan berdampak kecil terhadap keputusan-keputusan pada masa kini (bdk. Bab6.7). Alternatifnya — yakni dengan selalu memberikan hak milik kepada penggunaan lahan yang lebih dahulu dari dua penggunaan yang saling bertentangan — akan sangat tidak efisien, sebab penggunaan yang

⁵⁷ Namun, contoh dalam teks tersebut tidaklah realistis, karena kehadiran jalur kereta api umumnya justru meningkatkan nilai lahan pertanian di sekitarnya.

⁵⁸ Petani mungkin tidak memiliki posisi untuk menghilangkan risiko tersebut baik melalui diversifikasi (misalnya, dengan memiliki saham biasa dalam jumlah besar di perusahaan kereta api), maupun melalui pembelian asuransi. Asuransi terhadap penurunan nilai tanah yang disebabkan oleh perubahan dalam definisi hak milik akan sulit diperoleh karena besaran premi yang sesuai — yang tergantung pada probabilitas dan besarnya kerugian jika risiko terwujud — sangat sulit dihitung (lihat Bab 4.5).

muncul belakangan sering kali justru memiliki nilai ekonomi yang lebih tinggi.⁵⁹

F. Pelanggaran (*Trespass*) dan Pengambilan Tanah oleh Negara (*Eminent Domain*)

Hak pemilik tanah untuk menolak adanya intrusi fisik dalam bentuk percikan api dari mesin hanyalah hak yang bersifat terbatas (*qualified right*). Pihak yang melakukan intrusi dapat menegasikan hak tersebut dengan menunjukkan bahwa penggunaan lahannya — yang tidak sejalan dengan penggunaan lahan milik pihak yang dirugikan — memiliki nilai yang lebih tinggi. Namun, apabila tetangga Anda memarkir kendaraannya di garasi Anda, Anda memiliki hak untuk mengusirnya sebagai pelanggar (*trespasser*), meskipun ia dapat meyakinkan pengadilan bahwa penggunaan garasi tersebut untuk memarkir mobilnya lebih bernilai dibandingkan dengan penggunaan Anda sendiri.

Perbedaan antara kedua kasus tersebut, setidaknya dalam penelusuran awal atas permasalahan ini, terletak pada perbedaan antara klaim yang saling bertentangan (*conflicting claims*) dan penggunaan yang saling bertentangan (*conflicting uses*). Secara umum, metode yang paling tepat (karena lebih murah dan lebih akurat) untuk menyelesaikan klaim yang saling bertentangan adalah melalui mekanisme pasar. Apabila tetangga Anda menganggap bahwa garasi Anda lebih bernilai baginya dibandingkan bagi Anda, ia dapat membayar Anda untuk menyewa garasi tersebut. Namun, apabila ia sekadar mengklaim bahwa ia dapat menggunakan garasi Anda secara lebih produktif, maka ia telah memaksakan kepada pengadilan suatu persoalan pembuktian yang pelik: siapakah di antara Anda berdua yang sebenarnya bersedia membayar lebih untuk penggunaan garasi tersebut?

Dalam kasus percikan api dari mesin, negosiasi di muka mungkin tidak dapat dilakukan karena banyaknya pemilik lahan yang berpotensi terdampak, sehingga apabila pengadilan ingin mendorong penggunaan tanah yang paling produktif, maka mereka tidak dapat menghindari kewajiban untuk membandingkan nilai dari penggunaan yang saling bersaing.

⁵⁹ Masalah lain dengan aturan “yang lebih dahulu memiliki hak” (*first-in-time, first-in-right*), yang telah dibahas sebelumnya, adalah bahwa aturan tersebut dapat menyebabkan komitmen sumber daya yang prematur atau berlebihan.

Apabila pemerintah menginginkan garasi saya, maka ia dapat menyitanya melalui kekuasaan *eminent domain* (hak pengambilan paksa untuk kepentingan umum); pemerintah tidak diwajibkan untuk melakukan negosiasi dengan saya sama sekali. Hasil ini tampak bertentangan dengan perbedaan yang sebelumnya telah dikemukakan, karena kasus ini merupakan persoalan klaim yang saling bertentangan, bukan penggunaan yang saling bertentangan.

Argumen yang lazim dikemukakan bahwa kekuasaan *eminent domain* diperlukan untuk mengatasi kebandelan individu yang menolak menjual dengan harga "wajar" (yaitu harga pasar), sesungguhnya adalah argumen yang lemah secara ekonomi. Jika saya menolak menjual rumah saya dengan harga di bawah \$250.000, padahal tidak ada orang lain yang bersedia membayar lebih dari \$100.000 untuk rumah tersebut, hal itu tidak berarti bahwa saya bertindak secara irasional, meskipun tidak ada faktor objektif seperti biaya pindah yang membenarkan saya menuntut selisih harga sebesar itu. Hal tersebut hanya menunjukkan bahwa saya menilai rumah tersebut lebih tinggi dibandingkan dengan orang lain. Nilai tambah yang saya tempatkan atas properti tersebut memiliki kedudukan yang sama dalam analisis ekonomi sebagaimana nilai lainnya.

Sebuah argumen ekonomi yang kuat untuk mendukung penggunaan *eminent domain* — meskipun lebih relevan diterapkan pada perusahaan-perusahaan yang memerlukan jalur lintasan seperti rel kereta api dan pipa saluran, ketimbang pada pemerintah — adalah bahwa kekuasaan tersebut diperlukan untuk mencegah terjadinya monopoli. Setelah perusahaan kereta api atau pipa saluran mulai membangun jalurnya, biaya untuk membatalkan dan mencari jalur alternatif akan menjadi sangat tinggi. Mengetahui hal ini, para pemilik tanah yang berada di jalur lintasan tersebut akan terdorong untuk menahan tanah mereka demi menuntut harga yang sangat tinggi — harga yang melebihi *opportunity cost* (biaya peluang) dari tanah tersebut. (Masalah ini merupakan contoh dari monopoli bilateral; lihat Bab 3.7 di bawah.)

Biaya transaksi akan menjadi tinggi, begitu pula dengan biaya perolehan lahan, dan karena kedua alasan tersebut, perusahaan jalur lintasan harus menaikkan harga atas layanan mereka. Harga yang lebih tinggi ini akan mendorong sebagian konsumen untuk beralih ke layanan pengganti. Dengan demikian, perusahaan jalur lintasan akan menghasilkan *output* yang lebih kecil; akibatnya, mereka akan membutuhkan dan membeli lahan dalam jumlah lebih sedikit dibandingkan jika harga tanah sesuai dengan *opportunity cost*.

nya. Harga tanah yang tinggi juga akan mendorong perusahaan untuk mengganti sebagian penggunaan lahan dengan input lainnya. Akibat dari semua ini, lahan yang sebenarnya akan lebih bernilai jika digunakan oleh perusahaan jalur lintasan dibandingkan dengan nilai bagi pemiliknya saat ini akan tetap berada dalam penggunaan lamanya yang kurang bernilai, dan hal ini tidak efisien. (Inefisiensi lain apa yang ditimbulkan?)

Analisis ini menunjukkan bahwa perbedaan antara klaim yang saling bertentangan terhadap suatu sumber daya dan penggunaan yang saling bertentangan atas suatu sumber daya bukanlah perbedaan yang mendasar. Yang benar-benar mendasar adalah perbedaan antara situasi dengan biaya transaksi rendah dan situasi dengan biaya transaksi tinggi. Dalam konteks biaya transaksi rendah, hukum sebaiknya mewajibkan para pihak untuk bertransaksi melalui mekanisme pasar; hukum dapat melakukannya dengan menjadikan hak milik pihak yang ada sebagai hak yang mutlak (atau hampir mutlak), sehingga siapa pun yang menganggap properti tersebut lebih bernilai harus bernegosiasi dengan pemilik. Namun dalam situasi dengan biaya transaksi tinggi, orang harus diperbolehkan untuk menggunakan pengadilan guna mengalihkan sumber daya ke penggunaan yang lebih bernilai, karena pasar — menurut definisinya — tidak mampu menjalankan fungsi tersebut dalam konteks tersebut. Perbedaan ini hanya tercermin secara tidak sempurna dalam hukum.

Meskipun beberapa pengambilan paksa oleh pemerintah terjadi dalam situasi dengan biaya transaksi tinggi — misalnya pengambilan tanah untuk jalan raya, bandara, atau pangkalan militer yang memerlukan penggabungan sejumlah besar bidang tanah yang saling berdampingan (apakah ini berarti bahwa pengembang swasta juga seharusnya diberikan kekuasaan *eminent domain* untuk menghimpun tanah demi pembangunan pusat perbelanjaan dan kawasan wisata?) — namun banyak pengambilan paksa lainnya terjadi dalam situasi dengan biaya transaksi rendah (misalnya untuk sekolah negeri, kantor pos, atau gedung perkantoran pemerintah).

Dalam situasi dengan biaya transaksi rendah, pelaksanaan kekuasaan *eminent domain* pada hakikatnya hanyalah bentuk perpajakan; kekuasaan tersebut memungut nilai-nilai subjektif dari individu. Apakah ini merupakan bentuk perpajakan yang efisien? Cukup mengejutkan, jawabannya mungkin saja iya. Sebagaimana akan kita bahas dalam Bab 17, bentuk pajak yang paling ideal adalah pajak yang tidak mengubah perilaku orang-orang yang dikenai

pajak; dan karena pelaksanaan *eminent domain* sulit diprediksi, maka "pajak" berupa pengambilan paksa ini mungkin merupakan bentuk perpajakan yang cukup baik dari sudut pandang tersebut.

"*Just compensation*" (ganti rugi yang adil), sebagaimana disebut dalam Amandemen Kelima Konstitusi Amerika Serikat, harus dibayarkan kepada pemilik yang propertinya diambil melalui kekuasaan *eminent domain*. Mengapa demikian? Jawabannya tampak jelas: jika tidak, maka akan terjadi kerugian besar bagi pemilik properti yang diambil. Namun orang dapat mengasuransikan rumahnya dari risiko kebakaran, lalu mengapa tidak dari risiko pengambilan paksa oleh pemerintah? Dengan demikian, satu-satunya kerugian yang tidak diganti (selain nilai subjektif atau nilai non-pasar yang tidak termasuk dalam ganti rugi) adalah biaya premi asuransi tersebut.

Adanya pasar asuransi yang sudah berkembang dengan baik meragukan upaya mutakhir yang mencoba menjelaskan kewajiban membayar ganti rugi berdasarkan pada aversi terhadap risiko⁶⁰, dan juga melemahkan pandangan sebelumnya yang menyatakan bahwa kegagalan untuk memberikan kompensasi akan "merusak moral" pihak yang tanahnya diambil dan mendorong mereka untuk menggunakan sumber daya secara kurang efisien di masa depan — misalnya dengan selalu menyewa dan tidak membeli properti yang mungkin suatu saat akan diambil paksa⁶¹. Selama aturan untuk tidak memberikan kompensasi telah diketahui secara luas, maka tidak ada pihak yang akan merasa terkejut atau dirugikan secara moral. Bahkan, orang yang membeli properti setelah aturan tersebut diumumkan tidak akan dirugikan sama sekali, karena risiko pengambilan oleh pemerintah (risiko yang diukur melalui biaya asuransi terhadap risiko tersebut) akan tercermin dalam harga properti yang lebih rendah; dengan demikian, pembeli telah menerima kompensasi sepenuhnya.

Jika kekhawatiran yang muncul adalah bahwa risiko pengambilan oleh pemerintah lebih sulit diasuransikan dibandingkan dengan risiko bencana alam karena kurangnya prediktabilitas, maka keraguan terhadap anggapan tersebut dapat dibenarkan. Frekuensi pengambilan paksa oleh pemerintah kemungkinan besar tidak lebih bervariasi dari tahun ke tahun dibandingkan

⁶⁰ Lihat Lawrence Blume & Daniel L. Rubinfeld, *Compensation for Takings: An Economic Analysis*, 72 *California Law Review* 569 (1984).

⁶¹ Lihat Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law*, 80 *Harvard Law Review* 1165 (1967).

dengan kerugian akibat, misalnya, gempa bumi; dan asuransi terhadap ekspropriasi properti oleh pemerintah asing pun tersedia. Jika kekhawatirannya adalah bahwa pemerintah akan menyalahgunakan kekuasaan *eminent domain* untuk menindas lawan politik atau kelompok minoritas yang rentan, maka jawabannya — setidaknya sebagian — adalah bahwa tindakan semacam itu akan melanggar jaminan konstitusional seperti kebebasan berpendapat dan perlindungan yang setara di hadapan hukum.

Penjelasan ekonomi yang sederhana mengenai kewajiban pembayaran ganti rugi (*just compensation*) adalah bahwa hal tersebut mencegah pemerintah menyalahgunakan kekuasaan pengambilalihan (*taking power*). Apabila tidak ada ketentuan mengenai kewajiban ini, maka pemerintah akan terdorong untuk menggantikan input lain yang secara sosial lebih murah dengan tanah, karena tanah dianggap “gratis” bagi pemerintah, meskipun biaya sosialnya lebih tinggi.

Misalnya, pemerintah memiliki pilihan antara membangun gedung tinggi dan sempit di atas sebidang tanah kecil atau gedung pendek dan lebar di atas tanah yang lebih luas. Nilai pasar tanah kecil adalah 1 juta dolar, sementara tanah besar bernilai 3 juta dolar. Pembangunan gedung tinggi akan memakan biaya 10 juta dolar dan gedung pendek 9 juta dolar. Dari sudut pandang sosial, alternatif yang lebih murah adalah membangun gedung tinggi di atas tanah kecil (total biaya: 11 juta dolar) dibandingkan membangun gedung pendek di atas tanah besar (12 juta dolar). Namun, jika tanah dianggap bebas biaya bagi pemerintah, maka pilihan pemerintah akan jatuh pada membangun gedung pendek di atas tanah besar, karena biaya riil yang ditanggung pemerintah menjadi 1 juta dolar lebih rendah. Hal ini tentu saja mengasumsikan bahwa keputusan pengadaan oleh pemerintah diambil dengan pendekatan yang menyerupai pengusaha swasta, yakni berdasarkan biaya privat dan bukan biaya sosial, kecuali apabila dipaksa untuk memperhitungkan biaya sosial tersebut. Meskipun keputusan pengadaan oleh pemerintah tidak sepenuhnya dapat disamakan dengan keputusan swasta yang bertujuan memaksimalkan keuntungan (sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut dalam buku ini), tidak diragukan lagi bahwa biaya privat sangat memengaruhi kebijakan pengadaan pemerintah; penggunaan tenaga manusia oleh militer ketika ada wajib militer (contoh kekuasaan pengambilalihan yang dilakukan tanpa pembayaran ganti rugi) adalah bukti dari hal ini.

Perhitungan ganti rugi yang adil (*just compensation*) memunculkan berbagai pertanyaan menarik. Telah disinggung sebelumnya bahwa nilai-nilai subjektif tidak diperhitungkan; meskipun hal ini secara teoretis tampak tidak logis, namun dapat dibenarkan oleh alasan pragmatis, yaitu tingginya biaya untuk mengukurnya. Meskipun demikian, terdapat satu indikator bawah (*lower-bound measure*) yang dapat digunakan sesekali, yakni penolakan pemilik terhadap penawaran sah (*bona fide*) dengan harga yang melebihi harga pasar. Selain itu, sulit untuk dipahami mengapa biaya aktual relokasi tidak dianggap sebagai komponen dari ganti rugi konstitusional yang wajib dibayarkan.

Salah satu pengecualian yang dapat dipahami secara praktis adalah penolakan untuk memberikan kompensasi atas *goodwill* (nilai usaha) ketika tempat usaha diambil alih. Di sini, masalahnya bukanlah sekadar pengukuran (meskipun hal itulah yang sering dikatakan oleh pengadilan), melainkan ketidakpastian apakah nilai *goodwill* tersebut benar-benar melekat pada lokasi usaha tersebut; jika nilai tersebut dapat dialihkan secara utuh ke lokasi baru, maka tidak dapat dikatakan bahwa nilai tersebut telah ikut “diambil” bersama tanahnya.

Persoalan menjadi lebih rumit ketika nilai pasar suatu properti, dalam arti tertentu, disebabkan oleh tindakan pemerintah sendiri. Pertanyaannya adalah: apakah kontribusi pemerintah tersebut seharusnya dikreditkan terhadap harga yang harus dibayar kepada pemilik? Misalnya, pada masa perang, pemerintah mengambil alih sejumlah besar kapal pribadi, yang menyebabkan berkurangnya pasokan kapal di pasar dan membuat harga pasar kapal meningkat tajam. Apakah pemerintah tetap harus membayar harga pasar yang baru dan lebih tinggi untuk pengambilalihan selanjutnya? Jika jawabannya ya, maka hasilnya adalah distribusi kekayaan yang bersifat acak dari pembayar pajak kepada pemilik kapal. Namun, menjawab “tidak” juga bermasalah; hal ini dapat mendorong pemerintah mengambil terlalu banyak kapal karena tidak mempertimbangkan kebutuhan masyarakat sipil terhadap kapal tersebut.

Apakah seharusnya terdapat perbedaan jika kapal tersebut diambil alih dari seseorang yang sudah memilikinya sebelum harga pasar naik, dibandingkan dengan seseorang yang membelinya setelah harga naik? Pertanyaan ini mengungkapkan kompleksitas administratif apabila hukum ganti rugi yang adil didasarkan pada keengganan terhadap *windfall*

(keuntungan tak terduga). Sebagian besar, bahkan mungkin mayoritas, properti yang diambil oleh pemerintah telah memperoleh manfaat dari pengeluaran pemerintah sebelumnya. Contoh yang mencolok adalah tanah yang direklamasi dari danau atau sungai oleh *Corps of Engineers* — tetapi dalam arti tertentu, seluruh tanah milik pribadi mendapatkan manfaat dari pengeluaran publik seperti pemeliharaan hukum dan ketertiban, sistem pencatatan hak milik, dan sebagainya. Namun, manfaat tersebut mungkin telah lama diserap ke dalam harga tanah, sehingga pembayaran kompensasi penuh tidak akan memberikan keuntungan tambahan kepada pemilik. Oleh karena itu, mungkin aturan terbaik adalah mengabaikan kontribusi pemerintah terhadap harga pasar tanah yang diambil.

Hingga saat ini, kita mengasumsikan bahwa “pengambilalihan” (*taking*) didefinisikan secara jelas. Namun kenyataannya tidak demikian. Suatu ketika, negara bagian Pennsylvania memberlakukan undang-undang yang melarang penambangan batubara antrasit bawah tanah apabila penambangan tersebut dapat menyebabkan permukaan tanah di atasnya mengalami penurunan, yang berpotensi merusak rumah dan bangunan lainnya di atasnya. Mahkamah Agung menyatakan bahwa undang-undang tersebut tidak konstitusional karena secara signifikan mengurangi nilai hak kepemilikan perusahaan tambang batubara (yang sebelumnya memiliki hak mineral yang mengizinkan penambangan tanpa memperhatikan dampak penurunan permukaan tanah).

Meskipun ada preseden tersebut, sebagian besar tindakan regulasi pemerintah yang menurunkan nilai properti tanpa pengambilalihan fisik oleh pemerintah tidak dianggap sebagai tindakan yang memerlukan kompensasi. Apakah hal ini tepat dari perspektif ekonomi? Telah dikemukakan bahwa jika prinsip kompensasi adil benar-benar berlandaskan pada pertimbangan efisiensi, maka jika nilai pasar rumah saya turun sebesar \$10.000 karena suatu regulasi pemerintah, saya seharusnya berhak atas kompensasi yang sama seperti jika pemerintah mengambil sebagian sudut properti saya yang bernilai \$10.000. Namun, terdapat perbedaan ekonomi antara kedua kasus tersebut.

Apabila regulasi pemerintah yang memengaruhi nilai properti berlaku secara umum (sebagaimana biasanya terjadi), maka biaya untuk menerapkan mekanisme kompensasi akan sangat tinggi, terutama jika dilakukan upaya—sebagaimana seharusnya menurut logika ekonomi (mengapa?)—untuk mempertimbangkan pula pihak-pihak yang mendapatkan manfaat dari regulasi tersebut, dengan memberikan kompensasi negatif (yakni,

mengenakan pajak atas keuntungan tak terduga yang mereka peroleh). Bayangkan betapa sulitnya mengidentifikasi, dan kemudian melakukan transaksi dengan, setiap orang yang nilai propertinya meningkat atau menurun sebagai akibat dari regulasi pemerintah, misalnya regulasi harga gas alam atau minyak pemanas.

Pertimbangan tambahan muncul ketika regulasi tersebut memengaruhi penggunaan lahan yang bersifat interaktif. Contohnya adalah peraturan zonasi (*zoning ordinance*) yang melarang penggunaan tanah selain untuk hunian. Misalkan peraturan tersebut diberlakukan untuk mencegah seorang pemilik tanah membangun kandang babi di atas lahannya, sementara tanah di sekitarnya seluruhnya digunakan untuk keperluan hunian. Kita tidak dapat langsung menganggap peraturan tersebut sebagai pelanggaran terhadap hak milik pemilik tanah pertama, kecuali terlebih dahulu ditentukan bahwa hak miliknya mencakup hak untuk merusak estetika lingkungan sekitarnya melalui pendirian kandang babi. Dan pertanyaan pendahuluan ini tidak dapat dijawab tanpa terlebih dahulu melakukan evaluasi atas kepentingan penggunaan lahan yang saling bersaing dan terdampak oleh peraturan tersebut. Setelah evaluasi tersebut dilakukan dan hak milik ditetapkan secara tepat, maka tidak ada fungsi ekonomi lebih lanjut yang dapat dicapai dengan memaksa pihak yang memperoleh keuntungan dari regulasi tersebut untuk membayar kompensasi kepada pihak yang dirugikan.⁶²

Bagaimana efektivitas pelaksanaan kompensasi dalam praktik? Sebuah studi empiris terhadap program pembaruan kota (*urban renewal*) di Chicago menemukan bahwa, dalam konteks pengambilalihan melalui hak eminent domain, bidang tanah bernilai tinggi secara sistematis menerima kompensasi yang melebihi nilai pasar wajar, sementara bidang tanah bernilai rendah menerima kompensasi yang lebih rendah dari nilai pasar wajar.⁶³

Terdapat tiga alasan yang mendasari pola ini:

Pertama, kemampuan pemerintah untuk menyesuaikan intensitas penggunaan jasa hukum dalam suatu perkara sesuai dengan nilai bidang tanah yang akan diambil sangat dibatasi oleh peraturan yang mengatur proses hukum pengambilalihan (*condemnation case*). Akibatnya, terjadi kecenderungan

⁶² Bahkan jika kandang babi telah terlebih dahulu berdiri sebelum para tetangga mulai menggunakan tanah mereka untuk keperluan hunian. Lihat bagian sebelumnya dalam bab ini.

⁶³ Lihat Patricia Munch, *An Economic Analysis of Eminent Domain*, 84 *Journal of Political Economy* 473 (1976).

pemerintah mengalokasikan sumber daya hukum yang berlebihan untuk perkara yang melibatkan bidang tanah bernilai rendah, dan sebaliknya, alokasi yang kurang memadai untuk perkara dengan nilai tinggi.

Kedua, biaya tetap atau biaya ambang untuk membawa suatu perkara ke pengadilan cukup signifikan bagi kedua belah pihak (dan semakin signifikan apabila nilai tanah yang disengketakan lebih rendah), tetapi pemerintah memiliki kemampuan untuk menyebarkan biaya tersebut ke beberapa bidang tanah yang diambil secara bersamaan.

Ketiga, pemerintah dapat memperoleh skala ekonomi tambahan ketika bidang-bidang tanah yang diambil secara bersamaan bersifat homogen, karena hal ini memungkinkan konsolidasi upaya hukum secara lebih efektif; secara empiris, bidang tanah bernilai rendah cenderung lebih homogen dibandingkan bidang tanah bernilai tinggi.

G. Polusi: Pendekatan Gangguan (*Nuisance*) dan Hak Servitut (*Easement*)

Sebuah pabrik mengeluarkan asap dari cerobongnya yang menghitamkan cucian dan tirai di kawasan permukiman terdekat serta meningkatkan insiden penyakit pernapasan. Secara analitis, permasalahan ini sama dengan contoh percikan api sebelumnya: yaitu bagaimana mengalokasikan hak dan kewajiban sedemikian rupa sehingga meminimalkan jumlah dari biaya kerusakan akibat asap dan biaya untuk menghindari kerusakan tersebut. Di antara berbagai kemungkinan penyesuaian, pabrik dapat memasang peralatan penahan asap, menghentikan operasinya, atau para pemilik rumah yang terkena dampak dapat memasang alat penyaring udara atau pindah dari lokasi sekitar pabrik. Pertanyaan mengenai metode mana yang paling murah untuk menyelesaikan konflik penggunaan lahan ini lebih sulit dibandingkan dengan kasus percikan api, terutama karena dampak polusi terhadap kesehatan manusia masih belum sepenuhnya dipahami dan karena biaya estetika dari polusi sulit untuk diukur.⁶⁴ Selain itu, penetapan awal yang

⁶⁴ Secara prinsip, apabila tingkat polusi bervariasi secara geografis, maka biaya polusi dapat diestimasi dengan membandingkan nilai properti, dengan mengendalikan faktor-faktor lain yang mungkin memengaruhi nilai tersebut. Lihat, misalnya, Timothy A. Deyak & V. Kerry Smith, *Residential Property Values and Air Pollution: Some New Evidence*, 14 *Quarterly Review of Economics and Business* 93 (1974); K.F. Wizard, *Air Pollution and Property Values: A Study of the St. Louis Area*, 13 *Journal of Regional Science* 91 (1973).

tepat atas hak-hak sangatlah krusial; biaya transaksi yang tinggi kemungkinan besar akan menghambat koreksi terhadap penetapan awal yang keliru melalui transaksi pasar berikutnya.

Sudah saatnya kita meninjau lebih dekat sumber-sumber biaya transaksi yang tinggi. Faktor yang biasanya ditekankan oleh para ekonom, dan yang telah disebutkan sebelumnya dalam bab ini, adalah banyaknya pihak yang terlibat dalam suatu transaksi. Faktor lain, seperti ketidakmampuan mental, juga memegang peranan penting dalam konteks hukum tertentu (lihat Bab 4.7 *infra*). Namun, sedikitnya jumlah pihak bukanlah kondisi yang cukup untuk menghasilkan biaya transaksi yang rendah. Jika terdapat unsur *bilateral monopoly* yang signifikan dalam suatu transaksi dua pihak — yakni, apabila tidak ada pihak yang memiliki alternatif yang baik selain bertransaksi dengan pihak yang lain — maka biaya transaksi tetap bisa sangat tinggi. Negosiasi untuk menyelesaikan suatu gugatan adalah contoh yang relevan.⁶⁵ Karena penggugat hanya dapat menyelesaikan perkara dengan tergugat, dan tergugat hanya dapat menyelesaikan perkara dengan penggugat, maka terdapat suatu rentang harga di mana masing-masing pihak lebih memilih untuk menyelesaikan perkara dibandingkan dengan alternatif litigasi yang lebih mahal. Menentukan rentang ini bisa memakan biaya, dan para pihak mungkin akan menghabiskan banyak waktu dan sumber daya dalam tawar-menawar di dalam rentang tersebut. Bahkan, masing-masing pihak mungkin begitu bertekad untuk memperoleh bagian keuntungan yang lebih besar dari transaksi tersebut sehingga mereka akhirnya gagal mencapai kesepakatan.⁶⁶

Meskipun kegagalan terjadinya pertukaran yang berpotensi memaksimumkan nilai merupakan konsekuensi paling dramatis dari monopoli bilateral, hal tersebut bukanlah konsekuensi yang lazim terjadi. Biasanya para pihak akan melakukan negosiasi hingga mencapai harga yang disepakati bersama, sebagaimana akan dibahas dalam Bab 21. Namun, hal ini tidak berarti bahwa monopoli bilateral bukanlah persoalan sosial yang serius. Sebaliknya, hal tersebut merupakan masalah, karena biaya transaksi yang

Lihat juga Ronald G. Ridker, *Economic Costs of Air Pollution: Studies in Measurement* (1967). Adakah keberatan terhadap pendekatan ini, selain kesulitan dalam estimasinya?

⁶⁵ Dibahas secara rinci dalam BAB 21.D *infra*.

⁶⁶ Hal ini sangat mungkin terjadi apabila salah satu pihak (atau kedua belah pihak) ingin membangun reputasi sebagai negosiator yang tangguh guna memperoleh posisi tawar yang lebih baik dalam transaksi-transaksi di masa depan. Sebuah contoh mengenai hal ini dibahas dalam Bab 10.7 *infra*.

dikeluarkan oleh masing-masing pihak dalam upaya untuk memperoleh bagian keuntungan yang sebesar-besarnya dari transaksi tersebut merupakan pemborosan secara sosial. Biaya-biaya ini hanya mengubah distribusi kekayaan relatif antar pihak, tanpa meningkatkan kekayaan agregat masyarakat. Salah satu tujuan utama dari hukum *common law*, sebagaimana akan dibahas kemudian, adalah untuk meredam permasalahan yang timbul akibat monopoli bilateral.

Apabila biaya transaksi cukup tinggi (lebih tinggi daripada yang lazim terjadi dalam monopoli bilateral sederhana) — secara spesifik, apabila biaya transaksi tersebut melebihi nilai dari transaksi itu sendiri — maka biaya tersebut tidak akan dikeluarkan; para pihak akan lebih memilih untuk tidak melakukan transaksi. Dalam keadaan seperti ini, kerugian sosial tidaklah setara dengan biaya transaksi, melainkan setara dengan nilai dari transaksi yang tidak jadi dilaksanakan.

Biaya transaksi mencapai titik tertinggi ketika unsur monopoli bilateral terjadi bersamaan dengan keterlibatan banyak pihak dalam suatu transaksi — suatu kondisi yang sangat mungkin terjadi. Sebagai contoh, apabila para pemilik rumah memiliki hak untuk bebas dari polusi, maka pabrik yang ingin memperoleh hak untuk mencemari udara harus mendapatkan persetujuan dari setiap pemilik rumah tersebut. Jika hanya satu dari seribu pemilik rumah menolak untuk menyetujui, maka hak-hak yang telah dibeli dari 999 orang lainnya menjadi tidak bernilai (mengapa?). Karena satu penahan (*holdout*) tersebut dapat meminta harga yang sangat tinggi — sebagaimana dalam contoh hak lintas (*right-of-way*) pada bagian sebelumnya — setiap pemilik rumah memiliki insentif untuk menunda kesepakatan dengan pabrik; proses negosiasi pun dapat berlangsung tanpa batas waktu.⁶⁷

Sebaliknya, apabila yang memiliki hak absolut adalah pabrik untuk mencemari udara, maka para pemilik rumah harus bersatu dan membeli hak tersebut dari pabrik apabila mereka ingin hidup bebas dari polusi. Biaya transaksi dalam hal ini pun tetap tinggi. Setiap pemilik rumah akan memiliki insentif untuk menunda kesepakatan dengan pabrik — untuk menjadi "penahan" atau "penumpang gelap" (*free rider*). Ia akan berpikir: "Jika saya menolak untuk menyumbang bagian saya secara adil dalam pembelian

⁶⁷ Mengapa hal ini kecil kemungkinannya terjadi dalam kasus hak jalan bahkan tanpa adanya hak pengambilalihan kekuasaan?

tersebut, orang lain yang lebih peduli terhadap polusi akan menutupi kekurangannya. Pabrik akan terdorong untuk menghentikan aktivitas pencemarannya. Saya tetap akan memperoleh manfaat bersama orang lain, tetapi tanpa mengeluarkan biaya.” Biaya untuk mengatasi sikap menunda ini melalui negosiasi di antara para pemilik rumah yang terkena dampak akan sangat tinggi apabila jumlah mereka banyak, sehingga sekali lagi suatu transaksi menjadi tidak layak dilaksanakan.

Dalam kondisi biaya transaksi yang tinggi, pemberian hak absolut — baik untuk mencemari maupun untuk bebas dari pencemaran — berpotensi menimbulkan inefisiensi. Jika pabrik diberikan hak absolut untuk mencemari, dan biaya transaksi menjadi penghalang, maka pabrik tidak akan memiliki insentif untuk menghentikan (atau mengurangi) pencemaran, meskipun biaya untuk melakukannya jauh lebih rendah daripada biaya pencemaran yang ditanggung para pemilik rumah. Sebaliknya, jika para pemilik rumah diberikan hak absolut untuk bebas dari pencemaran, dan biaya transaksi juga tinggi, maka mereka tidak akan memiliki insentif untuk mengambil langkah-langkah mandiri dalam mengurangi dampak pencemaran, meskipun biaya untuk melakukannya (misalnya dengan pindah tempat tinggal) lebih rendah daripada biaya bagi pabrik untuk menghentikan atau mengurangi pencemaran.

Hukum *common law* — meskipun tidak selalu diterapkan secara konsisten — telah mengakui adanya bahaya dalam pemberian hak eksklusif, baik kepada pihak yang melakukan pencemaran (*polluter*) maupun kepada korbannya. Berdasarkan doktrin *nuisance*⁶⁸ dan doktrin serupa yang berlaku dalam bidang-bidang khusus seperti hak atas air, pengadilan dalam banyak perkara (meskipun tidak seluruhnya) mengikuti standar *penggunaan yang wajar* (*reasonable use*). Pencemaran dianggap sah sejauh pencemaran tersebut wajar dalam konteks atau keadaan tertentu, yang dalam hal ini dimaknai (setidak-tidaknya secara mendekati) bahwa manfaat dari melanjutkan pencemaran melebihi kerugian yang diderita oleh para korban pencemaran, baik untuk menoleransi pencemaran tersebut maupun untuk menghilangkannya — mana pun yang lebih murah.

Standar tersebut merupakan pendekatan yang sama sebagaimana telah disarankan sebelumnya dalam penyelesaian konflik pemanfaatan lahan,

⁶⁸ Untuk pengantar hukum dan ekonomi gangguan, lihat Richard A. Posner, *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, bab 10 (1982).

sebagaimana dicontohkan melalui kasus percikan api dari mesin. Namun, meskipun pendekatan ini tepat secara prinsip, penerapannya dalam praktik tampaknya tidak memberikan dampak yang signifikan.⁶⁹ Hal ini disebabkan oleh kesulitan dalam menelusuri sumber pencemaran secara spesifik⁷⁰ serta tidak tersedianya mekanisme prosedural yang memadai untuk menggabungkan tuntutan-tuntutan kecil dari para korban. Jika tidak terdapat satu pun korban pencemaran yang mengalami kerugian sebesar atau melebihi biaya pengajuan gugatan, maka tidak akan ada gugatan yang diajukan — bahkan apabila jumlah kerugian yang diderita seluruh korban secara kumulatif jauh melebihi manfaat dari keberlanjutan aktivitas pencemaran tersebut. Perkembangan terkini dalam mekanisme gugatan kelompok (*class action*), sebagaimana akan dibahas dalam Bab 21, mulai membantu mengatasi kekurangan prosedural ini.

Solusi alternatif yang mungkin ditawarkan oleh hukum *common law* atas permasalahan pencemaran⁷¹ ditunjukkan melalui perlakuan hukum terhadap kebisingan yang ditimbulkan oleh pesawat udara. Pemilik pesawat yang terbang pada ketinggian rendah bertanggung jawab kepada pemilik properti yang berada tepat di bawah jalur penerbangan (*subjacent property owner*) atas penurunan nilai pasar properti tersebut akibat kebisingan dari pesawat, tanpa memperhatikan apakah kerugian yang diderita oleh pemilik properti tersebut melebihi manfaat dari aktivitas penerbangan. Akan tetapi, pemilik properti tidak dapat mengajukan permohonan penghentian (*enjoin*) atas invasi tersebut sebagai suatu bentuk *trespass* (pelanggaran atas hak kepemilikan). Dengan demikian, pemilik properti tidak dapat memaksa maskapai penerbangan untuk melakukan negosiasi dengannya.

Namun, pemilik properti dapat memaksa maskapai untuk melakukan pengambilalihan hak atas ruang udara (*condemn an easement*) guna melanjutkan aktivitas penerbangan melintasi ruang udara miliknya. Apabila

⁶⁹ Meskipun sangat sulit untuk memastikan hal ini tanpa mengetahui berapa banyak polusi yang dibenarkan (dan berapa) biayanya.

⁷⁰ Dua masalah harus dibedakan: yaitu banyaknya pencemar (yang mana tanggung jawab bersama doktrin pelaku kesalahan, yang dibahas dalam Bab 6, memberikan setidaknya sebagian solusi); dan sumber pencemar yang hanya merupakan salah satu dari sekian banyak penyebab pencemaran, sementara sumber lainnya bukan pelaku kesalahan (misalnya, cuaca atau pencemar yang dibenarkan biayanya). Mengenai masalah yang terakhir, lihat pembahasan tentang tanggung jawab atas kerusakan radiasi dalam BAB 6.G *infra*.

⁷¹ Pengaturan langsung polusi dibahas dalam Bab 13.

biaya untuk menerapkan prosedur pengurangan kebisingan lebih besar daripada nilai kerugian akibat kebisingan yang dialami oleh para pemilik properti, maka besar kemungkinan maskapai akan memilih untuk mengakuisisi *easement* tersebut. Sebaliknya, apabila nilai kerugian akibat kebisingan lebih besar daripada biaya pengurangan kebisingan, maka maskapai kemungkinan besar akan menerapkan prosedur pengurangan tersebut.

Dapat dibayangkan pula bahwa jika metode paling murah untuk mengurangi kebisingan adalah dengan melakukan peredaman suara (*soundproofing*) pada rumah-rumah di bawah jalur penerbangan, maka maskapai akan bersedia membiayai peredaman tersebut. Hal ini masuk akal, karena berdasarkan asumsi, pembayaran tersebut lebih kecil dibandingkan dengan potensi tanggung jawab hukum yang harus ditanggung maskapai. Namun, tingginya biaya transaksi dapat menjadi hambatan untuk mencapai hasil ini. Jika demikian halnya, pendekatan *eminent domain* (pengambilalihan untuk kepentingan umum) justru dapat menghasilkan efisiensi yang lebih rendah dibandingkan pendekatan berbasis *nuisance* (mengapa?).

Meskipun demikian, pendekatan *eminent domain* tetap lebih baik dibandingkan pendekatan *trespass*. Jika pemilik properti yang berada tepat di bawah jalur penerbangan memiliki hak properti penuh terhadap kebisingan dari pesawat yang tidak dapat dipaksa untuk dijual — atau dengan kata lain, jika mereka memiliki hak untuk mengajukan *injunction* terhadap penerbangan melintasi ruang udara miliknya — maka dalam kasus di mana solusi yang efisien adalah agar maskapai tetap beroperasi dan para pemilik properti menoleransi kebisingan tersebut atau melakukan peredaman suara secara mandiri, maka mekanisme pasar tidak akan mampu berfungsi. Setiap pemilik properti dalam jalur penerbangan akan memiliki insentif untuk bertindak sebagai *holdout* (penahan). Dalam kondisi seperti itu, maskapai yang tidak dapat memperoleh seluruh hak atas ruang udara dengan harga yang wajar dari para pemilik, akan dipaksa untuk menghentikan penerbangan atau menerapkan prosedur pengurangan kebisingan — keduanya, menurut asumsi, merupakan solusi yang tidak efisien.

Salah satu permasalahan dalam pendekatan *eminent domain* (pengambilalihan demi kepentingan umum) adalah bahwa setelah maskapai penerbangan menyimpulkan bahwa biaya prosedur pengurangan kebisingan lebih besar daripada manfaat yang diperolehnya dalam bentuk pengurangan

tanggung jawab hukum terhadap pemilik tanah di bawah jalur penerbangan (*subjacent owners*), dan oleh karena itu memperoleh *easement* (hak guna) dari mereka yang mengizinkan tingkat kebisingan tinggi, maka maskapai tidak lagi memiliki insentif untuk mempertimbangkan ulang penerapan prosedur tersebut apabila di kemudian hari biaya prosedur menurun atau efektivitasnya meningkat. Hal ini disebabkan karena manfaat dari tingkat kebisingan yang lebih rendah di masa mendatang sepenuhnya akan dinikmati oleh para pemilik properti yang berada di bawah jalur penerbangan.

Permasalahan ini dapat diatasi dengan menciptakan *easement* kebisingan yang dibatasi oleh jangka waktu tertentu,⁷² namun solusi ini justru menimbulkan permasalahan baru. Pemilik properti yang memberikan *easement* kebisingan yang berlaku untuk selamanya (*perpetual noise easement*) memiliki insentif untuk menerapkan setiap langkah pengurangan kebisingan yang biayanya lebih rendah daripada peningkatan nilai properti yang ditimbulkan oleh pengurangan tersebut. Namun, insentif tersebut tidak berlaku dalam sistem *easement* yang dibatasi waktu, karena setiap tindakan pengurangan kebisingan yang diambil oleh pemilik properti akan menurunkan nilai kompensasi yang akan mereka terima di periode berikutnya atas pemberian *easement* kebisingan tersebut.

H. Solusi Lain terhadap Permasalahan Ketidakcocokan Penggunaan Tanah: Perbedaan antara Hak Milik dan Hak Kontraktual serta antara Upaya Hukum Injunctif dan Ganti Kerugian

Pencapaian solusi efisien dalam kasus percikan api, asap pabrik, dan contoh-contoh lain terkait konflik penggunaan tanah akan menjadi jauh lebih sederhana apabila satu individu atau badan hukum memiliki seluruh bidang tanah yang terdampak. Seorang pemilik tunggal atas pabrik dan properti residensial yang terkena dampak asap dari pabrik tersebut tentu akan berkepentingan untuk memaksimalkan nilai gabungan dari kedua properti tersebut. Inilah tujuan ekonomi yang tepat, dan upaya untuk mencapainya

⁷² Sebagaimana diusulkan dalam William F. Baxter & Lillian R. Altree, *Aspek Hukum Kebisingan Bandara*, 15 J. Law & Econ. 1 (1972). Jika masa berlaku *easement* dibatasi (misalnya) hingga 10 tahun, maskapai akan secara berkala meninjau perkembangan terkini dalam pengurangan kebisingan untuk menentukan apakah penerapan prosedur pengurangan kebisingan akan lebih menghemat biaya dengan mengurangi biaya *easement* yang diharapkan dibandingkan dengan biaya modal dan operasional yang akan ditambahkan oleh prosedur tersebut.

tidak akan terbebani oleh biaya yang timbul dari keharusan memperoleh persetujuan dari banyak pemilik hak yang berbeda.

Namun, mengapa penggabungan kepemilikan seperti ini jarang terjadi? Pertama, pembelian seluruh properti yang terdampak akan mahal secara administratif karena memerlukan transaksi dengan banyak pemilik hak individual. Kedua, suatu perusahaan tunggal mungkin tidak dapat beroperasi secara efisien di pasar-pasar yang tidak berkaitan — seperti antara produksi pabrik dan properti residensial, atau antara jasa perkeretaapian dan pertanian, serta manajemen bandar udara dan properti. Perusahaan tersebut mungkin akan menanggung biaya yang lebih tinggi di kedua pasar dibandingkan perusahaan yang berspesialisasi di salah satu pasar saja. Ukuran perusahaan yang terlalu besar juga dapat menjadi sumber biaya tersendiri karena berpotensi menimbulkan hilangnya kendali atas manajer-manajer di bawahnya. Biaya tambahan ini dapat mengimbangi penghematan yang mungkin diperoleh dari penyelesaian masalah ketidakcocokan penggunaan tanah.⁷³

Solusi kepemilikan tunggal atas permasalahan konflik penggunaan tanah ini didekati oleh negara-negara bagian di Amerika Serikat yang memberlakukan *compulsory unitization* (penyatuan paksa), yaitu ketentuan hukum yang memungkinkan suara mayoritas signifikan (biasanya dua pertiga) dari para pemilik hak atas ladang minyak atau gas untuk mengoperasikan ladang tersebut seolah-olah berada di bawah kepemilikan bersama yang mengikat minoritas. (Mengapa syarat suara bulat tidak efisien?) Permasalahan yang coba diselesaikan melalui *compulsory unitization* adalah bahwa para pemilik hak atas minyak dan gas akan memompa dari satu kolam bawah tanah yang pada dasarnya mereka miliki secara bersama, dan masing-masing akan terdorong untuk mengebor banyak sumur demi memompa sebanyak mungkin minyak atau gas secepatnya, meskipun biaya produksi total untuk ladang secara keseluruhan dapat ditekan dan hasil total minyak atau gas justru dapat ditingkatkan dengan mengebor lebih sedikit sumur dan mengeksploitasi sumber daya secara lebih lambat.

⁷³ Beberapa biaya yang timbul akibat kurangnya spesialisasi (*underspecialization*) mungkin dapat dikompensasi melalui mekanisme sewa (*leasing*), namun koordinasi di antara para penyewa dapat menimbulkan biaya yang hampir setara dengan transaksi di pasar — sebagaimana akan dibahas lebih lanjut. Permasalahan kehilangan kendali dalam suatu organisasi dibahas pada bagian selanjutnya dalam bab ini serta pada Bab 14.1 di bagian akhir buku ini.

Metode lain yang memiliki beberapa keunggulan dari pendekatan kepemilikan tunggal namun menghindari permasalahan *underspecialization* adalah *restrictive covenant* (perjanjian pembatasan). Seorang pengembang kawasan akan berusaha memaksimalkan nilai dari keseluruhan properti, namun bisa jadi tidak ingin mengelolanya secara langsung. Salah satu opsinya adalah menyisipkan dalam setiap akta jual beli suatu pembatasan terhadap bentuk-bentuk penggunaan tanah yang dapat menurunkan nilai bersih dari keseluruhan properti. Pembatasan seperti ini melekat pada tanah (*run with the land*), artinya dapat diberlakukan terhadap pemilik tanah di masa depan maupun saat ini, dan dapat ditegakkan oleh para penerus pembeli awal.

Sebaliknya, apabila hanya merupakan kewajiban kontraktual dari pembeli dan para penerusnya terhadap pengembang — yang setelah menyelesaikan pembangunan kawasan tidak lagi memiliki kepentingan untuk menegakkan kewajiban tersebut — maka hal tersebut tidak cukup kuat. Lagi pula, kontrak seperti ini tidak akan mengikat pembeli kedua dari pembeli awal, kecuali pembeli kedua tersebut mengetahui atau seharusnya mengetahui tentang kontrak yang telah dibuat oleh pendahulunya dengan para tetangga. Pembeli kedua juga tidak dapat diharapkan secara sukarela menaati pembatasan tersebut; sebab meskipun secara asertif pembatasan itu meningkatkan nilai keseluruhan kawasan, jika semua orang mematuhi pembatasan tersebut, maka tanah dari pemilik yang tidak mematuhi justru akan menjadi lebih bernilai (mengapa?). Oleh karena itu, pembeli hanya akan mematuhi pembatasan tersebut apabila ia menerima imbalan. Namun ia tidak akan menerima imbalan tersebut — setidaknya tidak dalam jumlah yang signifikan. Para pemilik properti lainnya, jika jumlahnya banyak, akan mengalami kesulitan untuk mengatasi masalah *holdout* dalam kelompok mereka. Dan sekalipun berhasil, manfaat yang diperoleh akan kecil, karena jika pemilik saat ini menjual propertinya, para pemilik lainnya mungkin harus melakukan transaksi ulang dengan pembeli berikutnya (mengapa mungkin?).

Diskusi ini menyoroti perbedaan ekonomi antara hak milik (*property rights*) dan hak kontraktual (*contract rights*). Hak milik, secara ekstrem, memberikan hak kepada pemilik untuk mengecualikan seluruh dunia dari penggunaan suatu benda kecuali atas persyaratan yang ditetapkan oleh pemilik; sedangkan hak kontraktual hanya memberikan hak untuk mengecualikan pihak lain dalam kontrak tersebut. Kebebasan untuk membuat kontrak tanpa disertai kewenangan untuk menciptakan hak milik tidak akan

mengoptimalkan penggunaan sumber daya. Jika A membeli dari B hak untuk menggarap tanah milik B, tetapi B tidak memiliki hak untuk mengecualikan pihak lain dari penggunaan tanah tersebut, maka A (seperti halnya B sebelumnya) tidak akan memiliki insentif untuk mengeksploitasi tanah tersebut secara optimal. Demikian pula, tanpa adanya hak milik, permasalahan penggembalaan berlebih dalam contoh padang rumput bersama (*common pasture*) tidak akan terselesaikan meskipun para petani yang menggunakan padang tersebut menjual hak mereka kepada satu individu atau perusahaan. Setelah pemilik baru mengurangi kepadatan penggunaan dengan mengenakan biaya kepada petani yang sebelumnya menjual hak mereka untuk tetap menggunakan padang rumput tersebut, petani lain yang tidak terikat kewajiban kontraktual akan mulai menggembalakan ternaknya di padang tersebut tanpa membayar biaya, sehingga kepadatan akan kembali terjadi.

Perjanjian pembatasan (*restrictive covenants*) memiliki dua keterbatasan. Pertama, perjanjian tersebut umumnya hanya dapat diterapkan secara efektif dalam konteks kepemilikan tunggal awal atas suatu wilayah yang luas. Perjanjian semacam ini tidak memberikan solusi terhadap permasalahan pencemaran (*pollution*) pada umumnya, karena jarang terjadi suatu area yang cukup luas untuk mencakup sebuah pabrik dan seluruh atau sebagian besar pemukiman yang terdampak oleh asap pabrik tersebut berada dalam kepemilikan tunggal. (Mengapa tidak memaksa pabrik untuk melakukan *konsinyasi* terhadap rumah-rumah tersebut?)

Kedua, sistem perjanjian pembatasan bersifat kaku dalam menghadapi perubahan yang dapat mengubah nilai relatif atas penggunaan lahan yang saling bertentangan. Pemilik lahan yang ingin mengalihkan penggunaan lahannya ke fungsi yang dilarang oleh suatu perjanjian pembatasan harus memperoleh persetujuan dari seluruh pemilik properti lain yang memperoleh manfaat dari perjanjian tersebut; apabila jumlah pemilik tersebut banyak, maka biaya transaksi dapat menjadi sangat tinggi. Oleh karena itu, beberapa perjanjian pembatasan mencantumkan ketentuan bahwa perjanjian tersebut akan berakhir setelah jangka waktu tertentu, kecuali diperbaharui melalui pemungutan suara mayoritas dari pemilik lahan yang terdampak. Selain itu, pengadilan dapat menolak untuk menegakkan perjanjian pembatasan apabila dianggap telah usang, yakni apabila penggunaan lahan yang dilarang oleh perjanjian tersebut kini terbukti secara nyata lebih bernilai dibandingkan penggunaan yang dilindungi oleh perjanjian.

Permasalahan terkait perjanjian pembatasan yang usang akan menjadi lebih ringan apabila pengadilan menolak memberikan perintah pengadilan (*injunction*) terhadap pelanggaran perjanjian tersebut, dan hanya memberikan ganti rugi kepada pihak penggugat yang menang. Tanggung jawab terhadap ganti rugi tidak akan menghalangi pelanggaran yang justru meningkatkan nilai properti tergugat melebihi kerugian yang ditimbulkan terhadap nilai properti lainnya dalam satu kawasan, karena berdasarkan asumsi, tanggung jawab terhadap ganti rugi akan lebih kecil dibandingkan keuntungan yang diperoleh dari pelanggaran. Sebaliknya, pemberian perintah pengadilan menempatkan pelanggar potensial dalam posisi yang sama dengan maskapai penerbangan yang dapat dikenai *injunction* oleh pemilik lahan di bawah jalur penerbangan atau perusahaan kereta api yang dicegah melakukan pelanggaran (*trespass*) terhadap lahan yang dibutuhkan untuk menyelesaikan jalur lintasnya: untuk membatalkan perintah tersebut, pelanggar harus melakukan negosiasi dengan setiap pemilik hak, yang mungkin harus dibayar dengan harga yang sangat tinggi kepada beberapa pihak yang bersikap menahan (*holdout*), dan bahkan dapat gagal menyelesaikan transaksi secara keseluruhan.

Kekakuan sistem perjanjian pembatasan telah mendorong semakin banyak pengembang properti untuk membentuk asosiasi pemilik rumah (*homeowners' associations*) yang diberi kewenangan untuk memodifikasi pembatasan atas penggunaan properti oleh para pemilik. Cara ini digunakan untuk mengatasi permasalahan tingginya biaya transaksi, dan menyerupai metode lainnya yakni pembentukan badan usaha, yang akan dibahas lebih lanjut dalam bab berikutnya.⁷⁴

Selain solusi *privat* atas permasalahan penggunaan lahan yang bertentangan, terdapat pula solusi publik, yakni sistem zoning (penataan tata guna lahan). Terdapat dua jenis zoning yang perlu dibedakan. *Zoning* pemisahan penggunaan (*separation-of-uses zoning*) membagi suatu kota atau unit pemerintahan lokal lainnya ke dalam *zona-zona*, di mana hanya penggunaan lahan tertentu yang diperbolehkan di setiap *zona*, seperti zona gedung apartemen bertingkat, rumah tinggal tunggal, area bisnis, pabrik, dan sebagainya. Sedangkan *zoning* eksklusif (*exclusionary zoning*) — istilah yang kerap digunakan secara peyoratif namun dalam konteks ini digunakan secara netral — biasanya diterapkan oleh unit yang lebih kecil dari kota atau

⁷⁴ Lihat Bab 14. Solusi lainnya adalah perpajakan. Lihat Bab 13.E *infra*.

kabupaten, dan bertujuan untuk melarang secara keseluruhan penggunaan lahan tertentu; misalnya, suatu daerah pinggiran kota yang mensyaratkan ukuran minimum lot tanah melakukan *zoning* eksklusif.

Pertanyaan utama dalam sistem *zoning* pemisahan penggunaan adalah apakah kebijakan tersebut benar-benar membawa dampak signifikan.⁷⁵ Dalam kenyataannya, kecil kemungkinan ditemukan sebuah rumah berdampingan langsung dengan pabrik, bahkan jika tidak ada peraturan *zoning* yang berlaku. Hal ini dikarenakan lahan perumahan umumnya memiliki harga jual yang lebih tinggi dibandingkan lahan yang digunakan untuk tujuan industri. (Mengapa demikian?)

Oleh karena itu, seorang pemilik pabrik tidak akan memiliki kehendak untuk membangun pabriknya di kawasan permukiman kecuali dengan tujuan pemerasan (*extortion*), yang seharusnya dapat ditanggulangi secara efektif oleh hukum tentang gangguan (*nuisance law*).

Zonasi eksklusioner (*exclusionary zoning*) cenderung memiliki pengaruh yang lebih besar terhadap penggunaan tanah dibandingkan dengan zonasi pemisahan penggunaan (*separation-of-uses zoning*). Sebidang tanah yang luas mungkin memiliki nilai ekonomis yang lebih tinggi apabila digunakan untuk pembangunan apartemen bertingkat tinggi daripada hanya untuk satu unit rumah tinggal — setidaknya apabila dampak terhadap pemilik rumah lain di sekitarnya diabaikan, sebagaimana kerap kali dilakukan oleh pengembang (mengapa?). Dampak tersebut dapat mencakup kemacetan jalan, kesulitan parkir, serta peningkatan beban atas layanan publik seperti sekolah negeri.

Namun perlu dicermati bahwa:

1. Apabila penghuni apartemen bertingkat tinggi dibebankan biaya atas dampak eksternal yang mereka timbulkan, seperti penggunaan fasilitas pendidikan dan jalan, maka tidak terdapat lagi eksternalitas yang dapat membenarkan penerapan zonasi eksklusioner;
2. Meskipun secara prinsip zonasi eksklusioner mungkin efisien, praktik pelaksanaannya dapat berbeda. Insentif yang dimiliki oleh pejabat

⁷⁵ Untuk pendapat yang menjawab secara negatif terhadap efektivitas zoning, lihat Bernard H. Siegan, *Land Use Without Zoning*, hlm. 75 (1972); untuk analisis ekonomi lainnya mengenai zoning, lihat Werner Z. Hirsch, *Law and Economics: An Introductory Analysis*, Bab IV (1979).

publik — yaitu mereka yang menyusun dan menegakkan peraturan zonasi — dapat menyebabkan penyimpangan dari tujuan efisiensi, sebagaimana akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 19 dan 23;

3. Zonasi eksklusiver cenderung mendistribusikan kembali kekayaan dari kelompok masyarakat miskin kepada kelompok masyarakat kaya (mengapa demikian?).

Telah dibahas sebelumnya bahwa klausul pembatasan (*restrictive covenants*) merupakan instrumen untuk menginternalisasi biaya atas penggunaan tanah, namun karakteristik tersebut sejatinya tidak secara logis melekat pada semua bentuk janji (sering kali disebut sebagai hak *easemen* atau *servituut*) yang mengikuti tanah (*run with the land*), yaitu yang dapat ditegakkan sebagai hak kebendaan. Misalnya, apabila penjual sebidang tanah menjanjikan kepada pembeli bahwa ia tidak akan menjual barang atau jasa yang bersaing dengan usaha pembeli, atau bahwa ia akan menjual kayu bakar kepada pembeli dengan harga tetap yang rendah selama 20 tahun, apakah janji-janji tersebut dapat mengikuti tanah?

Hukum umum (*common law*) menjawab tidak, karena janji-janji tersebut tidak memiliki keterkaitan langsung dengan penggunaan fisik tanah (*do not "touch and concern" the land*). Namun, apabila penjual — yang dalam contoh ini tetap memiliki sebidang tanah yang bersebelahan — berjanji untuk tidak mendirikan pagar yang dapat menghalangi pemandangan pembeli, maka janji tersebut akan mengikuti tanah. Artinya, janji tersebut dapat ditegakkan terhadap pihak penerus hak atas tanah penjual, bahkan jika pihak tersebut tidak mengetahui keberadaan janji tersebut, karena janji tersebut secara langsung menyangkut penggunaan tanah.

Mengapa perbedaan ini dibuat? Salah satu alasannya adalah karena terlalu banyak "komponen hak" (*sticks in the bundle of rights*) dalam suatu hak milik akan meningkatkan biaya dalam proses pengalihan hak atas tanah. Alasan lainnya adalah karena janji yang tidak berkaitan langsung dengan penggunaan tanah cenderung sulit untuk dilacak apabila tidak terdapat sistem pencatatan, sebagaimana halnya di Inggris pada masa lalu. Dalam dua contoh pertama, penjual mungkin telah pindah dari lingkungan pembeli. Maka akan sulit bagi pihak yang sedang melakukan negosiasi untuk membeli tanah milik penjual guna mengetahui apakah terdapat kewajiban-kewajiban yang akan mengikat mereka, meskipun mereka tidak mengetahui ataupun tidak memiliki alasan untuk mengetahui hal tersebut, karena kewajiban tersebut merupakan

hak kebendaan dari pemilik tanah lain yang dapat ditegakkan terhadap siapa pun.

Dapatkah Anda melihat analogi dengan pembahasan tentang mengapa hak atas kekayaan tidak diakui dalam penelitian dasar (*basic research*)? Dapatkah dikatakan bahwa efisiensi menuntut agar hak kebendaan harus bersifat terbuka dan diketahui umum (*open and notorious*)? Bagaimana usulan ini dapat didamaikan dengan perlindungan atas rahasia dagang (*trade secrets*)? Dan apakah syarat "*touch and concern*" masih memiliki relevansi dalam sistem hukum modern yang mewajibkan pencatatan publik atas hak kebendaan sebagai syarat penegakannya?⁷⁶

Kita telah beberapa kali melihat perbedaan hak atas properti dengan jenis kepentingan hukum lainnya dalam hal upaya hukum (*remedies*), dan kini perlu digeneralisasikan: Dalam situasi penggunaan yang bertentangan (*conflicting-use*) di mana biaya transaksi (*transaction costs*) tinggi, alokasi sumber daya kepada penggunaan yang paling bernilai dapat difasilitasi dengan cara menolak pemberian upaya hukum berupa *injunctive relief* kepada pemilik properti atas pelanggaran hak mereka dan sebaliknya membatasi mereka hanya pada upaya ganti rugi (mengapa demikian?). Namun, apabila biaya transaksi rendah, pemberian *injunctive relief* secara normal seharusnya diperkenankan sebagai hal yang lazim (mengapa demikian?);⁷⁷ untuk pengecualian yang mungkin berlaku, lihat Bab4.12 selanjutnya.

Permasalahan penggunaan tanah yang tidak kompatibel, yang selama ini telah kita bahas dalam konteks definisi dan pengalihan hak properti, sering kali juga dibahas (sebagaimana telah kita mulai dalam bagian ini) dalam kerangka eksternalitas (*externalities*). Kerusakan pada tanaman petani yang disebabkan oleh percikan api dari kereta api merupakan biaya dari operasi kereta api yang, kecuali jika diwajibkan oleh hukum atau jika kereta api tersebut adalah pemilik tanah pertanian tersebut, tidak akan diperhitungkan dalam pengambilan keputusan operasionalnya; biaya tersebut bersifat

⁷⁶ Untuk kritik terhadap persyaratan "sentuhan dan perhatian", lihat Richard A. Epstein, *Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes*, 55 So. Calif. L. Rev. 1353 (1982).

⁷⁷ Lihat Frank I. Michelman, *Book Review*, 80 Yale L.J. 647, 670-672 (1971); Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

eksternal terhadap proses pengambilan keputusannya. (Apa yang dimaksud dengan “manfaat eksternal” (*external benefit*)?)

Istilah ini berguna namun berpotensi menyesatkan. Istilah ini mengimplikasikan bahwa solusi yang benar dalam kasus percikan api adalah dengan membebankan tanggung jawab kepada pihak kereta api, meskipun tidak ada anggapan dalam teori ekonomi bahwa tanggung jawab biaya kerusakan tersebut semestinya dibebankan kepada kereta api, bukan kepada petani. Jika nilai bersama dari operasi kereta api dan pertanian akan maksimal dengan menghentikan produksi tanaman, mengganti tanaman dengan jenis yang lebih tahan api, atau memindahkan tanaman tersebut ke lokasi yang lebih jauh dari jalur kereta api, maka membebankan tanggung jawab kepada kereta api akan menjadi tidak tepat.

Bahkan jika “eksternalitas” didefinisikan sebagai sesuatu yang berada di luar proses pengambilan keputusan pasar, bukan hanya di luar pihak yang menyebabkan kerugian, istilah ini tetap dapat menimbulkan kesalahpahaman karena apabila biaya transaksi rendah, pasar dapat beroperasi secara efisien meskipun terdapat eksternalitas.

I. Kepemilikan Terbagi — Hak atas Tanah (*Estates in Land*)

Lebih dari satu orang dapat memiliki hak milik atas objek yang sama. Sumber daya milik bersama (*common-pool resource*) merupakan salah satu contoh dari hal ini; contoh yang lebih tradisional adalah berbagai jenis “hak atas tanah” (*estates*) dalam hukum pertanahan. Hak atas properti dalam bentuk real estat dapat terbagi antara pemegang hak seumur hidup (*life tenant*) dan pemegang hak sisa (*remainderman*), antara pemilik bersama dalam bentuk khusus seperti *joint tenants* (suatu jenis kepemilikan bersama tertentu), antara penyewa (*tenant*) dan pemilik (*landlord*), serta dalam bentuk-bentuk lainnya. Pembagian-pembagian semacam ini (baik secara bersamaan namun tidak eksklusif, atau secara eksklusif namun terbatas waktu) menimbulkan insentif untuk penggunaan yang tidak efisien, serupa dengan insentif yang timbul dari kepemilikan terpisah antara jalur rel kereta api dan lahan pertanian yang berdampingan, atau antara bandar udara dan kawasan permukiman di sekitarnya.

Permasalahan ini telah banyak dibahas, salah satunya dalam konteks kemiskinan di Irlandia pada abad ke-19.⁷⁸ Mayoritas petani di sana adalah penyewa. Sekilas tampak bahwa seorang penyewa tidak memiliki insentif untuk memperbaiki atau meningkatkan kualitas lahan, karena segala perbaikan yang bertahan melampaui jangka waktu sewa akan menjadi milik pemilik tanah berdasarkan doktrin *fixtures* (segala sesuatu yang melekat secara permanen pada tanah oleh penyewa akan menjadi milik pemilik tanah saat masa sewa berakhir — dapatkah Anda memikirkan alasan ekonomis atas keberadaan doktrin ini?). Akan tetapi, dugaan ini tampaknya bertentangan dengan *Teorema Coase*. Mengapa para pemilik tanah tidak menyepakati dalam kontrak sewa untuk memberikan kompensasi kepada penyewa atas perbaikan yang dilakukan, misalnya dengan memberikan persentase dari pendapatan bersih yang dihasilkan dari lahan tersebut setelah masa sewa berakhir? Banyak hal sebenarnya dapat dilakukan melalui pengaturan kontraktual seperti itu, tetapi permasalahan ini tidak dapat sepenuhnya diselesaikan hanya dengan perancangan kontrak yang cermat. Misalnya, anggaplah pemilik tanah membuat perjanjian bagi hasil dengan penyewa (pola *sharecropping* umum diterapkan di daerah-daerah dengan praktik penyewaan lahan yang tinggi). Pemilik tanah setuju untuk menyediakan lahan, benih, dan pupuk, sementara penyewa akan menyediakan tenaga kerja, dan pendapatan dari hasil panen akan dibagi 50:50. Namun demikian, hasil yang diperoleh tidak akan optimal, sebagaimana dapat ditunjukkan melalui contoh sederhana berikut: misalkan jika penyewa bekerja satu jam tambahan setiap minggu untuk memperbaiki lahan, maka ia dapat meningkatkan nilai output pertanian sebesar \$2 (setelah dikurangi semua biaya tambahan selain waktu kerjanya), dan biaya kesempatan — atau *shadow price* — dari waktu yang ia korbankan⁷⁹ (dalam bentuk waktu luang) hanyalah \$1,50. Secara efisien, ia seharusnya bekerja satu jam tambahan tersebut, namun ia tidak akan melakukannya karena ia hanya akan menerima \$1 dari tambahan nilai tersebut. Oleh karena itu, diperlukan bentuk perjanjian yang lebih kompleks untuk mencapai hasil yang optimal, dan semakin kompleks perjanjian tersebut, maka akan semakin tinggi pula biaya untuk merundingkan dan menegakkannya.

⁷⁸ Lihat, misalnya, A.C. Pigou, *The Economics of Welfare* hlm. 174–175, 178–183 (edisi ke-4, 1932); Barbara Lewis Solow, *The Land Question and the Irish Economy, 1870–1903* (1971).

⁷⁹ Harga yang akan diminta oleh seseorang atas sesuatu yang tidak diperjualbelikan di pasar.

Permasalahan terkait insentif penyewa untuk melakukan perbaikan terhadap tanah akan menjadi kurang serius apabila jangka waktu sewa lebih panjang; oleh karena itu, tidak mengherankan apabila di Irlandia berkembang suatu sistem hak adat penyewa yang membuat pemilik tanah kesulitan untuk mengusir penyewa, baik secara langsung maupun tidak langsung (yang terakhir ini dilakukan dengan menaikkan sewa secara drastis hingga penyewa terpaksa meninggalkan hak sewanya). Namun demikian, tetap terdapat permasalahan mengenai insentif penyewa (sebagaimana akan dijelaskan selanjutnya), apabila perbaikan optimal yang dilakukan penyewa diperkirakan akan melampaui masa hidup penyewa tersebut; akan tetapi, perbaikan modal utama, yang paling mungkin memiliki umur teknis lebih panjang dibandingkan masa sewa penyewa saat ini, pada umumnya harus dilakukan oleh pemilik tanah, bukan oleh penyewa, karena pemilik tanahlah yang memiliki modal untuk itu.

Masalahnya bahkan bukan semata-mata karena penyewa tidak memiliki insentif untuk memperbaiki tanah, melainkan karena hak-hak adat penyewa menyulitkan pemilik tanah untuk memperoleh kembali biaya atas perbaikan yang dilakukannya melalui peningkatan tarif sewa, karena penyewa dapat mengklaim bahwa kenaikan tarif tersebut bertentangan dengan hak-hak adat yang melekat padanya.

Semua ini menunjukkan bahwa tidak terdapat solusi sederhana terhadap permasalahan kepemilikan terbagi selain melalui sistem kepemilikan tunggal; namun, solusi ini pun tidak sesederhana itu. Jika penyewa diturunkan kedudukannya menjadi sekadar pegawai dari pemilik tanah, maka permasalahan kepemilikan terbagi memang dapat dihilangkan, tetapi akan digantikan dengan permasalahan yang serupa, yaitu kelalaian agen (*agent shirking*), karena pegawai tidak akan memperoleh seluruh hasil tambahan yang timbul dari kerja kerasnya—sama halnya seperti penyewa. Selain itu, penyewa mungkin tidak bersedia membeli tanah dari pemiliknya (meskipun tindakan ini akan menghilangkan permasalahan kelalaian kerja), sekalipun ia secara finansial mampu untuk melakukannya (dan hal ini pun bergantung pada faktor-faktor apa yang menentukan kemampuannya untuk membeli), karena risiko tambahan yang harus ditanggungnya—hal ini menggambarkan suatu

poin penting bahwa sewa menyewa merupakan suatu bentuk penyebaran risiko (*risk-spreading*).⁸⁰

Oleh karena itu, hukum memiliki peran penting dalam mengatur kepemilikan terbagi. Dapat diasumsikan bahwa pengadilan akan menafsirkan perjanjian sewa sebagai seolah-olah para pihak bermaksud agar properti yang disewa dikelola oleh penyewa seolah-olah ia adalah pemiliknya;⁸¹ karena asumsi tersebut kemungkinan besar merupakan niat para pihak, apabila mereka adalah pihak yang rasional dan memaksimalkan keuntungan. Dan secara faktual, terdapat suatu doktrin hukum umum yang menarik, yakni hukum mengenai *waste*, yang muncul untuk mendamaikan kepentingan yang sering kali bertentangan antara penyewa seumur hidup (*life tenant*) dan pemilik berikutnya (*remainderman*).

Seorang penyewa seumur hidup hanya akan memiliki insentif untuk memaksimalkan bukan nilai properti secara keseluruhan, yaitu nilai kini dari seluruh aliran penghasilan yang dapat diperoleh dari properti tersebut di masa depan, melainkan hanya nilai kini dari penghasilan yang dapat diperoleh selama masa hidupnya. Oleh karena itu, ia akan terdorong untuk menebang kayu sebelum mencapai masa pertumbuhan maksimal—walaupun nilai kini dari kayu tersebut akan lebih besar apabila penebangan ditunda—jika nilai tambah tersebut akan menjadi keuntungan bagi pemilik berikutnya. Hukum *waste* melarang hal ini.

Sekilas tampaknya hukum *waste* tidak diperlukan, karena penyewa seumur hidup dan pemilik berikutnya dapat menyusun suatu perjanjian yang optimal dalam pemanfaatan properti tersebut. Namun karena hanya terdapat mereka berdua sebagai pihak dalam kontrak, maka kondisi ini kembali mencerminkan adanya monopoli bilateral (*bilateral monopoly*), di mana biaya transaksi dapat menjadi sangat tinggi. Terlebih lagi, pemilik berikutnya dapat saja merupakan anak-anak, yang secara hukum belum cakap untuk melakukan perikatan yang mengikat; bahkan bisa jadi mereka adalah anak-anak yang belum lahir. Permasalahan monopoli bilateral ini tidak terlalu serius dalam konteks hubungan pemilik tanah dan penyewa, karena syarat-syarat perjanjian sewa ditetapkan sebelum pemilik dan penyewa terikat dalam suatu hubungan hukum; sedangkan dalam hal penyewaan seumur hidup, hal tersebut sering

⁸⁰ Lihat Steven N.S. Cheung, *The Theory of Share Tenancy* (1969).

⁸¹ Untuk contoh yang sangat baik, lihat *Suydam v. Jackson*, 54 N.Y. 450 (1873).

kali ditetapkan melalui wasiat, dan pewaris (yang biasanya hanya sekali dalam hidupnya melakukan perencanaan warisan) mungkin tidak menyadari potensi konflik antara penyewa seumur hidup dan pemilik berikutnya.

Hukum mengenai *waste* secara luas telah tergantikan oleh metode pengelolaan properti yang lebih efisien yang menyerupai sistem *unitization*, yaitu kepercayaan (*trust*). Dengan menempatkan suatu properti dalam suatu *trust*, pemberi *trust* (*grantor*) dapat membagi kepentingan yang bersifat *beneficial* (manfaat atas properti) ke dalam berbagai bentuk sesuai kehendaknya, tanpa perlu khawatir akan permasalahan kepemilikan terbagi. Pengelola *trust* (*trustee*) akan mengelola properti tersebut secara terpadu sebagai satu kesatuan, dengan tujuan untuk memaksimalkan nilainya dan mendistribusikan nilai tersebut kepada para penerima manfaat (*beneficiaries*) dari *trust* sesuai dengan proporsi yang ditentukan oleh pemberi *trust*.⁸²

Penyewa tidak selalu memiliki cakrawala waktu yang lebih pendek dibandingkan dengan pemilik hak milik bebas (*fee simple*)—dalam hal ini pemilik tanah—atau pemilik hak berikutnya (*remainderman*) dalam konteks penyewaan seumur hidup (*life tenancy*). Ambil contoh dalam kasus perjanjian sewa tambang minyak bumi (ataupun gas alam, atau gabungan keduanya). Dalam praktiknya, perjanjian tersebut biasanya menetapkan bahwa pihak pemberi sewa (*lessor*) akan menerima royalti tetap per barel minyak yang diproduksi. Kecuali apabila pemberi sewa memperkirakan bahwa harga minyak akan meningkat lebih cepat daripada suku bunga, maka ia akan menghendaki agar minyak tersebut dipompa secepat mungkin, tanpa memedulikan apakah ladang minyak tersebut telah di-*unitize* atau belum. Hal ini akan mendorong pengeboran banyak sumur. Akan tetapi, penyewa (*lessee*), yang menanggung seluruh biaya pengeboran, akan cenderung menginginkan proses pemompaan dilakukan secara lebih lambat guna menghemat jumlah sumur yang harus dibangun. Bahkan mungkin saja penyewa akan membangun terlalu sedikit sumur, karena dalam menghitung nilai ekonomi dari pembangunan sumur baru, ia tidak akan memperhitungkan bagian pendapatan yang harus dibayarkan kepada pemberi sewa dalam bentuk royalti. Oleh karena itu, sebagian besar perjanjian sewa menyewa untuk eksplorasi minyak dan gas mengandung klausul “pengembangan” (*development clause*) yang

⁸² Mengenai permasalahan kompensasi yang tepat bagi *trustee*, lihat W. Bishop & D.D. Prentice, *Some Legal and Economic Aspects of Fiduciary Remuneration*, 46 *Modern Law Review* 289 (1983).

mewajibkan penyewa untuk membangun jumlah sumur yang wajar—yang dimaksud dengan "wajar" dalam konteks ini adalah jumlah yang dibenarkan secara ekonomi (*cost-justified*). Suatu pertanyaan menarik muncul dalam praktik penafsiran klausul tersebut: apakah penyewa, dalam menghitung biaya pembangunan sumur baru, boleh memperhitungkan tidak hanya biaya pengeboran dan biaya langsung lainnya, tetapi juga penurunan pendapatan dari sumur-sumur lama, mengingat bahwa sumur baru akan menguras cadangan (*pool*) yang menjadi sumber bagi sumur lama maupun sumur baru. Jawaban atas pertanyaan ini—yang mendapat dukungan dari sebagian putusan pengadilan—adalah boleh, karena pengurasan cadangan tersebut merupakan suatu bentuk biaya peluang (*opportunity cost*) yang nyata atas pembangunan sumur baru.⁸³

Sejauh ini, kita telah membahas pembagian hak atas properti secara vertikal atau temporal. Namun, terdapat pula pembagian secara horizontal. Contoh ekstrem dari pembagian horizontal adalah hak komunal, seperti dalam kasus padang penggembalaan yang digunakan secara bersama oleh sejumlah petani. Hak komunal pada dasarnya hanya berbeda dalam derajat dari ketiadaan hak sama sekali, dan oleh karena itu menjadi tidak efisien, kecuali apabila biaya untuk menegakkan hak individual tidak sebanding dengan manfaatnya.⁸⁴ Meskipun terdengar ganjil, hak komunal sering kali diciptakan oleh individu, meskipun dalam keadaan di mana potensi inefisiensi dapat diminimalkan. Sebagai contoh, seseorang (A) dapat mewariskan sebidang tanah kepada anak-anaknya, B dan C, dalam bentuk kepemilikan bersama yang tidak terbagi (*undivided joint ownership*), baik sebagai *tenancy in common* maupun *joint tenancy*. B dan C, secara formal, berada dalam posisi yang hampir serupa dengan anggota masyarakat yang tidak mengakui hak milik atas properti. Jika B mengeluarkan dana untuk memperbaiki bangunan di atas properti tersebut, maka C akan memperoleh manfaat dari nilai perbaikan tersebut secara setara, dan sebaliknya. Walaupun hanya terdapat dua pihak, situasi ini tetap mencerminkan permasalahan klasik *bilateral*

⁸³ Untuk analisis hukum dan ekonomi yang menarik terkait isu ini, lihat Stephen F. Williams, *Implied Covenants in Oil and Gas Leases: Some General Principles*, 29 *University of Kansas Law Review* 153 (1981).

⁸⁴ Contoh yang baik adalah lahan parkir di sebuah supermarket: Tidaklah sepadan secara ekonomi untuk mengenakan biaya kepada setiap pelanggan atas penggunaan satu ruang parkir, meskipun hal tersebut secara teori dapat memungkinkan supermarket menyediakan lahan parkir yang sedikit lebih kecil.

monopoly. Namun demikian, permasalahan tersebut dapat dikurangi melalui hubungan kekeluargaan; kita dapat mengharapkan adanya tingkat kerja sama yang lebih tinggi antara individu yang memiliki ikatan emosional (hal ini akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 5). Selain itu, hukum memberikan pengakuan atas kontribusi perbaikan yang dilakukan oleh pemilik bersama (*joint tenant*), sejauh perbaikan tersebut meningkatkan nilai properti—dan hanya sampai pada nilai peningkatan tersebut (mengapa ada batasan ini?). Hukum juga, dengan bijak, memperbolehkan setiap pemilik bersama untuk mengajukan permohonan pemisahan fisik atas properti tersebut (*partition*) menjadi bagian-bagian terpisah yang dimiliki secara individual; kewenangan ini secara efektif menghapus seluruh jejak permasalahan *bilateral monopoly* maupun hak komunal. Misalkan terdapat dua pemilik rumah deret (*row houses*) yang berbatasan dan memiliki dinding bersama (*party wall*), tetapi tidak dapat mencapai kesepakatan mengenai pembagian biaya penggantian dinding yang dalam kondisi hampir roboh. Salah satu pemilik kemudian memutuskan untuk mengganti dinding tersebut dengan biaya sendiri, dan setelahnya menggugat pemilik sebelah untuk menanggung setengah dari biaya tersebut. Terdapat sejumlah preseden yurisprudensi yang memperbolehkan gugatan semacam ini, sebagai upaya untuk mengatasi permasalahan *bilateral monopoly*. Lihat juga Bab 4.14 *infra*.

Namun demikian, daya cipta hukum tidaklah tak terbatas, dan bagian ini ditutup dengan contoh sederhana dari kasus kepemilikan terbagi yang tidak dapat diselesaikan oleh hukum: penyewaan mobil. Sebagaimana diketahui oleh siapa pun yang pernah menyewa mobil, penyewa cenderung tidak memperlakukan mobil sewaan dengan tingkat kehati-hatian yang sama seperti mereka memperlakukan mobil miliknya sendiri; mobil sewaan cenderung diperlakukan lebih kasar, mencerminkan pendeknya cakrawala waktu penggunaan. Akan tetapi, karena perusahaan penyewaan tidak dapat mengawasi atau memantau perilaku penyewa selama penggunaan, tidak terdapat mekanisme yang memadai untuk mendorong penyewa agar merawat kendaraan sebagaimana mestinya. Di sini kita melihat contoh kasus di mana biaya transaksi tetap tinggi meskipun hanya melibatkan sedikit pihak dan tidak terdapat masalah *bilateral monopoly*. Permasalahan utamanya adalah bahwa biaya penegakan transaksi yang telah disepakati menjadi sangat besar hingga tidak sepadan. Ini adalah versi kecil dari permasalahan yang dihadapi dalam

sistem penyewaan lahan pertanian di Irlandia serta hak milik dalam masyarakat primitif (lihat Bab3.2 supra).

J. Permasalahan dalam Alih Hak Milik atas Properti

Untuk memfasilitasi alih sumber daya dari penggunaan yang kurang bernilai ke penggunaan yang lebih bernilai, hak milik atas suatu properti, pada prinsipnya, seharusnya dapat dialihkan secara bebas. Namun, prinsip ini harus diberikan pengecualian; sebelum membahas pengecualian tersebut, perlu diperhatikan bahwa kepemilikan yang terbagi (*divided ownership*) secara praktik mempersulit proses alih hak meskipun tidak ada pembatasan formal.

Apabila terdapat 50 orang yang memiliki hak milik bersama atas suatu bidang tanah, maka penjualan tanah tersebut akan memerlukan kesepakatan dari seluruh pihak, baik mengenai harga maupun pembagian hasil penjualan; hal ini berpotensi menimbulkan masalah *holdout* (penolakan sebagian pihak terhadap kesepakatan). Jaringan kekerabatan yang kompleks dalam masyarakat primitif juga merupakan salah satu alasan mengapa hak milik atas properti sulit untuk muncul secara efisien dalam masyarakat tersebut.⁸⁵ Efisiensi menuntut agar hak milik dapat dialihkan; namun, apabila banyak pihak memiliki klaim atas suatu properti, maka proses alih hak menjadi sulit untuk dilakukan.

Sejarah hukum pertanahan di Inggris pada dasarnya merupakan sejarah upaya untuk menjadikan tanah lebih mudah dialihkan, dan dengan demikian menjadikan pasar tanah lebih efisien. Dua doktrin dapat digunakan untuk menggambarkan hal ini. Pertama, Kaedah dalam Perkara Shelley (*Rule in Shelley's Case*) menyatakan bahwa apabila seorang pemberi hibah memberikan hak guna hidup (*life estate*) kepada A dengan hak sisa (*remainder*) kepada para ahli waris A, maka A dianggap memiliki hak milik penuh (*fee simple*); para ahli waris dikesampingkan. Jika hak sisa untuk para ahli waris A diakui, maka akan sangat sulit bagi A untuk mengalihkan hak atas properti tersebut, karena para ahli warisnya belum dapat ditentukan sebelum kematian A.

Kedua, Doktrin Hak yang Lebih Baik (*Doctrine of Worthier Title*) menetapkan bahwa apabila pemberi hibah memberikan hak kepada A untuk seumur hidup, dengan hak sisa kepada para ahli waris pemberi hibah, maka

⁸⁵ Lihat Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 180–181 (1981).

hak sisa tersebut dianggap tetap dimiliki oleh pemberi hibah—bukan oleh ahli warisnya—sehingga dapat dialihkan oleh pemberi hibah, sementara para ahli waris yang masih hidup (atau belum lahir) mungkin tidak memiliki kapasitas untuk melakukannya.

Satu-satunya permasalahan ekonomi dari kedua doktrin tersebut (selain kompleksitasnya yang tinggi, yang tidak tergambarkan dalam uraian sederhana di atas) adalah bahwa doktrin tersebut mengasumsikan bahwa pemberi hibah tidak dapat mempertimbangkan secara tepat antara biaya dari berkurangnya kemampuan alih hak dengan manfaat yang diperolehnya dari pembagian kepemilikan sebagaimana dicegah oleh doktrin tersebut; dan asumsi ini bersifat paternalistik serta patut dipertanyakan dari sudut pandang efisiensi. Orang seharusnya mengetahui kepentingannya sendiri lebih baik daripada pengadilan. Namun, mungkin penjelasannya, sebagaimana telah disinggung sebelumnya, adalah bahwa banyak pemberian semacam itu dilakukan hanya sekali seumur hidup oleh pemberi hibah, dan ia mungkin tidak memiliki informasi yang cukup mengenai potensi permasalahan yang dapat ditimbulkan.

Sekarang, mari kita beralih pada kasus di mana, meskipun hak milik tidak terbagi, alih hak tersebut berdampak terhadap pihak lain di luar para pihak langsung dalam transaksi. Hak atas air merupakan contoh yang relevan.⁸⁶

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, di negara-negara bagian Barat (Amerika Serikat), hak atas air diperoleh dengan cara mengambil (menyimpang) air dari aliran sungai alami dan menggunakannya untuk irigasi atau keperluan lainnya. Seiring waktu, suatu aliran sungai dapat menjadi sepenuhnya *appropriated*, dalam arti bahwa seluruh *volume* air sungai tersebut dimiliki dalam jumlah yang bervariasi oleh berbagai pengguna. Sebagai contoh, A mungkin memiliki hak untuk mengambil 10 kaki kubik per detik selama bulan Juli hingga Desember dari sebuah saluran pada lokasi tertentu,

⁸⁶ Lihat Charles J. Meyers & Richard A. Posner, *Market Transfers of Water Rights: Toward an Improved Market in Water Resources* (Laporan Komisi Air Nasional, Juli 1971, diterbitkan oleh National Technical Information Service); Stephen F. Williams, *The Requirement of Beneficial Use as a Cause of Waste in Water Resource Development* (Information Service); Stephen F. Williams, *The Requirement of Beneficial Use as a Cause of Waste in Water Resource Development*.

B memiliki hak untuk mengambil 8 kaki kubik per detik di lokasi lain dalam periode yang ditentukan, dan seterusnya.

Selain itu, hak atas air juga ditandai berdasarkan tanggal perolehannya (yaitu tanggal pertama kali air dialihkan atau *appropriated*). Dalam masa kekeringan, pasokan air yang tersedia dialokasikan berdasarkan urutan prioritas dari tanggal *appropriation*.

Jika A ingin menjual hak airnya kepada X, dan X bermaksud menggunakan air tersebut di tempat dan dengan cara yang sama seperti A, maka alih hak tersebut tidak akan berdampak terhadap hak-hak air milik pengguna lain atas aliran sungai tersebut. Namun, anggaplah bahwa A dan seluruh pengguna saat ini adalah para petani yang menggunakan air untuk keperluan irigasi, sementara X, calon pembeli hak air dari A, adalah sebuah kota (*municipality*). Dalam hal ini, alih hak akan mempengaruhi pemegang hak lainnya yang berada di hilir dari titik pengambilan air.

Secara rata-rata, sekitar setengah dari air yang diambil oleh seorang petani untuk irigasi akan meresap kembali ke dalam aliran sungai, dan aliran balik (*return flow*) ini dapat, dan memang, dimanfaatkan oleh petani lain. Sebaliknya, sebuah kota dapat mengonsumsi persentase air yang jauh lebih besar dari yang dialihkannya, dan air yang tidak dikonsumsi mungkin akan kembali ke aliran sungai di titik yang berbeda—atau bahkan mengalir ke sungai lain seluruhnya, jika kota tersebut berada dalam wilayah daerah aliran sungai (*watershed*) yang berbeda dari petani yang menjual hak airnya.

Apabila permasalahan *return flow* ini diabaikan, alih hak air dapat secara signifikan mengurangi nilai keseluruhan penggunaan air. Misalnya, anggaplah bahwa hak air milik A bernilai \$100 baginya dan \$125 bagi X, sang kota pembeli. Namun, A mengembalikan setengah dari air yang dialihkannya ke sungai, yang kemudian dimanfaatkan oleh B, sedangkan X hanya akan mengembalikan seperempat dari air yang diperolehnya dari A, dan itu pun pada titik yang jauh di hilir dari B, sehingga air tersebut justru dimanfaatkan oleh D. Andaikan pula bahwa B tidak bersedia menjual haknya atas aliran balik dari A dengan harga kurang dari \$50, sedangkan D bersedia menjual haknya atas aliran balik dari X hanya seharga \$10.

Dengan memperhitungkan fakta-fakta tersebut, memperbolehkan A menjual hak airnya kepada X semata-mata karena nilainya lebih tinggi bagi X daripada bagi A akan menghasilkan ketidakefisienan, karena nilai total dari penggunaan air dalam bentuk baru (oleh X dan D) hanya mencapai \$135,

sementara dalam bentuk penggunaannya saat ini (oleh A dan B) nilainya sebesar \$150.

Hukum menangani permasalahan ini dengan mewajibkan para pihak untuk menunjukkan bahwa suatu pengalihan hak tidak akan merugikan pengguna lainnya. Dalam praktiknya, hal ini berarti bahwa A dan X dalam contoh kita, untuk dapat menyelesaikan transaksi mereka, harus memberikan kompensasi kepada B atas hilangnya aliran balik (*return flow*) milik A; namun mereka tidak akan melakukannya; dan transaksi tersebut akan gagal — sebagaimana mestinya berdasarkan asumsi kita. Namun, terdapat kelemahan dalam solusi ini: setiap aliran balik baru yang dihasilkan oleh pihak pembeli tidak menjadi hak milik pembeli tersebut. Misalnya, jika nilai bagi A, X, dan B tetap masing-masing \$100, \$125, dan \$50, tetapi kini aliran balik dari penggunaan air oleh X memiliki nilai sebesar \$60 bagi D, maka nilai total air tersebut jika dijual akan menjadi \$185, lebih tinggi daripada nilai dalam penggunaan semula yang sebesar \$150. Namun, hukum tetap mengharuskan X membayar paling sedikit \$150 (yaitu \$100 kepada A — sebagai harga reservasinya — dan \$50 kepada B) untuk sumber daya air yang hanya bernilai \$125 baginya.

X tidak akan menerima kompensasi atas nilai baru sebesar \$60 yang diciptakan oleh penggunaannya, sehingga ia tidak akan melanjutkan transaksi kecuali dapat membujuk D untuk menanggung selisih antara \$125 dan jumlah yang harus dibayarkan kepada A dan B. Untuk melakukan hal ini, X harus meyakinkan D bahwa ia tidak akan menyelesaikan pembelian tanpa kontribusi dari D, karena D mengetahui bahwa ia dapat memperoleh aliran balik dari X — jika terjadi — tanpa harus membayar apa pun. Maka timbul kembali permasalahan monopoli bilateral (*bilateral monopoly*).

Solusi yang lebih efisien, terutama jika terdapat lebih dari satu pengguna yang memperoleh manfaat dari aliran balik yang baru diciptakan, adalah dengan menganggap bahwa pihak penerima hak (X) menjadi pemilik dari setiap aliran balik baru yang timbul akibat pengalihan tersebut.

Ketiadaan hak kepemilikan eksplisit atas frekuensi siaran — suatu sumber daya yang memiliki karakteristik ekonomi yang mirip dengan air — mungkin menjadi penyebab tidak adanya mekanisme untuk memungkinkan penjualan suatu frekuensi guna penggunaan yang berbeda. Penyiar dapat menjual frekuensi kepada penyiar lain (lihat Bab3.3 supra), dan hal ini menyerupai penjualan air oleh satu petani kepada petani lainnya. Namun,

penyiar tidak dapat menjual kepada pihak non-penyiar, misalnya kepada dinas kepolisian kota yang menginginkan frekuensi tambahan untuk mobil patroli mereka.

Penjualan semacam ini akan menimbulkan permasalahan serupa dengan contoh penjualan air oleh seorang petani kepada suatu kota. Pengguna radio bergerak, berbeda dengan penyiar yang memiliki pemancar tetap, akan melakukan transmisi sebagian waktu dari wilayah yang sebelumnya berada di batas luar radius siaran penyiar tersebut. Hal ini akan mengganggu stasiun lain yang menyiarkan pada frekuensi yang sama di wilayah yang berdekatan.

Permasalahan ini sebenarnya dapat diselesaikan dengan prosedur yang serupa dengan pengalihan hak atas air, tetapi pendekatan ini belum pernah diterapkan. Satu-satunya mekanisme hukum yang disediakan untuk pengalihan frekuensi guna penggunaan baru adalah dengan mengajukan petisi kepada *Federal Communications Commission* (FCC) untuk meminta perubahan alokasi frekuensi antar jenis penggunaan. Dalam hal ini, kesediaan membayar untuk membiayai upaya memengaruhi keputusan komisi menggantikan kesediaan membayar kepada pemilik sah dari sumber daya tersebut.⁸⁷

Permasalahan dalam pengalihan hak milik merupakan bagian dari permasalahan yang lebih luas, yakni penentuan mengenai siapa yang berhak atas suatu properti tertentu. Sebagian besar isi bab ini telah membahas persoalan mengenai apakah suatu sumber daya tertentu seharusnya diakui sebagai objek hak milik, dan jika demikian, bagaimana hak tersebut harus didefinisikan. Namun, sekalipun telah jelas bahwa seseorang memiliki hak atas tanah Blackacre, tidak selalu jelas siapa sebenarnya orang tersebut. (Kita telah menjumpai persoalan ini dalam konteks pemberian kepada pihak penerima yang belum lahir).

Sistem pencatatan hak milik (*recorded titles*) sangat membantu dalam hal ini; dan salah satu permasalahan dalam pengalihan hak atas air adalah tidak adanya sistem pencatatan yang memadai. Tidak hanya hak atas air tidak dapat diperoleh kecuali dengan menggunakan secara nyata jumlah air yang diklaim,

⁸⁷ Kemungkinan untuk membentuk suatu sistem hak milik eksplisit atas frekuensi dieksplorasi dalam karya Arthur S. De Vany dan rekan-rekannya, *A Property System for Market Allocation of the Electromagnetic Spectrum: A Legal-Economic-Engineering Study*, 21 *Stanford Law Review* 1499 (1969), serta dalam artikel Minasian yang dikutip pada Bab 3.C supra.

tetapi ketidakgunaan dalam jangka waktu tertentu akan menyebabkan hapusnya hak tersebut dan berpindahnya kepemilikan kepada pihak yang secara nyata menggunakan air tersebut. Sebuah “akta” hak atas air, yang menyatakan bahwa A memiliki hak untuk mengambil sejumlah kaki kubik air per detik selama periode tertentu di titik tertentu, hanyalah merupakan bukti atas apa yang secara hukum menjadi hak A, dan dengan demikian, menjadi dasar kewenangannya untuk menjual. Pemeriksaan langsung di lokasi diperlukan untuk memverifikasi bahwa A benar-benar memiliki (dalam arti menggunakan) sebagaimana yang tercantum dalam dokumen. Dan untuk menentukan arti penting dari prioritas A dalam kondisi kekeringan, penggunaan aktual oleh pihak pengklaim lain juga harus diselidiki. Akan lebih efisien apabila diberlakukan suatu sistem sertifikasi tertulis atas hak air yang dianalogikan dengan sistem pencatatan hak atas tanah.⁸⁸

Namun, sistem pencatatan bukanlah solusi menyeluruh (*panacea*), sebagaimana ditunjukkan oleh doktrin *adverse possession*. Jika selama kurun waktu tertentu (yang berbeda-beda antar negara bagian, namun tujuh tahun adalah angka yang umum), seseorang menguasai suatu properti secara bertentangan dengan hak pemilik sebenarnya (yakni bukan sebagai penyewa, agen, dan sebagainya), dengan mengklaim properti tersebut sebagai miliknya, dan pemilik sebenarnya tidak mengajukan gugatan untuk menegaskan haknya, maka properti tersebut menjadi milik penguasa tersebut. *Oliver Wendell Holmes* sejak lama telah mengajukan penjelasan ekonomi yang menarik terhadap doktrin *adverse possession*. Seiring berjalannya waktu, seseorang akan semakin terikat secara emosional terhadap properti yang ia anggap sebagai miliknya, dan kehilangan atas properti tersebut akan sangat menyakitkan. Dalam periode yang sama, seseorang akan kehilangan keterikatan terhadap properti yang ia anggap bukan lagi miliknya, dan pengembalian properti tersebut hanya akan memberikan kesenangan yang moderat.⁸⁹ Ini merupakan persoalan mengenai menurunnya utilitas marginal

⁸⁸ Lihat Joseph T. Janczyk, *An Economic Analysis of the Land Title Systems for Transfer of Real Property*, 6 J. Legal Stud. 213 (1977), untuk analisis sistem pencatatan hak atas tanah. Apa saja manfaat ekonomi dari sistem sertifikat kepemilikan (paper titles) selain mempermudah identifikasi pemilik hak atas suatu properti?

⁸⁹ Lihat Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 477 (1897). Penjelasan ini mengenai *adverse possession* menyiratkan, bukan, bahwa pihak penguasa secara *adverse* meyakini dirinya sebagai pemilik yang sah. Pandangan ini mendapat dukungan kuat dalam praktik peradilan, sebagaimana ditunjukkan dalam R.H. Helmholz, *Adverse Possession and Subjective Intent*, 61 Wash. U.L.Q. 331 (1983).

dari pendapatan. Pihak penguasa secara *adverse* akan mengalami kehilangan atas properti tersebut sebagai penurunan kekayaan; sementara pemilik semula akan merasakan pengembalian properti tersebut sebagai peningkatan kekayaan. Apabila keduanya memiliki tingkat kekayaan yang sama, maka kemungkinan besar utilitas gabungan mereka akan lebih besar apabila penguasa secara *adverse* diperkenankan untuk mempertahankan kepemilikan atas properti tersebut.

Ini adalah poin yang menarik, dengan penerapan umum terhadap aturan kedaluwarsa (*statutes of limitations*) (memang, *adverse possession* adalah suatu bentuk pengalihan hak yang diberlakukan melalui aturan kedaluwarsa), meskipun *adverse possession* juga memiliki fungsi yang lebih praktis, yaitu memperbaiki status kepemilikan, mengingat sebagian besar kasus *adverse possession* merupakan kesalahan yang disebabkan oleh ketidakpastian batas-batas kepemilikan. Selain itu, aturan kedaluwarsa juga memiliki fungsi prosedural sebagaimana dibahas dalam Bab 21: aturan ini mengurangi biaya kesalahan (*error costs*) yang timbul dari penggunaan bukti yang sudah usang dalam penyelesaian sengketa.

Ilustrasi lain dari pengalihan paksa (*forced transfer*) adalah doktrin *bona fide purchaser*. Misalnya, A menyerahkan berlian miliknya kepada agen B dengan instruksi agar digadai, tetapi B salah memahami dan justru menjualnya kepada C. Sepanjang C tidak mengetahui atau tidak memiliki alasan untuk mengetahui bahwa B tidak berwenang menjual berlian tersebut, maka C akan memperoleh hak kepemilikan yang sah atas barang tersebut. Ini merupakan contoh sederhana bahwa A adalah pihak yang memiliki biaya pencegahan kesalahan lebih rendah dibandingkan C.

Namun, misalkan B bukanlah agen A, melainkan mencuri berlian tersebut dari A dan menjualnya kepada C tanpa memberikan alasan apa pun kepada C untuk mencurigai bahwa barang tersebut hasil curian. Dalam hal ini, C tidak akan memperoleh hak kepemilikan yang sah; karena pencuri tidak dapat mengalihkan hak milik yang sah kepada pembelinya. Meskipun A dapat mencegah terjadinya pengalihan yang keliru dengan biaya lebih rendah dibandingkan C — misalnya, dengan meningkatkan langkah-langkah pengamanan terhadap pencurian — memberikan hak kepemilikan kepada C justru akan mendorong pencurian. Hal ini disebabkan karena para pencuri dapat menjual barang curian dengan harga yang lebih tinggi kepada penadah (*fences*), sebab para penadah ini dapat (dengan mengambil langkah-langkah

untuk menyamakan asal-usul barang) menjualnya kembali dengan harga tinggi; orang-orang bersedia membayar lebih untuk barang dengan status kepemilikan yang jelas dibandingkan dengan yang meragukan. Kita tidak menghendaki terciptanya pasar yang efisien atas barang-barang hasil kejahatan.⁹⁰

K. Dampak Distribusi dari Penetapan Hak Milik

Seorang ekonom dapat membantu pembuat kebijakan tidak hanya dengan menjelaskan dampak suatu kebijakan terhadap efisiensi penggunaan sumber daya, tetapi juga dengan menelusuri pengaruhnya terhadap distribusi pendapatan dan kekayaan. Pertimbangkan, misalnya, suatu usulan kebijakan yang menetapkan bahwa sebuah pabrik bertanggung jawab secara hukum atas kerugian yang ditimbulkan oleh asapnya terhadap pemilik properti perumahan di sekitarnya. Secara sepiantas, dampak kekayaan dari kebijakan ini tampak hanya akan membuat para pemilik rumah menjadi lebih sejahtera dan pemilik pabrik — yang diasumsikan sebagai orang kaya — menjadi dirugikan. Namun, persoalannya lebih kompleks dari itu. Jika besarnya kerusakan akibat asap (dan juga biaya untuk berbagai langkah pengurangan asap tersebut) meningkat seiring peningkatan produksi, maka tanggung jawab hukum baru ini akan meningkatkan biaya produksi pabrik. Jika sebelumnya perusahaan menjual produknya dengan harga yang hanya setara dengan biaya produksinya, maka perusahaan tersebut harus menaikkan harga jual untuk menutupi biaya tambahan tersebut, atau harus mengurangi *volume* produksinya — mungkin hingga berhenti beroperasi sama sekali.

Namun, misalkan perusahaan tersebut memiliki pesaing yang juga menjual produk serupa dengan harga yang sama, tetapi tidak terkena tanggung jawab hukum atas asap (atau mungkin menggunakan mesin yang lebih baru yang tidak menghasilkan asap sebagai produk sampingan). Dalam keadaan ini, perusahaan tidak dapat menaikkan harganya; konsumen akan langsung beralih ke pesaing yang menjual produk identik dengan harga lama. Jika biaya

⁹⁰ Beberapa hak milik tidak dapat dialihkan (*inalienable*). Misalnya, orang tidak diperbolehkan menjual diri mereka sebagai budak, menjual organ vital mereka, atau (di Inggris) darah mereka ke bank darah. Beberapa pembatasan ini (misalnya, penjualan bayi untuk diadopsi) akan dibahas di bab-bab selanjutnya. Untuk esai ulasan terbaru oleh seorang ekonom, lihat Susan Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 Col. L. Rev. 931 (1985).

produksi perusahaan akan lebih rendah dengan jumlah produksi yang lebih sedikit (mengapa bisa demikian?), mungkin perusahaan masih dapat menutup biaya tambahan tersebut dengan mengurangi produksinya. Jika tidak, maka ia harus menutup usahanya. Dalam kedua skenario tersebut, akan terjadi penurunan tidak hanya pada laba perusahaan, tetapi juga pada jumlah tenaga kerja yang dipekerjakan, *volume* pembelian bahan baku, dan jumlah sewa tanah maupun sumber daya langka lainnya yang dapat dibayarkan oleh perusahaan.

Sekarang, misalkan semua pabrik pesaing juga dikenakan tanggung jawab hukum atas kerusakan akibat asap, sehingga seluruhnya mengalami peningkatan biaya produksi. Dalam skenario ini, kenaikan harga menjadi sesuatu yang layak dilakukan. Penjualan tidak akan turun hingga nol. Produk yang dihasilkan oleh semua perusahaan tersebut memang identik satu sama lain, tetapi tidak identik dengan produk lain di pasar, sehingga konsumen mungkin bersedia membayar lebih mahal daripada tidak mendapatkan produk tersebut sama sekali. Namun, seperti telah dijelaskan dalam Bab 1, akan terjadi substitusi dalam konsumsi, dan akibatnya *output* industri secara keseluruhan akan menurun. Satu-satunya perbedaan antara skenario ini dengan skenario sebelumnya adalah bahwa dalam skenario ini, para konsumen ikut menanggung beban tanggung jawab tersebut. Sebagian konsumen akan beralih ke produk pengganti meskipun sebelumnya lebih memilih untuk tetap mengonsumsi produk industri tersebut pada harga lamanya; ⁹¹sebagian lainnya tetap membeli namun harus membayar harga yang lebih tinggi.

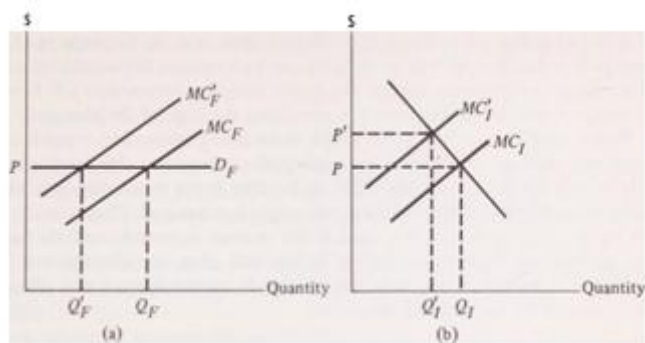


Figure 3.2

⁹¹ Bagaimana konsumen dapat menanggung sebagian beban dalam contoh sebelumnya?

Gambar 3.2 menggambarkan dua skenario ini. Bagian kiri menampilkan kasus ketika sebuah perusahaan menghadapi peningkatan biaya yang tidak dialami oleh pesaingnya;⁹² dalam hal ini, perusahaan menghadapi kurva permintaan horizontal karena sedikit saja kenaikan harga akan menyebabkan penjualannya turun menjadi nol akibat peralihan konsumen ke pesaing.⁹³ Bagian kanan menggambarkan peningkatan biaya yang dialami secara merata oleh semua pesaing; dalam hal ini, kurva permintaan yang relevan adalah kurva permintaan industri, bukan permintaan untuk satu perusahaan saja.

Namun demikian, analisis ini belum lengkap karena mengabaikan dampak pada sektor lain dalam perekonomian akibat menurunnya *output* suatu produk. *Output* dari produk-produk substitusi akan meningkat, dan hal ini dapat menguntungkan para pekerja di industri-industri yang memproduksi barang substitusi tersebut. (Konsumen dapat diuntungkan atau dirugikan, tergantung pada apakah biaya di industri substitusi tersebut meningkat atau menurun seiring peningkatan *output*.)

Perhatian terhadap efek lintas sektor ini membedakan analisis “*general equilibrium*” dari analisis “*partial equilibrium*” yang lebih umum digunakan dalam mengevaluasi perubahan kondisi ekonomi.

Terkait dengan konsekuensi distribusi dari kebijakan pengendalian polusi yang dievaluasi dalam kerangka *partial-equilibrium*, perlu dicatat bahwa para pekerja dan (dalam contoh kedua) konsumen yang menanggung sebagian biaya kepatuhan terhadap kebijakan tersebut, dapat merupakan kelompok masyarakat yang secara ekonomi kurang mampu dibandingkan dengan pihak-pihak yang memperoleh manfaat dari penurunan tingkat polusi.

Beberapa jenis kerugian akibat polusi bersifat estetis dan bukan berkaitan dengan kesehatan, serta umumnya dirasakan oleh individu-individu yang berpendidikan tinggi, memiliki waktu luang, dan tergolong berkecukupan secara ekonomi. Lebih lanjut, apabila properti yang nilainya meningkat akibat penurunan polusi merupakan properti sewaan, maka pihak yang menerima manfaat utama bukanlah para penyewa, melainkan pemilik

⁹² Apakah keberadaan pesaing merupakan syarat yang cukup untuk membuat kurva permintaan yang dihadapi setiap perusahaan bersifat horizontal? Mengapa tidak? Apa implikasinya terhadap analisis dalam teks?

⁹³ Subskrip F dalam Gambar 3.2 merujuk pada “firm” (perusahaan), sedangkan subskrip I merujuk pada “industry” (industri).

properti (yang kemungkinan besar merupakan pihak yang secara ekonomi lebih mapan), karena pemilik akan cenderung menaikkan nilai sewa atas properti yang kini menjadi lebih bernilai.⁹⁴

Sejauh ini diasumsikan bahwa setiap perubahan terhadap struktur hak milik (*property rights*) niscaya memiliki dampak distribusi tertentu. Namun, asumsi tersebut hanya benar apabila sumber daya yang terdampak oleh perubahan tersebut bersifat spesifik atau terspesialisasi, yaitu tidak dapat dialihkan ke penggunaan alternatif dengan nilai atau harga yang setara.

Sebagai ilustrasi, apabila lahan tempat berdirinya pabrik memiliki nilai yang setara untuk kegiatan lain yang tidak menghasilkan polusi, maka pemberlakuan tanggung jawab hukum (*liability*) atas dampak polusi tidak akan memengaruhi nilai lahan tersebut. Demikian pula, apabila para pekerja memiliki peluang kerja yang sama baiknya di tempat lain, maka dampak yang mereka alami terbatas hanya pada biaya perpindahan kerja. Dengan demikian, kontraksi atau penutupan pabrik hanya akan berdampak terhadap kekayaan pemilik lahan dan pekerja apabila lahan dan keterampilan yang dimiliki lebih bernilai dalam penggunaannya saat ini dibandingkan dengan dalam penggunaan alternatif.

Dampak distribusi tersebut juga dapat bergantung pada pengaturan kontraktual. Apabila pekerja memiliki perjanjian kerja jangka panjang dengan pemilik pabrik, maka pemilik akan dipaksa untuk menanggung sebagian dari biaya tambahan yang seharusnya dibebankan kepada pekerja. Demikian pula, apabila penyewa memiliki perjanjian sewa jangka panjang, maka sebagian manfaat dari penurunan polusi akan menjadi hak penyewa, bukan sepenuhnya menjadi milik pemilik properti.

Dengan demikian, perlindungan terhadap dampak kekayaan akibat perubahan hak milik dapat diatur melalui kontrak, namun pihak yang menghendaki adanya perlindungan tersebut wajib memberikan kompensasi kepada pihak lain atas pengambilalihan risiko dari perubahan tersebut.

Ketika biaya transaksi yang tinggi membuat perjanjian kontraktual menjadi tidak layak dilakukan, dampak kekayaan (*wealth effects*) masih dapat diredam melalui antisipasi. Misalnya, jika aturan tradisional menetapkan

⁹⁴ Untuk bukti empiris mengenai insidensi regresif dari pengendalian polusi, lihat: Nancy S. Dorfman & Arthur Snow, *Who Will Pay for Pollution Control?*, 28 *National Tax Journal* 101 (1975).

bahwa petani memiliki hak untuk bebas dari kerusakan akibat percikan api (*spark damage*), namun terdapat ekspektasi bahwa aturan tersebut mungkin akan diubah, maka para calon pembeli lahan pertanian akan membayar dengan harga yang lebih rendah. Apabila perubahan tersebut benar-benar terjadi, kerugian yang mereka alami akan lebih kecil. Dengan demikian, perubahan hukum hanya akan mengubah distribusi kekayaan sejauh perubahan tersebut tidak diantisipasi sebelumnya dan memengaruhi permintaan terhadap sumber daya yang bersifat spesifik (*specialized*).

L. Tanah Milik Negara (*Public Lands*)

Sebagian besar tanah di wilayah barat Amerika Serikat dimiliki dan dikelola oleh pemerintah *federal*. Dorongan awal untuk mempertahankan kepemilikan luas atas tanah publik berasal dari gerakan konservasi, yang mengkhawatirkan bahwa pengembangan oleh pihak swasta akan mengakibatkan eksploitasi sumber daya alam secara prematur, terutama hasil hutan seperti kayu. Namun, kekhawatiran ini tidak memiliki dasar ekonomi. Eksploitasi hutan untuk kayu, berbeda dengan eksploitasi laut untuk perikanan, tidak melibatkan eksternalitas. Dalam memutuskan apakah pohon akan ditebang, pemilik tanah secara pribadi akan mempertimbangkan tidak hanya pendapatan dari penjualan kayu dan biaya penebangan serta penggergajian, tetapi juga biaya peluang karena tidak menunggu pohon tersebut tumbuh hingga mencapai tinggi maksimalnya.

Pengelolaan sumber daya oleh pemerintah justru bersifat kontraproduktif. Pemerintah membatasi jumlah pohon yang boleh ditebang di setiap petak tanah milik negara hanya pada jumlah pertumbuhan pohon baru sejak penebangan terakhir, demi mencegah berkurangnya jumlah pohon secara bersih. Hutan yang sangat tua cenderung memiliki sedikit pertumbuhan baru karena pohon-pohonnya tumbuh terlalu rapat. Oleh karena itu, hanya sedikit pohon yang diperbolehkan untuk ditebang dari petak-petak tersebut — padahal justru penebangan yang lebih besar dapat mendorong pertumbuhan pohon yang lebih cepat, dan dalam jangka panjang dapat memaksimalkan hasil dari hutan tersebut. Sebaliknya, aturan "pertumbuhan bersih" ini dapat mendorong penebangan berlebihan di hutan muda.

Satu-satunya justifikasi utama atas kepemilikan tanah secara luas oleh pemerintah adalah alasan estetika, yakni untuk melestarikan kawasan hutan belantara bagi kepentingan rekreasi seperti berkemah. Namun, rasionalitas

ekonominya lemah, terutama karena sulitnya melakukan pengenaan biaya atas akses publik, meskipun sebetulnya masalah ini bisa diatasi. Hanya sedikit jalan yang menuju ke kawasan-kawasan tersebut, dan pos retribusi (*toll booth*) dapat dengan mudah didirikan di titik-titik akses. Demikian pula, taman nasional seharusnya dapat diprivatisasi; justifikasi yang lebih kuat justru terdapat pada keberadaan taman kota, yang digunakan oleh lebih banyak orang dengan keterbatasan akses terhadap ruang terbuka (mengapa?). Jika memang ada alasan tertentu untuk memberikan subsidi terhadap pemanfaatan fasilitas semacam itu (walaupun hanya sedikit penggunaanya yang tergolong miskin), maka subsidi dapat diberikan dalam bentuk hibah kepada pemilik swasta, dan tidak terdapat dasar ekonomi yang kokoh bagi kepemilikan oleh pemerintah.

95

Bacaan yang Disarankan

1. Louis De Alessi, *Ekonomi Hak Milik: Tinjauan atas Bukti Empiris*, 2 *Journal of Research in Law & Economics* 1 (1980).
2. William F. Baxter, *Manusia atau Penguin: Argumentasi untuk Polusi yang Optimal* (1974).
3. Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Aturan Kepemilikan, Aturan Tanggung Gugat, dan Ketidakbolehan Alih: Satu Pandangan terhadap Katedral*, 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).
4. Marion Clawson, *Ekonomi dalam Pengelolaan Hutan Nasional* (1976).
5. Ronald H. Coase, *Permasalahan Biaya Sosial*, 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960).
6. Harold Demsetz, *Menuju Teori Hak Milik*, 57 *American Economic Review* (Papers & Proceedings) 347 (1967).
7. Harold Demsetz, *Kapan Aturan Tanggung Gugat Menjadi Penting?*, 1 *Journal of Legal Studies* 13 (1972).
8. Ross D. Eckert, *Privatisasi Sumber Daya Laut: Ekonomi dan Hukum Laut* (1979).

⁹⁵ Beberapa topik yang lazim dibahas dalam mata kuliah hukum kebendaan akan dibahas kembali dalam bagian-bagian selanjutnya dari buku ini. Lihat Bab 16.6 (penegakan ketentuan kode perumahan), Bab 17.4 (pajak properti/real estat), dan Bab 18.2–18.6 (warisan). Lihat pula pembahasan mengenai perkara Boomer dalam Bab 4.L infra.

9. Robert C. Ellickson, *Alternatif terhadap Zoning: Perjanjian, Aturan Gangguan, dan Denda sebagai Instrumen Pengendalian Tata Guna Lahan*, 40 *University of Chicago Law Review* 681 (1973).
10. Thomas W. Merrill, *Perbuatan Melanggar Hak Milik, Gangguan, dan Biaya Penetapan Hak Milik*, 14 *Journal of Legal Studies* 13 (1985).
11. A.I. Ogus & G.M. Richardson, *Ekonomi dan Lingkungan: Kajian terhadap Gangguan Privat*, 36 *Cambridge Law Journal* 284 (1977).
12. Bernard H. Siegan, *Tata Guna Lahan Tanpa Zoning* (1972).
13. John R. Umbeck, *Teori Hak Milik, dengan Aplikasi pada Demam Emas California* (1981).
14. Stephen F. Williams, *Perjanjian Tersirat dalam Sewa-Menyewa Minyak dan Gas: Beberapa Prinsip Umum*, 29 *University of Kansas Law Review* 153 (1981).
15. *Dasar-Dasar Ekonomi dalam Hukum Hak Milik* (disunting oleh Bruce A. Ackerman, 1975).

Permasalahan

1. Misalkan Anda dapat mengetahui apakah terdapat cadangan minyak di bawah tanah milik seseorang dengan cara mengarahkan gelombang radio ke bawah permukaan tanah milik orang tersebut. Anda tidak perlu berada tepat di atas lokasi deposit, yaitu berada dalam batas-batas kepemilikan lahan tersebut; gelombang dapat diarahkan secara serong. Haruskah pemilik tanah memiliki hak untuk meminta larangan terhadap penetrasi elektronik semacam itu sebagai suatu bentuk pelanggaran (*trespass*)? Apakah kemungkinan keberatan pemilik terhadap risiko relevan dalam hal ini?
2. Apabila pemerintah melelang hak penggunaan frekuensi siaran, apakah jumlah penawaran tertinggi yang diajukan oleh pemenang lelang akan setara dengan nilai sosial yang diharapkan dari penggunaan tersebut? Mengapa hal itu mungkin tidak terjadi?
3. Haruskah pemerintah diwajibkan untuk memberikan kompensasi atas informasi yang dikumpulkan dari individu maupun badan usaha untuk keperluan sensus?

4. Misalkan pemerintah melakukan pengambilalihan (pengadaan) atas suatu properti di mana penyewa telah melakukan peningkatan (*improvement*) yang memiliki usia manfaat melebihi masa sewa. Haruskah nilai peningkatan tersebut dimasukkan dalam jumlah kompensasi yang wajib dibayarkan pemerintah kepada penyewa atas tindakan pengambilalihan tersebut? Lihat *Almota Farms Elevator Warehouse Co. v. United States*, 409 U.S. 470 (1973).
5. Terdapat sebuah air terjun indah yang mengalir melewati rumah A. Haruskah A diizinkan untuk memperoleh hak atas air terjun tersebut terhadap pengguna lain dari aliran sungai tersebut (dengan asumsi A adalah pihak yang pertama mengklaim)? Adakah kendala teknis dalam pengakuan hak tersebut?
6. Jika tidak terdapat hak untuk mencegah seseorang mendirikan bangunan yang menghalangi jendela milik tetangganya, apakah hal tersebut dapat mendorong praktik pemerasan?
7. Apakah rumusan-rumusan berikut mengenai uji ekonomi (*economic test*) untuk menentukan kepada siapa hak milik (*property right*) seharusnya diberikan dapat dianggap ekuivalen? Jika tidak, manakah yang paling tepat?
 - a. Memberikan hak kepada pihak sedemikian rupa agar biaya transaksi diminimalkan.
 - b. Memberikan hak kepada pihak sedemikian rupa agar probabilitas terjadinya transaksi—jika hak tersebut lebih bernilai bagi pihak lain daripada pemegang hak saat ini—dimaksimalkan.
 - c. Memberikan hak kepada pihak sedemikian rupa agar tidak diperlukan transaksi untuk mencapai efisiensi.
 - d. Memberikan hak kepada pihak sedemikian rupa agar jumlah dari biaya transaksi dan kerugian akibat kegagalan melakukan pertukaran yang memaksimalkan nilai diminimalkan.
8. Seseorang menemukan pintu masuk ke sebuah gua besar yang memiliki nilai pemandangan (*scenic*) di atas tanah miliknya. Gua tersebut membentang di bawah lahan milik orang lain. Haruskah orang tersebut diberikan hak atas gua tersebut, ataukah pemilik tanah di atasnya (*superjacent owners*) masing-masing memiliki bagian gua yang tepat berada di bawah tanah mereka, atau haruskah mereka dianggap sebagai

pemilik bersama yang tidak terbagi atas gua tersebut? Lihat *Edwards v. Sims*, 232 Ky. 791, 24 S.W.2d 619 (1929).

9. Sebuah *sanatorium* untuk penderita tuberkulosis dibangun di kawasan pemukiman. Nilai properti di kawasan tersebut menurun karena penduduk sekitar khawatir akan penularan dari pasien *sanatorium*, meskipun kekhawatiran tersebut tidak memiliki dasar ilmiah. Haruskah *sanatorium* tersebut tetap dianggap sebagai gangguan hukum (*nuisance*) apabila penurunan nilai properti pemukiman lebih besar daripada peningkatan nilai atas lahan yang digunakan untuk pembangunan *sanatorium* tersebut? Lihat *Everett v. Paschall*, 61 Wash. 47, 111 P. 879 (1910); bandingkan juga dengan Bab 28.2 *infra*.
10. Misalkan Anda membeli kolektor surya (*solar collector*) yang mahal dan memasangnya di atap rumah Anda. Kemudian, pemilik lahan tetangga membangun suatu bangunan yang menghalangi sinar matahari ke kolektor Anda. Upaya hukum apa yang dapat Anda tempuh dalam suatu sistem hukum hak milik yang efisien? Lihat *Stephen F. Williams, Solar Access and Property Rights: A Maverick Analysis*, 11 Conn. L. Rev. 430 (1979); *Prah v. Moretti*, 108 Wis. 2d 223, 321 N.W.2d 182 (1982).
11. Dari sudut pandang ekonomi, apakah Anda menyetujui atau tidak menyetujui upaya terkini dari negara-negara pesisir untuk memperluas batas-batas nasional mereka hingga 200 mil dari garis pantai? Haruskah dibuat perbedaan antara klaim kewenangan nasional atas pelayaran dengan klaim atas eksploitasi sumber daya mineral?
12. Bahas dampak ekonomi dari *inclusionary zoning*, yaitu kebijakan di mana pengembang perumahan bagi masyarakat kelas menengah diwajibkan untuk menyediakan sebagian dari unit perumahan tersebut bagi masyarakat berpenghasilan rendah. Lihat *Robert C. Ellickson, The Irony of "Inclusionary Zoning,"* 54 So. Calif. L. Rev. 1167 (1981).
13. Jika Anda adalah seorang penulis dan menerima royalti berdasarkan persentase tetap dari penerbit Anda, apakah Anda ingin penerbit mengenakan harga yang lebih tinggi atau lebih rendah atas buku Anda dibandingkan dengan keinginan penerbit? Kaitkan dengan isu mengenai kepemilikan yang terbagi (*divided ownership*).

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB IV

HAK KONTRAKTUAL

DAN UPAYA HUKUMNYA

A. Proses Pertukaran dan Peran Ekonomi Hukum Kontrak⁹⁶

Bab sebelumnya menekankan pentingnya pertukaran secara sukarela (umumnya berupa barang atau jasa yang ditukar dengan uang) — yakni transaksi pasar — dalam memindahkan sumber daya dari penggunaan yang kurang bernilai ke penggunaan yang lebih bernilai, serta mencatat berbagai hambatan terhadap pertukaran yang memaksimalkan nilai. Namun, proses pertukaran itu sendiri — setelah syarat-syarat disepakati — diasumsikan berjalan secara andal tanpa intervensi hukum. Asumsi ini benar secara ketat hanya dalam situasi di mana kedua belah pihak melaksanakan kewajibannya dalam kontrak secara serempak; padahal kondisi keserempakan tersebut sangat jarang terjadi. Ketika kondisi keserempakan tidak terpenuhi, maka terdapat dua risiko yang mengancam proses pertukaran, yaitu *opportunism* (tindakan oportunistik) dan *unforeseen contingencies* (peristiwa tak terduga), yang mana hukum menyediakan mekanisme perlindungannya.

Contohnya, A menyewa B untuk membangun sebuah rumah, dengan pembayaran akan dilakukan setelah pembangunan selesai. Selama proses pembangunan dan sebelum pembayaran dilakukan, B berada dalam posisi yang rentan terhadap A, karena akan sangat sulit bagi B — terlebih jika tanah tempat rumah dibangun adalah milik A — untuk menjual rumah tersebut kepada pihak lain apabila A memutuskan untuk tidak membayar. Dalam prinsipnya, A dapat memaksa B untuk menurunkan harga setelah pembangunan berlangsung. (Karena hukum kontrak, seperti halnya institusi sosial lainnya, tidak bekerja secara sempurna, maka tidak mengherankan jika para pembangun biasanya mensyaratkan pembayaran bertahap — dan bukan semata-mata karena pelanggan mereka adalah pemberi pinjaman dengan biaya termurah.)

⁹⁶ Mengenai hukum kontrak, lihat E. Allen Farnsworth, *Contracts* (1982), dan Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Commercial Transactions: Principles and Policies* (1982); yang terakhir merupakan buku kasus (casebook) yang memuat banyak catatan bernuansa ekonomi.

Setelah rumah selesai dibangun dan A membayar B, posisi keduanya terbalik. Kini A yang berada dalam posisi bergantung kepada B. Sebab pembangunan rumah bukanlah akhir dari pelaksanaan kewajiban B, melainkan awal dari harapan A akan serangkaian manfaat yang diperolehnya dari rumah tersebut selama bertahun-tahun ke depan. Jika B membangun rumah tersebut secara asal-asalan, dan rumah tersebut rusak dalam hitungan bulan, maka harapan A akan menjadi kekecewaan besar.

Perhatikan kesamaan dengan pembahasan dalam bab sebelumnya mengenai disinsentif untuk mengolah tanah dalam dunia tanpa hak milik. Baik permasalahan tersebut maupun permasalahan oportunisme dalam kontrak sama-sama berakar dari sifat kegiatan ekonomi yang bersifat sekuensial. Apabila kegiatan menanam dan memanen dilakukan secara bersamaan, kebutuhan akan pengakuan hak milik atas tanah (sebagai sesuatu yang terpisah dari hasil panen) akan menjadi kurang mendesak; demikian pula, jika pertukaran kontraktual benar-benar dilakukan secara bersamaan (padahal kenyataannya tidak demikian), maka kebutuhan akan perlindungan hukum atas hak-hak kontraktual juga menjadi kurang penting.⁹⁷

Dalam kedua bidang tersebut, ketiadaan hak yang dapat ditegakkan secara hukum akan, antara lain, menyebabkan bias investasi menuju kegiatan ekonomi yang dapat diselesaikan dalam jangka waktu singkat; dan hal ini akan menurunkan efisiensi.

Misalkan A ingin menjual sapi. Ada dua penawar, yaitu B dan C. Sapi tersebut bernilai \$50 bagi B dan \$100 bagi C (dan hanya \$30 bagi A), sehingga efisiensi menuntut agar sapi tersebut dijual kepada C dan bukan kepada B. Akan tetapi, B memiliki uang tunai sebesar \$50 saat itu juga, sementara C baru dapat memperoleh uang tunai dalam waktu satu minggu. C berjanji akan membayar \$75 kepada A dalam satu minggu, dan diasumsikan bahwa tambahan \$25 tersebut sepenuhnya akan mengkompensasi A atas biaya-biaya—jika terjadi wanprestasi—yang harus dikeluarkan untuk menggugat ganti rugi atau mengupayakan pengembalian sapi, yang telah didiskonto berdasarkan risiko wanprestasi—dengan catatan bahwa hukum

⁹⁷ Hal ini menyiratkan, dan memang ditemukan, bahwa dalam masyarakat primitif, di mana pertukaran kontraktual cenderung dilakukan secara bersamaan, hukum kontrak—berbeda dengan banyak bidang hukum primitif lainnya—masih sangat sederhana; khususnya, kontrak eksekutor (executory contracts)—yakni kontrak di mana kedua belah pihak belum mulai melaksanakan kewajiban kontraktualnya—tidak ditegakkan. Lihat Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 182–184 (1981).

memberikan perlindungan atas janji C tersebut. Namun, jika hukum tidak memberikan perlindungan terhadap janji semacam itu, A dapat memutuskan bahwa, mengingat kemungkinan C gagal mendapatkan dana dan B kehilangan minat terhadap transaksi selama menunggu, lebih baik baginya untuk segera menjual sapi kepada B. Jika A memutuskan demikian, maka kegagalan hukum dalam memberikan upaya hukum terhadap pelanggaran janji oleh C telah menyebabkan terjadinya misalokasi sumber daya, karena mencegah terjadinya pertukaran di mana pelaksanaan kewajiban oleh salah satu pihak ditunda. B tentu saja dapat menjual kembali sapi tersebut kepada C di kemudian hari, tetapi hal itu akan menimbulkan tambahan biaya transaksi.

Sekarang misalkan A menawarkan sebuah kemeja seharga \$5, dan B menawarkan kemeja lain seharga \$6 yang diklaimnya (secara jujur) akan bertahan tiga kali lebih lama dibandingkan kemeja A dan oleh karena itu lebih bernilai. Akan tetapi, perbedaan ini tidak tampak melalui pemeriksaan atau sentuhan kasual. B mungkin bersedia memberikan jaminan atas daya tahan unggul dari kemejanya, tetapi jika janji tersebut tidak dapat ditegakkan secara hukum, konsumen mungkin akan meragukan kejujuran klaim tersebut dan lebih memilih membeli kemeja A. Hal ini sekali lagi menghasilkan hasil yang suboptimal.

Namun demikian, hal ini tidak berarti bahwa tanpa hukum kontrak sistem pertukaran sukarela akan sepenuhnya runtuh. Di masyarakat yang tidak memiliki lembaga penegakan hukum formal, kontrak tetap ada; demikian pula dalam hubungan antarnegara, yang masing-masing tidak tunduk pada pembatasan hukum terhadap kedaulatannya.

Seseorang yang dikenal tidak menunaikan kewajibannya dalam suatu perjanjian akan mengalami kesulitan untuk menemukan pihak lain yang bersedia melakukan pertukaran dengannya di masa mendatang, yang pada akhirnya merupakan bentuk sanksi mahal atas tindakan memanfaatkan kerentanan pihak lawan kontrak — kerentanan yang timbul dari sifat pelaksanaan kontrak yang berlangsung secara berurutan (*sequential*). Bahkan dapat terjadi bahwa definisi mengenai kewajiban para pihak dalam suatu pertukaran dibuat secara lebih eksplisit, baik secara tertulis maupun dengan merujuk pada kebiasaan, dibandingkan dalam rezim hukum kontrak yang dapat ditegakkan. Para pihak dalam transaksi akan sangat berhati-hati untuk meminimalisasi kesalahpahaman yang dapat menimbulkan tuduhan beritikad buruk, karena seseorang yang dikenai tuduhan demikian akan lebih sulit

memperoleh mitra transaksi di masa depan dibandingkan dalam sistem di mana hak-hak kontraktual dilindungi oleh hukum.

Namun demikian, suatu sistem yang sepenuhnya bersifat sukarela tidak akan efisien. Selain biaya untuk memelihara biro kredit dan mengelola uang jaminan (terutama dalam dunia di mana pengembalian jaminan tersebut tidak dapat dipaksakan secara hukum), upaya perlindungan diri (*self-protection*) tidak selalu efektif. Meskipun seseorang yang mempertimbangkan pelanggaran kontrak akan memperhitungkan biaya berupa berkurangnya kemauan pihak lain untuk berkontrak dengannya di masa mendatang, manfaat yang diperoleh dari pelanggaran kontrak tersebut bisa saja melebihi biaya tersebut. Misalnya, ia mungkin sudah lanjut usia; atau (hal yang berkaitan) kontrak tertentu yang dilanggarnya memiliki nilai yang jauh lebih besar daripada seluruh kontrak yang ia perkirakan akan buat di masa mendatang; atau ia mungkin tidak bergantung pada kontrak sama sekali dan dapat tetap menjalankan kegiatan ekonominya melalui transaksi tunai langsung (*cash-and-carry*).

Dengan demikian, fungsi fundamental dari hukum kontrak (dan telah diakui demikian setidaknya sejak zaman *Hobbes*)⁹⁸ adalah untuk mencegah orang bertindak oportunistik terhadap pihak lawan kontraknya, guna mendorong penjadwalan kegiatan ekonomi secara optimal dan menghindari perlunya tindakan perlindungan diri yang mahal.

Namun, tidak selalu mudah untuk menentukan kapan suatu pihak bertindak oportunistik. Misalnya, A menyewa B untuk melukis potretnya “sesuai dengan kepuasan A.” B melukis potret yang dikagumi oleh para ahli lukisan potret, meskipun tidak cukup menarik bagi mereka untuk membelinya dengan harga sesuai kontrak. A menolak potret tersebut dan menolak memberikan alasan atas penolakannya. Apabila penolakan tersebut tidak dilakukan dengan itikad baik, maka A dianggap telah melanggar kontrak.

Itikad baik — yang dalam konteks ini berarti tidak mencoba memanfaatkan kerentanan yang muncul dari sifat pelaksanaan kontrak yang sekuensial — adalah syarat tersirat dalam setiap kontrak. Tidak ada pihak yang secara sukarela ingin menempatkan dirinya di bawah belas kasihan pihak lain dalam kontrak; oleh karena itu, adalah wajar untuk mengasumsikan bahwa

⁹⁸ Lihat Thomas Hobbes, *Leviathan* 70-71 (1914 [1651]).

jika para pihak telah mempertimbangkan kemungkinan adanya tindakan beritikad buruk, mereka pasti akan secara tegas melarangnya dalam kontrak.

Apakah hukum seharusnya melangkah lebih jauh dan menyisipkan kewajiban yang tersirat mengenai kewajaran (*reasonableness*) pada pihak A? Jawabannya adalah tidak seharusnya (dan hukum memang tidak mengharuskannya). Kemungkinan besar para pihak memang bermaksud agar A menjadi satu-satunya penilai atas kecukupan kinerja B. Bahasa kontrak mengarah ke arah itu, meskipun tidak secara konklusif; dan asumsi ini diperkuat oleh kenyataan bahwa hakim atau juri cenderung tidak memiliki kompetensi untuk menilai apakah A, meskipun secara faktual (dengan asumsi bahwa ia bertindak dengan itikad baik) merasa tidak puas terhadap potret tersebut, seharusnya merasa puas.

Sebaliknya, apabila kontrak tersebut — meskipun menggunakan bahasa yang sama — dibuat untuk pekerjaan pengecatan dinding luar pabrik, maka pengadilan mungkin akan memutuskan bahwa para pihak tidak bermaksud menjadikan “selera pembeli” sebagai tolok ukur pemenuhan kewajiban oleh penjual. Dalam hal ini, hakim atau juri akan lebih mudah menentukan apakah hasil pekerjaan tersebut cukup baik untuk keperluan sehari-hari (*workaday purpose*).⁹⁹

Dalam pembahasan mengenai klausul tersirat dalam kontrak, kita menemukan satu lagi fungsi penting dari hukum kontrak selain mencegah perilaku oportunistik, yaitu menyempurnakan (mengisi) kesepakatan para pihak. Fungsi ini juga berkaitan erat dengan sifat pelaksanaan kontrak yang berlangsung secara sekuensial. Semakin lama pelaksanaan kontrak berlangsung — dan perlu dicatat bahwa pelaksanaan ini mencakup keseluruhan rangkaian jasa di masa depan yang diperjanjikan dalam suatu pertukaran — maka akan semakin sulit bagi para pihak untuk meramalkan berbagai kemungkinan (kontinjensi) yang dapat memengaruhi pelaksanaan kontrak.

Lebih lanjut, beberapa kemungkinan, meskipun dapat diramalkan dalam arti bahwa kedua belah pihak sadar akan potensi terjadinya, begitu kecil kemungkinannya terjadi sehingga biaya untuk menyusunnya secara rinci dalam kontrak bisa melebihi manfaatnya, terutama jika manfaat tersebut didiskontokan dengan memperhatikan probabilitas terjadinya yang rendah.

⁹⁹ Lihat *Morin Building Products Co. v.*

Dalam hal demikian, mungkin lebih efisien bagi pengadilan untuk menyusun (“merancang”) klausul kontraktual yang diperlukan untuk menghadapi kemungkinan tersebut jika dan ketika hal itu benar-benar terjadi.

Kedua jenis kemungkinan ini berkaitan erat: semakin jarang suatu peristiwa terjadi, semakin kecil kemungkinan para pihak akan memikirkannya sebelumnya, dan kelalaian mereka untuk memikirkannya tersebut dapat merupakan respons rasional terhadap biaya informasi yang tidak sebanding dengan manfaatnya.

Tugas pengadilan ketika diminta untuk menerapkan suatu kontrak terhadap suatu kemungkinan yang tidak diperkirakan sebelumnya oleh para pihak adalah membayangkan bagaimana para pihak akan mengatur kemungkinan tersebut jika saja mereka telah mempertimbangkannya sejak awal. Sering kali akan terdapat petunjuk dalam bahasa kontrak; namun tidak jarang pula tidak terdapat petunjuk sama sekali. Dalam situasi demikian, pengadilan mungkin harus menggunakan pendekatan berpikir ekonomi — yakni menentukan cara paling efisien dalam menangani kemungkinan tersebut.

Karena pendekatan tersebut merupakan cara terbaik untuk menentukan bagaimana seandainya para pihak akan mengaturnya. Memang benar bahwa masing-masing pihak hanya peduli pada keuntungan pribadinya, bukan keuntungan bersama; tetapi semakin besar keuntungan bersama yang tercipta, semakin besar pula bagian yang kemungkinan dapat diperoleh oleh masing-masing pihak. Oleh karena itu, mereka memiliki kepentingan bersama dalam meminimalkan biaya pelaksanaan kontrak, dan pengadilan dapat menggunakan kepentingan bersama ini untuk melengkapi kontrak sesuai dengan garis besar kesepakatan yang akan disetujui para pihak pada saat kontrak dibuat. (Dapatkah Anda melihat adanya paralel dengan analisis dalam bab sebelumnya?)

Misalkan A membeli barang dari B, dengan ketentuan bahwa pengiriman akan dilakukan dalam waktu satu bulan, dan selama waktu tersebut gudang milik B terbakar sehingga barang tersebut musnah. Kontrak tidak memuat ketentuan mengenai alokasi risiko kerugian sebelum pengiriman. Namun, karena A dapat mencegah (atau mengasuransikan terhadap) risiko kebakaran di gudangnya sendiri dengan biaya yang lebih rendah dibandingkan B, maka dapat diasumsikan bahwa jika para pihak telah memikirkan permasalahan ini sebelumnya, mereka akan mengalokasikan

risiko kepada A, meskipun secara hukum A belum menjadi “pemilik” barang tersebut; dan itulah alokasi risiko yang seharusnya diberlakukan oleh pengadilan apabila tidak terdapat bukti lain mengenai maksud para pihak.

Pendekatan ini menyarankan suatu kaidah umum dalam menentukan jaminan (*warranties*) apa saja — yaitu janji-janji yang dapat ditegakkan secara hukum — yang sepatutnya dianggap tersirat dalam suatu transaksi jual beli barang. Produsen bertanggung jawab untuk menjamin (secara tersirat) hanya aspek-aspek kinerja yang terutama berada dalam kendalinya, bukan dalam kendali pembeli. Dengan demikian, produsen dianggap memberikan jaminan tersirat bahwa barang tersebut layak untuk digunakan sesuai dengan tujuan umumnya, namun tidak memberikan jaminan bahwa barang tersebut akan bertahan selamanya, karena daya tahan barang sangat mungkin bergantung pada cara penggunaannya oleh pembeli, yang merupakan hal dalam kendali pembeli.

Berikut ini adalah permasalahan yang lebih sulit dalam penggunaan pendekatan ekonomi untuk menafsirkan kontrak. Negara Bagian *Wisconsin* pernah mempekerjakan seseorang bernama Bentley untuk membangun sayap tambahan pada gedung Capitol negara bagian tersebut, di bawah arahan arsitek negara bagian. Bentley mengikuti rencana arsitek tersebut dengan setia, tetapi rencana tersebut ternyata buruk, dan sayap bangunan tersebut runtuh tak lama setelah selesai dibangun. Negara bagian menggugat *Bentley*, dengan dalil bahwa *Bentley* telah menjamin hasil pekerjaannya terhadap kegagalan semacam itu. Namun kontrak tidak memuat ketentuan yang relevan; jelas bahwa tidak satu pun pihak memperkirakan kemungkinan runtuhnya bangunan akibat rencana arsitektur yang keliru. Negara bagian kalah dalam gugatan tersebut.¹⁰⁰

Putusan tersebut tampaknya merupakan hasil yang tepat secara ekonomis. Negara memiliki kemampuan untuk mencegah terjadinya bencana tersebut dengan biaya lebih rendah dibandingkan *Bentley*, yaitu melalui seleksi atau pengawasan yang lebih hati-hati terhadap arsitek. Meskipun demikian, dapat dikemukakan argumen bahwa salah satu tujuan kontrak adalah untuk mengasuransikan negara terhadap keruntuhan bangunan, apa pun penyebabnya; karena asuransi merupakan salah satu cara dalam menghadapi kemungkinan yang tidak terduga, dan kontrak sering kali menjadi sarana

¹⁰⁰ Bentley v. Negara, 73 Wis. 416, 41 NW 338 (1889).

pengalihan risiko melalui mekanisme yang menyerupai asuransi (lihat Bab4.5 infra).

Namun kecil kemungkinan bahwa *Bentley* adalah pihak yang lebih efisien sebagai penyedia asuransi dibandingkan negara. Kemungkinan besar *Bentley* harus membeli polis asuransi secara eksternal, sedangkan negara bagian dapat mengasuransikan diri sendiri (*self-insure*) terhadap risiko tertentu tersebut. (Fungsi asuransi dalam kontrak akan dibahas lebih lanjut kemudian.)

Sampai titik ini, pembahasan kita masih sangat erat terkait dengan gagasan bahwa hukum kontrak berfungsi sebagai pelayan dari transaksi pertukaran (atau dalam terminologi pada bab sebelumnya, sebagai alat untuk pengalihan hak milik). Namun, sudut pandang tersebut terlalu sempit, sebagaimana dapat dilihat dari beberapa contoh berikut:

1. Seorang pria kaya dalam suasana hati yang dermawan berjanji akan membiayai kuliah saya. Saya pun berhenti dari pekerjaan paruh waktu saya, namun kemudian ia mengingkari janjinya, dan saya tidak mampu memperoleh pekerjaan baru.
2. A berjanji untuk mengirimkan barang kepada B “pada tanggal dua belas.” B mengira yang dimaksud adalah tanggal dua belas bulan ini, tetapi A sebenarnya bermaksud tanggal dua belas bulan depan — ia sama sekali tidak mungkin melakukan pengiriman secepat yang (tanpa disadari) diharapkan oleh B.
3. Perusahaan baja A menyepakati pengiriman baja kepada perusahaan pembangun jembatan B dalam waktu 60 hari, namun A mengalami mogok kerja liar (*wildcat strike*) dan tidak dapat melakukan pengiriman.

Dalam ketiga kasus tersebut, permasalahan yang muncul bukanlah mengenai apakah suatu pihak dalam suatu pertukaran gagal melaksanakan kewajibannya. Dalam kasus pertama, bahkan tidak terjadi pertukaran sama sekali; keputusan saya untuk berhenti bekerja paruh waktu tidak memberikan keuntungan apa pun kepada si pemberi janji. Mungkin ia bahkan tidak mengetahui bahwa saya mengundurkan diri. Dalam kasus kedua, tidak ada kesepakatan yang sejalan, baik dalam fakta maupun dalam niat; para pihak sebenarnya bermaksud untuk melakukan transaksi yang berbeda. Dalam kasus ketiga, pelaksanaan kontrak menjadi terhalang oleh keadaan di luar kendali pihak pembuat janji. Namun demikian, dalam ketiga kasus tersebut, terdapat

argumen ekonomi yang mendukung diberlakukannya sanksi terhadap pihak yang gagal melaksanakan janji.

Dalam kasus pertama, janji kosong dari si dermawan telah mendorong adanya *reliance* (ketergantungan) yang berdampak besar bagi pihak penerima janji saat janji tersebut dilanggar. Kerugian akibat *reliance* ini dapat dihindari di masa mendatang jika hukum menetapkan tanggung jawab terhadap pihak pembuat janji atas kerugian *reliance* yang ditimbulkan. Namun, kita perlu membedakan antara janji pemberian (*donative promise*) yang berpotensi menimbulkan *reliance* yang wajar dengan janji yang tidak. Jika saya menjanjikan hadiah kecil dan esoknya menarik janji tersebut, saya tidak memiliki alasan untuk mengira bahwa Anda akan mengandalkan janji tersebut — ketergantungan Anda adalah prematur dan tidak bijaksana, sehingga hukum tidak akan mengikat saya terhadap janji tersebut, terlepas dari apakah Anda benar-benar menggantungkan harapan atau tidak.

Dalam kasus di mana pembeli dan penjual keliru dalam memahami tanggal pengiriman, misalkan terdapat kebiasaan industri yang menyatakan bahwa tanggal pengiriman tanpa menyebutkan bulan berarti merujuk pada bulan berjalan. A adalah pihak yang baru masuk ke industri dan tidak mengetahui kebiasaan tersebut. Namun, memberlakukan pemahaman B kepada A akan berdampak positif, yaitu mendorong pihak-pihak baru dalam industri untuk segera mempelajari “bahasa dagang” yang berlaku. Meskipun demikian, untuk benar-benar yakin bahwa hal ini merupakan hasil yang paling optimal, kita perlu mempertimbangkan dua hal:

- 1) apakah perusahaan-perusahaan yang sudah ada bukanlah pihak yang lebih murah biayanya dalam menyediakan informasi tersebut kepada pendatang baru, dan
- 2) kemungkinan dampak antipersaingan dari pembebanan kewajiban memperoleh informasi kepada pihak-pihak baru dalam pasar.¹⁰¹

Adapun pada kasus ketiga, perusahaan baja kemungkinan berada dalam posisi yang lebih baik untuk memperkirakan dan mengambil langkah pencegahan terhadap gangguan produksi akibat mogok kerja liar. Jika demikian, pengalihan risiko keterlambatan tersebut kepada perusahaan baja

¹⁰¹ Lihat Elizabeth Warren, Penggunaan Perdagangan dan Pihak-pihak dalam Perdagangan: Alasan Ekonomi untuk Aturan yang Tidak Fleksibel, 42 U. Pitt. L. Rev. 515 (1981).

— dengan menetapkan tanggung jawab ganti rugi kepada pembeli — mungkin merupakan cara termurah untuk meminimalkan biaya akibat keterlambatan semacam itu di masa depan.

Dalam contoh-contoh tersebut, pertanyaan mengenai apakah suatu kegagalan dalam melaksanakan suatu janji harus diperlakukan sebagai wanprestasi dalam kontrak, secara analisis ekonomi serupa dengan pertanyaan mengenai apakah suatu gangguan terhadap penggunaan lahan milik tetangga harus dianggap sebagai pelanggaran atas hak milik tetangga tersebut. Pertanyaan pokoknya adalah: Apakah pengenaan tanggung jawab (*liability*) akan menciptakan insentif bagi perilaku yang memaksimalkan nilai (*value-maximizing conduct*) di masa yang akan datang?

Contoh lain dapat memperjelas poin ini. Saya menjual wol kepada produsen pakaian jadi. Tidak ada dari kami yang memeriksa barang tersebut, dan ternyata wol tersebut memiliki cacat tersembunyi (*latent defect*), sehingga gaun-gaun yang dibuat oleh produsen dari wol tersebut menjadi rusak. Anggaplah bahwa biaya pemeriksaan oleh salah satu pihak lebih rendah daripada besarnya kerugian yang diharapkan, yaitu hasil dari nilai kerusakan dikalikan dengan probabilitas adanya cacat pada wol tersebut. Produsen kemudian menggugat saya atas dasar wanprestasi.

Isu hukum utama dalam perkara ini adalah: siapa yang memiliki kewajiban untuk melakukan pemeriksaan? Jawabannya, bagi seorang ekonom (dan seharusnya bagi hakim pula), bergantung pada perbandingan biaya pemeriksaan antara para pihak. Jika lebih murah bagi pihak pembeli untuk memeriksa, maka gugatan akan ditolak, guna memberikan insentif kepadanya — serta kepada pihak lain dalam posisi serupa — untuk melakukan pemeriksaan di masa depan. Solusi ini akan meminimalkan total biaya antara biaya pemeriksaan dan biaya kerusakan.

Namun, jika ternyata lebih murah bagi saya sebagai penjual untuk memeriksa, tetapi pengadilan tetap memutuskan bahwa saya tidak wanprestasi, maka di masa depan pembeli akan membayar saya untuk mencantumkan klausul dalam kontrak yang menyatakan bahwa saya bersedia mengganti kerugian akibat cacat tersembunyi. Transaksi korektif seperti ini lebih mungkin terjadi dalam konteks kontrak dibandingkan dengan kasus pencemaran lingkungan, di mana biaya transaksi umumnya terlalu tinggi (*prohibitively high*).

Akan tetapi, poin ini justru menegaskan kekeliruan dari suatu putusan hukum kontrak yang mengabaikan pertimbangan ekonomi dalam kasus tersebut. Putusan tersebut tidak akan memengaruhi perilaku di masa depan, karena akan dibatalkan oleh para pihak dalam transaksi mereka selanjutnya melalui kontrak tambahan. Namun demikian, putusan tersebut akan menimbulkan biaya transaksi tambahan yang sebenarnya dapat dihindari.

B. Pertimbangan (*Consideration*)

Doktrin bahwa suatu janji, agar dapat ditegakkan secara hukum, harus didukung oleh adanya *consideration* (imbal balik), sekilas tampak sebagai konsekuensi logis dari pandangan bahwa hukum kontrak berfungsi untuk memfasilitasi pergerakan sumber daya, melalui pertukaran sukarela, ke penggunaan yang paling bernilai. Jika suatu janji sepenuhnya bersifat sepihak, maka ia tidak dapat menjadi bagian dari proses pertukaran. Namun, tidak benar bahwa hanya janji-janji yang berkaitan dengan pertukaran saja yang patut ditegakkan secara hukum.

Ingatlah kembali contoh di mana seorang pemuda melepaskan pekerjaan paruh waktunya berdasarkan janji seorang dermawan kaya untuk membiayai pendidikannya di perguruan tinggi. Dalam kasus tersebut, tidak terjadi pertukaran dalam arti yang realistis, namun hukum tetap memperlakukan pelanggaran janji tersebut sebagai wanprestasi atas suatu kontrak. Hukum melakukan hal ini dengan menciptakan fiksi bahwa "kerugian yang timbul karena ketergantungan" (*detrimental reliance*) — yaitu melepas pekerjaan paruh waktu — adalah bentuk dari *consideration*; namun terlepas dari fiksi tersebut, hukum tetap memberlakukan janji tersebut.

Berikut contoh yang lebih kompleks: A menyelamatkan B dari suatu bahaya, dan setelahnya B menjanjikan A suatu anuitas seumur hidup. Apakah janji ini dapat ditegakkan? Ya, berdasarkan teori (jika dapat disebut demikian) mengenai adanya "*moral consideration*", meskipun tindakan penyelamatan telah dilakukan sepenuhnya sebelum janji diberikan.

Putusan tersebut dapat dibenarkan, asalkan B memang berniat membuat suatu janji yang secara hukum mengikat. Dalam keadaan semacam ini, membuat janji B menjadi mengikat secara hukum sebenarnya akan meningkatkan kesejahteraan B secara *ex ante* (yakni pada saat janji dibuat). B ingin memberikan hadiah yang murah hati; namun jika ia tidak dapat

memberikan jaminan yang mengikat kepada A bahwa hadiah tersebut akan diberikan sesuai dengan ketentuan yang dijanjikan (yakni sepanjang hidup A), maka nilai hadiah tersebut akan berkurang bagi A, dan dengan demikian akan mengurangi kepuasan (utilitas) yang dirasakan oleh B sendiri. Oleh karena itu, penegakan hukum terhadap janji tersebut akan meningkatkan kesejahteraan kedua belah pihak — terlebih lagi dalam kasus yang mungkin lebih umum terjadi, yaitu ketika A tidak pernah harus mengajukan gugatan untuk menuntut pelaksanaan janji B.

Jika hukum sedemikian mudahnya membentuk fiksi mengenai syarat *consideration*, maka apa sebenarnya fungsi doktrin tersebut?

1. Doktrin ini mengurangi jumlah gugatan kontrak palsu, dengan mensyaratkan penggugat untuk membuktikan lebih dari sekadar bahwa seseorang telah menjanjikan sesuatu kepadanya; penggugat juga harus menunjukkan bahwa ada suatu bentuk kesepakatan — hal yang tidak mudah untuk direkayasa dari nol. Fungsi pembuktian ini penting dalam sistem hukum seperti di Amerika Serikat, yang mengakui keberlakuan kontrak lisan, sebuah keniscayaan di era komunikasi modern seperti telepon.
2. Doktrin ini mengurangi kemungkinan terjadinya komitmen kontraktual yang tidak disengaja, yang timbul karena penggunaan bahasa janji secara sembrono atau santai. (Apakah doktrin *moral consideration* konsisten dengan fungsi 1 dan 2 ini?)
3. Fungsi lain, yang mungkin lebih tepat dibahas ketika kita membahas biaya administrasi sistem peradilan secara sistematis di bagian selanjutnya buku ini, adalah membebaskan pengadilan (yang biayanya tidak sepenuhnya ditanggung oleh para pihak dalam litigasi) dari kewajiban untuk menegakkan banyak janji cuma-cuma yang muncul dalam konteks sosial dan keluarga. Konsep *detrimental reliance* (atau *promissory estoppel*) membatasi penegakan hanya pada janji-janji sukarela yang berpotensi menimbulkan biaya yang substansial bagi pihak yang menerima janji.
4. Fungsi lain yang terkait adalah mencegah pengadilan menangani kasus-kasus di mana, meskipun konteksnya merupakan pertukaran, tetapi komitmen dari salah satu atau kedua belah pihak terlalu kabur. Misalnya, para pihak tidak menentukan harga, atau metode apa pun untuk menghitung harga. Untuk menegakkan kontrak semacam itu,

pengadilan harus menentukan harga yang wajar. Namun, pengadilan tidak memiliki keunggulan komparatif dalam menentukan harga jual barang. Sebaliknya, dalam hampir semua kasus, negosiasi antara pembeli dan penjual merupakan metode yang lebih andal untuk menentukan harga yang wajar, yakni harga yang membuat pertukaran saling menguntungkan. Para pihak tidak seharusnya dibolehkan mengalihkan biaya negosiasi harga kepada pembayar pajak yang mendanai sistem peradilan. Walaupun sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, pengadilan mungkin memiliki keunggulan dalam menetapkan syarat-syarat kontrak lainnya.

5. Doktrin *consideration* juga berfungsi untuk mencegah perilaku oportunistik. Dalam perkara *Alaska Packers' Assn. v. Domenico*, tergugat mempekerjakan para pelaut di San Francisco untuk berlayar ke Alaska guna menangkap ikan salmon. Ketika kapal tiba di perairan Alaska, para pelaut menolak bekerja kecuali tergugat menyetujui kenaikan upah dari yang telah disepakati sebelum keberangkatan. Karena tidak mungkin mendapatkan pekerja pengganti dalam waktu singkat selama musim penangkapan ikan, tergugat akhirnya setuju untuk membayar upah lebih tinggi. Namun, ketika kembali ke San Francisco, tergugat ingkar janji dan para pelaut menggugat.

Gugatan mereka ditolak, atas dasar bahwa modifikasi kontrak tidak dapat ditegakkan karena tidak didukung oleh *consideration* baru. Ini merupakan hasil yang tepat secara ekonomi, karena jika telah diketahui secara umum bahwa modifikasi semacam itu tidak dapat ditegakkan, maka pekerja seperti para pelaut dalam kasus *Domenico* akan mengetahui bahwa tidak ada gunanya memanfaatkan kerentanan majikan mereka.

Sebaliknya, dalam kasus *Goebel v. Linn*, hasil yang berbeda dicapai dalam keadaan yang berbeda secara signifikan.¹⁰² Penggugat telah berjanji untuk memasok es kepada tergugat, tetapi “panen” es gagal karena cuaca yang tidak biasa hangat, dan penggugat meminta harga yang lebih tinggi. Tergugat setuju, namun kemudian mengingkari. Penggugat menggugat wanprestasi, dan tergugat membela diri dengan menyatakan bahwa modifikasi tersebut tidak didukung oleh *consideration*.

¹⁰² Permasalahan yang serupa dengan yang terdapat dalam perkara *Domenico* dibahas dalam Bab 11 (hukum ketenagakerjaan).

Namun, bukti menunjukkan bahwa penggugat — tidak seperti para pelaut dalam *Domenico* — akan bangkrut jika kontrak dilaksanakan sebagaimana tertulis. Dan jika hal itu terjadi, tergugat mungkin tidak akan mendapatkan es sama sekali. Modifikasi tersebut bukanlah bentuk perilaku oportunistik yang dilakukan dengan itikad buruk, melainkan penyesuaian yang wajar terhadap perubahan keadaan yang tidak diantisipasi dan tidak diperjanjikan.

Perbedaan antara kedua kasus tersebut dapat digeneralisasi sebagai berikut:

Dalam kasus yang bersifat oportunistik (*Domenico*), tidak terdapat perubahan keadaan yang menyebabkan peningkatan biaya pelaksanaan kewajiban oleh pihak yang berjanji (*promisor*); satu-satunya yang berubah adalah bahwa pihak yang menerima janji (*promisee*) telah menempatkan dirinya dalam posisi ketergantungan terhadap pihak *promisor*. (Asumsi ini berlaku, perlu dicatat, apabila pihak *promisee* tidak memiliki upaya hukum kontraktual yang memadai terhadap ancaman *promisor* untuk tidak melaksanakan kewajibannya. Jika upaya hukum tersebut ada, maka ancaman tersebut tidak akan kredibel, sekalipun hukum mengizinkan modifikasi kontrak tanpa adanya *consideration* baru).

Sebaliknya, dalam kasus yang tidak bersifat oportunistik (*Goebel*), biaya pelaksanaan kewajiban oleh pihak *promisor* telah meningkat secara tak terduga setelah kontrak ditandatangani. Hal ini menunjukkan bahwa *promisor* tidak sedang melakukan gertakan; jika kontrak tidak dimodifikasi, ia benar-benar tidak akan melaksanakan kewajibannya. Dalam kasus oportunistik, karena pihak *promisor* masih dapat memperoleh keuntungan dengan tetap melaksanakan kontrak berdasarkan ketentuan awal, maka ia kemungkinan besar (mengapa hanya “kemungkinan besar”?) tetap akan melaksanakan kontrak apabila hukum meniadakan efektivitas ancamannya.

Kasus *Goebel* menunjukkan bahwa terdapat — dan secara ekonomi memang harus terdapat — pengecualian terhadap asas bahwa modifikasi kontrak tidak dapat dilaksanakan secara hukum tanpa adanya *consideration* baru. Kecenderungan dalam hukum modern adalah untuk menanggalkan persyaratan *consideration* baru dan hanya menolak memberlakukan modifikasi kontrak yang diperoleh melalui paksaan (*duress*) — suatu istilah yang dapat diberikan makna ekonomi yang presisi dengan merujuk pada fakta-fakta dalam kasus *Domenico*. Lihat Bab4.7 di bawah ini.

Sejalan dengan penafsiran ekonomi terhadap doktrin *consideration*, pengadilan hanya menilai keberadaan *consideration*, bukan kecukupannya, terhadap suatu janji. Pertanyaan mengenai ada tidaknya *consideration* pada dasarnya adalah pertanyaan mengenai apakah situasi tersebut merupakan bentuk pertukaran dan apakah telah terjadi suatu kesepakatan. Jika pengadilan melangkah lebih jauh dan mempertanyakan kecukupan *consideration*, maka hal itu akan mengharuskan pengadilan untuk melakukan sesuatu yang sebenarnya tidak sebaik pihak-pihak kontrak dalam melakukannya — yakni menilai apakah harga (dan syarat-syarat esensial lainnya) yang dicantumkan dalam kontrak adalah wajar.

C. Kesepakatan Para Pihak (*Mutual Assent*) dan Kontrak Sepihak (*Unilateral Contracts*)

Asumsi bahwa suatu pertukaran yang dimaksudkan akan memaksimalkan nilai hanya sah apabila para pihak benar-benar menyetujui syarat-syarat pertukaran tersebut. Apabila Anda menawarkan untuk membeli jam tangan saya seharga \$10, namun terjadi kesalahan dalam pengiriman oleh perusahaan telegraf sehingga telegram yang saya terima menyatakan "\$20", maka fakta bahwa saya menerima penawaran tersebut sebagaimana saya memahaminya tidak dapat dijadikan bukti bahwa transaksi tersebut akan meningkatkan nilai; bisa saja jam tersebut bernilai \$14 bagi saya dan hanya \$12 bagi Anda. Oleh karena itu, teori kontrak "subjektif", yang berpendapat bahwa harus ada pertemuan kehendak (*meeting of the minds*) secara aktual antara para pihak kontrak agar kontrak dapat ditegakkan, memiliki dasar rasional secara ekonomi. Namun, hal ini tidak serta merta berarti bahwa ganti rugi tidak boleh dikenakan kepada pihak yang menolak melaksanakan janji yang tidak akan ia buat jika tidak karena adanya kegagalan komunikasi — teori kontrak "objektif" pun memiliki justifikasi ekonomi yang sah, meskipun dalam analisis ekonomi penolakan semacam itu lebih menyerupai perbuatan melawan hukum (*tort*) daripada pelanggaran kontrak (*breach of contract*).¹⁰³

Dalam perkara telegraf tersebut, pertanyaan utama dari sudut pandang ekonom adalah: pihak manakah yang berada dalam posisi terbaik untuk mencegah terjadinya kesalahpahaman akibat kesalahan transmisi?

¹⁰³ Kontrak sepihak merupakan suatu mekanisme untuk mengatasi biaya transaksi yang tinggi; dapatkah Anda memahami alasannya?

Kemungkinan besar adalah pihak yang memilih metode komunikasi; pihak tersebut dapat saja mengirim surat konfirmasi, menggunakan telepon, atau utusan. Apabila pihak tersebut dapat menghindari kesalahpahaman dengan biaya yang lebih rendah dibandingkan pihak lainnya, maka pembebanan tanggung jawab kepadanya akan mengurangi kemungkinan terjadinya kesalahan serupa di masa depan. Namun, apabila tanggung jawab dikenakan berdasarkan alasan ini, maka agak menyesatkan apabila dikatakan bahwa komunikasi yang cacat tersebut telah menghasilkan suatu kontrak yang dapat ditegakkan secara hukum; kecacatan tersebut justru menjadikan tidak mungkin untuk menyimpulkan apakah para pihak benar-benar bermaksud untuk mengadakan suatu pertukaran.

Satu persoalan menarik mengenai kesepakatan para pihak adalah yang timbul dalam kontrak sepihak. Saya menawarkan \$10 sebagai imbalan atas pengembalian kucing saya yang hilang. Tidak ada negosiasi dengan calon penemu, juga tidak ada penerimaan penawaran dalam arti konvensional. Namun, seseorang yang mengetahui mengenai imbalan tersebut dan mengembalikan kucing saya, memiliki klaim hukum yang dapat ditegakkan atas imbalan tersebut; kepatuhannya terhadap syarat penawaran dipandang sebagai bentuk penerimaan. Hasil ini tepat karena mendorong terjadinya transaksi yang memaksimalkan nilai: kucing tersebut bernilai lebih dari \$10 bagi saya dan kurang dari \$10 bagi si penemu, sehingga pertukaran uang dengan kucing meningkatkan kesejahteraan sosial dan kemungkinan besar tidak akan terjadi apabila si penemu tidak memiliki hak hukum yang dapat ditegakkan atas imbalan tersebut.¹⁰⁴

Persoalan yang lebih kompleks adalah apakah, sebagaimana umumnya diputuskan oleh pengadilan, penemu harus memiliki pengetahuan aktual mengenai penawaran tersebut untuk dapat menuntut imbalan secara hukum. Alasan hukumnya, yang lebih bersifat kasuistik daripada praktis, adalah bahwa penerimaan mensyaratkan adanya pengetahuan mengenai penawaran. Namun, dari sudut pandang ekonomi, pertanyaannya adalah apakah pengembalian barang hilang akan terdorong atau justru terhambat oleh suatu aturan yang mensyaratkan pengetahuan aktual atas penawaran.

¹⁰⁴ Kontrak unilateral merupakan alat untuk mengatasi biaya transaksi yang tinggi; dapatkah Anda melihat alasannya?

Perlu dibedakan antara dua jenis penemu: penemu yang secara aktif mencari barang hilang karena mengetahui bahwa ada imbalan atas pengembaliannya, dan penemu kasual, yang tidak akan menginvestasikan waktu atau sumber daya untuk mencari, namun mungkin akan mengembalikan barang yang ia temukan secara kebetulan, dengan asumsi bahwa mungkin saja ada imbalan. Suatu aturan yang mensyaratkan pengetahuan aktual akan mengurangi insentif bagi penemu kasual (dengan catatan — suatu asumsi besar — bahwa ia mengetahui adanya aturan tersebut dan bahwa ia tidak termotivasi oleh *altruism*), namun sebaliknya justru mendorong penemu aktif dengan cara mengurangi kemungkinan bahwa pesaingnya, si penemu kasual, akan mengembalikan barang yang ditemukan terlebih dahulu.

Pertanyaannya kemudian menjadi apakah peningkatan pengembalian barang oleh penemu aktif akan lebih besar atau lebih kecil dibandingkan penurunan pengembalian oleh penemu kasual. Meskipun jumlah penemu aktif lebih sedikit dibandingkan penemu kasual, tampaknya kecil kemungkinan bahwa banyak penemu kasual — yang secara definisi tidak mengetahui apakah ada imbalan atau tidak, hanya bahwa mungkin ada — akan benar-benar repot-repot mengembalikan barang yang ditemukan. Memberikan hak hukum atas imbalan kepada mereka, karenanya, tidak mungkin akan secara signifikan meningkatkan jumlah pengembalian oleh penemu kasual. Namun, dengan alasan yang sama, hal tersebut juga tidak akan terlalu menghambat para penemu aktif.

Mungkin tidak ada satu pun dari kedua aturan tersebut yang akan menghasilkan jumlah pengembalian yang lebih banyak. Dalam hal demikian, maka aturan yang mensyaratkan pengetahuan aktual — dengan mengurangi jumlah klaim hukum — lebih disukai karena lebih murah dalam implementasinya.¹⁰⁵

D. Kesalahan Timbal Balik (*Mutual Mistake*)

Dalam perkara terkenal mengenai penjualan seekor sapi bernama *Rose 2d of Aberlone*, baik penjual maupun pembeli meyakini bahwa sapi tersebut mandul,¹⁰⁶ dan harga jual ditetapkan berdasarkan asumsi tersebut. Akan tetapi,

¹⁰⁵ Asumsi ini menyatakan bahwa pengurangan jumlah klaim tidak diimbangi oleh peningkatan kompleksitas pemrosesan setiap klaim. Peningkatan kompleksitas ini disebabkan oleh adanya masalah tambahan: apakah penemu mengetahui hadiah tersebut.

¹⁰⁶ *Sherwood v. Walker*, 66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (1887).

ternyata sapi tersebut sedang bunting dan memiliki nilai sekitar sepuluh kali lipat dari harga jual yang telah disepakati. Kesalahan ini diketahui sebelum sapi diserahkan kepada pembeli, dan penjual membatalkan perjanjian jual beli tersebut. Pengadilan mengesahkan pembatalan tersebut. Apabila versi fakta sebagaimana dikemukakan dalam pendapat mayoritas diterima, maka putusan tersebut tampak selaras dengan prinsip efisiensi. Tidak terdapat dasar untuk berasumsi bahwa sapi tersebut akan lebih bernilai di tangan pembeli dibandingkan di tangan penjual — mengingat nilai sebenarnya sangat berbeda secara signifikan dari yang diperkirakan para pihak — dan penjual tidak dapat dinyatakan lalai dalam mengira sapi tersebut mandul; ia telah melakukan kesalahan yang wajar — bahkan tak terhindarkan (dengan biaya yang wajar).

Namun, perkara ini dapat didekati dengan sudut pandang yang berbeda dan lebih produktif dengan menganggap bahwa perkara ini melibatkan suatu keadaan kontingensi yang tak terduga, serta dengan menelaah bagaimana para pihak akan mengalokasikan risiko dari kejadian tersebut apabila mereka dapat meramalkannya sejak awal.¹⁰⁷ Terdapat sejumlah bukti bahwa harga jual Rose mencakup nilai ekonomisnya apabila ia ternyata bunting, meskipun telah didiskontokan (secara drastis tentunya) oleh probabilitas terjadinya kemungkinan tersebut. Bukti ini mengindikasikan bahwa para pihak telah bermaksud untuk mengalihkan risiko bahwa sapi tersebut ternyata bunting kepada pembeli, sehingga dalam hal demikian, kontrak tersebut seharusnya ditegakkan. Namun, sekalipun tanpa adanya bukti tersebut, terdapat pula argumentasi bahwa risiko atas kekeliruan mengenai kondisi barang yang diperjualbelikan semestinya ditanggung oleh penjual. Secara umum, meskipun tidak selalu demikian dalam setiap perkara, pemilik barang akan memiliki akses terhadap informasi mengenai karakteristik barang miliknya dengan biaya yang lebih rendah dibandingkan calon pembeli, sehingga ia dapat menghindari kesalahan mengenai karakteristik tersebut dengan cara yang lebih efisien dibandingkan pihak pembeli. Alasan inilah yang mendasari prinsip bahwa penjual rumah bertanggung jawab atas cacat tersembunyi (*latent defects*) kepada pembeli, yang berbeda dengan cacat yang nyata (*obvious defects*); prinsip serupa dapat diterapkan dalam penyelesaian perkara yang melibatkan kesalahan timbal balik.

¹⁰⁷ Lihat *ibid.*, hlm. 580, 33 N.W. pada hlm. 924–925 (pendapat berbeda/dissenting opinion).

Dalam hal suatu keadaan kontingensi yang memengaruhi pelaksanaan kontrak terjadi setelah kontrak ditandatangani (dalam perkara *Rose*, kehamilan sapi telah terjadi pada saat kontrak ditandatangani), pengadilan umumnya lebih mudah mengenali bahwa permasalahan utamanya adalah bagaimana para pihak secara implisit mengalokasikan risiko atas kejadian yang tak terduga tersebut. Dalam contoh yang paling sederhana, jika suatu kontrak mewajibkan pengiriman gandum pada tanggal tertentu dengan harga \$3 per gantang, maka fakta bahwa pada tanggal tersebut harga pasar telah naik menjadi \$6 tidak dapat dijadikan dasar untuk membatalkan kewajiban kontraktual; para pihak secara nyata telah bermaksud untuk mengalihkan risiko perubahan harga kepada pemasok. Namun, kadang kala alokasi risiko yang dimaksud tidaklah jelas. Inilah wilayah penerapan doktrin-doktrin mengenai ketidakmungkinan (*impossibility*), keberatan yang tidak wajar (*impracticability*), dan frustrasi tujuan kontraktual (*frustration*), yang akan dibahas dalam bagian selanjutnya.

E. Kontrak sebagai Instrumen Asuransi — Ketidakmungkinan dan Doktrin Terkait serta Penafsiran terhadap Kontrak Asuransi

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, terdapat potensi kekeliruan dalam menyatakan isu dalam suatu perkara kontrak sebagai persoalan apakah kontrak harus ditegakkan, alih-alih mempertanyakan apakah tanggung jawab (*liability*) harus dibebankan. Misalnya, saya sepakat untuk memasok 1.000 unit *widget* kepada seseorang paling lambat tanggal 1 Juli; pabrik saya terbakar habis; dan saya tidak dapat memperoleh widget dari pihak lain tepat waktu untuk memenuhi kontrak. Selanjutnya, diasumsikan bahwa saya tidak memiliki cara untuk mengantisipasi atau mencegah terjadinya kebakaran tersebut, sehingga pemenuhan kewajiban kontraktual secara faktual menjadi mustahil. Namun demikian, hal ini tidak serta merta membebaskan saya dari tanggung jawab atas kerugian yang diderita pembeli akibat kegagalan saya dalam melaksanakan kontrak. Janji yang saya buat dalam kontrak tersebut dapat secara implisit mengandung janji untuk memberikan perlindungan asuransi kepada pembeli jika saya tidak mampu menyerahkan barang sebagaimana dijanjikan. Dan apabila perlindungan asuransi tersebut secara implisit terkandung dalam transaksi, maka kontrak tersebut seyogianya tetap ditegakkan.

Pembedaan antara pencegahan (*prevention*) dan asuransi (*insurance*) sebagai metode untuk meminimalisir kerugian merupakan prinsip fundamental dalam analisis hukum kontrak. Suatu kerugian dapat dikatakan dapat dicegah apabila pengeluaran yang diperlukan untuk mencegahnya lebih kecil daripada nilai kerugian yang diperkirakan. Namun tidak semua kerugian dapat dicegah dalam pengertian ini; kebakaran yang menghancurkan pabrik dalam contoh di atas diasumsikan sebagai kejadian yang tidak dapat dicegah. Akan tetapi, dimungkinkan untuk menurunkan biaya yang timbul akibat risiko kerugian melalui mekanisme asuransi. Dalam hal ini, pihak tertanggung menukar potensi kerugian dengan biaya yang lebih kecil namun pasti, yaitu premi asuransi.

Misalnya terdapat probabilitas sebesar 1% terjadinya kebakaran yang menimbulkan kerugian senilai \$10.000. Sebagaimana dijelaskan dalam Bab 1, bagi seseorang yang bersifat *risk averse*, risiko tersebut lebih merugikan dibandingkan dengan kerugian pasti sebesar nilai aktuarial, yakni \$100. Dengan mengalihkan risiko tersebut kepada perusahaan asuransi, beban risiko tambahan dapat dihilangkan. Melalui mekanisme pengumpulan (*pooling*) risiko kebakaran dari tertanggung bersama banyak risiko lainnya yang tidak berkorelasi (yaitu probabilitas kejadiannya bersifat independen), perusahaan asuransi dapat mengubah risiko menjadi biaya yang hampir pasti dan dengan demikian mengeliminasi disutilitas dari risiko tersebut. Inilah sebabnya perusahaan asuransi dapat menetapkan premi yang mencakup seluruh biayanya namun tetap dianggap menarik oleh tertanggung, karena premi tersebut lebih rendah daripada biaya yang akan ditanggung tertanggung sendiri, termasuk ketidaknyamanan akibat adanya risiko.

Sebagai contoh, perusahaan asuransi dapat mengasuransikan 1.000 bangunan, masing-masing dengan probabilitas 1% mengalami kebakaran dengan kerugian sebesar \$10.000. Apabila probabilitas-probabilitas ini bersifat independen (dapatkah Anda menebak arti dan signifikansi dari syarat ini?), maka perusahaan asuransi dapat memiliki kepastian yang wajar bahwa total klaim yang harus dibayarkan mendekati \$100.000; probabilitas bahwa perusahaan harus membayar seluruh nilai pertanggungan, yaitu \$10.000.000, adalah sangat kecil. Sebaliknya, jika bangunan tersebut tidak diasuransikan, maka probabilitas pemilik bangunan mengalami kerugian maksimum tersebut tetap berada pada tingkat yang signifikan, yakni sebesar 1%.

Pembelian polis asuransi secara eksplisit disebut sebagai *market insurance*. Dalam beberapa kasus, asuransi mandiri (*self-insurance*) dimungkinkan. Misalnya, suatu perusahaan properti dapat memiliki 1.000 bangunan sebagaimana dalam contoh di atas; dalam hal ini, “risiko” kebakaran bagi perusahaan tersebut lebih menyerupai prospek kepastian akan menanggung biaya sebesar \$100.000. Sebagaimana akan dibahas dalam Bab 15, seorang investor dapat mengurangi risiko yang terkait dengan suatu sekuritas tertentu dengan memegang portofolio yang terdiversifikasi — yaitu sekumpulan sekuritas dengan risiko yang setidaknya sebagian tidak berkorelasi satu sama lain. Prinsipnya sama dengan contoh kebakaran. Kontrak komersial biasa pun mengalihkan risiko dan dengan demikian berfungsi sebagai bentuk asuransi. Fungsi pengalihan risiko atau fungsi asuransi dari kontrak ini berkaitan erat dengan kenyataan bahwa suatu kontrak (selain pertukaran yang benar-benar simultan, yang tidak menimbulkan permasalahan) pada dasarnya mengikat para pihak pada tindakan-tindakan yang akan dilakukan di masa depan; sedangkan masa depan bersifat tidak pasti.

Contoh yang baik mengenai bagaimana kontrak mengalokasikan risiko adalah *demurrage*, yaitu biaya yang dikenakan oleh penyedia jasa angkut kepada pengirim barang (*shipper*) yang (misalnya dalam pengangkutan dengan kereta api) menahan gerbong lebih lama daripada yang diperjanjikan dalam kontrak. Pengirim dapat memilih antara dua bentuk perjanjian *demurrage*. Dalam bentuk pertama, yang disebut *straight demurrage*, pengirim dikenakan biaya tetap per hari untuk setiap gerbong yang ditahan melebihi masa tenggang dua hari. (Biaya dikenakan sebesar \$10 per gerbong per hari untuk hari ketiga, dan meningkat menjadi \$30 setelah enam hari.) Namun, biaya ini akan dihapuskan apabila keterlambatan pengembalian gerbong disebabkan oleh cuaca buruk atau keadaan di luar kendali pengirim. Dalam bentuk kedua, yang disebut *average agreement*, tidak ada pengecualian atas keterlambatan; namun sebagai imbalannya, pengirim akan menerima \$10 untuk setiap gerbong yang dikembalikan dalam waktu satu hari sejak kedatangan gerbong tersebut di lokasi pemuatan. Dengan demikian, *straight demurrage* mengalihkan risiko cuaca buruk kepada pihak kereta api, sementara *average agreement* mengalihkan risiko tersebut kepada pengirim, namun mengimbangiinya dengan pemberian insentif berupa pembayaran atas pengembalian gerbong yang lebih cepat. Sikap pengirim terhadap risiko, serta

keunggulan komparatifnya dalam menangani cuaca ekstrem atau kejadian tak terduga lainnya, akan menentukan bentuk demurrage mana yang dipilihnya.¹⁰⁸

Dengan demikian, sekalipun suatu peristiwa yang menjadikan pelaksanaan kontrak tidak lagi menguntungkan secara ekonomis (seperti cuaca ekstrem yang tidak terduga) tidak dapat dicegah — dalam arti tidak dapat dicegah dengan biaya yang lebih rendah daripada nilai ekspektasi dari kerugian akibat wanprestasi — salah satu pihak dalam kontrak mungkin merupakan pihak yang lebih murah (efisien) untuk menanggung risiko tersebut. Jika demikian halnya, maka terdapat alasan — yang terlepas dari kemampuan mencegah terjadinya peristiwa tersebut — untuk mengasumsikan bahwa para pihak, seandainya mereka telah mempertimbangkan isu tersebut sebelumnya, akan mengalihkan risiko dari peristiwa tersebut kepada pihak yang lebih efisien dalam menanggungnya. Apabila pihak penerima janji (*promisee*) adalah pihak yang ditujukan untuk menanggung risiko tersebut, maka pihak pembuat janji (*promisor*) seharusnya dibebaskan dari tanggung jawab apabila risiko tersebut terwujud dan menghalanginya untuk melaksanakan kewajibannya berdasarkan kontrak.

Untuk menentukan pihak mana yang merupakan penanggung risiko yang lebih murah (*cheaper insurer*), secara analitis akan berguna untuk membagi biaya asuransi ke dalam dua kategori:

- 1) biaya pengukuran dan
- 2) biaya transaksi. Kategori pertama meliputi biaya untuk memperkirakan
 - (a) probabilitas terjadinya risiko, dan
 - (b) besarnya kerugian apabila risiko tersebut benar-benar terjadi. Hasil kali dari keduanya merupakan nilai ekspektasi dari kerugian, yang menjadi dasar untuk menghitung besaran premi asuransi yang layak dan akan dimasukkan ke dalam harga kontrak (kadang-kadang dalam bentuk yang tidak langsung, sebagaimana pada contoh *demurrage*).

Biaya transaksi utama adalah biaya untuk mengumpulkan risiko tersebut bersama dengan risiko-risiko lainnya untuk mengurangnya atau bahkan menghilangkannya; dalam hal *self-insurance* dimungkinkan, biaya ini

¹⁰⁸ Lihat *Field Container Corp. v. ICC*, 712 F.2d 250, 255–256 (Pengadilan Banding Sirkuit Ketujuh Amerika Serikat, 1983).

mungkin lebih rendah dibandingkan apabila harus membeli asuransi dari pasar (*market insurance*).

Analisis ini memberikan suatu cara untuk memahami doktrin *impossibility* dan dasar-dasar hukum terkait untuk pembebasan (*discharge*) dari kewajiban kontraktual. Penjelasan ini, misalnya, dapat digunakan untuk menjawab pertanyaan mengapa ketidakmungkinan fisik secara semata tidak serta merta menjadi dasar pembebasan dari kontrak. Apabila pihak pembuat janji adalah penanggung risiko yang lebih efisien, maka fakta bahwa ia tidak dapat mencegah terjadinya peristiwa yang menyebabkan ia tidak dapat melaksanakan kewajiban seharusnya tidak membebaskannya dari tanggung jawab.¹⁰⁹ Sebaliknya, fakta bahwa pelaksanaan kewajiban masih memungkinkan secara fisik namun tidak lagi menguntungkan secara ekonomis, tidak serta-merta menghalangi terjadinya pembebasan dari kontrak. Apabila pihak pembuat janji tidak dapat secara wajar mencegah terjadinya peristiwa yang menghalanginya untuk melaksanakan janji, dan pihak penerima janji adalah penanggung risiko yang lebih efisien terhadap kerugian yang ditimbulkan, maka pihak pembuat janji memiliki alasan yang sah untuk menyatakan bahwa ia tidak melakukan pelanggaran kontrak.

Oleh karena itu, tidaklah mengherankan apabila pembebasan dari kewajiban kontraktual secara rutin diberikan dalam kontrak jasa personal (*personal service contracts*), apabila kematian pihak pembuat janji menghalangi pelaksanaan prestasi, kecuali jika pihak pembuat janji memiliki alasan untuk mempercayai (dan gagal memberitahukan pihak penerima janji) bahwa harapan hidupnya lebih pendek daripada usia rata-rata pada kelompok usianya. Dalam hal ini, peristiwa berupa kematian sangat mungkin tidak dapat dicegah dengan biaya yang wajar oleh kedua belah pihak,⁴ namun pihak penerima janji merupakan penanggung risiko yang lebih efisien.

Meskipun kedua belah pihak berada dalam posisi yang sama baiknya untuk memperkirakan probabilitas kematian pihak pembuat janji, pihak penerima janji berada dalam posisi yang lebih baik untuk memperkirakan besarnya kerugian yang akan ditanggungnya apabila pihak pembuat janji tidak dapat memberikan jasa sebagaimana yang telah disepakati.

¹⁰⁹ Hal ini telah diakui oleh Holmes sejak lama. Lihat Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 300 (1881).

Contoh lainnya adalah kontrak untuk pengeboran air. Kontraktor yang, karena kondisi tanah yang tidak terduga dan sulit, tidak dapat menyelesaikan pekerjaannya sesuai dengan biaya yang telah diproyeksikan, tidak dapat dibebaskan dari kewajibannya. Dalam hal ini, ia kemungkinan besar merupakan pihak penanggung risiko (*insurer*) yang lebih unggul, meskipun ia tidak dapat memperkirakan kondisi tanah tersebut sebelumnya. Ia lebih mengetahui dibanding pihak penerima janji, baik dari segi kemungkinan ditemukannya kondisi tanah bawah yang menyulitkan pengeboran, maupun dampaknya terhadap biaya pelaksanaan pekerjaan. Ia juga mungkin dapat melakukan swasuransi (*self-insurance*) dengan biaya yang rendah, karena kerap melakukan pengeboran di berbagai wilayah dan risiko menghadapi kondisi tanah yang sulit secara tidak terduga bersifat independen.

Contoh-contoh seperti ini dapat diperbanyak,¹¹⁰ tetapi alih-alih melakukannya, mari kita tinjau kasus yang berkaitan, yaitu ketika pelaksanaan kontrak oleh salah satu pihak menjadi terhalang oleh keadaan di luar kendalinya, dan pihak tersebut ingin dibebaskan dari kewajiban lebih lanjut atau bahkan ingin menerima pembayaran atas pekerjaan yang telah dilakukannya meskipun pekerjaan tersebut tidak sesuai dengan isi kontrak. Misalnya, saya menyewa seorang kontraktor untuk membangun sebuah rumah, dan di tengah proses konstruksi, bangunan tersebut terbakar habis. Kontraktor tersebut menuntut pembayaran atas bahan dan tenaga kerja yang telah dikeluarkannya, atau, sebagai alternatif, menolak untuk membangun kembali rumah tersebut tanpa kontrak baru.

Fakta bahwa ia terhalang dari melaksanakan kewajibannya sesuai kontrak karena keadaan di luar kesalahannya sendiri, tidak serta-merta memberikan hak kepadanya untuk membatalkan kontrak atau untuk dibayar seolah-olah bangunan yang terbakar tersebut adalah apa yang saya sepakati dalam kontrak. Persoalan utamanya adalah, pihak manakah yang dimaksudkan untuk menanggung risiko kebakaran.

Jika tidak ada bukti mengenai niat aktual para pihak, maka pertanyaan ini dapat dijawab dengan membandingkan biaya relatif antara para pihak

¹¹⁰ Lihat Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 *Journal of Legal Studies* 83 (1977); Jeffrey M. Perloff, *The Effects of Breaches of Forward Contracts Due to Unanticipated Price Changes*, 10 *Journal of Legal Studies* 221 (1981); bandingkan dengan Paul L. Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Market, and the Westinghouse Case*, 6 *Journal of Legal Studies* 119 (1977).

dalam mencegah atau mengasuransikan risiko kebakaran. Dalam hal ini, kontraktor kemungkinan besar merupakan pihak penanggung risiko yang lebih murah karena ia berada dalam posisi yang lebih baik untuk memperkirakan kemungkinan dan akibat kebakaran pada berbagai tahap konstruksi. Pertimbangan tambahan adalah bahwa meskipun kebakaran tertentu tersebut tidak dapat dicegah secara ekonomis, kontraktor (seperti halnya produsen yang barangnya terbakar sebelum dikirim) pada umumnya berada dalam posisi yang lebih baik daripada pemilik bangunan untuk mencegah kebakaran, karena ia memiliki penguasaan terhadap lokasi konstruksi dan memiliki pengetahuan mengenai bahaya kebakaran dalam proses pembangunan.

Isu-isu yang erat kaitannya dengan yang telah dibahas dalam bagian ini dan sebelumnya juga muncul dalam doktrin kontrak lainnya. Sebuah contoh telah diberikan dalam pembahasan mengenai modifikasi kontrak pada bagian sebelumnya. Berikut adalah contoh lain: perang dinyatakan ketika sebuah kapal tengah berada di pelabuhan dalam perjalanan menuju tujuan akhirnya, dan awak kapal menolak untuk melanjutkan pelayaran kecuali jika nakhoda kapal menjanjikan upah yang lebih tinggi. Janji tersebut disepakati, tetapi kemudian nakhoda menolak untuk memenuhi janjinya dengan alasan bahwa janji tersebut tidak memiliki dasar pertimbangan yang sah (*consideration*), karena awak kapal telah terikat secara kontraktual untuk menyelesaikan pelayaran. Pertanyaannya adalah bagaimana kontrak kerja awal mengalokasikan risiko perang. Jika risiko tersebut telah dialokasikan kepada awak kapal, maka secara asertif mereka telah menerima kompensasi atas pengambilalihan risiko tersebut, dan karenanya janji untuk membayar upah tambahan tidak memiliki pertimbangan yang sah. Namun besar kemungkinan nakhoda kapal berada dalam posisi yang lebih baik untuk memperkirakan baik probabilitas maupun besarnya risiko akibat perang. Oleh karena itu, kita dapat mengasumsikan bahwa kontrak kerja tersebut secara implisit mengalihkan risiko kepada nakhoda kapal, yang berarti bahwa kesediaan awak kapal untuk melanjutkan pelayaran dalam kondisi perang dapat dianggap sebagai pertimbangan (*consideration*) atas janji pembayaran upah tambahan tersebut.

Memahami fungsi asuransi dalam kontrak mempermudah pemahaman terhadap penafsiran kontrak yang dibuat dengan perusahaan asuransi. Ambillah sebagai contoh asas bahwa kontrak asuransi harus ditafsirkan *contra proferentem*, yakni terhadap pihak penanggung (perusahaan asuransi).

Sekilas, asas ini tampak paternalistik atau sentimental, namun sesungguhnya terdapat argumen ekonomi di baliknya. Perlindungan asuransi seseorang akan menjadi lebih sempit dari yang semula diperkirakan apabila ambiguitas dalam polis asuransi ditafsirkan merugikan tertanggung. Dalam konteks ini, perusahaan asuransi merupakan pihak yang secara ekonomi lebih unggul dalam menanggung risiko tersebut. Tentu saja, apabila seluruh keraguan interpretatif diselesaikan dengan memberatkan perusahaan asuransi, maka biaya operasionalnya akan meningkat, yang pada akhirnya berdampak pada kenaikan premi. Namun, hal ini berarti bahwa tertanggung secara implisit membeli perlindungan tambahan melalui premi yang dibayarkannya.

Pada masa awal asuransi formal, kontrak asuransi ditafsirkan secara ketat terhadap pihak tertanggung, bukan penanggung; setiap tindakan tertanggung yang meningkatkan risiko pihak penanggung kerap dianggap sebagai penyimpangan (*deviation*) yang membebaskan penanggung dari kewajiban prestasinya dalam kontrak.¹¹¹ Tentu, penanggung tidak menghendaki agar tertanggung meningkatkan risiko yang menjadi dasar penetapan premi asuransi; akan tetapi, pada saat yang sama, tertanggung tidak memiliki kontrol sempurna atas kondisi-kondisi (termasuk perilaku karyawan atau agennya sendiri) yang dapat memengaruhi risiko tersebut.¹¹² Seiring dengan ekspansi pasar asuransi, perusahaan asuransi menjadi semakin tidak bergantung pada pengalihan risiko tambahan kepada pihak tertanggung; ukuran kumpulan risiko (*risk pool*) yang semakin besar memungkinkan perusahaan asuransi untuk mengimbangi peningkatan risiko pada satu pihak tertanggung dengan penurunan risiko pada pihak tertanggung lainnya dalam periode polis yang sama. Oleh karena itu, doktrin penyimpangan mengalami liberalisasi secara progresif — suatu tren yang selaras dengan perubahan kondisi pasar.

Sebuah persoalan menarik dalam penafsiran kontrak asuransi telah muncul baru-baru ini dalam gugatan yang diajukan oleh produsen asbes terhadap perusahaan asuransi mereka.⁸ Asbes yang dijual bertahun-tahun yang lalu ternyata memiliki konsekuensi yang menghancurkan bagi kesehatan para pekerja yang menghirup serat-serat asbes tersebut. Para pekerja tersebut

¹¹¹ Untuk pembahasan yang menarik mengenai evolusi hukum asuransi, lihat Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780–1860*, hlm. 226–237 (1977).

¹¹² Permasalahan yang sejenis dalam pembiayaan usaha bisnis dibahas dalam Bab 14.B dan Bab 14.D di bawah ini.

menggugat Manville dan produsen asbes lainnya atas dasar tanggung jawab produk (*products liability*, yang akan dibahas dalam Bab 6), dan selanjutnya para produsen tersebut mencoba menagih ganti rugi dari perusahaan asuransi tanggung jawab produknya.

Namun, polis asuransi tersebut memberikan perlindungan kepada para produsen hanya terhadap kerugian akibat “kejadian” (*occurrences*) yang terjadi selama masa berlakunya polis, yang telah berakhir bertahun-tahun yang lalu. Pihak perusahaan asuransi berargumen bahwa peristiwa penghirupan serat asbes bukanlah “kejadian” yang dijamin dalam polis; justru penyakit aktual yang menjadi dasar gugatan tanggung jawab produk terhadap para produsen merupakan “kejadian”-nya, dan penyakit tersebut baru muncul bertahun-tahun kemudian, ketika para pekerja mulai menunjukkan gejala asbestosis dan penyakit paru-paru lainnya sebagai akibat yang tertunda dari paparan sebelumnya.

Permasalahan dalam argumen perusahaan asuransi tersebut adalah bahwa setelah gejala penyakit mulai muncul, para produsen tidak lagi memiliki kesempatan untuk membeli asuransi; gugatan atas dasar tanggung jawab produk pada saat itu telah menjadi kepastian, bukan lagi suatu risiko. Satu-satunya cara untuk mengasuransikan konsekuensi yang tertunda dari suatu tindakan yang menimbulkan tanggung jawab hukum adalah dengan membeli asuransi sebelum tindakan tersebut terjadi atau sebelum tindakan tersebut diketahui berbahaya. Dan interpretasi semacam itulah yang mungkin mencerminkan apa yang telah dilakukan oleh para produsen asbes tersebut.

F. Penipuan (*Fraud*)

Bahkan ketika tidak terjadi suatu peristiwa pun sejak ditandatanganinya kontrak yang menjadikan pelaksanaan kontrak menjadi tidak ekonomis, pembebasan dari kewajiban kontraktual (*discharge*) dapat diizinkan apabila terdapat pembuktian bahwa praduga bahwa pelaksanaan akan menghasilkan pertukaran yang meningkatkan nilai (*value-increasing exchange*) berhasil digugurkan, misalnya ketika dapat dibuktikan bahwa janji (*promise*) tersebut diperoleh oleh penerima janji (*promisee*) melalui kebohongan. Namun, bagaimana jika penerima janji tidak berbohong, tetapi juga tidak mengungkapkan informasi yang diketahuinya, yang apabila diberitahukan kepada pemberi janji (*promisor*), akan menyebabkan transaksi tidak terlaksana?

Dalam perkara *Laidlaw v. Organ*, seorang pedagang di *New Orleans* bernama Organ memperoleh informasi mengenai Perjanjian Ghent (*Treaty of Ghent*) — yang mengakhiri Perang tahun 1812 — sebelum informasi tersebut diumumkan kepada publik. Ia kemudian memesan tembakau dalam jumlah besar dari perusahaan Laidlaw pada harga tertentu.¹¹³ Ketika masyarakat mengetahui bahwa *blokade* laut Inggris terhadap *New Orleans* telah berakhir seiring dengan ditandatanganinya perjanjian tersebut, harga tembakau meningkat tajam antara 30 sampai 50 persen, dan pihak *Laidlaw* berupaya membatalkan transaksi. Namun, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan bahwa pembatalan tersebut tidak dapat dilakukan.

Apabila Organ, pada saat melakukan pemesanan, memberitahukan kepada *Laidlaw* bahwa perjanjian telah ditandatangani — sebagaimana ia dengan mudah dapat melakukannya — maka *Laidlaw* pasti akan menuntut harga yang lebih tinggi. Dan karena Organ dapat menyampaikan informasi tersebut tanpa biaya tambahan, putusan Mahkamah Agung tampaknya memberikan keuntungan besar yang tidak patut kepadanya. Namun, pandangan ini tidak sepenuhnya benar. Meskipun penyampaian informasi yang telah diperoleh mungkin tidak mahal, namun proses perolehannya sering kali membutuhkan biaya yang tidak sedikit. Jika masyarakat tidak mengizinkan seseorang memperoleh keuntungan dari informasi dengan cara menyimpannya untuk diri sendiri, maka insentif untuk memperoleh informasi akan berkurang atau bahkan hilang sama sekali, yang pada akhirnya merugikan masyarakat secara keseluruhan. (Dapatkah Anda melihat kesamaan antara putusan dalam *Laidlaw v. Organ* dan pembahasan mengenai hukum paten dalam Bab 3?)

Tentu saja argumen tersebut menjadi lemah apabila informasi tersebut disimpan secara rahasia untuk selamanya. Dalam hal ini, terdapat paradoks dalam membenarkan kerahasiaan informasi atas dasar bahwa hal itu mendorong penciptaan informasi.

Namun, Organ tidak sepenuhnya menyimpan informasi tersebut secara rahasia. Dengan melakukan pemesanan kepada *Laidlaw*, yang secara otomatis meningkatkan permintaan terhadap tembakau, ia menyebabkan kenaikan harga, meskipun belum setinggi ketika informasi tersebut akhirnya

¹¹³ 15 US (2 Wheat.) 178 (1817), dibahas dalam Anthony T. Kronman, Kesalahan, Pengungkapan, Informasi, dan Hukum Kontrak, 7 J. Leg. Stud. 1, 9-18 (1978).

diumumkan secara terbuka. Proses penyesuaian harga terhadap informasi bahwa perang telah berakhir dimulai lebih awal karena transaksi yang dilakukan Organ. Organ tidak akan memiliki insentif untuk memulai proses tersebut apabila ia tidak dapat mengambil keuntungan dari menyembunyikan sebagian informasi yang dimilikinya — meskipun informasi selebihnya akhirnya tercermin dalam harga pasar.

Berbeda halnya dengan kebohongan (*lie*). Seorang pembohong melakukan investasi aktif dalam menciptakan informasi yang menyesatkan (*misinformation*). Investasi ini sepenuhnya sia-sia dari sudut pandang sosial, sehingga wajar apabila hukum tidak memberikan imbalan atas kebohongan tersebut. Berikut adalah contoh kasus antara: A, yang mengetahui bahwa rumahnya diserang rayap, tidak mengungkapkan hal tersebut kepada B. Dapat dikemukakan argumen (yang secara yuridis masih menjadi perdebatan) bahwa A memiliki kewajiban hukum untuk mengungkapkan informasi tersebut, atau dalam terminologi hukum, kelalaiannya dapat dikualifikasikan sebagai suatu "peninggalan yang dapat dituntut" (*actionable omission*). Kemungkinan besar A tidak mengeluarkan banyak biaya untuk memperoleh informasi tersebut, melainkan mengetahuinya sebagai konsekuensi alami dari tinggal di rumah tersebut. Selain itu, informasi tersebut hanya bermanfaat bagi sedikit orang (mengapa?) dibandingkan informasi mengenai nilai tembakau. Oleh karena itu, manfaat informasi tersebut lebih kecil, dan kebutuhan untuk memberikan perlindungan hukum guna mendorong pengumpulan informasi juga lebih rendah. Sekarang, terapkan analisis ini pada kasus sapi bunting.

Melalui contoh rayap ini, kita memasuki ranah penipuan konsumen (*consumer fraud*), yang seringkali dianggap sebagai masalah yang lebih serius daripada penipuan dalam kontrak komersial, karena adanya ketimpangan sumber daya dan keahlian antara penjual dan pembeli dalam konteks produk konsumsi. Namun, apabila pembeli dalam transaksi bisnis dianggap memiliki kompetensi khusus karena ia mengkhususkan diri dalam pembelian barang untuk keperluan usahanya, maka konsumen pun dapat dianggap sebagai spesialis dalam membeli barang konsumsi. Alasan yang lebih tepat untuk menyatakan bahwa penipuan merupakan masalah yang lebih serius dalam transaksi konsumen dibandingkan dalam transaksi komersial adalah karena kesulitan dalam merancang upaya hukum yang efektif ketika nilai yang dipertaruhkan relatif kecil. Upaya sistem hukum untuk mengatasi permasalahan ini akan dibahas lebih lanjut dalam buku ini. Namun, pembaca

perlu mencermati bahwa banyak kasus penipuan konsumen — misalnya dalam penjualan rumah atau kendaraan bermotor — melibatkan nilai transaksi yang cukup besar untuk menjadikannya layak diproses melalui gugatan hukum.

Mungkin terlihat bahwa keberadaan upaya hukum bukanlah hal yang penting, karena mekanisme pasar terhadap pernyataan menyesatkan dianggap cukup memadai, baik dalam pasar konsumen maupun pasar lainnya. Apabila suatu perusahaan meraih penjualan dari pesaingnya melalui pernyataan palsu tentang produknya (atau produk pesaingnya), maka pesaing tersebut memiliki insentif untuk mengungkapkan kebenaran kepada konsumen. Upaya perusahaan untuk mengoreksi iklan menyesatkan yang dilakukan oleh pesaing umumnya dilakukan melalui asosiasi perdagangan (*trade associations*), yang menetapkan standar kualitas dan kuantitas yang dapat dijadikan pedoman oleh konsumen. Dengan meningkatnya kompleksitas produk dan jasa, juga muncul badan usaha yang secara khusus bertugas memberikan informasi kepada konsumen mengenai kualitas produk tertentu.

Toko serba ada (*department store*) merupakan contoh penting. Dengan menjadi pembeli ahli terhadap barang dari berbagai produsen pesaing, toko tersebut membantu konsumen membuat pilihan secara bijak di antara produk-produk yang tersedia. Namun, terdapat kontra-argumen terhadap pandangan tersebut. Proses koreksi yang dilakukan oleh pesaing terhadap kesan menyesatkan yang ditimbulkan oleh salah satu pelaku pasar tidak terjadi secara seketika, dan keuntungan sementara yang diperoleh oleh penjual yang melakukan penipuan dapat melebihi kerugian jangka panjang akibat reputasi yang buruk, terutama apabila pelaku penipuan dapat dengan mudah keluar dari pasar. Selain itu, apabila penjual yang melakukan penipuan hanya mengalihkan sebagian kecil penjualan dari masing-masing pesaingnya, maka tidak ada satu pun pesaing yang memiliki insentif cukup kuat untuk menanggung biaya besar demi membantah pernyataan tersebut, walaupun secara agregat penjual tersebut telah mengambil porsi pasar yang besar. Asosiasi perdagangan hanya memberikan solusi parsial. Para anggota industri tidak memiliki insentif yang kuat untuk mendukung aktivitas asosiasi perdagangan, karena penjual yang tidak berkontribusi terhadap kampanye asosiasi melawan penipuan akan tetap memperoleh manfaat dari kampanye tersebut (dalam kondisi apa?) secara cuma-cuma, sama seperti penjual

lainnya. Ini merupakan masalah klasik dari “penumpang gelap” (*free-rider problem*).

Tidak semua industri bersifat kompetitif. Pelaku monopoli (atau kartel) mungkin memiliki insentif yang lebih besar daripada perusahaan dalam industri kompetitif untuk memberikan informasi menyesatkan mengenai produknya, karena dampak dari peningkatan output akan tersebar ke berbagai barang substitusi, yang tidak satu pun terdampak secara signifikan; sehingga kemungkinan bagi pelaku usaha lain untuk secara serius melawan penyesatan informasi tersebut semakin kecil. Terkait dengan itu, terdapat pula poin yang lebih umum bahwa apabila suatu fakta mengenai produk berlaku secara merata terhadap seluruh merek produk tersebut, maka tidak ada produsen yang memiliki insentif kuat untuk mengungkapkan fakta tersebut, meskipun industrinya bersifat kompetitif. Apabila satu produsen rokok mengiklankan bahwa merokok baik untuk kesehatan, maka produsen rokok lainnya tidak memiliki insentif untuk membantah klaim tersebut. Dan karena tidak terdapat substitusi yang dekat terhadap produk tembakau yang dapat mengharapkan peningkatan signifikan dalam penjualan apabila berhasil meyakinkan konsumen untuk berhenti merokok, maka tidak ada produsen lain yang memiliki insentif kuat untuk mendiskreditkan produk rokok itu sendiri.

Contoh ini menarik perhatian pada pertanyaan apakah harus ada kewajiban hukum umum bagi penjual barang konsumen untuk mengungkapkan informasi material kepada konsumen. Meskipun tidak ada keberatan seperti dalam kasus *Laidlaw v. Organ* terhadap kewajiban tersebut (mengapa tidak?), memaksakannya secara menyeluruh akan menjadi tidak efisien. Pertanyaan tentang tanggung jawab atas tidak diungkapkannya informasi harus bergantung pada pihak mana dalam transaksi tersebut, penjual atau konsumen, yang dapat menghasilkan atau memperoleh informasi dengan biaya lebih rendah. Jika karakteristik produk yang relevan adalah karakteristik yang dapat ditentukan oleh pembeli melalui pemeriksaan atau penanganan biasa pada saat pembelian — misalnya kelembutan *sweter kasmir* — maka akan menjadi mubazir jika mengharuskan penjual untuk mengungkapkan karakteristik tersebut. Namun, sering kali, menentukan karakteristik produk memerlukan penggunaan aktual, bukan hanya pemeriksaan atau penanganan sebelum penjualan (efek pemutihan dari pemutih rumah tangga adalah contohnya).

Namun, jika produk tersebut adalah produk murah yang dibeli berulang kali, biaya bagi konsumen untuk memastikan karakteristik tersebut akan tetap sangat rendah — biaya pembelian pertama. Jika penjual berbohong tentang produknya, berbeda dari sekadar tidak mengungkapkan informasi negatif tentang produk tersebut, tindakannya melanggar hukum meskipun pembeli dapat mengungkap kebohongan tersebut dengan biaya yang sangat rendah. Hal ini masuk akal secara ekonomi. A menawarkan untuk menjual sekotak permen. B bertanya kepada A apakah perlu membuka kotak tersebut untuk melihat apakah ada permen dan A menjawab bahwa tidak perlu, bahwa B dapat mempercayai perkataannya. Jadi, B membeli kotak tersebut tanpa memeriksanya, dan ketika dia sampai di rumah, dia menemukan bahwa kotak tersebut berisi makanan kucing kering, bukan permen. Jika kebohongan tersebut tidak dapat ditindaklanjuti, berdasarkan teori bahwa B dapat dengan mudah menghindari konsekuensinya dengan memeriksa, maka B harus memeriksa, dan total biaya pemeriksaan dapat menjadi besar. Sebaliknya, biaya bagi A karena tidak berbohong adalah nol dan bahkan mungkin, seperti yang disarankan sebelumnya, negatif (lih. Bab6.15 di bawah). Argumen untuk menjadikan kerahasiaan sebagai hal yang dapat ditindaklanjuti paling kuat jika karakteristik produk tidak dapat dipastikan oleh konsumen dengan biaya rendah, seperti jika:

- 1) produk jarang dibeli, dan karakteristik tersebut tidak dapat ditemukan melalui pemeriksaan atau penanganan pada saat pembelian;
- 2) meskipun produk lebih sering dibeli, harganya sangat mahal, seperti mobil; dan
- 3) karakteristik tersebut mungkin tidak dapat ditemukan meskipun digunakan berulang kali atau dalam jangka waktu lama (contohnya adalah kualitas saran dalam buku tentang cara menghasilkan satu juta dolar di pasar real estat).

Namun, bukan berarti pemerintah harus campur tangan dengan mengharuskan penjual untuk membuat pengungkapan yang terperinci. Tekanan persaingan membuat penjual menawarkan jaminan (jaminan yang dapat diberlakukan) atas karakteristik tertentu dari produk mereka. Jaminan bukanlah pengungkapan. Jaminan lebih baik dari itu: Jaminan adalah jaminan hasil, sehingga pengungkapan informasi tidak diperlukan. Produsen perangkat televisi yang menjamin bahwa tabung akan bertahan selama tiga tahun tidak perlu mengungkapkan berapa lama masa pakai tabung tersebut. Jika rusak

setelah satu tahun saja, konsumen tidak dirugikan; mereka mendapat penggantian tabung secara gratis.

Jika jelas bahwa para pihak bermaksud agar penjual menanggung risiko atas ketidaktahuan konsumen mengenai atribut tertentu dari produk, maka tidak diperlukan adanya garansi eksplisit; hukum kontrak akan menjalankan fungsi yang sudah dikenalnya untuk menghemat biaya transaksi dengan cara mencantumkan garansi ke dalam kontrak penjualan. Garansi tersirat bahwa sekaleng sarden tidak tercemar adalah alternatif yang murah untuk garansi tersurat mengenai kelayakan untuk dikonsumsi manusia dan untuk persyaratan hukum bahwa penjual harus mengungkapkan karakteristik kesehatan produk.¹¹⁴

Pendekatan lain terhadap masalah informasi konsumen adalah dengan mengakui hak milik atas informasi tersebut. Dengan demikian, informasi tersebut tidak lagi diproduksi hanya sebagai produk sampingan dari penjualan produk. Akan ada perusahaan-perusahaan yang menginvestigasi dan menguji produk dan menjual hasil investigasi mereka kepada konsumen. Meskipun saat ini ada beberapa perusahaan semacam ini - penerbit surat kabar pasar modal adalah salah satu contohnya - namun jumlahnya relatif sedikit karena mereka mengalami kesulitan untuk mendapatkan hak atas hasil kerja mereka; setiap orang dapat menggunakan informasi yang mereka hasilkan. Perpustakaan memperumit masalah ini. Masalahnya akan hilang jika informasi produk dilindungi dari perampasan oleh undang-undang yang mirip dengan undang-undang paten, meskipun kesulitan penegakannya akan sangat besar dan mungkin melumpuhkan.¹¹⁵

Sejauh ini, perhatian kita terbatas pada penipuan dalam kontrak penjualan antara orang asing. Dalam jenis hubungan yang oleh hukum disebut *fidusia* atau rahasia, kewajiban untuk mengungkapkan informasi material jauh lebih besar. Sebagian besar agen (pengacara, akuntan, pialang, wali amanat,

¹¹⁴ Lihat lebih lanjut Bab 6.G infra (tanggung jawab atas cedera akibat produk yang cacat atau sangat berbahaya).

¹¹⁵ Diskusi yang bermanfaat mengenai masalah informasi konsumen dan penipuan mungkin Bahasa Indonesia: ditemukan dalam Howard Beales, Richard Craswell & Steven C. Salop, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, 24 J. Leg. Stud. 491 (1981); Michael R. Darby & Edi Kami, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, 16 J. Law & Econ. 67 (1973); Phillip Nelson, *Information and Consumer Behavior*, 78 J. Pol. Econ. 311 (1970); Paul H. Rubin, *Business Firms and the Common Law: The Evolution of Efficient Rules*, ch. 6 (1983); dan George J. Stigler, *The Economics of Information*, dalam *The Organization of Industry* 171 (1968).

dll.) adalah fidusia terhadap prinsipal mereka (tugas fidusia di dalam korporasi adalah subjek dari diskusi terpisah di Bab 14.8 infra). Agen dibayar untuk memperlakukan prinsipal sebagaimana dia memperlakukan dirinya sendiri; untuk menjadi mengubah egonya. Prinsip *fidusia* adalah jawaban hukum untuk masalah ketidaksetaraan biaya informasi. Prinsip ini memungkinkan Anda untuk mempekerjakan seseorang yang memiliki informasi superior untuk bertransaksi atas nama Anda dengan orang lain yang memiliki informasi *superior*.

Dengan demikian, ini adalah alat untuk menurunkan biaya transaksi. Jadi mengapa setiap penjual tidak dianggap sebagai *fidusia* dari pembelinya, setidaknya ketika pembeli adalah konsumen? Jawabannya mungkin karena pada sebagian besar atribut produk, konsumen memiliki pengetahuan yang cukup untuk dapat membuat keputusan yang cerdas, sehingga ia tidak ingin membayar penjual untuk informasi tambahan yang harus diungkapkan oleh *fidusia* kepada prinsipal; ia dapat melindungi dirinya sendiri dengan biaya yang lebih rendah.

G. Paksaan, Kekuatan Tawar-Meawar, dan Ketidakwajaran

Terdapat suatu pembelaan hukum yang telah diakui secara luas terhadap gugatan wanprestasi kontrak, yakni pembelaan berdasarkan alasan adanya paksaan (*duress*). Namun, sayangnya, istilah tersebut tidak memiliki makna yang terdefinisi secara ketat, sebab dalam praktiknya digunakan dalam empat pengertian yang berbeda.

1. Paksaan dalam arti asli merujuk pada ancaman kekerasan. Sebagai contoh, B memberikan surat promes kepada A karena A menodongkan pisau ke leher B. Dalam keadaan demikian, pengadilan tidak akan memaksa B untuk memenuhi kewajiban berdasarkan surat promes tersebut kepada A. Hal ini bukan karena B tidak bertindak secara sukarela—sebaliknya, B kemungkinan besar sangat ingin menukar surat promes tersebut demi menahan A untuk tidak membunuhnya—melainkan karena perilaku A justru menghambat alih sumber daya menuju penggunaan yang paling bernilai dan menciptakan kerugian bersih (*deadweight loss*) yang serupa dengan kerugian akibat penipuan (yaitu investasi A dalam membuat ancaman dan investasi pihak-pihak yang berpotensi menjadi korban untuk melindungi diri).

2. Dalam perluasan makna secara moderat, istilah *duress* juga digunakan untuk menggambarkan penggunaan ancaman ketidakpatuhan atau ketidaktertiban pelaksanaan prestasi guna memaksa perubahan syarat-syarat kontrak, sebagaimana dalam perkara *Alaska Packers' Assn. v. Domenico*, yang telah dibahas dalam Bab 4.2 di atas, di mana pihak penerima janji tidak memiliki upaya hukum yang memadai.
3. Istilah *duress* kerap pula digunakan sebagai sinonim dari penipuan, seperti dalam hal di mana seseorang yang buta huruf dibujuk untuk menandatangani kontrak yang memuat ketentuan-ketentuan yang merugikan dirinya dan tidak dijelaskan secara layak kepadanya. Sebagian besar perkara yang melibatkan penyalahgunaan hubungan kepercayaan atau hubungan fidusia, meskipun dikelompokkan sebagai perkara *duress*, pada hakikatnya—sebagaimana telah dijelaskan dalam bagian sebelumnya—merupakan perkara penipuan (*fraud*).
4. Istilah *duress* juga digunakan sebagai sinonim dari monopoli. Misalnya, A menemukan B tersesat dalam badai salju dan menolak memberikan pertolongan kecuali B berjanji untuk menyerahkan seluruh kekayaannya kepada A. Dalam situasi ini, mungkin dapat dibenarkan bahwa B dibebaskan dari kewajiban memenuhi janji tersebut; sebab apabila keuntungan monopoli diizinkan dalam kegiatan penyelamatan, hal ini dapat menarik alokasi sumber daya yang berlebihan ke dalam sektor penyelamatan. Contoh ini akan dibahas lebih lanjut pada bagian selanjutnya.

Apabila suatu transaksi dilakukan antara sebuah korporasi besar dan individu biasa, seringkali muncul kecenderungan untuk menarik analogi dengan konsep *duress* (paksaan) dan menyamakan posisi individu tersebut dengan seseorang yang tak berdaya dipaksa menandatangani surat promes dengan ancaman pisau di lehernya—terutama apabila kontrak tersebut merupakan kontrak baku atau apabila konsumen berada dalam kondisi ekonomi yang lemah—dan dari situ disimpulkan bahwa ketentuan-ketentuan dalam kontrak tersebut bersifat koersif. Banyak kontrak—kontrak asuransi adalah contoh yang relevan—ditawarkan secara *take it or leave it*, yaitu diterima seluruhnya atau ditolak sepenuhnya. Penjual menyerahkan kepada pembeli suatu kontrak baku cetakan yang memuat, terkadang secara sangat rinci, kewajiban masing-masing pihak. Pembeli dapat menandatangani atau tidak, tetapi tidak ada ruang untuk negosiasi atas syarat-syarat kontrak.

Dari fakta bahwa tidak ada negosiasi, mudah untuk menyimpulkan bahwa pembeli tidak memiliki kebebasan memilih, dan oleh karena itu tidak seharusnya terikat oleh ketentuan yang memberatkan. Namun, terdapat pula penjelasan yang bersifat *innocent explanation* (penjelasan yang wajar dan tidak mencurigakan): penjual semata-mata berupaya menghindari biaya negosiasi dan penyusunan kontrak yang berbeda untuk setiap pembeli. Biaya tersebut—yang terbesar kemungkinan adalah biaya pengawasan terhadap pegawai dan agen yang melakukan negosiasi kontrak atas nama perusahaan—cenderung sangat tinggi bagi perusahaan besar yang membuat banyak kontrak.

Konsisten dengan penjelasan yang tidak mencurigakan ini, para pembeli besar dan canggih, sebagaimana halnya konsumen individual, sering melakukan pembelian berdasarkan kontrak baku tercetak.

Namun demikian, terdapat pula penjelasan yang bersifat sinis: bahwa penjual menolak melakukan negosiasi individual karena pembeli tidak memiliki pilihan selain menerima syarat-syarat tersebut. Penjelasan ini mengasumsikan tidak adanya kompetisi. Jika suatu penjual menawarkan syarat yang tidak menarik, penjual pesaing—yang ingin mendapatkan penjualan bagi dirinya—akan menawarkan syarat yang lebih menarik. Proses ini akan terus berlangsung hingga ketentuan yang ditawarkan mencapai titik optimal. Seluruh pelaku dalam industri dapat saja memilih menggunakan kontrak baku dan menolak negosiasi dengan pembeli, tetapi yang terpenting bukanlah ada atau tidaknya proses tawar-menawar dalam setiap transaksi; melainkan apakah kompetisi mendorong para penjual untuk memasukkan ketentuan-ketentuan yang melindungi pembeli dalam kontrak baku mereka.

Dalam kondisi monopoli—yang secara definisi berarti pembeli tidak memiliki alternatif rasional selain bertransaksi dengan penjual—penjual berada dalam posisi, meskipun terbatas, untuk memaksa pembeli menyetujui syarat-syarat yang, dalam pasar yang kompetitif, akan diperbaiki oleh penjual lain. Namun, tidak terdapat alasan untuk mengasumsikan bahwa ketentuan-ketentuan dalam kontrak (misalnya jaminan dari penjual atau konsekuensi wanprestasi pembeli) akan berbeda dalam situasi monopoli dibandingkan dengan situasi kompetitif; satu-satunya perbedaan yang mungkin muncul ialah bahwa harga yang dikenakan oleh pelaku monopoli akan lebih tinggi. Permasalahan sesungguhnya terletak pada keberadaan monopoli itu sendiri, bukan pada kekuatan tawar-menawar—kecuali jika, secara tidak membantu, keduanya disamakan.

Fitur kontrak baku yang kerap dianggap merugikan adalah penggunaan cetakan kecil (*fine print*) atau istilah-istilah yang kabur untuk menyisipkan ketentuan yang memberatkan tanpa disadari oleh pelanggan. Perilaku demikian lebih mungkin terjadi dalam pasar yang dimonopoli dibandingkan pasar yang kompetitif (lihat Bab 4.F *supra* dan Bab 13.B *infra*). Akan tetapi, pengenaan beban pencarian informasi (*search costs*) yang berlebihan kepada pembeli, secara analitis, merupakan bentuk penipuan (*fraud*)—meskipun jarang dapat digugat secara hukum—daripada semata-mata perwujudan dari kekuatan tawar-menawar.

Suatu kontrak kerap disebut melibatkan *duress* apabila syarat-syaratnya tampak merugikan pembeli, dan pembeli berada dalam kondisi ekonomi yang lemah. Contohnya ialah transaksi jual beli secara kredit di mana pembeli setuju bahwa penjual dapat mendiskontokan surat promes pembeli kepada perusahaan pembiayaan. Dalam hukum umum (*common law*), perusahaan pembiayaan tersebut, sebagai pemegang dalam kualitas baik (*holder in due course*), dapat menagih surat promes tersebut tanpa terpengaruh oleh pembelaan hukum apa pun yang mungkin dikemukakan pembeli terhadap penjual dalam gugatan penagihan. Jadi, apabila seseorang membeli lemari dari toko mebel dan ternyata lemari tersebut cacat, namun toko telah mendiskontokan surat promes pembeli kepada perusahaan pembiayaan, maka pembeli tetap harus membayar penuh nilai surat promes tersebut, dan hanya memiliki hak untuk menggugat toko atas pelanggaran jaminan (*breach of warranty*).

Namun, hal tersebut tidak dengan sendirinya berarti bahwa pembeli telah dipaksa untuk menyetujui ketentuan kontraktual yang merugikan. *Klausul* tentang pemegang dalam kualitas baik tersebut menurunkan biaya pembiayaan pembelian secara angsuran dengan membuat proses penagihan menjadi lebih murah dan lebih pasti. Tanpa ketentuan tersebut, biaya pembiayaan—yang setidaknya sebagian besar dibebankan kepada konsumen sebagai biaya marjinal (lihat Bab 3.12 *supra*)—akan lebih tinggi. Tidak serta-merta lebih bijaksana bagi konsumen untuk memilih membayar lebih mahal atas suatu barang daripada memilih melepaskan salah satu upaya hukum terhadap penjual.

Misalnya, suatu kontrak angsuran memuat ketentuan bahwa apabila terjadi wanprestasi, penjual berhak menarik kembali barang yang dijual tanpa memedulkan kecilnya sisa pembayaran, serta berhak menahan seluruh hasil

penjualan kembali barang tersebut kepada pihak ketiga. Apabila wanprestasi terjadi pada akhir masa angsuran, maka penarikan kembali akan memberikan keuntungan besar yang tidak wajar kepada penjual, karena penjual telah menerima hampir seluruh harga barang, termasuk bunga. Namun apabila wanprestasi terjadi pada awal masa angsuran, penjual justru menanggung kerugian besar yang tidak wajar; ia baru menerima sebagian kecil dari harga, yang bahkan tidak cukup untuk menutupi depresiasi barang maupun biaya penarikan kembali.

Dengan asumsi bahwa persaingan di antara penjual barang konsumsi cukup kuat untuk mengeliminasi keuntungan di atas harga pasar (*supracompetitive profits*), pembatasan terhadap keuntungan besar yang diperoleh penjual akibat wanprestasi pada akhir masa angsuran akan mendorong penjual untuk meminta uang muka yang lebih besar atau angsuran awal yang lebih tinggi, atau mengenakan harga jual yang lebih tinggi, guna melindungi diri dari potensi kerugian besar akibat wanprestasi pada awal masa angsuran. Dalam hal ini, konsumen yang tidak mampu membayar uang muka besar atau angsuran awal yang tinggi justru akan dirugikan oleh perubahan bentuk kontrak tersebut.

Pembahasan di atas menimbulkan pertanyaan umum mengenai apakah konsep kesenjangan posisi tawar (*unequal bargaining power*) merupakan konsep yang bermanfaat, atau bahkan bermakna. Keraguan serupa juga timbul terhadap istilah yang samar, yakni "ketidakwajaran" (*unconscionability*), yang merupakan salah satu dasar pembatalan kontrak dalam *Uniform Commercial Code* (Kode Komersial *Uniform*). Apabila ketidakwajaran diartikan sebagai kewenangan pengadilan untuk membatalkan suatu kontrak karena dianggap imbalan kontraktualnya tidak memadai atau karena syarat-syaratnya sangat berpihak, maka prinsip dasar dalam mendorong terjadinya transaksi pasar alih-alih intervensi hukum sebagai substitusinya—terutama ketika biaya transaksi pasar rendah—akan sangat tercederai.

Analisis ekonomi tidak menemukan dasar membenaran lain selain penipuan (*fraud*), ketidakmampuan hukum (*incapacity*), dan paksaan (*duress*)—dengan definisi yang sempit—untuk membolehkan suatu pihak mengingkari perjanjian yang telah disepakatinya secara sah dalam suatu kontrak. Setelah penjelajahan panjang terhadap perluasan konseptual yang meragukan mengenai paksaan, mari kita kembali kepada kasus nyata paksaan dalam perspektif ekonomi. Sebuah kapal mengalami kerusakan, dan seluruh

awak kapal melarikan diri, menyisakan hanya sang kapten, yang untuk tujuan penyederhanaan contoh ini kita anggap sebagai wakil sah pemilik kapal dalam hal membuat perjanjian dengan penyelamat yang mungkin datang. Sebuah kapal penarik (*tugboat*) milik perusahaan penyelamatan mendekati kapal, dan kapten kapal penarik tersebut menawarkan suatu kontrak kepada kapten kapal untuk menyelamatkan kapal dengan imbalan sebesar 99 persen dari nilai kapal dan muatannya. Apabila kontrak tersebut ditandatangani oleh kapten, haruskah pemilik kapal tetap terikat pada kontrak tersebut?

Hukum maritim (*law of admiralty*) menjawab: tidak, dan jawaban ini tampaknya sejalan dengan hasil analisis ekonomi yang tepat. Situasi ini mencerminkan suatu kondisi monopoli bilateral (*bilateral monopoly*), dengan tambahan komplikasi berupa biaya transaksi yang lebih tinggi dibandingkan dengan konteks monopoli bilateral lainnya, sebab jika kapten kapal mencoba menunda atau menegosiasikan kesepakatan yang lebih baik, maka kapal beserta seluruh muatannya dapat tenggelam sebelum kesepakatan tercapai.

Biaya transaksi yang tinggi ini dapat dihindari melalui suatu aturan, yang menjadi prinsip dasar dalam hukum penyelamatan laut, yaitu bahwa penyelamat (*salvor*) berhak memperoleh imbalan yang wajar (*reasonable fee*) atas jasanya dalam menyelamatkan kapal, namun kontrak yang dibuat setelah terjadinya keadaan darurat pada kapal hanya dapat dijadikan alat bukti mengenai apa yang dianggap sebagai imbalan yang wajar tersebut.¹¹⁶

Solusi hukum semacam ini diperlukan untuk menghindari tingginya biaya transaksi, meskipun secara mengejutkan tidak mutlak diperlukan guna mencegah masuknya terlalu banyak sumber daya ke dalam industri penyelamatan. Tidak ada alasan kuat untuk mempercayai bahwa apabila kontrak seperti dalam ilustrasi di atas dapat diberlakukan, para penyelamat benar-benar akan menerima imbalan sebesar 99 persen dari nilai kapal dan muatan yang mereka selamatkan. Dalam ilustrasi ini, penyelamat (*salvor*) memiliki risiko kerugian yang sama besar jika kesepakatan gagal tercapai, sebagaimana yang dihadapi oleh pemilik kapal (dalam contoh ini risiko terhadap nyawa kapten tidak diperhitungkan).

Hal ini berbeda dengan contoh sebelumnya mengenai seseorang yang tersesat dalam badai salju. Orang tersebut mempertaruhkan kekayaan dan

¹¹⁶ Lihat William M. Landes & Richard A. Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 *J. Legal Stud.* 83, 100–104 (1978).

nyawanya, sementara penyelamatnya hanya berisiko kehilangan potensi imbalan materiil dari si korban. Dengan demikian, si korban tidak dapat secara meyakinkan mengancam akan menolak kesepakatan kecuali penyelamat bersedia melonggarkan syarat-syaratnya.¹¹⁷ Namun, hukum tidak mewajibkan adanya kewajiban untuk menyelamatkan, dan juga tidak memberikan hak kepada penyelamat untuk memperoleh imbalan yang wajar sebagaimana dalam hukum penyelamatan laut. Suatu alasan yang mungkin menjadi dasar perbedaan hasil hukum ini akan dibahas dalam Bab 6.9.

H. Prinsip Dasar Ganti Rugi dalam Hukum Kontrak

Apabila suatu pelanggaran kontrak telah terbukti, maka permasalahan yang timbul adalah mengenai remedi hukum yang tepat. Secara teoritis, terdapat berbagai kemungkinan bentuk remedi, yang dalam urutan yang sangat kasar berdasarkan tingkat keparahan yang meningkat, dapat dijabarkan sebagai berikut:

1. Kerugian Reliance (*reliance loss*), yakni biaya yang telah dikeluarkan oleh pihak penerima janji (*promisee*) sebagai bentuk kepercayaan yang wajar terhadap pelaksanaan kontrak oleh pihak pemberi janji (*promisor*);
2. Kerugian Ekspektasi (*expectation loss*), yaitu hilangnya keuntungan yang diharapkan dari pelaksanaan kontrak;
3. Ganti rugi yang ditentukan sebelumnya (*liquidated damages*), yakni jumlah ganti rugi yang secara eksplisit ditetapkan dalam kontrak sebagai bentuk kompensasi atas pelanggaran;
4. Kerugian konsekuensial (*consequential damages*), yaitu dampak berantai terhadap usaha atau kepentingan ekonomi pihak penerima janji akibat pelanggaran kontrak;
5. Restitusi, berupa pengembalian kepada pihak penerima janji atas keuntungan yang diperoleh oleh pihak pelanggar kontrak;

¹¹⁷ Bdk. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). Contoh kasus tersebut bersifat ekstrem; penolakan untuk memberikan pembeli bagian apa pun dari hasil penjualan kembali barang yang telah ditarik akan dianggap sebagai sanksi (penalty) dan oleh karenanya dilarang. Lihat Bab 4.13 untuk pembahasan lebih lanjut mengenai penarikan kembali barang (*repossession*).

6. Pemenuhan prestasi secara spesifik (*specific performance*), yaitu perintah pengadilan agar pemberi janji memenuhi kewajibannya sesuai dengan kontrak, dengan ancaman sanksi penghinaan terhadap pengadilan (*contempt of court*);
7. Penalti moneter atau ganti rugi bersifat punitif, baik yang ditentukan dalam kontrak maupun yang diputuskan oleh pengadilan;
8. Sanksi pidana.

Seluruh bentuk sanksi ini — termasuk juga tindakan secara mandiri (*self-help*) — akan dianalisis dalam bagian ini dan bagian-bagian selanjutnya. Akan membantu apabila kita kembali pada perbedaan mendasar antara pelanggaran kontrak yang bersifat oportunistik dan pelanggaran lainnya. Apabila pihak pemberi janji melanggar janjinya semata-mata untuk memanfaatkan kerentanan pihak penerima janji dalam suatu hubungan kontraktual yang secara normal dilaksanakan secara berurutan (*sequential*) dan bukan serentak (*simultaneous*), maka kita dapat memberlakukan sanksi yang paling berat terhadap pihak tersebut.

Sebagai contoh, A membayar kepada B di muka untuk barang, namun alih-alih mengirimkan barang tersebut, B justru menggelapkan uang A. Perilaku semacam ini tidak memiliki justifikasi ekonomi apa pun dan sepatutnya dikenai sanksi berat guna mencegah terulangnya perbuatan serupa. Namun, sebagaimana akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 7, sanksi yang berat juga memerlukan biaya penerapan yang tinggi, sehingga pada umumnya sanksi yang paling ringan namun efektiflah yang paling efisien. Dalam kasus pelanggaran yang oportunistik, sanksi yang tepat adalah restitusi. Pemberi janji melanggar kontrak semata-mata untuk memperoleh keuntungan—tidak ada alasan lain dalam konteks ini. Maka, pencegahan terhadap perilaku semacam ini dapat dilakukan dengan menjadikannya tidak menguntungkan bagi pelanggar kontrak, yakni dengan mewajibkan penyerahan seluruh keuntungan tersebut kepada pihak penerima janji; tidak ada sanksi yang lebih ringan yang akan mampu memberikan efek jera.

Namun demikian, sebagian besar pelanggaran kontrak tidak bersifat oportunistik. Banyak pelanggaran bersifat tidak disengaja, seperti ketika pelaksanaan kontrak menjadi tidak mungkin dilakukan tanpa menanggung biaya yang sangat besar. Ada pula pelanggaran yang dilakukan secara sukarela tetapi justru efisien, yang dalam perspektif ekonomi diperlakukan sama seperti pelanggaran yang tidak disengaja.

Pengamatan ini menjelaskan mengapa remedi atau sanksi dalam hukum kontrak menjadi isu sentral (dapatkah Anda melihat alasannya?), sekaligus memberikan relevansi terhadap asas hukum yang dikemukakan oleh *Oliver Wendell Holmes*, yang meskipun terlalu luas, menyatakan bahwa kebijakan hukum tidak bertujuan memaksa pelaksanaan kontrak, melainkan hanya memberikan pilihan kepada masing-masing pihak: melaksanakan prestasi sesuai kontrak atau memberikan kompensasi atas kerugian yang ditimbulkan akibat wanprestasi. Pernyataan ini mencerminkan gagasan ekonomi penting: dalam banyak kasus, memaksakan penyelesaian pelaksanaan kontrak setelah terjadi pelanggaran tidak efisien secara ekonomi.¹¹⁸

Contoh: saya menyetujui untuk membeli 100.000 unit *widget* yang digiling khusus untuk digunakan sebagai komponen dalam mesin yang saya produksi. Setelah saya menerima 10.000 unit, pasar untuk mesin tersebut ambruk. Saya segera memberi tahu pemasok bahwa saya mengakhiri kontrak, dan mengakui bahwa pengakhiran tersebut merupakan suatu pelanggaran. Ketika menerima pemberitahuan itu, pemasok belum memulai proses penggilingan khusus atas 90.000 unit sisanya, namun ia menyatakan bahwa ia akan tetap menyelesaikan produksinya sesuai kontrak dan akan menagih pembayaran kepada saya.

Padahal, *widget* yang digiling khusus tersebut tidak memiliki kegunaan lain selain untuk mesin saya, serta hanya memiliki nilai sisa (*scrap value*) yang sangat rendah. Memberikan remedi kepada pemasok yang mendorongnya untuk tetap menyelesaikan kontrak setelah diberitahukan pengakhiran justru akan mengakibatkan pemborosan sumber daya.

Hukum menyadari bahaya ini, dan melalui doktrin mitigasi kerugian (*mitigation of damages*), hukum tidak akan memberikan kompensasi atas biaya yang dikeluarkan oleh pemasok akibat melanjutkan produksi setelah menerima pemberitahuan pengakhiran kontrak dari saya.

Namun, apakah bahaya tersebut benar-benar nyata jika *Teorema Coase* berlaku? Hanya terdapat dua pihak, dan terdapat harga — bahkan rentang harga — atas tindakan penjual untuk menahan diri dalam menegakkan hak kontraktualnya yang dapat membuat kedua belah pihak berada dalam posisi

¹¹⁸ Lihat Oliver Wendell Holmes, *Jalan Hukum*, 10 Harv. L. Rev. 457,462 (1897) (“Kewajiban untuk menepati kontrak berdasarkan hukum umum⁷ berarti prediksi bahwa Anda harus membayar ganti rugi jika Anda tidak menepatinya. — dan tidak ada yang lain.”).

yang lebih baik. Akan tetapi, ini sesungguhnya hanyalah contoh lain dari monopoli bilateral; biaya transaksi akan tinggi justru karena (dalam arti tertentu) hanya ada dua pihak yang terlibat.

Sekarang, andaikan kontrak dilanggar oleh penjual, bukan pembeli. Saya membutuhkan 100.000 widget yang digiling khusus untuk mesin saya, tetapi pemasok, setelah memproduksi 50.000 unit, terpaksa menghentikan produksi akibat kegagalan mekanis. Pemasok lain berada dalam posisi untuk menyediakan sisa *widget* yang saya butuhkan, tetapi saya bersikeras agar pemasok awal menyelesaikan pelaksanaan kontraknya. Apabila hukum memaksa penyelesaian kontrak (pelaksanaan secara *specific performance*), maka pemasok harus membuat pengaturan dengan produsen lain untuk menyelesaikan kewajibannya kepada saya. Tidak hanya kemungkinan bahwa akan lebih mahal baginya untuk memperoleh pemasok pengganti daripada jika saya yang melakukannya secara langsung (karena saya tentu paling memahami kebutuhan saya sendiri); kemungkinan besar memang demikian adanya. Jika tidak, pemasok awal akan melakukannya secara sukarela untuk meminimalisasi tanggung jawabnya atas pelanggaran kontrak. Memaksakan penyelesaian kontrak (atau negosiasi yang mahal untuk membebaskan pihak yang berjanji) akan kembali menghasilkan pemborosan sumber daya, dan untuk itu hukum tidak memaksa penyelesaian, melainkan membatasi pihak yang dirugikan pada ganti rugi sederhana.

Lalu, apakah yang dimaksud dengan *simple contract damages* (ganti rugi kontrak sederhana)? Umumnya, tujuan memberikan insentif kepada pihak yang berjanji untuk memenuhi janjinya — kecuali apabila pelaksanaan janji tersebut akan menghasilkan penggunaan sumber daya yang tidak efisien (seperti produksi *widget* yang tidak dibutuhkan dalam contoh pertama, atau pengadaan pemasok pengganti yang tidak langsung dalam contoh kedua) — dapat dicapai dengan memberikan kepada pihak penerima janji keuntungan yang diharapkan dari transaksi tersebut. Jika pemasok dalam contoh pertama menerima keuntungan yang diharapkan dari pembuatan 10.000 widget, maka ia tidak akan memiliki insentif untuk memproduksi 90.000 *widget* yang tidak diinginkan. Kita memang tidak menginginkannya; tidak ada pihak yang menginginkannya. Dalam contoh kedua, apabila saya menerima keuntungan yang saya harapkan dari transaksi dengan pemasok awal, maka saya menjadi netral terhadap apakah ia menyelesaikan pelaksanaan kontraknya atau tidak.

Dalam contoh-contoh tersebut, pelanggaran kontrak dapat dikatakan sebagai tidak disengaja (*involuntary*); pelanggaran terjadi semata-mata untuk menghindari kerugian yang lebih besar. Pihak yang berjanji tentu akan lebih senang bila tidak ada alasan untuk melanggar kontrak. Namun dalam beberapa kasus, suatu pihak mungkin tergoda untuk melanggar kontrak karena keuntungan dari pelanggaran melebihi keuntungan yang diharapkan dari pelaksanaan kontrak. Apabila keuntungan dari pelanggaran juga melebihi keuntungan yang diharapkan pihak lainnya dari pelaksanaan kontrak, dan ganti rugi dibatasi pada kerugian atas keuntungan yang diharapkan tersebut, maka akan timbul insentif untuk melakukan pelanggaran. Namun demikian, insentif tersebut seharusnya ada, sebagaimana akan dijelaskan dalam contoh berikut.

Saya menandatangani kontrak untuk mengirimkan 100.000 *widget* yang digiling khusus kepada A, dengan harga 10 sen per unit, untuk digunakan dalam pabrik boiler-nya. Setelah saya mengirimkan 10.000 unit, B datang kepada saya dan menjelaskan bahwa ia sangat membutuhkan 25.000 *widget* tersebut secara segera karena jika tidak, ia akan terpaksa menutup pabrik pianolanya yang akan menimbulkan kerugian besar. Ia kemudian menawarkan harga 15 sen per unit untuk 25.000 *widget* tersebut. Saya menjual *widget* itu kepadanya dan akibatnya saya tidak dapat menyelesaikan pengiriman tepat waktu kepada A, sehingga A mengalami kerugian keuntungan sebesar \$1.000. Dengan memperoleh keuntungan tambahan sebesar \$1.250 dari penjualan kepada B, saya tetap berada dalam posisi yang lebih baik bahkan setelah mengganti kerugian A, dan B tidak mengalami kerugian. Pelanggaran ini bersifat *Pareto superior*, dengan asumsi bahwa A telah diberi kompensasi secara penuh dan tidak ada pihak lain yang dirugikan oleh pelanggaran tersebut. Memang benar, jika saya menolak menjual kepada B, B dapat saja menghubungi A dan menegosiasikan pengalihan sebagian hak A atas kontraknya dengan saya kepada B. Namun hal tersebut akan menambah satu langkah lagi dan dengan demikian menambah biaya transaksi.

Perhatikan betapa hati-hatinya hukum harus bertindak agar tidak memberikan ganti rugi yang melebihi kompensasi apabila tidak ingin menghalangi terjadinya pelanggaran kontrak yang efisien (*efficient breach*). Hal ini menimbulkan pertanyaan apakah permasalahan berupa penghambatan berlebihan terhadap pelanggaran kontrak akibat pemberian sanksi yang berat dapat diatasi secara lebih mudah dengan mendefinisikan ulang konsep hukum

tentang pelanggaran kontrak, sehingga hanya penghentian kontrak yang tidak efisien saja yang dianggap sebagai pelanggaran. Jawabannya: tidak bisa. Harus diingat bahwa salah satu fungsi penting dari kontrak adalah untuk mengalihkan risiko kepada pihak yang memiliki kemampuan menanggung risiko secara lebih baik. Apabila risiko tersebut benar-benar terjadi, maka pihak yang telah disertai tanggung jawab atas risiko tersebut harus menanggung akibatnya. Tidak penting apakah pihak tersebut dapat mencegah terjadinya risiko tersebut dengan biaya yang wajar, atau bahkan dengan biaya apa pun — sebagaimana halnya tidak penting bahwa perusahaan asuransi tidak dapat mencegah terjadinya kebakaran yang menghancurkan bangunan yang diasuransikannya. Pelanggaran kontrak di sini sepadan dengan terjadinya peristiwa yang dijamin dalam polis asuransi.

Apakah kerugian atas harapan (*expectation loss*), yaitu kerugian atas keuntungan yang diharapkan dari kontrak, selalu merupakan ukuran ganti rugi kompensatoris yang tepat atas pelanggaran kontrak? Bagaimana jika kerugian tersebut melebihi kerugian ketergantungan (*reliance loss*)? Misalnya, seorang produsen sepakat untuk menjual sebuah mesin seharga \$100.000 dengan pengiriman dalam waktu enam bulan; namun sehari setelah kontrak ditandatangani, produsen tersebut wanprestasi karena menyadari bahwa ia akan mengalami kerugian sebesar \$5.000 pada harga yang telah disepakati. Kerugian ketergantungan pembeli — yakni biaya yang telah dikeluarkan dan tidak dapat dipulihkan sebagai akibat kontrak — katakanlah nol, tetapi ia harus mengeluarkan \$112.000 untuk mendapatkan mesin pengganti. Mengapa ia boleh menggunakan ukuran kerugian yang memberinya lebih (\$12.000) daripada yang sebenarnya ia derita? Bukankah \$12.000 itu — yaitu selisih yang akan ia hemat jika kontrak tidak dilanggar — merupakan keuntungan yang tidak semestinya (*windfall*)? Terlepas dari apakah itu merupakan keuntungan tidak semestinya, ukuran ganti rugi berdasarkan ketergantungan justru akan mendorong terjadinya pelanggaran yang tidak efisien. Dalam contoh tersebut, keuntungan bersih pembeli dari pelaksanaan kontrak lebih besar (\$7.000, yaitu selisih antara \$12.000 dan \$5.000) daripada kerugian bersih penjual (\$5.000), dan keuntungan bersih itu kita jadikan sebagai biaya pelanggaran bagi penjual, dengan cara memberikan kepada pembeli keuntungan yang diharapkan dari kontrak apabila penjual melanggar kontrak, guna mencegah pelanggaran kontrak yang tidak efisien.

Bagaimana jika kerugian reliance (*reliance loss*) melebihi kerugian ekspektasi (*expectation loss*)? Dalam perkara *Groves v. John Wunder Co.*,¹¹⁹ tergugat, sebagai bagian dari suatu perjanjian yang lebih besar, telah menyetujui untuk meratakan sebidang tanah milik penggugat, tetapi dengan sengaja gagal melaksanakan kesepakatan tersebut. Biaya untuk meratakan tanah tersebut diperkirakan sebesar \$60.000, sedangkan nilai tanah setelah diratakan tidak melebihi \$12.000 — disebabkan oleh terjadinya Depresi Ekonomi pada tahun 1930-an setelah kontrak disepakati. Pengadilan mengabulkan ganti rugi sebesar \$60.000 kepada penggugat dengan pertimbangan bahwa penggugat berhak untuk memperoleh pelaksanaan kontrak sebagaimana disepakati, dan bukan merupakan urusan tergugat apakah, atau sejauh mana, pelaksanaan tersebut akan meningkatkan nilai properti milik penggugat.

Ini bukan merupakan perkara sebagaimana telah kita kenal dalam pembahasan sebelumnya mengenai kompensasi yang layak (*just compensation*), di mana terdapat perbedaan antara nilai intrinsik dan harga pasar. Tanah yang dimaksud merupakan properti komersial. Jika penggugat memang benar-benar menginginkan pelaksanaan kontrak dan bukan uang sebesar \$60.000, seharusnya ia mengajukan gugatan untuk *specific performance* (pelaksanaan secara spesifik), yang lazim dikabulkan dalam perkara yang berkaitan dengan tanah. Namun, ia tidak mengajukan gugatan demikian dan, yang lebih mencolok lagi, ia juga tidak menggunakan uang ganti rugi tersebut untuk meratakan tanah sebagaimana dimaksud dalam kontrak.

Ukuran ganti rugi yang diterapkan tersebut tidak tepat secara ekonomi karena, andaikata sejak awal tergugat mengetahui bahwa ia akan bertanggung jawab atas biaya sebesar \$60.000, maka ia akan bersikap netral antara melaksanakan janji untuk meratakan tanah atau mengingkarinya.¹²⁰ Padahal efisiensi ekonomi justru mensyaratkan adanya pelanggaran (*breach*); sebab, biaya sebesar \$60.000 untuk tenaga kerja dan material guna meratakan tanah

¹¹⁹ *Groves v. John Wunder Co.*, 205 Minn. 163, 286 N.W. 235 (1939).

¹²⁰ Lihat John P. Dawson, William Burnett Harvey & Stanley D. Henderson, *Cases and Comment on Contracts* hlm. 17–18 (edisi ke-4, 1982).

hanya akan menghasilkan peningkatan nilai properti yang kurang dari \$12.000.¹²¹

Memang benar bahwa tidak menegakkan pelaksanaan kontrak akan memberikan keuntungan yang berlebihan (*windfall*) kepada tergugat. Namun, sebaliknya, dengan menegakkan kontrak tersebut, penggugat juga memperoleh keuntungan yang berlebihan: yakni semacam perlindungan terhadap dampak penurunan nilai tanah akibat Depresi, yang sangat mungkin tidak pernah diperhitungkan oleh para pihak dalam kontrak. Mengingat bahwa penggugat sebagai pemilik tanah, dan bukan tergugat sebagai kontraktor, yang akan menikmati keuntungan dari peningkatan tak terduga atas nilai tanah, besar kemungkinan bahwa jika para pihak sejak awal mempertimbangkan kemungkinan penurunan nilai tanah, mereka akan sepakat bahwa penggugatlah yang seharusnya menanggung risiko kerugian akibat penurunan tersebut.

Ukuran ganti rugi berdasarkan ekspektasi atau keuntungan yang hilang (*expectation or lost-profit measure*) berfokus pada keuntungan yang diantisipasi oleh korban pelanggaran kontrak dari pelaksanaan kontrak. Sementara ukuran berdasarkan *reliance* berfokus pada kerugian aktual korban dari pelanggaran tersebut. Jika korban telah “mengandalkan” kontrak tersebut hingga mengorbankan peluang kontrak lain yang sama menguntungkannya, maka kedua ukuran ini akan menghasilkan nilai yang sama. Namun jika tidak demikian, maka ukuran ekspektasi sering kali lebih mendekati kerugian ekonomi riil korban dibandingkan ukuran *reliance*, sekaligus menciptakan insentif hukum yang lebih baik.

Dalam kondisi ekuilibrium persaingan jangka panjang, total pendapatan para penjual dalam suatu pasar hanya setara dengan total biaya mereka; tidak terdapat “keuntungan” dalam arti ekonomi, melainkan sekadar penggantian biaya modal, tenaga kewirausahaan, dan input lainnya, termasuk upaya pemasaran yang mendahului kontrak. Semua komponen biaya tersebut tidak

¹²¹ Apakah tergugat dalam perkara tersebut benar-benar akan meratakan tanah sebagaimana diperjanjikan apabila sejak awal ia mengetahui bahwa ukuran ganti rugi yang akan dikenakan jika ia lalai adalah sebesar biaya pelaksanaan? Mengapa tidak? Apakah dengan demikian dapat disimpulkan bahwa seorang ekonom seharusnya bersikap netral terhadap ukuran ganti rugi dalam kasus tersebut? Dalam perkara *Peevyhouse v. Garland Coal Mining Co.*, 382 P.2d 109 (Oklahoma, 1963), pengadilan justru mengambil putusan yang bertolak belakang dengan *Groves*.

termasuk dalam ukuran *reliance*, sehingga cenderung meremehkan besarnya kerugian sosial sesungguhnya dari suatu pelanggaran kontrak.

Bahkan jika pelanggaran terjadi sebelum korban mulai melaksanakan prestasi, korban mungkin telah mengeluarkan biaya-biaya (khususnya biaya pencarian sebelum kontrak). Dan meskipun benar bahwa biaya *reliance* akan meningkat seiring berjalannya pelaksanaan kontrak, menyimpulkan bahwa satu-satunya ukuran ganti rugi yang diperbolehkan adalah *reliance* hingga pelaksanaan dimulai, berarti mengatakan — karena sampai saat itu biaya *reliance* biasanya nihil — bahwa para pihak boleh membatalkan kontrak selama masih bersifat eksekutori murni. Kecuali dalam keadaan-keadaan khusus, tidak jelas manfaat sosial apa yang diperoleh dari keberadaan *cooling-off period* semacam itu. Yang jelas adalah meningkatnya ketidakpastian atas kewajiban hukum dan perlunya transaksi tambahan.

Lebih lanjut, biaya *reliance* selama masa eksekutori sangat sulit untuk dihitung. Setelah menandatangani kontrak, suatu pihak akan segera menyusun rencana pelaksanaan, serta penyesuaian lain dalam kegiatan usahanya untuk mengakomodasi kewajiban baru tersebut; tetapi biaya dari perencanaan ini, dan biaya akibat perubahan rencana ketika diketahui bahwa kontrak tidak akan dilaksanakan, sangat sulit untuk diestimasi.

Namun, terdapat beberapa kasus di mana penerapan ukuran ekspektasi secara mekanis justru menghasilkan putusan yang secara ekonomi tidak rasional. Bandingkan dua kasus berikut:

- 1) Seorang penyewa wanprestasi, dan pemilik properti segera menyewakan kembali properti tersebut kepada penyewa pengganti dengan harga sewa yang hanya sedikit lebih rendah dari harga sewa sebelumnya. Dalam gugatan terhadap penyewa pertama atas sisa sewa dalam perjanjian, haruskah pemilik properti diwajibkan untuk mengurangi nilai sewa yang diterima dari penyewa pengganti?
- 2) Seorang produsen widget menerima pesanan 1.000 unit dari pihak X, namun X menolak untuk menerima pengiriman, dan produsen tersebut kemudian menjual kembali widget tersebut kepada pihak Y dengan harga sedikit lebih rendah dari harga yang disepakati dengan X. Dalam gugatan terhadap X atas kerugian keuntungan dari penjualan yang batal, haruskah produsen mengurangi keuntungan yang diterima dari penjualan pengganti kepada Y?

Hukum menjawab ya untuk kasus pertama dan tidak untuk kasus kedua, dan kedua jawaban tersebut benar secara ekonomi. Barang yang disediakan oleh pemilik properti bersifat tetap dalam jangka pendek; ia tidak dapat menambahkan ruangan hanya karena ada satu keluarga lagi yang ingin menyewa. Sewa yang diterima dari penyewa pengganti dalam kasus pertama merupakan keuntungan yang dimungkinkan karena terjadinya wanprestasi oleh penyewa awal, sehingga kerugian nyata dari pemilik adalah selisih antara kedua harga sewa.

Namun, produsen pada umumnya dapat mengubah jumlah produksinya bahkan dalam jangka pendek. Wanprestasi dari X tidak memungkinkan produsen memperoleh keuntungan dari penjualan kepada Y; sebab jika X tidak wanprestasi pun, produsen tersebut masih dapat memasok 1.000 unit kepada Y. Dengan demikian, keuntungan dari penjualan kepada Y adalah keuntungan yang tetap akan diperoleh produsen, sehingga kerugian nyata adalah seluruh keuntungan yang diharapkan dari penjualan kepada X.

Keuntungan tersebut memang mungkin sulit untuk diestimasi. Keuntungan merupakan selisih antara harga kontrak dan biaya pelaksanaan, tetapi bagaimana menentukan biaya tersebut? Setidaknya harus dibedakan dua komponen: biaya tetap dan biaya variabel. Biaya tetap adalah biaya yang tidak berubah walaupun jumlah produksi berubah, sedangkan biaya variabel berubah seiring dengan jumlah produksi. Hampir semua biaya akan menjadi variabel dalam jangka panjang, tetapi dalam kontrak yang pelaksanaannya bersifat jangka pendek, aspek jangka panjang dapat diabaikan.

Dalam jangka pendek, biaya seperti sewa, asuransi, beberapa pajak, gaji eksekutif, dan bunga atas utang jangka panjang adalah biaya tetap. Karena biaya-biaya ini tidak dapat dihindari meskipun penjualan dibatalkan, maka mereka tidak boleh dikurangkan dari harga kontrak dalam menentukan seberapa besar kerugian akibat wanprestasi. Secara konkret, misalkan harga kontrak adalah \$11 per unit, biaya variabel sebesar \$6, dan biaya tetap sebesar \$4. Maka kerugian akibat wanprestasi adalah \$5, bukan \$1, karena \$4 biaya tetap akan tetap dikeluarkan meskipun penjualan batal.

Kehilangan penjualan memang menghindarkan biaya \$6, tetapi menyebabkan hilangnya pendapatan sebesar \$11.

Untuk mengukur biaya variabel pelaksanaan suatu kontrak (misalnya memproduksi 1.000 *widget*), mungkin muncul godaan untuk menghitung rata-rata biaya variabel dengan membagi total biaya (setelah dikurangi biaya tetap)

dengan total output, lalu mengasumsikan itulah biaya untuk 1.000 unit tambahan. Namun, besar kemungkinan biaya tersebut lebih tinggi. Pertanyaannya: Mengapa produsen tidak memproduksi lebih banyak *widget* sejak awal? Salah satu jawabannya adalah karena penambahan produksi akan memicu disekonomis skala, yakni biaya per unit meningkat seiring naiknya *volume* produksi.

Produsen mungkin perlu mempekerjakan lebih banyak pekerja, dan karena permintaan tenaga kerja meningkat, mereka harus menawarkan upah lebih tinggi untuk menarik pekerja dari produsen lain — ini merupakan penerapan hukum permintaan yang telah dibahas dalam Bab 1. Selain itu, produsen mungkin harus membayar harga bahan baku lebih mahal karena permintaan tambahan menekan pasar. Bahkan, biaya yang lebih tinggi ini mungkin juga berlaku terhadap seluruh *output*, bukan hanya produksi tambahan. Misalnya, bila produsen menawarkan upah lebih tinggi kepada pekerja baru, maka ia mungkin harus menaikkan upah pekerja lama juga (mengapa? — untuk menghindari ketimpangan internal dan potensi *turn-over*).

Biaya lebih tinggi atas output intramarginal perusahaan adalah konsekuensi langsung dari peningkatan *output* sesuai kontrak, dan karena itu merupakan biaya yang secara ekonomi layak diatribusikan kepada kontrak tersebut — yakni biaya yang akan dihindari jika kontrak dibatalkan. Oleh sebab itu, kontrak yang secara kasatmata tampak menguntungkan, bisa saja sebenarnya hanya memberikan keuntungan kecil, walau tetap positif (mengapa? — karena biaya tersembunyi meningkat).

Hal ini diilustrasikan dalam Gambar 4.1. Diasumsikan produsen hanya memiliki biaya variabel, sehingga kurva AC (*Average Cost*) mewakili baik rata-rata biaya variabel maupun total. Kurva MC (*Marginal Cost*) menunjukkan biaya tambahan dari unit terakhir yang diproduksi pada berbagai tingkat output. Jika, seperti dalam Gambar 4.1, biaya marginal meningkat, maka rata-rata biaya variabel pun meningkat, namun lebih lambat, karena peningkatan biaya total dibagi ke seluruh *output*.

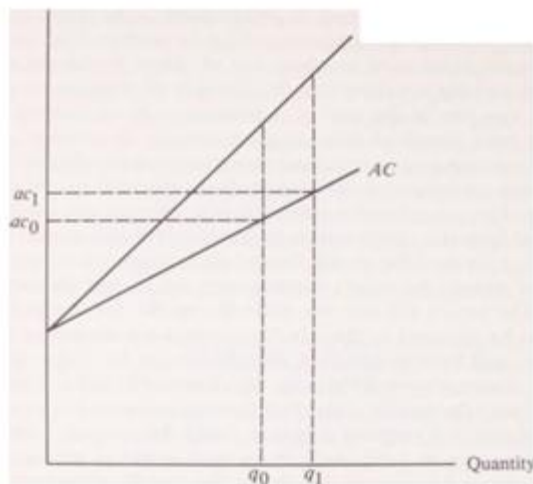


Figure 4.1

Gambar 4.1,

Penjualan yang hilang seharusnya meningkatkan *output* perusahaan dari q_0 ke q_1 , menyebabkan rata-rata biaya naik dari ac_0 ke ac_1 . Jika ganti rugi atas penjualan yang batal dihitung dengan cara mengurangi dari harga kontrak nilai $(q_1 - q_0) \times ac_0$ (angka nyata), alih-alih $(q_1 - q_0) \times ac_1$ (angka hipotesis, karena penjualan tidak terjadi), maka perusahaan akan diberi kompensasi berlebihan atas wanprestasi.

(Konsep biaya marginal dan biaya lainnya akan dibahas lebih rinci dalam Bab 9 dan 11.) Namun, perubahan biaya yang diakibatkan oleh kontrak baru cenderung kecil jika kontrak hanya menambah sebagian kecil dari total output perusahaan. Dalam kasus kontrak semacam itu, biaya variabel rata-rata sebelum pelaksanaan kontrak kemungkinan merupakan perkiraan yang baik atas biaya riil pelaksanaan kontrak.

Kini muncul permasalahan terkait ganti rugi pembeli. A mengadakan perjanjian dengan B untuk menjual 1.000 unit *widget* dengan penyerahan pada tanggal 11 Januari 1986, dengan harga sebesar \$1 per unit. Pada tanggal 11 Juli 1985, A memberitahukan kepada B bahwa ia tidak akan dapat menjual *widget* tersebut kepadanya. Pernyataan tersebut merupakan suatu *repudiasi antisipatif* (*anticipatory repudiation*), yang tergolong sebagai wanprestasi, dan karenanya memberikan hak kepada B untuk mencari *widget* dari pihak lain. (Di manakah kita sebelumnya pernah melihat *anticipatory repudiation*?) Pada hari itu, harga pasar *widget* adalah \$2 per unit. B dapat melakukan pembelian pengganti (*cover*) dengan membuat kontrak *forward* lain (yakni,

kontrak untuk pengiriman di masa depan—pada tanggal 11 Januari 1986) atas 1.000 *unit widget*, dan dengan demikian kerugiannya akan berjumlah \$1.000, dengan asumsi bahwa harga pada saat itu dan harga *forward* adalah sama, yakni \$2.

Akan tetapi, andaikan B justru menunggu hingga tanggal 11 Januari dan pada hari tersebut membeli 1.000 *widget* untuk penyerahan segera dengan harga pasar saat itu yang telah naik menjadi \$3 per unit, maka ia akan mengalami kerugian sebesar \$2.000. Apakah B seharusnya dapat menagih ganti rugi sebesar kerugian yang lebih besar tersebut? Jawabannya adalah tidak (baik menurut analisis ekonomi maupun hukum).¹²² Sebab, seandainya harga pasar justru turun antara bulan Juli dan Januari hingga di bawah harga kontrak, misalnya menjadi \$0,50, maka B akan memperoleh keuntungan dari menunggu, yang keuntungannya tidak akan diperhitungkan sebagai pengurangan tanggung jawab A. Dengan demikian, membolehkan B untuk menunda berarti memberikan kepadanya kesempatan untuk melakukan spekulasi tanpa menanggung risiko. Tidak peduli seberapa tinggi harga *widget* melonjak, B tetap terlindungi karena kontrak menetapkan batas atas terhadap pengeluarannya. Namun apabila harga jatuh di bawah harga kontrak, maka B tetap berhak menikmati selisihnya. Hal ini secara logis bukan merupakan maksud para pihak ketika mereka, melalui bentuk kontrak yang dipilih, secara eksplisit mengalihkan seluruh risiko perubahan harga—bukan hanya risiko kenaikan harga—dari B kepada A dengan menetapkan harga tetap untuk penyerahan di masa depan.

Kontrak *forward* merupakan contoh yang baik atas fungsi pengalihan risiko dalam kontrak,¹²³ namun contoh yang lebih baik lagi adalah *futures contract* (kontrak berjangka). *Futures contract* memiliki bentuk umum yang sama dengan *forward contract*, namun berbeda dalam hal pada umumnya tidak dimaksudkan untuk dilaksanakan melalui penyerahan barang secara fisik (hanya 1 hingga 2 persen dari semua kontrak berjangka yang benar-benar berujung pada penyerahan barang secara aktual). Kontrak berjangka

¹²² Lihat Thomas H. Jackson, “*Anticipatory Repudiation*” and the Temporal Element in Contract Law: An Economic Inquiry Into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance, 31 *Stan. L. Rev.* 69 (1978); namun bdk. Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Commercial Transactions: Principles and Policies* hlm. 323–325 (1982).

¹²³ Lihat Dennis W. Carlton, *Futures Markets: Their Purpose, Their History, Their Growth, Their Successes and Failures*, 4 *J. Futures Mkts.* 237 (1984); Lester G. Telser, *Why There Are Organized Future Markets*, 24 *J. Law & Econ.* 1 (1983).

umumnya digunakan untuk komoditas pertanian dan logam, yang harganya cenderung sangat berfluktuasi dan karena itu mengandung risiko yang tinggi.¹²⁴

Misalnya, sebuah gudang penyimpanan gandum memiliki persediaan besar gandum yang tidak akan dibutuhkan oleh pelanggannya hingga enam bulan ke depan. Jika gudang tersebut tidak ingin menanggung risiko fluktuasi harga selama periode tersebut, maka ia dapat menjual kontrak berjangka dengan janji penyerahan pada harga tetap enam bulan kemudian (misalnya \$3 per gantang). Ketika enam bulan berlalu, gudang akan menjual gandum pada harga pasar, yang misalnya saat itu hanya \$1 per gantang, dan pada saat yang sama ia akan menutup (*offset*) kontrak berjangkanya dengan membeli kontrak identik untuk penyerahan segera seharga \$1. Transaksi ini akan memberikannya keuntungan sebesar \$2 per gantang (keuntungan dari kontrak berjangka), yang akan sepenuhnya mengimbangi kerugiannya karena harus menjual gandum seharga hanya \$1 per gantang (kerugian apa?).

Keunggulan kontrak berjangka dibandingkan kontrak *forward* adalah bahwa penjual tidak perlu, dalam rangka lindung nilai (*hedging*) terhadap penurunan harga, mencari pihak yang sungguh-sungguh ingin berkomitmen untuk menerima barang dalam enam bulan ke depan. Ia cukup mencari pihak yang meyakini bahwa harga akan naik. Dengan demikian, kontrak berjangka memperluas ruang untuk spekulasi, yang pada gilirannya memfasilitasi kegiatan lindung nilai dan, melalui partisipasi para spekulasi yang memiliki kepentingan dalam memperkirakan harga secara akurat meskipun mereka tidak terlibat dalam produksi atau konsumsi komoditas yang diperdagangkan, meningkatkan ketersediaan informasi harga dalam pasar.

I. Kerugian Tidak Langsung (*Consequential Damages*)

Salah satu isu penting dalam ganti rugi pembeli adalah apakah pembeli dapat menuntut ganti rugi atas kerugian tidak langsung yang timbul akibat wanprestasi penjual. (Mengapa pembeli jauh lebih mungkin mengalami kerugian tidak langsung dibandingkan penjual?) Sikap tradisional hukum umum (*common law*) yang cenderung menolak pemberian ganti rugi atas

¹²⁴ Kontrak berjangka keuangan (*financial futures*) semakin menjadi perhatian penting, namun jenis ini menimbulkan permasalahan yang berbeda sebagaimana akan dibahas dalam Bab 15.

kerugian tidak langsung dalam perkara kontrak tercermin secara klasik dalam perkara terkenal *Hadley v. Baxendale*.¹²⁵

Pertimbangkan varian fakta berikut dari perkara tersebut: Seorang fotografer profesional membeli satu gulungan film untuk mengambil gambar Pegunungan Himalaya guna kepentingan pemuatan di sebuah majalah. Biaya untuk mencuci dan mencetak film telah termasuk dalam harga pembelian. Fotografer tersebut mengeluarkan biaya besar (termasuk menyewa pesawat udara) untuk menyelesaikan penugasan tersebut. Ia mengirimkan film tersebut kepada produsen untuk dicuci, namun film tersebut terselip di ruang pencucian dan tidak pernah ditemukan. Bandingkan pengaruh dari dua pendekatan: pertama, apabila fotografer diizinkan untuk menagih seluruh kerugian yang dideritanya; dan kedua, apabila fotografer dibatasi hanya untuk menagih sebesar harga film yang dibeli.

Alternatif pertama akan menciptakan sedikit, bahkan mungkin tidak ada, insentif untuk mencegah kerugian serupa di masa mendatang. Fotografer tidak akan terdorong untuk mengambil tindakan pencegahan; ia akan bersikap acuh tak acuh antara keberhasilan menyelesaikan penugasannya dengan menerima kompensasi penuh atas kegagalan tersebut. Produsen film kemungkinan juga tidak akan mengambil tindakan pencegahan tambahan, karena ia tidak dapat mengidentifikasi gulungan film mana yang kehilangan atau rusaknya akan menimbulkan biaya yang sangat besar. Kecuali jika terdapat banyak film dengan potensi kerugian besar seperti itu, tidak layak baginya untuk mengambil langkah pencegahan tambahan terhadap semua film yang diproses. Sebaliknya, alternatif kedua semestinya akan mendorong fotografer untuk mengambil tindakan pencegahan yang terbukti murah namun efektif; misalnya dengan menggunakan dua gulungan film, atau meminta penanganan khusus saat mengirimkan film untuk diproses.

Prinsip umum yang digambarkan oleh contoh ini adalah bahwa apabila risiko kerugian hanya diketahui oleh salah satu pihak dalam kontrak, maka pihak lainnya tidak bertanggung jawab atas kerugian tersebut jika risiko tersebut terjadi. Prinsip ini mendorong pihak yang mengetahui adanya risiko untuk mengambil tindakan pencegahan yang layak secara pribadi, atau jika ia percaya bahwa pihak lain dapat bertindak lebih efisien dalam mencegah atau menanggung (melalui asuransi) kerugian tersebut, maka ia berkewajiban

¹²⁵ *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854).

untuk mengungkapkan risiko tersebut dan membayar pihak lain untuk menanggungnya. Dengan demikian, insentif diciptakan untuk mengalokasikan risiko dengan cara yang paling efisien.¹²⁶

Sering kali, prinsip ini dinyatakan dalam istilah “dapat diperkirakan” suatu risiko (*foreseeability of the risk*). Namun, meskipun istilah ini sangat digemari dalam dunia hukum, maknanya sangatlah kabur dan membingungkan. Dalam kisah fotografer profesional di atas, meskipun pihak pengembang film tidak mengetahui secara pasti konsekuensi kehilangan atau kerusakan film tersebut, ia mengetahui bahwa kerugian semacam itu bisa saja terjadi. Namun, pembeli (fotografer) berada dalam posisi yang lebih baik untuk menghindari dampak dari wanprestasi tersebut, meskipun ia tidak dapat menghindari wanprestasinya itu sendiri.

Dengan demikian, kaidah *Hadley v. Baxendale* menyerupai aturan dalam hukum perbuatan melawan hukum (meskipun tidak diterapkan secara *universal*), yakni bahwa korban kecelakaan tidak akan diizinkan menuntut ganti rugi atas kerusakan yang sebenarnya dapat ia hindari, misalnya dengan mengenakan sabuk pengaman. Karena dengan mengenakan sabuk pengaman korban tidak akan dapat menghindari kecelakaan itu sendiri, maka tanggung jawab pelaku tidak berubah; namun besaran ganti rugi yang harus dibayar menjadi berbeda.¹²⁷

Perlu dicatat bahwa kaidah *Hadley v. Baxendale* tidak diterapkan dalam situasi di mana yang tidak dapat diperkirakan (*unforeseeable*) adalah keuntungan yang hilang (*lost profit*) dari pihak lainnya. Misalnya, saya menawarkan kepada Anda sebesar \$140.000 untuk membeli sebuah rumah yang memiliki nilai pasar \$150.000, Anda menerima tawaran tersebut namun kemudian melakukan wanprestasi, dan saya menuntut Anda sebesar \$10.000 sebagai kerugian atas keuntungan yang seharusnya saya peroleh. Anda tidak dapat membela diri dengan alasan bahwa Anda tidak memiliki alasan untuk mengira bahwa transaksi tersebut sedemikian menguntungkan bagi saya.

¹²⁶ Apa hubungan antara kaidah *Hadley v. Baxendale* dan aturan mengenai pengakhiran kontrak atas dasar ketidakmungkinan pelaksanaan (*impossibility*) sebagaimana diuraikan dalam Bab 4.E di atas?

¹²⁷ Lihat. *EVRA Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F.2d 951 (7th Cir. 1982), untuk penerapan prinsip ini (“konsekuensi yang dapat dihindari”) terhadap pertanyaan apakah bank harus bertanggung jawab atas kerugian konsekuensial yang diakibatkan oleh kelalaian dalam melakukan transfer dana elektronik.

Penerapan aturan yang berbeda akan menyulitkan pihak yang mahir dalam tawar-menawar untuk menagih ganti rugi, kecuali sebelum kontrak disepakati ia telah mengungkapkan informasi yang justru akan mengurangi keunggulannya sebagai penawar ulung — pengungkapan yang akan menghalangi pembeli untuk memperoleh keuntungan atas upayanya dalam mengidentifikasi sumber daya yang dinilai rendah dalam penggunaan saat ini. Hal ini merupakan penerapan dari prinsip dalam perkara *Laidlaw v. Organ* dalam konteks ganti rugi.

J. Penalti, Ganti Rugi yang Ditentukan di Muka (*Liquidated Damages*), dan Sitaan (*Forfeitures*)

Dalam beberapa hal, suatu kontrak dapat mencantumkan secara eksplisit besaran ganti rugi yang akan diberikan apabila terjadi wanprestasi (misalnya dalam hal *demurrage*); dan apabila besaran tersebut merupakan estimasi yang wajar *ex ante* atas potensi kerugian yang mungkin timbul dari wanprestasi, maka ketentuan tersebut akan dapat diberlakukan sebagai klausul ganti rugi yang ditentukan di muka (*liquidated damages*), meskipun pada kenyataannya besaran kerugian aktual jauh lebih kecil (atau lebih besar). Namun, apabila sejak awal telah jelas bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan untuk memberikan kepada pihak yang dirugikan keuntungan yang melebihi potensi kerugian aktual akibat wanprestasi tersebut, atau melebihi keuntungan yang diperoleh oleh pelaku wanprestasi, maka klausul tersebut dikualifikasikan sebagai klausul penalti (*penalty clause*) dan tidak dapat diberlakukan. Penamaan “penalti” dalam hal ini memang tepat; pengenaan beban biaya kepada pelaku pelanggaran yang melebihi kerugian aktual akibat pelanggaran tersebut merupakan esensi dari suatu sanksi pidana, sebagaimana akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 7.

Tampaknya memang jelas bahwa hukum tidak akan — dan dalam praktiknya memang tidak — menegakkan klausul penalti dalam kontrak. Klausul penalti dapat menghalangi baik wanprestasi yang tidak efisien maupun yang efisien, karena menjadikan biaya wanprestasi bagi pelaku lebih besar daripada kerugian yang diderita oleh pihak yang dirugikan. Klausul penalti juga dapat menimbulkan masalah monopoli bilateral (mengapa demikian?); bahkan mungkin mendorong pihak yang akan menjadi korban pelanggaran untuk memprovokasi wanprestasi, karena ia dapat memperoleh keuntungan dari pelanggaran tersebut.

Argumen-argumen ini merupakan dasar yang kuat untuk tidak memberikan ganti rugi bersifat hukuman (*punitive damages*) atas wanprestasi kontrak yang tidak bersifat oportunistik (dan inilah batas yang memang ditarik oleh hukum — ganti rugi hukuman semakin tersedia sebagai sanksi bagi wanprestasi yang oportunistik), namun bukan merupakan alasan yang cukup untuk menolak menegakkan klausul penalti yang dinegosiasikan secara sukarela, yang tidak akan dimasukkan ke dalam kontrak — setidaknya tidak sering — kecuali jika para pihak memperkirakan bahwa manfaatnya akan melebihi potensi kerugiannya, sebagaimana telah diuraikan.

Dan hal itu mungkin benar. Misalnya, saya mengetahui bahwa saya akan menghormati kontrak saya, tetapi saya kesulitan meyakinkan pihak lain atas hal tersebut. Dengan menandatangani klausul penalti, saya menyampaikan informasi kredibel mengenai penilaian saya sendiri atas reliabilitas saya, yang merupakan informasi penting bagi pihak lain dalam menentukan syarat-syarat bertransaksi dengan saya. Hal yang terkait erat adalah bahwa klausul penalti dapat pula ditafsirkan sebagai kompensasi kepada penjual atas tingginya risiko wanprestasi. Sebagaimana telah dijelaskan dalam pembahasan mengenai kontrak cicilan (Bab 4.7 di atas), apabila penjual tidak dapat menagih penuh harga barang pada saat wanprestasi terjadi lebih awal (karena depresiasi barang telah melampaui jumlah cicilan yang dibayar pembeli), maka terdapat argumen yang mendukung agar penjual diperbolehkan menyimpan cicilan pembeli apabila wanprestasi terjadi belakangan; keuntungan yang tampak sebagai keberuntungan semata itu mungkin (dan dalam pasar yang bersifat kompetitif, akan) sekadar menjadi kompensasi atas kerugian akibat wanprestasi awal. Tingkat bunga (*interest rates*) pun akan lebih rendah apabila penjual diizinkan memperoleh apa yang pada dasarnya merupakan penalti atas wanprestasi yang terjadi belakangan.

Hukum umum (*common law*), pada saat melarang klausul penalti, tetap memperbolehkan penjual untuk menyimpan uang muka atau cicilan pembeli, bahkan jika hasil akhirnya adalah penjual memperoleh jumlah yang melebihi estimasi wajar atas kerugiannya. Kode Komersial Uniform (*Uniform Commercial Code*) telah mengubah aturan ini untuk transaksi penjualan barang, tetapi aturan lama masih bertahan dalam kasus lain, terutama dalam perkara yang berkaitan dengan tanah, meskipun dengan satu pengecualian penting: kreditur pemegang hipotek (*mortgagee*) yang melakukan penyitaan (*foreclosure*) tidak serta merta menjadi pemilik properti tersebut; apabila

properti tersebut dijual melalui lelang penyitaan, maka debitur hipotek (*mortgagor*) berhak atas selisih lebih (jika ada) antara hasil penjualan dan jumlah yang masih terutang dalam hipotek.

Terdapat tiga perbedaan antara penalti dan sitaan (*forfeiture*):

1. Penerapan sita jaminan (*forfeiture*) tidak memerlukan gugatan ke pengadilan; oleh karena itu, merupakan upaya pemulihan (*remedy*) yang lebih murah bagi sistem hukum untuk dilaksanakan.
2. Pihak yang dikenai sita jaminan biasanya adalah pihak yang membayar (*payor*); dan pihak pembayar umumnya lebih kecil kemungkinannya melakukan wanprestasi secara tidak disengaja dibandingkan pihak yang berkewajiban melakukan prestasi (*performing party*) (mengapa hal ini relevan?).
3. Sita jaminan jarang bersifat menghancurkan secara finansial, karena dibatasi pada jumlah uang yang telah dibayarkan oleh pihak yang akan dikenai sitaan.

Poin (2) dan (3) di atas mengindikasikan bahwa sitaan lebih kecil kemungkinannya merupakan hasil dari penipuan atau paksaan dibandingkan dengan penalti.

Perbedaan-perbedaan ini dapat menjelaskan preferensi hukum terhadap sita jaminan dibanding penalti, meskipun tidak sepenuhnya menjelaskan pelarangan *absolut* terhadap penalti atau tren yang semakin menolak penalti (lihat juga Bab 4.13 di bawah). Salah satu kemungkinan penjelasan adalah bahwa karena sitaan dan penalti — terutama penalti — meningkatkan risiko kepailitan yang diakibatkan oleh wanprestasi kontrak, maka keduanya menambah jumlah dan total biaya kepailitan (biaya sumber daya, bukan sekadar perpindahan nilai secara finansial); dan sebagian dari biaya tersebut menjadi eksternal bagi para pihak dalam kontrak, sebagaimana akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 14 mengenai kepailitan. Terdapat pula argumen makroekonomi yang berkaitan, yaitu: Jika klausul penalti dan sita jaminan diterapkan secara luas, hal ini akan meningkatkan volatilitas siklus bisnis, karena jumlah kepailitan akan meningkat selama masa resesi atau depresi ekonomi.¹

Haruskah hukum mewajibkan agar setiap kontrak memuat klausul ganti rugi yang ditentukan di muka (*liquidated damages clause*) dengan dasar bahwa para pihak lebih mengetahui potensi kerugian yang mungkin timbul

dibandingkan pengadilan? Jawabannya adalah tidak seharusnya demikian. Biaya untuk mengestimasi kerugian mungkin lebih rendah ketika kerugian benar-benar terjadi, dibandingkan saat kontrak dibuat. Selain itu, dalam rezim hukum yang mewajibkan setiap kontrak memuat klausul ganti rugi yang ditentukan di muka, maka biaya estimasi tersebut akan timbul dalam setiap kontrak, bukan hanya dalam sebagian kecil kontrak yang benar-benar mengalami pelanggaran dan berujung pada gugatan.

K. Pemenuhan Prestasi Secara Spesifik (*Specific Performance*)¹²⁸

Secara umum, pemenuhan prestasi secara spesifik (yakni, perintah kepada pihak yang melakukan wanprestasi untuk melaksanakan prestasi sebagaimana diperjanjikan, di bawah ancaman sanksi penghinaan terhadap pengadilan apabila tidak dilaksanakan) tidak dijadikan sebagai upaya pemulihan (*remedy*) terhadap wanprestasi kontrak. Pihak yang dirugikan (*promisee*) pada umumnya harus puas dengan ganti rugi uang (*damages*), sebagaimana dikemukakan dalam *dictum* Holmes yang telah dikutip sebelumnya. Namun terdapat pengecualian dalam kasus-kasus di mana ganti rugi sulit dihitung akibat tidaknya tersedia substitusi pasar yang memadai terhadap prestasi yang dijanjikan oleh pihak yang melakukan wanprestasi.

Pengecualian ini, tampaknya, telah menggeser aturan umum dalam konteks kontrak jual beli atas tanah atau properti, dan secara normatif memang dapat dibenarkan. Misalnya, saya memiliki kontrak untuk membeli sebuah rumah, namun penjual melakukan wanprestasi. Penilaian atas kerugian yang saya alami akan sangat sulit dilakukan, sebab sebagaimana telah dibahas sebelumnya (Bab3.5), saya mungkin menilai rumah tersebut jauh lebih tinggi nilainya dibandingkan dengan harga pasar. Jika pengadilan hanya memberikan ganti rugi uang, maka kemungkinan besar akan terjadi penilaian kerugian yang terlalu rendah secara sistematis, sebab pengadilan akan berpedoman pada harga pasar dan cenderung skeptis terhadap klaim pembeli bahwa rumah tersebut memiliki nilai personal yang lebih tinggi.

Meskipun masalah ini dapat diselesaikan melalui putusan pemenuhan prestasi secara spesifik, pendekatan ini justru dapat menimbulkan permasalahan ekonomi baru. Fakta bahwa penjual melakukan wanprestasi

¹²⁸ Lihat Daniel A. Farber, *Contract Law and Modern Economic Theory*, 78 Northwestern University Law Review 303, 335 (1983).

dapat menjadi indikasi bahwa terdapat transaksi alternatif yang dapat meningkatkan nilai ekonomi secara lebih besar dibandingkan dengan menyelesaikan penjualan kepada saya; dan dalam konteks ini, maka pelanggaran kontrak justru patut didorong. Namun, putusan untuk melaksanakan prestasi tetap tidak menimbulkan dampak yang terlalu fatal, karena penjual dapat selalu menawarkan kompensasi kepada pembeli untuk mencabut haknya atas pemenuhan spesifik; dan secara ekonomi akan memilih untuk melakukannya apabila transaksi alternatif tersebut memang menghasilkan harga yang lebih tinggi.

Namun, keharusan untuk melakukan negosiasi tambahan ini akan menimbulkan biaya transaksi yang lebih tinggi. Hal ini menjadi sangat nyata dalam kasus di mana pemenuhan prestasi secara fisik tidak mungkin dilakukan, tetapi penghentian kontrak (*discharge*) tidak dapat diterima karena pihak pelaksana (*promisor*) telah mengasuransikan risiko ketidakmungkinan tersebut. Misalnya, apabila pihak yang dirugikan memperoleh putusan pengadilan yang memerintahkan pelaksanaan kontrak, maka pihak pelaksana dapat memilih untuk membayar pihak yang dirugikan guna mencabut perintah tersebut, sebagai alternatif dari menanggung sanksi berat akibat ketidakpatuhan. Akan tetapi, jumlah pembayaran tersebut mungkin tidak mencerminkan kerugian riil yang diderita oleh pihak yang dirugikan. Bahkan, dalam kasus ketidakmungkinan fisik yang murni, perintah pemenuhan tersebut dapat mewajibkan pihak pelaksana menanggung biaya yang tak terbatas (bahkan tak terhingga) untuk melaksanakan kontrak, sehingga pihak tersebut mungkin harus menyerahkan seluruh kekayaannya demi terbebas dari kewajiban tersebut, meskipun kerugian riil bagi pihak yang dirugikan bisa jadi sangat kecil.

Pada kenyataannya, pihak pelaksana kemungkinan tidak harus membayar sebanyak itu; nilai yang lebih rendah antara kekayaan pihak pelaksana dan biaya untuk melanggar perintah pengadilan hanyalah batas atas dari kisaran negosiasi antara para pihak dalam kontrak tersebut (apa yang menjadi batas bawahnya?). Namun, hal ini menunjukkan bahwa adanya upaya pemenuhan prestasi secara spesifik dapat menciptakan situasi monopoli bilateral, yang merupakan sumber biaya transaksi tinggi.

Walaupun kondisi ini tidak menjadi masalah dalam kasus wanprestasi yang bersifat oportunistik — karena secara definisi pelaksanaan prestasi oleh pihak pelaksana tidaklah mustahil atau bahkan tidak merugikan secara

ekonomi — pemenuhan prestasi secara spesifik sebenarnya tidak diperlukan dalam konteks ini; cukup dengan pemulihan berupa restitusi, yang lebih ringan dari sisi pengawasan oleh pengadilan.

Hal ini mengindikasikan alasan lain yang mendukung preferensi terhadap ganti rugi uang dibandingkan pemenuhan prestasi secara spesifik. Ganti rugi uang merupakan bentuk pemulihan yang bersifat satu kali bagi pengadilan; pengadilan cukup menjatuhkan putusan, dan apabila tergugat menolak untuk secara sukarela memenuhi putusan tersebut, maka juru sita dapat menjual sebagian aset tergugat guna melunasi kewajibannya.

Sebaliknya, pemenuhan prestasi secara spesifik, seperti bentuk pemulihan lainnya dalam hukum ekuitas (*equitable remedies*), memerlukan keterlibatan pengadilan secara berkelanjutan. Pengadilan harus terus mencatat perkara dalam daftar perkaranya sampai prestasi dilaksanakan sepenuhnya, agar dapat menanggapi argumen dari penggugat bahwa tergugat gagal melaksanakan prestasinya dengan itikad baik.

Karena biaya sistem peradilan tidak sepenuhnya ditanggung oleh para pihak (sebagaimana akan dibahas lebih lanjut kemudian), maka biaya pemulihan melalui pemenuhan spesifik sebagian besar akan dibebankan ke luar pihak-pihak kontrak (*externalized*). Dengan demikian, pemenuhan prestasi secara spesifik lebih mahal untuk dilaksanakan dibandingkan dengan ganti rugi uang, dan karena remedi berupa perintah (*injunctive remedies*) menciptakan masalah monopoli bilateral yang tidak timbul dalam ganti rugi uang, maka tidak mengherankan bahwa prinsip dasar dalam hukum ekuitas adalah bahwa pihak yang memohon remedi ekuitas harus menunjukkan bahwa remedi dalam hukum (biasanya perintah pembayaran sejumlah uang) tidak memadai, misalnya karena perhitungan kerugiannya tidak dapat dilakukan secara layak (lihat lebih lanjut Bab 21.4).

Masalah monopoli bilateral yang ditimbulkan oleh remedi injungtif tidak terbatas pada kasus kontrak dengan pemenuhan spesifik saja. Ia juga memberikan alasan ekonomi tambahan bagi eksistensi prinsip ekuitas yang disebutkan di atas. Sebagai contoh, dalam perkara “*Boomer v. Atlantic Cement Co.*”,¹²⁹ para penggugat meminta perintah pengadilan (*injunction*) untuk

¹²⁹ Mengapa tidak rasional untuk tidak pernah membayar utang, dan malah selalu membebankan biaya proses penagihan kepada kreditur, dengan teori bahwa ia akan mengkompromikan utang tersebut alih-alih menanggung biaya tersebut? Lihat Arthur Allen

menghentikan polusi yang ditimbulkan oleh pabrik milik tergugat. Meskipun para penggugat berhasil membuktikan adanya pelanggaran terhadap hak hukum mereka, permohonan untuk injungsi tersebut ditolak, dan penggugat hanya diberikan ganti rugi uang, karena biaya yang harus ditanggung tergugat untuk mematuhi perintah tersebut (menutup pabrik) sangat tidak sebanding dengan kerugian yang diderita penggugat.

Perbedaan besar antara tingkat kerugian yang dialami oleh para penggugat dan biaya yang harus dikeluarkan oleh tergugat untuk menghindari kerugian tersebut menciptakan rentang harga yang sangat luas di mana para penggugat dapat menjual hak injungtif mereka kepada tergugat, seandainya injungsi tersebut dikabulkan. Semakin besar rentang negosiasi dalam konteks monopoli bilateral, maka semakin besar pula potensi pemborosan sumber daya yang langka dalam proses tawar-menawar tersebut.

L. Upaya Sendiri (*Self-Help*) — Kondisi dalam Kontrak

Sering kali, upaya hukum yang paling efektif atas pelanggaran kontrak tidak melibatkan gugatan di pengadilan atau bahkan ancaman untuk mengajukan gugatan. Misalnya, seorang konsumen membeli sebuah mobil dengan skema cicilan, telah menerima barang (mobil), namun gagal menyelesaikan pembayaran sesuai perjanjian. Dalam hal demikian, pihak penjual (dealer mobil) dapat memutuskan untuk tidak mengajukan gugatan atas sisa harga pembelian yang belum dibayar. Jumlah tunggakan tersebut mungkin terlalu kecil untuk membenarkan biaya proses peradilan, meskipun pengadilan klaim kecil (*small claims court*) — yang lebih sering dimanfaatkan oleh pihak penjual daripada pembeli — memang mempermudah penagihan piutang kontraktual bernilai kecil. Sebagai alternatif, penjual dapat melakukan *repossession* atas mobil tersebut, menjualnya kembali, dan menyerahkan hasil penjualan kepada pembeli dikurangi biaya penjualan serta jumlah yang masih terutang berdasarkan kontrak. Apabila penjual diperbolehkan untuk menyimpan seluruh hasil penjualan, hal tersebut akan dikualifikasikan sebagai *forfeiture* (penyitaan sepihak) dan tidak lagi diperbolehkan dalam hukum.¹³⁰

Leff, Injury, Ignorance, and Spite — The Dynamics of Coersive Collection, 80 Yale LJ 1 (1970).

¹³⁰ Terdapat literatur yang sangat luas mengenai analisis ekonomi atas pemenuhan prestasi secara spesifik (*specific performance*). Beberapa contoh karya tersebut antara lain: Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 University of Chicago Law Review 351

Apakah penting untuk dibedakan apakah penjual menjual kembali mobil tersebut di pasar eceran (*retail*) atau grosir (*wholesale*)? Sekilas tampak bahwa karena harga eceran umumnya lebih tinggi daripada harga grosir, demi kepentingan pembeli, penjual seharusnya diwajibkan untuk menjual kembali secara eceran. Namun hukum tidak mensyaratkan demikian, dan ketentuan tersebut adalah tepat. Dengan asumsi bahwa industri eceran dan grosir bersifat kompetitif dan bukan monopolistik — dan memang demikian halnya — maka baik harga eceran maupun harga grosir suatu barang semestinya mencerminkan biaya penjualan barang tersebut. Harga eceran memang lebih tinggi semata-mata karena biaya distribusi secara eceran lebih besar daripada biaya distribusi secara grosir. Oleh karena itu, hasil bersih yang diperoleh pemilik barang dari penjualan seharusnya tetap sama.

Hak untuk melakukan *repossession* dapat diformulasikan ulang dalam istilah doktrin *conditions* (kondisi) yang merupakan asas penting dalam hukum kontrak, sebagai berikut: hak pembeli untuk memaksa penjual melaksanakan prestasi dengan menyerahkan mobil kepadanya adalah bersyarat pada terpenuhinya kewajiban pembeli untuk melakukan pembayaran secara penuh atas mobil tersebut. Jika pembeli lalai melaksanakan kewajibannya dalam kontrak, penjual berhak menarik kembali pelaksanaan prestasinya, yaitu dengan mengambil kembali mobil tersebut.

Misalnya, apabila pembeli telah wanprestasi sebelum mobil diserahkan, maka penjual secara eksplisit dapat mengandalkan doktrin kondisi sebagai dasar untuk menolak penyerahan mobil. Namun, apakah penjual dalam keadaan demikian berhak untuk menahan pembayaran yang telah dilakukan oleh pembeli berdasarkan kontrak jual beli tersebut? Penjual tidak berhak untuk itu. Jumlah yang telah dibayarkan oleh pembeli bisa saja jauh melebihi kerugian aktual yang dialami penjual akibat wanprestasi. Dalam hal ini, penjual wajib mengimbangi kerugian tersebut dengan jumlah pembayaran yang telah diterima, dan mengembalikan kelebihan kepada pembeli.

Demikian pula, doktrin *substantial performance* (pemenuhan substansial) mencegah pihak yang telah menyewa kontraktor untuk membangun rumah dari menolak pembayaran hanya karena terjadi

(1978); Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 Yale Law Journal 271 (1979); Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 Michigan Law Review 341 (1984); William Bishop, *The Choice of Remedy for Breach of Contract*, 14 Journal of Legal Studies 299 (1985).

pelanggaran kecil atas kontrak. Pelanggaran tersebut tidak perlu dimaafkan; pihak yang berjanji tetap dapat menggugat ganti rugi. Namun pelanggaran kecil yang tidak material tidak dapat dijadikan alasan bagi pihak lainnya untuk menghindar dari kewajibannya sendiri (dalam contoh ini, yaitu melakukan pembayaran atas rumah tersebut).

Contoh-contoh di atas menunjukkan bahwa upaya sendiri (*self-help*) dapat menjadi upaya yang terlalu berat sebagai bentuk pemulihan atas wanprestasi kontrak — seberat upaya yang setara dengan pemberian penalti secara eksplisit — apabila tidak diimbangi oleh larangan terhadap penalti dan (sebagian) *forfeitures*, serta doktrin seperti *substantial performance* dan pelanggaran material (*material breach*). Upaya tersebut dapat menghalangi terjadinya wanprestasi yang efisien dan oleh karenanya seharusnya dilarang, kecuali apabila para pihak telah menyepakatinya secara eksplisit pada saat kontrak dibuat.

Sebagai ilustrasi lebih lanjut, dalam contoh terakhir, dapat saja terjadi bahwa perubahan keadaan membuat mobil tersebut hanya bernilai Rp80.000.000 bagi pembeli. Harga beli semula adalah Rp112.000.000, dan kerugian yang diderita penjual akibat wanprestasi adalah Rp16.000.000 (karena harga pasar mobil saat ini hanya Rp96.000.000), sedangkan pembeli telah membayar Rp64.000.000. Karena pembeli tidak dapat memperoleh kembali uang tersebut (dalam asumsi bahwa dalam peristiwa wanprestasi, penjual berhak menahan pembayaran yang telah diterima), maka pembeli akan memilih untuk melanjutkan pelunasan (membayar sisa Rp48.000.000 agar dapat mempertahankan mobil yang bernilai Rp80.000.000 baginya), meskipun nilai mobil tersebut lebih tinggi di tangan dealer. Dapat diasumsikan bahwa pembeli masih dapat menjual kembali mobil tersebut, namun dengan efisiensi yang lebih rendah dibandingkan dengan penjual profesional.

Upaya mandiri (*self-help*) oleh pembeli merupakan suatu mekanisme yang lazim dan umumnya tidak menimbulkan persoalan dalam perkara jual beli. Sebagai ilustrasi, B memesan barang dari A. Ketika barang tersebut tiba dan dilakukan pemeriksaan, B segera menyadari bahwa barang tersebut cacat, sehingga dikembalikan kepada A. Tindakan ini merupakan bentuk upaya hukum yang lebih ekonomis, baik secara sosial maupun individual, dibandingkan dengan opsi B untuk tetap menyimpan barang tersebut dan mengajukan gugatan ganti rugi terhadap A, atau bahkan menjualnya atas nama A — sebab secara asumptif, A memiliki pengetahuan dan kapasitas yang lebih

memadai untuk menangani barang cacat tersebut (misalnya memperbaikinya, membuangnya, atau menjualnya sebagai barang "kelas dua", dan sebagainya).

Namun, apabila B lalai melakukan pemeriksaan dan akibatnya tidak segera menemukan cacat tersebut hingga jangka waktu yang cukup lama, maka B dapat dianggap secara hukum telah menerima barang tersebut (*acceptance*), dan karenanya tetap berkewajiban untuk membayar harga barang. Ketentuan ini sekilas tampak tidak berguna, karena hukum tetap memberikan hak kepada B untuk menggugat A atas pelanggaran jaminan (*breach of warranty*) atas barang cacat, meskipun barang telah diterima. Namun demikian, semakin lama waktu yang dibutuhkan oleh B untuk mengembalikan barang, maka semakin besar pula penyusutan nilai barang tersebut — sehingga semakin besar pula beban kerugian yang harus ditanggung oleh penjual akibat tindakan upaya mandiri dari pihak pembeli.

Apabila diasumsikan bahwa kerugian tambahan tersebut sebenarnya dapat dihindari oleh pembeli melalui tindakan pemeriksaan yang cermat terhadap barang saat diterima, maka secara hipotesis, para pihak dalam kontrak akan berkehendak agar pembeli kehilangan hak untuk menolak barang (sebagai bentuk upaya mandiri), guna mendorong pembeli agar bertindak dengan kehati-hatian yang semestinya.

Yang menjadikan upaya mandiri sebagai solusi yang efisien dalam konteks jual beli barang, sejauh dilakukan secara segera, adalah kenyataan bahwa penjual sering kali masih dapat menjual kembali barang yang dikembalikan tanpa mengalami kerugian yang signifikan, bahkan dalam beberapa hal tidak mengalami kerugian sama sekali. Hal ini dikarenakan penjual secara umum lebih cakap dalam menjual barang tersebut dibandingkan pembeli.

Namun, bagaimana jika subjek kontrak adalah pembangunan sebuah rumah, dan pada saat penyerahan rumah selesai dibangun, diketahui bahwa rumah tersebut tidak sepenuhnya sesuai dengan spesifikasi dalam kontrak? Apakah pembeli berhak untuk menolak penyerahan tersebut, meskipun belum melakukan pembayaran atas rumah tersebut?

Sekali lagi, persoalan utamanya adalah hubungan antara biaya upaya mandiri yang ditanggung oleh pembeli (dalam hal ini penolakan) terhadap kerugian yang berhak ia tuntut apabila ia memilih untuk menggugat. Misalnya, karena rumah tersebut dirancang secara khusus mengikuti selera pribadi pembeli, maka nilai jual kembali rumah tersebut sangat rendah; jika pembeli

dibenarkan untuk mengundurkan diri dari kontrak, kontraktor akan menanggung kerugian sebesar \$50.000, sementara nilai ganti rugi yang dapat diperoleh pembeli atas pelanggaran minor dalam kontrak tersebut hanya sebesar \$1.000. Dalam keadaan demikian, upaya mandiri bukanlah mekanisme penyelesaian yang efisien.¹³¹

Dengan demikian, dapat diprediksi (dan dalam praktik memang demikian) bahwa hukum tidak memberikan hak kepada penerima janji (*promisee*) untuk membebaskan dirinya dari kewajiban prestasi hanya karena adanya pelanggaran kecil oleh pihak pembuat janji (*promisor*). Hukum secara implisit melakukan perbandingan antara biaya upaya mandiri oleh penerima janji terhadap pembuat janji dengan besaran kerugian yang dapat diperoleh melalui gugatan, dan menolak memperkenankan upaya mandiri apabila biaya tersebut secara substansial melebihi potensi kerugian. Oleh karena itu, secara umum, hukum lebih cenderung memperkenankan upaya mandiri dalam transaksi yang melibatkan barang-barang fungibel (dapat saling menggantikan) dibandingkan dengan barang-barang yang bersifat khusus atau dikustomisasi.

M. Kontrak Implikatif

Seorang dokter secara kebetulan menemukan seseorang yang tidak dikenal dalam keadaan tidak sadar di jalan, kemudian memberikan pertolongan medis, dan selanjutnya menuntut imbalan jasa. Apakah dokter tersebut memiliki dasar hukum untuk menuntut pembayaran? Jawaban hukum atas pertanyaan tersebut adalah *ya*. Dalam terminologi hukum klasik, terdapat anggapan adanya kontrak yang tersirat (*implied contract*) antara dokter dan orang asing tersebut untuk pemberian bantuan medis. Gagasan ini telah dikritik sebagai suatu fiksi hukum, dan para pemikir hukum modern lebih memilih untuk mendasarkan hak hukum dokter tersebut pada prinsip *unjust enrichment* (pengayaan yang tidak sah). Istilah tersebut mengisyaratkan suatu dasar moral dalam hukum, yang (mungkin saja) terlepas dari pendekatan ekonomi.¹³²

¹³¹ Lihat George L. Priest, *Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach*, 91 Harv. L. Rev. 960 (1978).

¹³² Untuk pembahasan yang lebih komprehensif, lihat William M. Landes & Richard A. Posner, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, 7 *Journal of Legal Studies* 83 (1978); Saul Levmore, *Explaining*

Namun dalam kenyataannya, hasil-hasil putusan utama dalam perkara-perkara sejenis lebih baik dijelaskan secara ekonomi daripada secara moral. Konsep *implied contract* merupakan suatu bentuk singkat yang berguna bagi pendekatan ekonomi, karena pendekatan tersebut menunjukkan bahwa terdapat kesinambungan yang cukup signifikan antara kontrak yang dinyatakan secara eksplisit (*express contract*) dan persoalan-persoalan yang dewasa ini dikategorikan dalam kerangka *unjust enrichment*. Dalam kasus pertama, yakni kasus sang dokter, biaya untuk melaksanakan transaksi secara sukarela menjadi sangat tinggi. Sumber dari tingginya biaya transaksi tersebut adalah ketidakmampuan dari pihak yang ditolong; dalam kasus lain, sumbernya mungkin adalah faktor waktu (misalnya, orang asing tersebut sadar namun mengalami pendarahan hebat sehingga tidak ada cukup waktu untuk merundingkan kesepakatan). Dalam kasus-kasus seperti ini, yang perlu dipertimbangkan adalah apakah, jika biaya transaksi tidak bersifat prohibitif, para pihak kemungkinan besar akan mencapai kesepakatan, dan apabila iya, apa (secara perkiraan) isi dari kesepakatan tersebut. Apabila pengadilan dapat memiliki keyakinan yang wajar bahwa para pihak akan benar-benar melakukan transaksi dan bahwa syarat-syarat esensial dari transaksi tersebut dapat ditentukan (misalnya bahwa dokter akan menggunakan upaya terbaiknya dan pasien akan membayar biaya jasa medis sebagaimana lazimnya untuk tindakan yang diberikan), maka pengadilan tidak akan ragu untuk membentuk kontrak antara para pihak secara retrospektif (*ex post*).¹³³

Apakah seharusnya menjadi relevan apabila tergugat dapat membuktikan bahwa ia adalah penganut *Christian Science* dan jika ia sadar, ia tidak akan pernah menyetujui jasa medis dari dokter tersebut? Seharusnya hal tersebut tidak relevan—kecuali dalam kasus-kasus lain yang serupa di mana dokter diberikan kompensasi tambahan untuk mengimbangi risiko bahwa pasien yang tidak sadar sebenarnya tidak menginginkan jasa tersebut (dan oleh karenanya tidak dapat diwajibkan untuk membayarnya). Akan tetapi, bayangkan sebuah situasi berbeda: seorang pria berdiri di bawah jendela rumah saya dan memainkan biola dengan sangat indah; setelah selesai, ia mengetuk pintu dan meminta imbalan atas permainanannya. Meskipun saya

Restitution, 71 *Virginia Law Review* 65 (1985); *Note*, *A Theory of Hypothetical Contract*, 94 *Yale Law Journal* 415 (1984).

¹³³ Seperti halnya dalam kasus dinding bersama (*party-wall case*) yang dibahas dalam Bab 3.9 di atas, di mana sumber dari tingginya biaya transaksi adalah keberadaan monopoli bilateral (*bilateral monopoly*).

menikmati permainannya, saya menolak untuk membayar apa pun. Pengadilan akan menolak tuntutan pemain biola tersebut untuk memperoleh imbalan—seberapapun wajarnya jumlah yang dituntut—dengan alasan bahwa meskipun ia memberikan manfaat kepada saya (dan tidak dengan maksud cuma-cuma), ia melakukannya secara *officiously* (tanpa diminta dan secara tidak patut). Dalam istilah ekonomi, hal ini berarti bahwa ia memberikan manfaat yang tidak dinegosiasikan dalam kondisi di mana biaya untuk melakukan transaksi sukarela sesungguhnya rendah. Dalam situasi semacam itu, hukum secara tegas mewajibkan agar jalur sukarela ditempuh—dan pendekatan tersebut memiliki dasar ekonomi yang kuat.

Apakah seharusnya menjadi berbeda jika pemain biola tersebut sebenarnya dipekerjakan oleh tetangga saya, namun karena kesalahan memainkan biola di bawah jendela saya? Bagaimana jika, alih-alih memainkan biola, pemain tersebut secara keliru membayar cicilan hipotek milik saya?

Bacaan yang Disarankan

1. John H. Barton, *Dasar Ekonomi atas Ganti Rugi karena Wanprestasi dalam Kontrak*, 1 *Journal of Legal Studies* 277 (1972).
2. Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Prinsip Mitigasi: Menuju Teori Umum atas Kewajiban Kontraktual*, 69 *Virginia Law Review* 967 (1983).
3. Anthony T. Kronman, *Kekeliruan, Pengungkapan, Informasi, dan Hukum Kontrak*, 7 *Journal of Legal Studies* 1 (1978).
4. ----- & Richard A. Posner, *Ekonomi dalam Hukum Kontrak* (1979).
5. Timothy J. Muris, *Perilaku Oportunistik dan Hukum Kontrak*, 65 *Minnesota Law Review* 521 (1981).
6. Jeffrey M. Perloff, *Wanprestasi dan Doktrin Dapat-Diperkirakan dari Putusan Hadley v. Baxendale*, 10 *Journal of Legal Studies* 39 (1981).
7. A. Mitchell Polinsky, *Berbagi Risiko melalui Upaya Ganti Rugi atas Wanprestasi Kontrak*, 12 *Journal of Legal Studies* 427 (1983).
8. Richard A. Posner, *Janji Cuma-Cuma dalam Perspektif Ekonomi dan Hukum*, 6 *Journal of Legal Studies* 411 (1977).

9. Andrew M. Rosenfield, *Ketidakmungkinan dan Doktrin-Doktrin Terkait dalam Hukum Kontrak: Suatu Analisis Ekonomi*, 6 *Journal of Legal Studies* 83 (1977).
10. Samuel A. Rea, Jr., *Implikasi Efisiensi dari Penalti dan Ganti Rugi yang Ditentukan di Muka (Liquidated Damages)*, 13 *Journal of Legal Studies* 147 (1984).
11. Steven Shavell, *Ukuran Ganti Rugi atas Wanprestasi dalam Kontrak*, 11 *Bell Journal of Economics* 466 (1980).
12. Thomas S. Ulen, *Efisiensi dari Pemenuhan Spesifik (Specific Performance): Menuju Teori Terpadu atas Upaya Hukum dalam Kontrak*, 83 *Michigan Law Review* 341 (1984).

Permasalahan

1. Misalkan pengadilan, dalam menentukan hak dan kewajiban para pihak dalam kontrak, tidak menggunakan kriteria efisiensi sebagai pedoman dalam putusannya, melainkan menggunakan kriteria non-ekonomi mengenai keadilan. Apa dampak dari pendekatan ini terhadap proses pertukaran? Mengapa hukum kontrak secara umum dianggap sebagai bidang yang tidak tepat untuk menegakkan prinsip-prinsip moral (sejauh prinsip-prinsip tersebut dapat dibedakan dari prinsip ekonomi)?
2. Perkara *Paradine v. Jane*, Alleyn 26, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647), merupakan gugatan atas pembayaran sewa oleh pemilik properti. Pembelaan penyewa adalah bahwa ia telah terusir dari propertinya oleh pasukan Pangeran Rupert, seorang penyerang asing. Dari sudut pandang ekonomi, haruskah pengadilan menerima pembelaan tersebut?
3. Bahas proposisi-proposisi berikut ini:
 - a) Ganti rugi berbasis *reliance* (kerugian ketergantungan) lebih tepat dijadikan ukuran kerugian atas wanprestasi kontrak dalam kasus-kasus (misalnya kekeliruan) di mana tidak terjadi kesepakatan kehendak (*meeting of minds*) yang sesungguhnya.
 - b) Kerugian *reliance* pada umumnya sebanding dengan biaya variabel jangka pendek, sedangkan kerugian *expectation* (harapan) sebanding dengan biaya variabel jangka panjang (bandingkan dengan Bab 10.6).

4. Mengapa tidak rasional untuk tidak pernah membayar utang dan selalu membiarkan kreditur menanggung biaya penagihan, dengan alasan bahwa kreditur akan lebih memilih untuk menyelesaikan utang melalui kompromi daripada menanggung biaya tersebut? Lihat Arthur Allen Leff, *Injury, Ignorance, and Spite — The Dynamics of Coercive Collection*, 80 *Yale Law Journal* 1 (1970).
5. "Saya percaya bahwa terdapat nilai serta unsur keluhuran dalam putusan hakim yang setiap kali berkesempatan akan membatalkan kontrak konsumen yang dirancang untuk mempertahankan eksploitasi terhadap kelas pembeli kredit termiskin." – Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* 1685, 1777 (1976). Penulis tampaknya merujuk pada jenis kontrak cicilan yang dibahas dalam Bab 4.7 di atas. Lihat *Harvard Law Review* hlm. 1777 catatan kaki no.160. Dalam arti apa kontrak tersebut memang bersifat eksploitatif terhadap kelas pembeli termiskin? Apakah para pembeli tersebut akan berada dalam posisi yang lebih baik jika pengadilan mengubah kontrak mereka untuk memberikan perlindungan yang lebih besar terhadap pembeli yang wanprestasi? Apakah jawaban Anda tergantung pada apakah kelas pembeli termiskin tersebut didefinisikan sebagai seluruh pembeli miskin, atau hanya pembeli miskin yang memiliki kemungkinan tinggi untuk wanprestasi?
6. Dapatkah Anda mengemukakan alasan ekonomi mengapa janji timbal balik dalam lingkungan keluarga (misalnya, seorang suami berjanji untuk membelikan piano kepada istrinya apabila ia bersedia menuntun anjing setiap malam selama satu tahun, dan istrinya setuju tetapi kemudian mengingkarinya) tidak seharusnya ditegakkan secara hukum oleh pengadilan?
7. Jika asuransi merupakan salah satu fungsi penting dari kontrak, upaya hukum kontrak manakah yang paling efektif (dan yang paling tidak efektif) dalam menjalankan fungsi tersebut? Haruskah pihak yang memenangkan perkara berhak menuntut agar biaya hukum dibebankan kepada pihak yang kalah?
8. A membayar \$100 untuk tiket pertandingan *Super Bowl*. Karena suatu kekeliruan yang disebabkan oleh perantara penjual tiket, tiket tersebut tidak pernah diterima oleh A, sehingga ia kehilangan kesempatan menonton pertandingan tersebut. Ia bersedia membayar hingga \$10.000

untuk tiket tersebut. Anggaplah bahwa kekeliruan tersebut tidak dapat dicegah oleh perantara dengan biaya yang wajar, tetapi tetap merupakan wanprestasi kontraktual. Berapa besar ganti rugi yang seharusnya diterima oleh A? Lihat Samuel A. Rea, Jr., *Nonpecuniary Loss and Breach of Contract*, 11 *Journal of Legal Studies* 35 (1982).

9. Pasal 3 dari *Harter Act*, 46 U.S.C. Bab 192, menyatakan: "Jika pemilik kapal yang mengangkut barang ke atau dari pelabuhan di Amerika Serikat telah menjalankan kehati-hatian yang layak untuk memastikan bahwa kapal tersebut layak laut dalam segala hal serta memiliki awak, peralatan, dan perlengkapan yang memadai, maka kapal tersebut, pemiliknya, agennya, atau penyewanya tidak akan dimintai pertanggungjawaban atas kerusakan atau kerugian yang timbul dari kesalahan dalam navigasi atau pengelolaan kapal tersebut." Dapatkah Anda mengemukakan fungsi ekonomi yang mungkin menjadi dasar dari ketentuan hukum ini?
10. Umumnya, ilegalitas (misalnya, pelanggaran terhadap hukum antimonopoli) dapat dijadikan sebagai alasan pembelaan terhadap penegakan kontrak yang belum dijalankan (*executory contract*), tetapi tidak terhadap kontrak yang telah dijalankan sebagian (*partially executed contract*). Mengapa terdapat perbedaan ini?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB V

HUKUM KELUARGA

Hubungan perkawinan pada hakikatnya bersifat kontraktual, sehingga analisis terhadap hukum keluarga secara alamiah mengikuti pembahasan mengenai hukum perjanjian. Namun demikian, bab ini hanya merupakan pengantar mengenai analisis ekonomi dan hukum terhadap institusi keluarga; pewarisan (yang pada umumnya bersifat intra-keluarga) dan diskriminasi berdasarkan jenis kelamin (suatu topik yang tidak dapat dipisahkan dari institusi keluarga) akan dibahas secara tersendiri dalam bagian lain buku ini.

A. Teori Produksi Rumah Tangga

Analisis ekonomi terhadap institusi keluarga didasarkan pada pemahaman bahwa rumah tangga tidak hanya berperan sebagai unit konsumsi, melainkan terlebih lagi sebagai unit produksi dalam masyarakat. Makanan, pakaian, perabot rumah tangga, obat-obatan, dan komoditas pasar lainnya yang dibeli oleh rumah tangga sejatinya merupakan input dalam proses produksi terhadap gizi, kehangatan, kasih sayang, anak-anak, serta barang dan jasa lainnya — baik yang bersifat nyata maupun tidak nyata — yang merupakan *output* dari rumah tangga itu sendiri. Salah satu input terpenting dalam proses produksi rumah tangga tersebut bukanlah komoditas pasar, melainkan waktu dari para anggota rumah tangga, khususnya — dalam struktur keluarga tradisional — waktu dari istri.

Keberlangsungan institusi keluarga sebagai suatu institusi sosial memberikan indikasi kepada ekonom bahwa institusi tersebut memiliki sifat-sifat efisiensi ekonomi yang signifikan. Apa sajakah sifat-sifat tersebut? Apakah berupa efisiensi skala (misalnya melalui penggunaan dapur bersama)? Namun efisiensi semacam ini dapat — dan seringkali memang — dicapai di luar kerangka perkawinan, dan bahkan kerap kali manfaatnya lebih kecil dibandingkan dengan biaya yang timbul akibat keharusan menyesuaikan selera, jadwal, dan aspek pribadi lainnya dengan orang lain.

Faktor yang lebih penting adalah bahwa institusi keluarga memfasilitasi pembagian kerja (*division of labor*), yang memungkinkan tercapainya keuntungan dari spesialisasi. Dalam keluarga tradisional, suami melakukan

spesialisasi dalam pekerjaan pasar tertentu (misalnya di bidang teknik) yang menghasilkan pendapatan, yang kemudian dapat digunakan untuk membeli komoditas pasar yang dibutuhkan sebagai input dalam proses produksi rumah tangga. Sementara itu, istri mengalokasikan waktunya untuk mengolah komoditas pasar tersebut (misalnya bahan makanan) menjadi *output* rumah tangga (misalnya hidangan makan malam). Dengan melakukan spesialisasi dalam produksi pasar, suami memaksimalkan pendapatan moneter keluarga yang dapat digunakan untuk memperoleh berbagai kebutuhan rumah tangga. Sementara itu, dengan melakukan spesialisasi dalam produksi rumah tangga, istri memaksimalkan nilai dari waktu yang ia curahkan sebagai input dalam proses produksi output rumah tangga.

Pembagian kerja — di mana suami bekerja penuh waktu di pasar tenaga kerja dan istri bekerja penuh waktu dalam urusan rumah tangga — bertujuan untuk memaksimalkan pendapatan riil total rumah tangga dengan cara memungkinkan masing-masing pihak untuk melakukan spesialisasi dalam aktivitas yang saling melengkapi. Prinsip ini serupa dengan ekspektasi bahwa seseorang yang bekerja paruh waktu sebagai dokter dan paruh waktu sebagai pengacara akan menghasilkan output jasa medis dan hukum yang lebih rendah dibandingkan dengan dua orang yang memiliki kemampuan setara, tetapi masing-masing bekerja penuh waktu sebagai dokter dan sebagai pengacara. Individu yang melakukan pekerjaan yang sama secara terus-menerus cenderung akan lebih mahir dibandingkan dengan mereka yang membagi waktunya untuk mengerjakan tugas-tugas yang tidak saling berkaitan.

Namun demikian, tentu merupakan suatu bentuk hiperbola apabila dikatakan bahwa suami dan istri masing-masing mencurahkan seluruh waktunya secara eksklusif pada peran mereka sebagai produsen pasar dan produsen rumah tangga. Sebab, apabila pembagian peran tersebut benar-benar terpisah secara mutlak, maka menjadi suatu hal yang mengherankan mengapa institusi yang dipilih untuk mengorganisir rumah tangga adalah perkawinan, dan bukan kemitraan bisnis. Kunci dari persoalan ini terletak pada hakikat dari “komoditas utama” yang dihasilkan oleh institusi perkawinan: yaitu anak. Meskipun tidak semua perkawinan menghasilkan keturunan, hanya sebagian kecil yang secara sadar memilih untuk tidak memiliki anak; dan sulit dibayangkan bahwa perkawinan akan menjadi institusi yang lazim apabila mayoritas orang tidak menginginkan anak. Mengasuh anak, khususnya pada masa-masa awal kehidupannya, menuntut waktu yang sangat besar dari orang

tua (secara tradisional adalah ibu). Seorang perempuan yang mengasuh anak akan kekurangan waktu untuk bekerja di pasar demi memperoleh pendapatan guna membeli *input* pelengkap seperti makanan, pakaian, dan tempat tinggal. Oleh karena itu, ia melakukan “pertukaran” antara kerja domestiknya dengan kerja suami di pasar; sang suami secara implisit “membeli” jasa pengasuhan terhadap anak-anak yang juga merupakan anak kandungnya sendiri.

Tidak terdapat keharusan dalam teori ini bahwa pihak yang menjadi produsen pasar adalah laki-laki, dan produsen rumah tangga adalah perempuan; namun demikian, pembagian fungsi secara tradisional tersebut juga tidak sepenuhnya bersifat sewenang-wenang atau semata-mata hasil dari diskriminasi. Hingga abad ini, agar seorang perempuan dapat memiliki kepastian yang cukup bahwa anak-anak yang dilahirkannya akan bertahan hidup hingga dewasa, ia harus dalam keadaan hamil atau menyusui secara hampir terus-menerus selama masa suburnya. Dalam konteks tersebut, jika ada pihak yang harus berspesialisasi dalam produksi pasar, maka secara faktual hal itu harus dilakukan oleh suami. Bahkan hingga saat ini, sebagian besar perempuan yang memiliki anak masih mengambil waktu istirahat dari pekerjaannya lebih lama dibandingkan dengan suami mereka, paling tidak selama masa bayi anak-anak mereka. Akibatnya, perempuan memiliki waktu yang lebih sedikit untuk berspesialisasi di pasar tenaga kerja. Namun, akan kita lihat bahwa dalam konteks modern, penting bagi perempuan untuk mengantisipasi ketidakpastian dalam perkawinan dengan tetap berpartisipasi dalam kegiatan ekonomi di pasar, walaupun hal tersebut mengorbankan potensi spesialisasi — baik dari pihak perempuan itu sendiri maupun dari pihak suaminya. Walaupun perkawinan dapat diserupakan dengan suatu bentuk kemitraan, dan rumah tangga dianalogikan sebagai sebuah pabrik kecil, terdapat perbedaan penting antara organisasi bisnis dan organisasi keluarga. Sebagai contoh, pembagian pendapatan dalam rumah tangga tidak selalu ditentukan berdasarkan nilai relatif dari kontribusi masing-masing pasangan, sebagaimana lazim terjadi dalam kemitraan bisnis. Hal lain yang berkaitan (dapatkah Anda memahami alasannya?) adalah bahwa tugas-tugas spesifik dalam rumah tangga tidak diarahkan ataupun diawasi melalui mekanisme hierarkis, birokratis, ataupun melalui kontrak formal. Dalam konteks perkawinan, terdapat suatu pengganti atas mekanisme pengendalian yang lazim ditemukan dalam struktur perusahaan bisnis. Para ekonom, secara naluriah, tidak menyebut faktor ini sebagai “cinta,” melainkan

menggambarkannya sebagai bentuk altruisme. Altruisme adalah suatu kondisi di mana kesejahteraan seseorang merupakan fungsi positif dari kesejahteraan orang lain — dengan kata lain, meningkat seiring dengan meningkatnya kesejahteraan orang lain tersebut. Jika suami mencintai istrinya, maka peningkatan kebahagiaan, utilitas, atau kesejahteraan (ketiganya bersinonim) istri akan dirasakan oleh suami sebagai peningkatan kebahagiaannya sendiri. Altruisme memfasilitasi kerja sama; ia merupakan substitusi yang murah dan efektif terhadap kontraktualisasi formal.

Penurunan angka perkawinan dan kelahiran, serta meningkatnya angka perceraian, menunjukkan bahwa bentuk keluarga tradisional sedang mengalami kemunduran. Teori ekonomi memberikan penjelasan terhadap fenomena ini. Kemajuan dalam teknologi kontrasepsi, hadirnya perangkat rumah tangga yang murah dan efisien, penurunan besar dalam angka kematian anak, serta meningkatnya proporsi pekerjaan yang tidak memerlukan kekuatan fisik atau ketahanan tinggi, telah menurunkan biaya bagi perempuan untuk bekerja di sektor pasar dan sekaligus meningkatkan permintaan pasar tenaga kerja terhadap jasa mereka. Pendapatan bersih yang dapat diperoleh perempuan di pasar (yaitu upah dikurangi biaya bekerja, termasuk di dalamnya kehilangan waktu untuk produksi rumah tangga) telah meningkat tajam, sehingga meningkatkan biaya peluang (*opportunity cost*) dari menjadi ibu rumah tangga. Biaya peluang tersebut adalah pendapatan bersih yang dikorbankan karena memilih untuk tinggal di rumah dan tidak bekerja di pasar. Komoditas rumah tangga yang paling banyak menyita waktu istri adalah pengasuhan anak. Maka, peningkatan biaya peluang waktu tersebut secara langsung akan diterjemahkan sebagai peningkatan harga bayangan (*shadow price*) anak bagi rumah tangga. Kenaikan harga anak tersebut dapat diperkirakan akan menurunkan jumlah anak yang “diminta”; dan karena pengasuhan anak merupakan salah satu kegiatan terpenting dalam rumah tangga — serta paling sulit dilakukan dengan biaya sebanding di luar rumah tangga — maka penurunan permintaan terhadap anak secara logis akan mengakibatkan, dan tampaknya memang telah mengakibatkan, penurunan permintaan terhadap institusi perkawinan itu sendiri. Namun, sekalipun tanpa adanya peningkatan dalam pendapatan bersih perempuan dari sektor pasar, jumlah anak per rumah tangga tetap akan mengalami penurunan. Hal ini disebabkan oleh turunnya angka kematian anak secara drastis, sehingga sepasang suami istri tidak lagi membutuhkan banyak anak untuk memastikan

bahwa mereka akan memiliki sejumlah anak dewasa sebagaimana yang mereka harapkan.

Dalam uraian sebelumnya, anak diperlakukan sebagai “komoditas akhir” (*ultimate commodity*), namun terdapat pendekatan lain yang memperlakukan anak sebagai input untuk menghasilkan komoditas lainnya. Dalam pandangan ekonom, anak diproduksi karena:

1. Sebagai hasil sampingan yang tidak disengaja dari aktivitas seksual;
2. Sebagai bentuk investasi yang menghasilkan pendapatan;
3. Sebagai sumber jasa atau layanan lain yang diberikan kepada orang tua; dan
4. (yang sejatinya merupakan bagian dari poin (3)) karena dorongan naluriah atau hasrat untuk melestarikan spesies, mewariskan karakteristik genetik, nama keluarga, atau ingatan atas eksistensi orang tua.

Dalam era ketika kontrasepsi dan aborsi tersedia secara luas, alasan pada poin (1) menjadi kurang relevan (dan memang tidak pernah sepenuhnya dominan, kecuali dalam masyarakat di mana hukum atau kebiasaan membatasi aktivitas seksual dalam kerangka perkawinan — yang mungkin dimaksudkan untuk mendorong kelahiran anak, dengan alasan-alasan yang akan dijelaskan pada akhir bab ini). Poin (2) dahulunya memiliki makna penting dalam masyarakat (dan masih demikian dalam masyarakat yang sangat miskin); menurut hukum umum (*common law*), orang tua memiliki hak atas pendapatan anak hingga anak tersebut mencapai usia dewasa, serta berhak atas dukungan nafkah dari anak pada masa tua. Namun, pelarangan pekerja anak serta berkembangnya skema pensiun publik dan privat telah menjadikan alasan (2) usang, dan mendorong pencarian bentuk jasa atau manfaat yang lebih tidak berwujud yang mungkin dapat diperoleh orang tua dari anak, misalnya rasa hormat. Alasan (3) dan (4) merupakan penjelasan yang paling masuk akal atas keinginan untuk memiliki anak dalam masyarakat kontemporer. Ketertarikan atau kecintaan terhadap anak merupakan bagian dari alasan (3): kesenangan yang kita peroleh dari kehadiran anak merupakan hasil dari “konsumsi” atas jasa tak berwujud yang mereka berikan kepada kita.

B. Pembentukan dan Pembubaran Perkawinan

Kemitraan komersial merupakan asosiasi kontraktual yang bersifat sukarela, dan dalam batas tertentu, demikian pula halnya dengan perkawinan. Bahkan negara-negara totaliter sekalipun, pada umumnya, tetap menghormati kebebasan untuk memilih pasangan dalam perkawinan. Metafora “pasar perkawinan” tepat digunakan untuk menggambarkan proses pencarian yang kompleks, di mana individu berupaya menemukan pasangan yang sesuai guna membentuk rumah tangga yang produktif.

“Transaksi” yang terjadi dalam pasar semacam ini pada umumnya merupakan transaksi yang memaksimalkan nilai (*value-maximizing*). Sebagai contoh, pria yang cerdas cenderung menikahi wanita yang juga cerdas; dan suatu analogi dalam bidang pertanian dapat membantu menjelaskan alasan ekonomis di baliknya. Misalnya terdapat dua lahan pertanian, dan kesuburan alami dari lahan yang satu dua kali lipat lebih tinggi daripada lahan lainnya. Terdapat suatu bahan kimia yang sangat langka yang dapat menggandakan hasil panen dari lahan mana pun yang diberikan bahan tersebut, namun persediaannya hanya cukup untuk satu lahan. Apakah bahan kimia tersebut sebaiknya diberikan kepada lahan yang kurang subur, dengan alasan bahwa lahan tersebut lebih membutuhkannya? Apakah sebaiknya dibagi dua? (Separuh bahan kimia dapat meningkatkan hasil panen sebesar 50 persen.) Ataupun sebaiknya seluruh bahan tersebut diberikan kepada lahan yang lebih subur? Jawaban ekonomisnya adalah pilihan terakhir.

Misalkan sebelum diberikan bahan kimia, hasil panen dari lahan yang lebih subur adalah 2, dan lahan yang kurang subur menghasilkan 1. Jika bahan kimia seluruhnya diberikan kepada lahan yang kurang subur, maka total hasil panen menjadi 4 ($2 + 2$); jika dibagi rata, menjadi $4\frac{1}{2}$ ($3 + 1\frac{1}{2}$); namun jika seluruh bahan diberikan kepada lahan yang lebih subur, maka hasil panen total menjadi 5 ($4 + 1$). Dalam konteks yang lebih dekat dengan kehidupan sosial, kita juga dapat mengharapkan bahwa firma hukum dengan mitra terbaik akan merekrut rekan kerja (*associate*) terbaik; sekolah hukum dengan mahasiswa terbaik akan memiliki dosen terbaik; dan perusahaan yang berada di pasar yang berkembang akan, secara rata-rata, memiliki eksekutif yang lebih unggul daripada perusahaan yang berada di pasar yang menurun. Demikian pula halnya dengan perkawinan, apabila kita mengasumsikan bahwa kualitas positif dari masing-masing pasangan bersifat *multiplikatif*, sebagaimana pada

contoh lahan pertanian, firma hukum, sekolah hukum, dan perusahaan, serta tidak semata-mata bersifat aditif.

Kendati terdapat kemiripan ekonomi antara perkawinan dan kemitraan bisnis, hubungan perkawinan bukanlah — atau setidaknya tidak sampai munculnya sistem perceraian tanpa kesalahan (*no-fault divorce*, yang akan dibahas kemudian) — contoh murni dari prinsip-prinsip pasar bebas. Terdapat tiga karakteristik utama yang membedakan hukum perkawinan dari hukum kontrak, yang dalam perspektif hukum kontrak tampak ganjil dan bahkan tidak selaras satu sama lain.

Pertama, para pihak tidak bebas untuk menetapkan jangka waktu kontrak, atau bahkan mengakhiri kontrak tersebut atas dasar kesepakatan bersama; jangka waktu perkawinan adalah seumur hidup, kecuali diakhiri karena alasan yang sah menurut hukum tradisional — serupa dengan kontrak jabatan tetap (*tenure*) di universitas.

Kedua, meskipun jangka waktu kontraknya panjang, sanksi atas pelanggaran dalam perkawinan lebih berat dibandingkan pelanggaran kontrak biasa. Apabila seorang suami meninggalkan istrinya (atau sebaliknya), maka ia tidak hanya diwajibkan untuk terus memberikan nafkah (yang dapat dianalogikan sebagai pembayaran ganti kerugian), tetapi juga dilarang menikah dengan orang lain, kecuali pihak yang ditinggalkan memberikan persetujuan untuk bercerai. Ini seolah-olah seorang pelanggar kontrak tidak hanya harus membayar ganti rugi, melainkan juga dilarang seumur hidup membuat kontrak pengganti atas kontrak yang telah ia langgar.

Ketiga, sekalipun hubungan suami istri bersifat terikat (*locked-in*), apabila terjadi perselisihan di antara mereka selama masa perkawinan, pengadilan pada umumnya tidak akan campur tangan untuk menyelesaikan sengketa tersebut; para pihak harus menyelesaikannya sendiri. Oleh karena itu, hukum perkawinan tampak sebagai suatu kombinasi yang aneh antara sikap yang sangat campur tangan (terhadap jangka waktu dan sanksi pelanggaran) dan sikap tidak mau mencampuri urusan domestik.

Bagaimanakah semua hal ini dapat dijelaskan, dan jika memungkinkan, diselaraskan dengan prinsip efisiensi yang telah kita lihat diterapkan dalam bidang lain dari hukum common law? Jawabannya mungkin terletak pada kenyataan bahwa “kontrak” perkawinan memengaruhi pihak ketiga yang tidak memberikan persetujuan, yaitu anak-anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Tentu saja, bahkan dalam sistem perceraian berdasarkan kesepakatan

(*consensual divorce*), orang tua yang mencintai anak-anaknya akan mempertimbangkan dampak perceraian terhadap anak-anak mereka ketika memutuskan untuk bercerai. Namun, kecuali mereka sangat altruistik terhadap anak-anaknya, kerugian yang diderita anak-anak mungkin tidak sepenuhnya diinternalisasi oleh orang tua. Akibatnya, ketika mereka mempertimbangkan kerugian yang akan dialami anak-anak akibat perceraian dibandingkan dengan kerugian yang akan mereka alami sendiri apabila tetap mempertahankan perkawinan, mereka mungkin akan memperkirakan kerugian bagi anak-anak lebih rendah daripada kenyataannya. Hal ini dapat mendorong mereka untuk memutuskan bercerai, walaupun total kerugian yang ditimbulkan bagi semua pihak justru melebihi manfaat totalnya. Dan, tentu saja, tidak semua orang tua mencintai anak-anaknya.

Mungkin tampak bahwa memaksa orang tua untuk tetap berada dalam suatu perkawinan yang tidak bahagia, dengan membuat perceraian menjadi mustahil, justru akan menjatuhkan anak-anak ke dalam penderitaan pula. Namun, pandangan ini mengabaikan fakta bahwa larangan atas perceraian akan mendorong proses pencarian pasangan yang lebih hati-hati sejak awal. Semakin besar biaya yang timbul akibat suatu kesalahan, maka kemungkinan kesalahan itu terjadi semakin kecil; dan kesalahan dalam memilih pasangan hidup menjadi jauh lebih mahal dalam suatu sistem yang melarang perceraian (atau setidaknya sangat mempersulitnya) dibandingkan dengan sistem yang membolehkannya. Dengan demikian, membuat perceraian sulit atau mustahil justru mendorong terbentuknya perkawinan yang bahagia. Lebih lanjut, apabila individu mengetahui bahwa mereka akan terikat dalam suatu hubungan tanpa jalan keluar, maka mereka akan menciptakan mekanisme untuk menyelesaikan perbedaan di antara mereka, sehingga kebutuhan akan penyelesaian sengketa melalui pengadilan pun menjadi berkurang.

Analisis ini dapat menjelaskan suatu kaidah hukum *common law* yang tampaknya ganjil apabila dibandingkan dengan kaidah dalam hukum kontrak sebagaimana telah dibahas dalam bab sebelumnya, yakni bahwa penipuan (*fraud*) jarang dijadikan dasar pembatalan perkawinan, kecuali apabila penipuan tersebut berkaitan dengan hubungan seksual (misalnya, apabila suami tidak mengungkapkan sebelum menikah bahwa ia mengalami impotensi). Dalam suatu sistem yang sangat membatasi perceraian, calon pasangan perkawinan akan melakukan pencarian yang panjang dan cermat, tidak hanya dengan membandingkan berbagai calon pasangan, tetapi juga

dengan menyelidiki secara saksama sifat dan kualitas dari calon pasangan yang paling menjanjikan; oleh karena itulah tradisi masa pacaran yang panjang menjadi lazim. Masa pacaran ini memberikan kesempatan bagi masing-masing pihak untuk mengungkap tipuan-tipuan yang biasa digunakan seseorang dalam hubungan pribadi guna menampilkan dirinya seolah memiliki kualitas dan prospek yang lebih baik daripada kenyataannya. Oleh karena itu, mekanisme hukum tidaklah sepenting sebagaimana dalam hubungan kontraktual biasa. Namun, penipuan yang berkaitan dengan hubungan seksual menyentuh inti dari kontrak perkawinan; terlebih lagi, pembubaran suatu perkawinan tanpa anak tidak melibatkan potensi inefisiensi sosial yang timbul dari perceraian dalam perkawinan yang menghasilkan keturunan.

Sebuah sistem yang sepenuhnya melarang perceraian mungkin terlihat terlalu mengedepankan kepentingan anak, hingga mengabaikan penderitaan yang dialami oleh pasangan yang mengalami perlakuan buruk. Akan tetapi, dapat pula dikemukakan bahwa penolakan hukum *common law* Inggris — setidaknya hingga pertengahan abad ke-19 — untuk mengakui alasan apa pun bagi perceraian justru memberikan perlindungan yang lebih efektif bagi pasangan yang lebih lemah (yang hampir selalu adalah istri) dibandingkan dengan sistem yang membolehkan perceraian karena alasan tertentu. Dalam suatu sistem yang memperbolehkan perceraian dengan alasan, seorang suami yang ingin keluar dari perkawinan memiliki insentif untuk memperlakukan istrinya secara buruk agar sang istri terdorong untuk mengajukan gugatan cerai. Hal ini terjadi sejauh tunjangan nafkah (*alimony*) atau upaya hukum lainnya tidak membebaskan seluruh biaya akibat perlakuan buruk tersebut kepada pihak suami — dan hal ini sering kali terjadi dalam sistem yang proses litigasinya lambat, mahal, dan tidak pasti. Namun, apabila hambatan remedial tersebut dapat diatasi, maka membolehkan perceraian karena alasan tertentu menjadi rasional secara ekonomis, karena memungkinkan adanya perbandingan — meskipun tidak sempurna — antara kerugian yang akan ditanggung anak-anak akibat perceraian dan penderitaan yang harus ditanggung oleh pasangan yang benar-benar dirugikan apabila tetap mempertahankan perkawinan. Selain itu, alasan-alasan tradisional untuk perceraian — dengan satu pengecualian yang sebagian dan sangat menarik, yaitu perzinahan — tampaknya terbatas pada keadaan-keadaan di mana perilaku suami kemungkinan besar menimbulkan kerugian bukan hanya

terhadap istri, tetapi juga terhadap anak-anak: misalnya dalam hal gangguan jiwa, kekejaman yang ekstrem, dan tindakan kriminal.

Mengenai perzinahan, menarik untuk dicermati bahwa dahulu sering kali berlaku kaidah bahwa satu kali perzinahan oleh istri cukup menjadi dasar perceraian, sedangkan untuk suami, perceraian baru dapat dimintakan apabila ia terbukti melakukan perzinahan secara berulang-ulang. Penjelasan ekonomis atas kaidah ini adalah bahwa perzinahan oleh istri menimbulkan biaya yang lebih besar bagi suami dibandingkan dengan perzinahan oleh suami terhadap istri, sekalipun biaya emosional akibat perzinahan — rasa malu atau kemarahan yang timbul dalam diri pasangan yang merasa dikhianati — dianggap sama besar bagi kedua pihak (meskipun, benarkah demikian?). Apabila istri melakukan perzinahan, ia dapat mengandung anak yang bukan anak biologis suaminya (atau bahkan beberapa anak yang demikian); dan karena kemampuan seorang perempuan untuk melahirkan anak terbatas secara alamiah, maka manfaat perkawinan bagi suami menjadi jauh berkurang, dengan asumsi bahwa ia menghendaki keturunan dari darahnya sendiri. Namun, perzinahan oleh suami tidak serta-merta mengurangi jumlah anak yang akan dilahirkan istrinya atau dukungan yang akan ia berikan kepada masing-masing anak tersebut. Maka dari itu, manfaat perkawinan bagi istri, setidaknya dalam konteks keturunan, tidak serta-merta berkurang. Akan tetapi, apabila suami adalah pezina yang habitual, maka perhatian dan sumber dayanya dapat teralihkan dari kebutuhan istri dan anak-anak (yang sah), sehingga menimbulkan beban yang sebanding dengan beban yang ditanggung suami apabila istrinya melakukan perzinahan tunggal.

Permasalahan yang timbul dari pengakuan adanya alasan tertentu untuk perceraian (dan ini menjadi alasan tambahan untuk mendukung aturan lama Inggris yang hampir tak dapat dimengerti oleh nalar modern) adalah bahwa hal tersebut mengikis prinsip yang, sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, dirancang untuk melindungi kepentingan anak-anak dari suatu perkawinan, yakni larangan terhadap pembubaran sukarela atas suatu perkawinan. Suatu kesepakatan untuk membubarkan perkawinan hanya melibatkan dua individu; meskipun terdapat persoalan monopoli bilateral, biaya transaksinya seharusnya tidaklah terlalu besar. Dan setelah kedua pihak mencapai kesepakatan yang saling menguntungkan, mereka hanya perlu “mereayasa” bukti atas suatu pelanggaran yang dapat dijadikan dasar hukum untuk bercerai agar dapat menghindari ketentuan hukum yang melarang

perceraian berdasarkan kesepakatan. Perekayasa bukti tersebut tentu tidak tanpa biaya, sehingga hukum perceraian yang ketat akan dapat menyelamatkan beberapa perkawinan dengan meningkatkan biaya perceraian. Jika masyarakat benar-benar ingin melindungi kelangsungan perkawinan lebih dari yang tampak saat ini, maka setidaknya masyarakat seharusnya tidak menyerahkan pengendalian atas bukti kepada para pihak sendiri; seharusnya perceraian hanya diperbolehkan apabila jaksa penuntut umum, atau pihak ketiga lainnya, berhasil membuktikan terjadinya pelanggaran terhadap kontrak perkawinan. Sistem perceraian “berdasarkan kesalahan” (*fault-based system*) pada hakikatnya menyerahkan penegakan hukum atas kejahatan “tanpa korban” (*victimless crimes*) seperti suap atau perdagangan narkoba kepada pihak yang menerima suap atau pembeli narkoba itu sendiri. Dan seiring dengan menurunnya manfaat sosial dan ekonomi dari institusi perkawinan, tekanan untuk mengakhiri perkawinan pun meningkat. Hal ini menjadikan kebijakan pelarangan perceraian berdasarkan kesepakatan semakin sulit ditegakkan dan memberikan alasan lain bagi tren ke arah liberalisasi hukum perceraian.

Isu ekonomi yang berbeda secara khusus muncul dalam berbagai usulan terkini yang memperbolehkan perceraian sepihak (*unilateral divorce*). Apabila istilah ini hanya dimaknai bahwa salah satu pihak dapat mengakhiri perkawinan dengan kewajiban membayar kompensasi yang layak kepada pihak lainnya, maka hal itu berarti bahwa kontrak perkawinan diperlakukan seperti kontrak pada umumnya, yang dapat diakhiri oleh salah satu pihak kapan saja, sepanjang pihak yang mengakhiri bersedia membayar ganti rugi. Namun sistem perceraian tanpa kesalahan (*no-fault divorce*) yang telah berlaku di banyak negara bagian telah melampaui model ini. Kadang-kadang, pihak yang mengajukan perceraian memang diwajibkan membayar ganti rugi kepada pihak lainnya dalam bentuk tunjangan (*alimony*) dan pembagian harta; tetapi tidak selalu demikian: seorang istri yang mengajukan perceraian tetap dapat menerima tunjangan. Beberapa usulan bahkan menjauhkan sistem perceraian sepihak dari model kontraktual yang mengharuskan ganti rugi atas pelanggaran kontrak. Sebagai contoh, berdasarkan *Uniform Marriage and Divorce Act*, di negara bagian yang menganut sistem harta bersama (*community property*), pasangan yang memutuskan secara sepihak untuk mengakhiri kontrak perkawinan tetap secara otomatis berhak memperoleh setengah dari harta bersama yang dikumpulkan selama perkawinan.

Pendekatan ini menciptakan insentif bagi perceraian serta bagi pembentukan perkawinan yang sejak awal memang dirancang untuk diakhiri dengan perceraian. Seorang perempuan muda yang miskin dapat menikahi pria tua yang kaya, dengan pengetahuan bahwa setiap tahun penghasilan pria tersebut melebihi pengeluarannya dan menghasilkan tabungan yang signifikan. Setelah lima tahun, sesuai dengan rencana semula, ia mengakhiri perkawinan dan menuntut setengah dari seluruh tabungan yang dikumpulkan selama masa perkawinan.

Usulan perceraian sepihak ini pada akhirnya menutup suatu lingkaran sejarah yang bermula dari masa pra-Viktoria, ketika harta milik istri secara otomatis menjadi milik suami setelah perkawinan. Ketentuan tersebut, yang dibatalkan sebagai bagian dari gerakan emansipasi perempuan pada akhir abad ke-19, dahulu mendorong para pria oportunis untuk menikahi perempuan kaya. Perceraian sepihak dalam bentuk sebagaimana diatur dalam *Uniform Act* menghidupkan kembali insentif tersebut, sekaligus menciptakan insentif simetris bagi perempuan miskin yang tidak jujur untuk menikahi laki-laki kaya.

C. Konsekuensi dari Pembubaran

Ketika suatu *partnership* konvensional dibubarkan, aset-aset dari *partnership* tersebut harus dibagikan kepada para mitra. Jika mengesampingkan persoalan kesalahan (*fault*), maka hal serupa juga berlaku dalam konteks perkawinan. Namun, terdapat kesulitan dalam membagi aset-aset yang diperoleh rumah tangga selama masa perkawinan. Apabila istri memiliki pendapatan pasar (*market income*) yang sangat minim, maka seluruh atau sebagian besar aset berwujud milik rumah tangga kemungkinan besar telah dibeli dengan penghasilan suami. Namun demikian, kemampuan suami dalam menghasilkan pendapatan bisa sangat bergantung pada kontribusi istri. Istri mungkin telah mendukung suaminya selama masa pendidikan di fakultas hukum atau kedokteran, dengan mengorbankan kesempatan dirinya sendiri untuk meningkatkan kapasitas penghasilan melalui pelatihan lanjutan. Ia menanggung *opportunity cost* demi meningkatkan kapasitas penghasilan suaminya dan, setelah membiayai pendidikannya, ia layak, sebagaimana pemberi pinjaman, untuk menerima kompensasi. Pengadilan memahami hal ini dan memperhitungkannya dalam pembagian aset. Namun, pertimbangkanlah kasus yang lebih sulit: pasangan tersebut menikah setelah

sang suami menyelesaikan pelatihan profesionalnya. Istri secara eksklusif berfokus pada produksi rumah tangga, sehingga sekali lagi seluruh aset berwujud selama perkawinan dibeli oleh suami.¹³⁴ Tetapi keliru jika mengatribusikan seluruh aset tersebut semata-mata pada aktivitas produktif suami. Nilai kontribusi *non-pecuniary* istri rumah tangga dapat saja sama besarnya atau bahkan lebih besar dibandingkan kontribusi suami, dan setidaknya kontribusi tersebut tidak dapat diabaikan. Apabila sang suami harus meluangkan waktu yang cukup besar untuk mengurus pekerjaan rumah tangga, maka pendapatan pasarnya tentu akan lebih rendah dan jumlah aset yang dikumpulkan pun akan lebih sedikit.¹³⁵ Oleh karena itu, sebagian aset tersebut sesungguhnya dibeli dengan tenaga kerja istri dalam menjalankan rumah tangga. Meskipun aturan di negara bagian *community property* yang menetapkan bahwa 50% dari aset yang diperoleh selama perkawinan dianggap sebagai milik istri setelah pembubaran tampak bersifat arbitrer — tidak ada anggapan bahwa para pihak dalam suatu perkawinan (atau dalam firma hukum) memiliki produktivitas yang setara — dan mungkin terlampau murah hati, biaya untuk menentukan kontribusi relatif masing-masing pasangan terhadap kekayaan rumah tangga, serta ketidaklayakan yang nyata dalam menggunakan rasio pendapatan mereka sebagai proksi atas kontribusi tersebut, menjadikan aturan ini sulit untuk diperbaiki. Selain mengatur pembagian aset perkawinan, putusan perceraian dapat memerintahkan suami untuk membayar kepada istri: (1) sejumlah uang secara berkala sampai istri menikah kembali (*alimony* atau tunjangan mantan istri), dan (2) bagian dari biaya pemeliharaan anak-anak hasil perkawinan, yang umumnya berada dalam pengasuhan istri (*child support*).

Alimony secara analitis cukup kompleks. Terdapat tiga fungsi ekonomi yang berbeda dari *alimony*:

¹³⁴ Abaikan kerumitan yang muncul ketika istri memiliki properti atau pendapatan lain yang tidak diperoleh di pasar kerja.

¹³⁵ Lihat, misalnya, *In re Marriage of Haugen*, 117 Wis. 2d 200, 220, 343 NW 2d 796, 806 (1984), dan untuk diskusi umum yang baik, menggunakan ilmu ekonomi, E. Raedene Combs, *The Human Capital Concept as a Basis for Property Settlement at Divorce: Theory and Implementation*, 2J. Divorce 329 (1979); Joan M. Krauskopf, *Recompensation for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital*, 28 U. Kan. L. Rev. 379 (1980); Lenore J. Weitzman, *The Economics of Divorce: Social and Economic Consequences of Property, Alimony and Child Support Awards*, 28 UCLAL Rev. 1181 (1981).

1. Sebagai bentuk ganti rugi atas pelanggaran kontrak perkawinan. Apabila *alimony* hanya berfungsi sebagai ganti rugi, maka logikanya pembayaran tersebut dilakukan dalam bentuk *lump sum* (sekali bayar), sebagaimana bentuk ganti rugi lainnya, guna meminimalkan biaya pengawasan pengadilan. Selain itu, *alimony* juga tidak akan pernah diberikan kepada pihak yang bersalah, padahal dalam praktiknya hal tersebut sering terjadi.
2. Sebagai metode pengembalian bagian istri dalam aset hasil kemitraan perkawinan. Sering kali aset utama yang dikontribusikan istri melalui kerja rumah tangga atau kerja pasar — sebagaimana dalam contoh istri yang mendukung suami selama sekolah pascasarjana — adalah kapasitas penghasilan suami. Mengingat bahwa kapasitas penghasilan merupakan aset yang sulit dijadikan jaminan untuk meminjam uang (mengapa demikian?), maka suami mungkin tidak mampu menyediakan dana untuk "membeli kembali" bagian aset tersebut dari istri dalam bentuk *lump sum*. Maka ia harus membayar secara berkala, dari aliran pendapatan yang dihasilkan oleh aset tersebut. Namun, ini pun bukan penjelasan yang lengkap, karena jika memang demikian, *alimony* tidak akan dihentikan apabila istri menikah kembali.
3. Sebagai bentuk pesangon atau tunjangan pengangguran. Dalam keluarga tradisional, di mana istri berspesialisasi dalam produksi rumah tangga, maka keterampilan yang mungkin dimilikinya dalam produksi pasar akan terdepresiasi. Jika perkawinan berakhir, maka prospek utama bagi istri adalah menikah kembali dan membentuk rumah tangga baru tempat ia bisa kembali menjalankan keahliannya. Walaupun ia selalu bisa bekerja di pasar tenaga kerja, produsen rumah tangga terampil yang terpaksa bekerja sebagai pramusaji atau juru arsip adalah seperti pengacara yang, karena tidak mendapat pekerjaan hukum, akhirnya bekerja sebagai juru panggil pengadilan (*process server*).

Karena proses pencarian pasangan yang sesuai sering kali memerlukan waktu yang lama, dan karena usia dapat mengurangi kemampuan seseorang (terutama perempuan) untuk membentuk kembali suatu perkawinan yang dapat memberikan tingkat pendapatan riil setara dengan perkawinan sebelumnya, maka masuk akal apabila dalam kontrak perkawinan dicantumkan secara standar suatu bentuk pesangon atau tunjangan

pengangguran, yang dapat mempertahankan standar hidup mantan istri selama masa pencarian suami baru.

Pertimbangkan analogi dalam praktik hukum. Dengan menyetujui untuk bekerja pada firma hukum yang secara eksklusif berspesialisasi dalam negosiasi hipotek kapal tanker minyak, seorang pengacara mungkin akan menghadapi kesulitan besar, jika suatu saat diberhentikan, untuk menemukan posisi kerja lain dengan tingkat remunerasi yang setara (mengapa demikian?). Justru karena itu, ia mungkin akan menuntut — sebagai syarat untuk bekerja di firma tersebut — adanya kesepakatan bahwa apabila firma tersebut memutuskan hubungan kerja dengannya, firma wajib melanjutkan pembayaran gajinya sampai ia menemukan pekerjaan dengan bayaran yang sepadan, bahkan apabila proses pencariannya berlangsung lama.

Alternatif lain, baik dalam kasus istri rumah tangga maupun pengacara tadi, adalah kompensasi dalam bentuk gaji yang lebih tinggi sejak awal, guna mengantisipasi risiko pengangguran berkepanjangan apabila hubungan kerja (atau rumah tangga) berakhir. Namun dalam konteks perkawinan, suami mungkin tidak memiliki kemampuan untuk melakukan transfer pembayaran kepada istri dalam jumlah yang diperlukan, terutama pada tahun-tahun awal perkawinan ketika rumah tangga tersebut belum memiliki aset *likuid* yang signifikan. Selain itu, memperhitungkan kompensasi yang pantas di muka atas risiko yang sangat sulit untuk diukur seperti risiko perceraian, akan sangat mahal — apalagi probabilitas relevan tersebut tidaklah tunggal, melainkan berupa suatu skema probabilitas perceraian pada setiap tahun dari masa perkawinan. Hal ini, tentu saja, menjadi salah satu alasan mengapa alimony diberikan secara berkala, bahkan jika rasionalisasinya didasarkan pada konsep ganti rugi.

Sebagaimana pesangan diberikan tanpa memperhatikan apakah pemberi kerja bersalah dalam memberhentikan karyawan — bahkan sering kali tanpa mempersoalkan apakah karyawan mengundurkan diri atau dipecat — demikian pula *alimony*, apabila dipandang sebagai bentuk pesangan, tidak bergantung pada konsep *fault* atau kesalahan. Namun sebagaimana seorang karyawan dapat kehilangan hak atas pesangon apabila ia mengundurkan diri secara sepihak dan melanggar kontrak kerja, maka alimony juga patut ditolak atau dikurangi (dan memang kadang demikian) apabila istri dianggap melakukan kesalahan serius yang menjadi penyebab bubarinya perkawinan. Bahkan lebih baik lagi, kerugian yang ditimbulkan istri terhadap keluarga

akibat kepergiannya dari rumah tangga dapat diperhitungkan sebagai pengurang atas pembayaran alimony, apabila bagian istri dalam aset perkawinan tidak mencukupi untuk menutupinya.

Pembayaran *alimony* dikenakan pajak sebagai penghasilan bagi pihak istri, yang selaras dengan perlakuan pajak atas pesangon, namun tidak selaras dengan perlakuan pajak terhadap tunjangan pengangguran atau *fringe benefits* lainnya — ataupun terhadap ganti rugi (lihat Bab 17.h *infra*).

D. Perlindungan Hukum terhadap Anak

Dalam mempertimbangkan peran yang tepat dari negara terhadap anak, dapat diajukan suatu asumsi yang sejalan dengan analisis ekonomi bahwa negara memiliki kehendak untuk memaksimalkan kesejahteraan agregat seluruh warga negaranya, termasuk di dalamnya anak-anak. Untuk mewujudkan potensi mereka sebagai orang dewasa — dalam istilah ekonomi, untuk mencapai tingkat *utility* seumur hidup yang tinggi — anak-anak memerlukan investasi yang signifikan, baik berupa waktu yang dicurahkan oleh orang tua maupun input pasar (seperti makanan, pakaian, biaya pendidikan, dan sebagainya).

Karena dalam setiap keputusan investasi harus diperhitungkan baik manfaat maupun biayanya, maka tingkat investasi yang optimal terhadap seorang anak tertentu adalah tingkat yang diperkirakan dapat memaksimalkan kesejahteraan gabungan antara anak, orang tuanya, dan anggota keluarga lainnya. Tingkat ini akan berbeda dari satu keluarga ke keluarga lainnya, bergantung pada faktor-faktor seperti bakat anak dan kekayaan orang tua. Tingkat ini juga akan sangat dipengaruhi oleh sejauh mana orang tua mencintai anaknya; semakin besar kasih sayang tersebut, maka semakin tinggi pula tingkat investasi yang optimal, karena beban biaya investasi tersebut akan dirasakan sangat ringan, bahkan tidak terasa sama sekali, oleh orang tua (dapatkah Anda memahami alasannya?). Orang tua yang melakukan “pengorbanan besar” demi anak-anaknya tidak serta-merta berada dalam kondisi yang lebih buruk dibandingkan dengan orang tua lain (dengan tingkat pendapatan yang sama) yang melakukan sedikit atau tidak ada pengorbanan, sebagaimana halnya seseorang yang mengalokasikan proporsi besar dari pendapatannya untuk tempat tinggal tidak serta-merta lebih buruk keadaannya daripada mereka yang hanya mengalokasikan proporsi kecil dari pendapatan yang sama untuk hal tersebut.

Meskipun orang tua sangat mencintai anak-anaknya, tetap terdapat risiko terjadinya *underinvestment* (investasi yang kurang memadai) terhadap anak; dan hal ini menjadi salah satu dasar pembenaran atas penyediaan pendidikan publik secara cuma-cuma. Andaikata seorang anak dilahirkan dari orang tua yang sangat miskin, dan anak tersebut memiliki potensi penghasilan yang besar apabila mendapatkan nutrisi, pakaian, tempat tinggal, dan pendidikan yang layak, tetapi orang tuanya tidak mampu memenuhi kebutuhan-kebutuhan tersebut. Hal ini tidak menjadi persoalan apabila anak atau orang tuanya dapat meminjam dana dengan jaminan atas kapasitas penghasilan anak di masa depan. Namun, biaya untuk meminjam dengan jaminan atas arus penghasilan masa depan yang sangat tidak pasti, serta kesulitan (dengan mempertimbangkan larangan konstitusional atas perbudakan paksa) dalam menjadikan kapasitas penghasilan seseorang sebagai agunan (karena seseorang tidak dapat dijadikan budak apabila wanprestasi), menjadikan metode pembiayaan seperti itu tidak dapat diterapkan secara layak bagi anak yang memiliki prospek cerah.

Permasalahan ini, ditambah dengan kenyataan bahwa terdapat sebagian orang tua yang mencintai anaknya dalam kadar yang sangat rendah, atau bahkan tidak mencintai sama sekali, serta adanya rasa altruistik yang meluas terhadap anak-anak secara umum (tidak terbatas pada anak sendiri), dapat menjadi penjelasan mengapa hukum menetapkan kewajiban kepada orang tua untuk memberikan pengasuhan dan pemenuhan kebutuhan, termasuk pendidikan, bagi anak-anaknya. Undang-undang ketenagakerjaan anak, serta penyediaan pendidikan publik secara cuma-cuma sebagaimana telah disebutkan sebelumnya (yang akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 16 buku ini), merupakan bentuk respons sosial terhadap persoalan kurangnya investasi terhadap *human capital* anak.¹³⁶

Alasan lain yang mendasari subsidi terhadap pendidikan adalah bahwa individu yang berpendidikan dapat menghasilkan manfaat eksternal (*external benefits*). Sebagai contoh adalah seorang penemu; hukum paten tidak sepenuhnya memungkinkan penemu untuk memperoleh seluruh manfaat sosial dari temuannya (jelaskan lebih lanjut), sehingga ia dan keluarganya

¹³⁶ Terdapat banyak literatur ekonomi tentang modal manusia. Lihat, misalnya, Gary S. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, With Specific Reference to Education* (edisi ke-2, 1975). Kami akan kembali membahas topik ini di Bab 11, 16, dan 17.

mungkin akan melakukan *underinvestment* terhadap modal manusianya sendiri.

Akan tetapi, apakah alasan-alasan tersebut benar-benar menjadi penyebab utama dari kebijakan subsidi pendidikan? Penyediaan pendidikan publik secara cuma-cuma, yang disertai dengan kewajiban mengikuti pendidikan dasar, justru membawa manfaat langsung bagi (1) para pengajar atau guru, dan (2) para pekerja dewasa yang seharusnya bersaing dengan anak-anak dan remaja di pasar tenaga kerja.¹³⁷

Lihat Linda Nasif Edwards, *An Empirical Analysis of Compulsory Schooling Legislation, 1940–1960*, 21 *Journal of Law & Economics* 203 (1978).

Salah satu permasalahan praktis yang serius dalam penerapan hukum yang melarang penelantaran anak adalah pertanyaan mengenai tindakan yang harus dilakukan terhadap anak apabila ancaman pidana denda atau penjara tidak mampu mencegah orang tua untuk tetap melakukan penelantaran. Jawaban yang umum diberikan oleh hukum adalah dengan menempatkan anak yang ditelantarkan tersebut pada orang tua asuh atau di panti asuhan. Namun, kedua solusi tersebut dianggap tidak memadai karena terdapat kesulitan dalam melakukan pengawasan terhadap kualitas pengasuhan yang diberikan oleh pihak yang ditunjuk sebagai wali anak. Negara dapat memberikan subsidi kepada orang tua asuh dalam jumlah yang memadai agar mereka dapat memberikan perawatan dan pengasuhan yang optimal kepada anak tersebut. Namun demikian, tidak ada mekanisme yang dapat memastikan bahwa subsidi tersebut benar-benar digunakan untuk tujuan tersebut. Negara tidak dapat sepenuhnya mempercayai orang tua asuh, karena mereka tidak memiliki hak milik atas potensi penghasilan anak tersebut di masa depan, dan oleh karena itu tidak memiliki insentif ekonomi untuk melakukan investasi dalam bentuk pengasuhan yang dapat memaksimalkan potensi tersebut.

Alternatif solusi lain terhadap permasalahan anak yang ditelantarkan atau tidak diinginkan adalah dengan memberikan hak kepada orang tua (atau ibu, apabila ayah tidak diketahui atau tidak memiliki kepedulian) untuk menyerahkan anak tersebut untuk diadopsi, sebaiknya sebelum anak tersebut mengalami penelantaran. Sepanjang proses seleksi terhadap orang tua angkat dilakukan secara ketat guna memastikan bahwa mereka tidak berniat untuk

¹³⁷ Lihat Linda Nasif Edwards, *An Empirical Analysis of Compulsory Schooling Legislation, 1940–1960*, 21 *Journal of Law & Economics* 203 (1978).

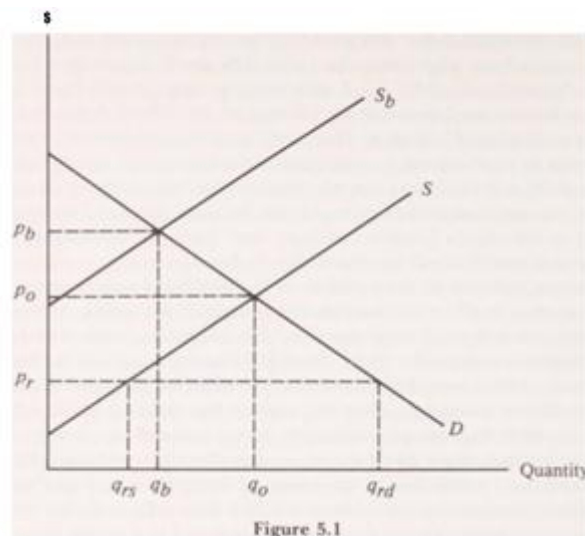
mengeksploitasi anak, baik secara seksual maupun dalam bentuk kekerasan lainnya, maka adopsi memungkinkan terjadinya pengalihan hak asuh anak dari pihak yang tidak mungkin berinvestasi secara optimal dalam pengasuhan kepada pihak yang lebih mungkin untuk melakukannya.

Namun demikian, ketersediaan alat kontrasepsi yang luas, menurunnya stigma terhadap ibu yang tidak menikah (apakah terdapat alasan ekonomi terhadap penurunan stigma ini?), serta diakuinya hak konstitusional atas aborsi, telah menyebabkan pasokan anak untuk diadopsi berkurang secara drastis. Hal ini dikarenakan sebagian besar anak yang tersedia untuk diadopsi sebelumnya merupakan hasil dari hubungan seksual yang tidak disengaja. Di sisi lain, kemajuan dalam teknologi pengobatan kesuburan (yang mungkin sebagian dipicu oleh menurunnya pasokan bayi untuk diadopsi) telah mampu mengendalikan permintaan terhadap bayi untuk diadopsi, namun permintaan tersebut tetap tinggi dan jauh melampaui pasokan yang tersedia. Waktu tunggu untuk memperoleh bayi dari lembaga adopsi kini mencapai beberapa tahun, bahkan dalam banyak kasus lembaga-lembaga tersebut tidak memiliki bayi untuk diadopsi. Kelangkaan bayi ini akan dianggap sebagai kegagalan pasar yang tidak dapat ditoleransi apabila objek yang diperdagangkan adalah telepon genggam, bukan bayi.

Sesungguhnya, kelangkaan tersebut tampaknya merupakan akibat dari regulasi pemerintah, khususnya peraturan perundang-undangan di tingkat negara bagian yang melarang penjualan bayi. Fakta bahwa terdapat banyak individu yang mampu melahirkan anak namun tidak ingin membesarkannya, serta banyak individu lain yang tidak dapat memiliki anak sendiri namun ingin membesarkan anak, dan bahwa biaya “produksi” anak oleh orang tua biologis jauh lebih rendah dibandingkan dengan nilai yang dilekatkan oleh pasangan tanpa anak terhadap seorang anak, menunjukkan kemungkinan terbentuknya suatu pasar untuk bayi. Kenyataannya, telah berkembang pasar gelap untuk bayi, dengan harga yang dilaporkan umum mencapai *USD 25.000*.¹³⁸ Operasional pasar ini yang bersifat rahasia menimbulkan biaya informasi yang tinggi bagi para pelaku pasar serta potensi biaya sanksi hukum terhadap

¹³⁸ Lihat Adopsi dan Pengasuhan Anak, Dengar Pendapat di Depan Subkomite tentang Anak dan Remaja dari Senat Komisi, tentang Perburuhan dan Kesejahteraan Publik, Kongres ke-94, Sesi ke-1 (1975); Penjualan Anak dalam Perdagangan Antarnegara dan Luar Negeri, Dengar Pendapat di Depan Subkomite tentang Peradilan Pidana dari DPR Komisi, tentang Peradilan, Kongres ke-95, Sesi ke-1 (1977); Nancy C. Baker, *Penjualan Bayi: Skandal Adopsi Pasar Gelap* (1978).

perantara (yang umumnya terdiri atas pengacara dan dokter kandungan). Konsekuensinya adalah harga yang lebih tinggi dan jumlah transaksi yang lebih rendah dibandingkan kondisi pasar yang legal.



Hal ini dapat digambarkan dalam Gambar 5.1, di mana p_o merupakan harga pasar bebas untuk bayi dan q_o merupakan kuantitas yang tersedia di pasar bebas, sedangkan regulasi pemerintah menetapkan batas atas harga pada p_r , jauh di bawah p_o (catatan: p_r tidak digambarkan sebagai nol karena lembaga adopsi dan penyedia legal lainnya masih mengenakan biaya kepada orang tua angkat, dan karena anak tetap memerlukan biaya besar untuk dibesarkan). Akibat dari batas harga ini adalah penurunan kuantitas yang tersedia menjadi q_n , sehingga menciptakan kelebihan permintaan sebesar $q^{Td} \sim q_{rs}$. Maka muncullah pasar gelap, namun pasar ini jauh lebih mahal untuk dijalankan dibandingkan dengan pasar bebas (karena adanya biaya hukuman, informasi yang buruk, dan tidak adanya jaminan yang dapat ditegakkan secara hukum), serta mencapai harga ekuilibrium pada p_β (di mana kurva permintaan D berpotongan dengan kurva penawaran pasar gelap S_β), yang lebih tinggi dari harga pasar bebas. Dengan demikian, hanya q_β bayi yang tersedia, dibandingkan q_o pada harga pasar bebas.

Analisis ini memang terlalu menyederhanakan dengan mengasumsikan bahwa seluruh bayi diadopsi melalui pasar gelap. Kenyataannya tentu tidak demikian. Lembaga-lembaga adopsi — yang umumnya merupakan organisasi swasta nirlaba yang memiliki izin dari negara — menerapkan sistem antrian dan berbagai kriteria non-pasar (yang dalam beberapa hal bersifat intrusif dan

diragukan konstitusionalitasnya, seperti persyaratan bahwa orang tua angkat harus memiliki agama yang sama dengan orang tua biologis) untuk merationing pasokan bayi yang terbatas. Keberatan utama terhadap lembaga-lembaga ini bukan terletak pada kriteria yang mereka gunakan untuk merationing, melainkan pada posisi monopoli mereka dalam proses adopsi, yang dengan memperhatikan fungsi laba mereka, menjamin bahwa pasokan akan tetap tidak memadai.

Sebagian besar negara bagian juga memperbolehkan (dengan pembatasan tertentu) bentuk adopsi independen, yakni di mana orang tua biologis (biasanya ibu) mengatur proses adopsi tanpa melalui lembaga adopsi. Meskipun bentuk ini menghindari kriteria lembaga yang sering kali tidak relevan dan merendahkan martabat, namun karena ibu tidak diperbolehkan menjual anaknya, maka bentuk adopsi ini tidak membentuk pasar bayi secara nyata. Pengacara yang mengatur adopsi tersebut diperbolehkan untuk memungut biaya jasa serta pembayaran atas biaya rumah sakit dan pengeluaran melahirkan lainnya, dan karena biaya-biaya ini sulit diawasi, dalam praktiknya sering kali menyamarkan adanya pembayaran atas bayi itu sendiri. Apabila sang ibu membatalkan kontrak untuk menyerahkan anaknya untuk diadopsi, orang tua angkat dapat mengajukan gugatan ganti rugi berdasarkan biaya persalinan yang telah mereka bayarkan sebelumnya¹³⁹. Selain itu, bentuk lain yang mendekati penjualan terang-terangan adalah "perjanjian keluarga" di mana ibu menyetujui untuk menyerahkan anaknya kepada kerabat dekat sebagai imbalan atas kompensasi finansial yang dialokasikan bagi kepentingan anak. Pengadilan telah memutuskan untuk menegakkan perjanjian semacam ini apabila diyakini bahwa pengaturan tersebut memberikan manfaat bagi anak.¹⁴⁰

Apakah penjualan bayi seharusnya dilegalkan? Gagasan ini bagi kebanyakan orang terdengar aneh dan tidak bermoral; usulan umum untuk memberantas pasar gelap bayi biasanya bukan dengan mendekriminalisasi penjualan bayi, melainkan dengan memperberat sanksi pidana atas praktik tersebut. Namun, para ekonom terbiasa untuk memikirkan hal-hal yang tak terpikirkan, maka marilah kita mengkaji secara ilmiah keberatan-keberatan terhadap legalisasi penjualan bayi untuk keperluan adopsi.

¹³⁹ Lihat *Gordon v. Cutler*, 471 A.2d 449 (Pengadilan Tinggi Pennsylvania, 1983).

¹⁴⁰ Lihat *Enders v. Enders*, 164 Pa. 266, 30 A. 129 (1894); *Clark v. Clark*, 122 Md. 114, 89 A. 405 (1915); *In re Estate of Shirk*, 186 Kan. 311, 350 P.2d 1 (1960).

Dikemukakan bahwa tidak ada jaminan bahwa orang tua angkat yang bersedia membayar paling mahal untuk seorang anak akan menyediakan lingkungan pengasuhan yang terbaik. Namun, orang tua yang paling menghargai keberadaan seorang anak kemungkinan besar pula akan memberikan perhatian terbesar, dan setidaknya-tidaknya pengorbanan sejumlah besar uang demi memperoleh seorang anak dapat menjadi bukti kesungguhan keinginan mereka untuk menjadi orang tua. Tanggapan terhadap argumen ini adalah bahwa orang tua angkat yang membayar mahal bisa jadi menghargai anak karena alasan yang keliru: untuk mengeksploitasinya secara seksual atau dalam bentuk lain. Namun hukum yang melarang penelantaran dan kekerasan terhadap anak tetap berlaku penuh terhadap orang tua angkat (sebagaimana halnya dalam sistem hukum saat ini). Tentunya, seleksi ketat terhadap potensi kecenderungan kriminal dari orang tua angkat tetap perlu dilakukan — sebagaimana telah diberlakukan pada praktik yang ada saat ini.

Keberatan yang lebih substansial terhadap pasar bayi adalah bahwa pembayaran sejumlah besar uang untuk membeli seorang anak dapat menguras kemampuan finansial orang tua angkat dalam membiayai kehidupan anak tersebut. Apabila demikian halnya, maka harga ekuilibrium bayi akan menjadi rendah, mengingat dalam menentukan seberapa besar mereka bersedia membayar untuk seorang anak, orang tua angkat akan mempertimbangkan faktor harga. Akan tetapi, argumen ini bukanlah jawaban yang sepenuhnya memadai atas keberatan tersebut. Hanya sedikit orang yang akan membayar untuk mengadopsi anak yang sebenarnya tidak sanggup mereka biayai, namun semakin tinggi biaya untuk memperoleh seorang anak, maka semakin rendah pula justifikasi biaya atas investasi dalam pengasuhan anak tersebut. Investasi tersebut, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, merupakan fungsi dari utilitas orang tua serta anak yang bersangkutan.

Seluruh penalaran ini mengasumsikan bahwa pasar bebas akan menyebabkan harga bayi meningkat. Akan tetapi, pada kenyataannya kecil kemungkinan bahwa harga bayi dalam suatu pasar bebas akan secara signifikan melampaui biaya peluang (khususnya waktu sang ibu dan biaya medis) yang akan ditanggung oleh orang tua angkat sekiranya mereka memproduksi sendiri anak tersebut, bukan membelinya—biaya yang dalam hal ini justru mereka hemat melalui pembelian. Harga tersebut akan menjadi harga kompetitif. Oleh karena itu, biaya bersih yang ditanggung oleh orang tua angkat akan relatif mendekati nol, kecuali bahwa orang tua angkat akan

tetap menanggung sejumlah biaya dalam rangka menemukan serta menilai kualitas anak tersebut—biaya yang tidak akan mereka alami apabila mereka adalah orang tua kandungnya. Harga pasar gelap menjadi tinggi karena harus mencakup biaya ekspektatif dari sanksi pidana yang akan ditanggung oleh penjual akibat pelanggaran hukum, serta karena keberadaan sanksi hukum tersebut menghambat penggunaan metode yang paling efisien untuk mencocokkan antara penjual dan pembeli.¹⁴¹

Pihak yang menentang pendekatan pasar juga berargumen bahwa golongan kaya akan memperoleh seluruh bayi—atau setidaknya seluruh bayi yang "baik". (Patut diingat bahwa argumen serupa juga diajukan terhadap kebijakan penjualan frekuensi radio dan televisi.) Hasil demikian mungkin justru sesuai dengan kepentingan terbaik anak-anak tersebut, namun kecil kemungkinan hasil itu akan terjadi dalam kenyataan. Sebab, individu dengan pendapatan tinggi cenderung memiliki biaya peluang waktu yang tinggi pula, sehingga kaum kaya umumnya memiliki jumlah anak yang lebih sedikit dibandingkan dengan golongan miskin. Diperkenalkannya praktik jual beli bayi tidak akan mengubah kondisi ini. Di samping itu, permintaan total atas anak dari pasangan kaya yang tidak memiliki anak kemungkinan sangat kecil apabila dibandingkan dengan pasokan anak—bahkan anak-anak dengan kualitas tinggi sekalipun—yang akan muncul dalam suatu sistem yang memberikan insentif ekonomi untuk melahirkan anak dengan tujuan dijual kepada pasangan yang tidak memiliki anak.

Golongan miskin bahkan mungkin mengalami kerugian yang lebih besar di bawah sistem hukum adopsi saat ini dibandingkan jika diterapkan sistem pasar bayi yang bebas. Sebab, sebagian besar adopsi disalurkan melalui lembaga adopsi, yang dalam melakukan seleksi terhadap calon orang tua angkat memberikan bobot yang sangat besar pada status pendapatan dan pekerjaan pemohon. Individu yang mungkin tidak memenuhi kriteria ekonomi lembaga-lembaga tersebut bisa saja, dalam suatu pasar bebas dengan harga

¹⁴¹ Namun, dalam satu hal, harga pasar gelap lebih rendah daripada harga pasar bebas yang sah. Pembeli di pasar gelap tidak menerima jaminan apa pun yang dapat ditegakkan secara hukum (kesehatan, silsilah, atau apa pun), yang sebanding dengan yang diterima pembeli di pasar legal. Pembeli di pasar bayi legal akan menerima paket hak yang lebih berharga dan harganya akan lebih mahal; penjual akan menuntut kompensasi atas risiko yang sebelumnya ditanggung pembeli. Namun, kenaikan harga yang dihasilkan akan bersifat nominal, bukan riil (apakah Anda mengerti alasannya?). Bagaimana Gambar 5.1 dapat digambar ulang untuk mencerminkan hal ini?

yang rendah, tetap mampu mengadopsi anak, sebagaimana orang miskin tetap dapat membeli televisi berwarna.⁸

Meskipun kondisi pasar untuk mengadopsi bayi adalah kelebihan permintaan yang kronis, kondisi pasar untuk mengadopsi anak yang bukan lagi bayi justru mengalami kelebihan penawaran yang kronis (mengapa demikian?). Salah satu kendala dalam proses adopsi anak-anak ini adalah fakta bahwa orang tua asuh menerima imbalan untuk pengasuhan anak asuh, namun tidak memperoleh imbalan ketika mengadopsi anak tersebut. Akibatnya, jika mereka memutuskan untuk mengadopsi anak asuhnya, mereka justru menanggung biaya yang lebih besar dibandingkan dengan orang tua angkat lainnya, sebab, sebagaimana telah kita ketahui, pendapatan yang hilang (*forgone income*) juga merupakan suatu bentuk biaya. Dapatkah Anda memikirkan langkah-langkah praktis untuk mengatasi permasalahan ini? Bandingkan dengan Bab 16.5 di bawah ini.

E. Hukum dan Populasi

Suatu analisis yang menyeluruh terhadap isu mengenai boleh tidaknya penjualan bayi—sebagaimana pula terhadap berbagai kebijakan publik lainnya, baik yang telah berlaku maupun yang masih berupa usulan, yang berkaitan dengan reproduksi anak, termasuk hukum yang mengatur perzinahan, perzinaan, kontrasepsi, aborsi, homoseksualitas, dan bahkan institusi perkawinan itu sendiri—memerlukan pertimbangan atas dampak suatu pasar bayi terhadap laju perubahan populasi, serta konsekuensi sosial yang ditimbulkan dari perubahan tersebut.

Produksi anak dapat memberikan pengaruh terhadap pihak lain dalam masyarakat dengan cara-cara yang tidak diperhitungkan oleh orang tua dalam pengambilan keputusan untuk memiliki anak, sebagaimana halnya produksi aluminium dapat menimbulkan dampak eksternal terhadap pihak ketiga melalui pencemaran udara. Seorang anak mungkin memiliki proyeksi penghasilan seumur hidup yang negatif dari kegiatan yang sah secara hukum dan dapat menjadi beban bagi negara. Ia juga dapat menambah kemacetan lalu lintas dan bentuk kemacetan lainnya, yang berdampak pada biaya sosial terhadap masyarakat yang tidak akan pernah ditanggung oleh anak tersebut maupun oleh orang tuanya. Sebaliknya, dalam suatu negara dengan kepadatan penduduk yang rendah dan terancam oleh musuh eksternal, kelahiran seorang anak tambahan dapat memberikan manfaat yang melebihi keuntungan privat

yang diterima oleh anak tersebut dan orang tuanya, yakni (pada akhirnya) memperkuat kapasitas pertahanan negara secara militer. Bahkan, musuh eksternal pun mungkin tidak diperlukan untuk membenarkan hal tersebut. Peningkatan populasi—hingga titik tertentu—dapat memungkinkan terjadinya spesialisasi kerja yang lebih besar, yang berdampak pada penurunan biaya, serta memungkinkan pemanfaatan ekonomi skala secara lebih optimal, yang pada gilirannya akan menyebabkan penurunan harga barang dan jasa. Hasil akhirnya ialah peningkatan kesejahteraan rata-rata maupun keseluruhan nasional.

Kemungkinan adanya dampak terhadap pihak ketiga sebagai akibat dari perubahan jumlah populasi dapat menjelaskan intervensi negara terhadap aktivitas seksual dan aktivitas lainnya yang memengaruhi reproduksi anak. Hukum yang melarang homoseksualitas dapat dipahami sebagai respons terhadap permintaan sosial untuk peningkatan laju pertumbuhan penduduk, sedangkan meningkatnya penolakan terhadap hukum-hukum tersebut dapat mencerminkan (1) pertumbuhan populasi Amerika Serikat yang telah mencapai tingkat sedemikian rupa sehingga kemacetan menjadi masalah serius, dan (2) penurunan signifikansi tenaga manusia dalam sistem pertahanan negara.

Terdapat laporan bahwa pegawai negeri sipil di Jepang dapat diberhentikan dari jabatannya apabila memiliki lebih dari tiga orang anak. Pendekatan tersebut secara jelas merupakan bentuk kebijakan pengendalian populasi yang keliru. Sebagian orang memiliki efisiensi lebih tinggi dalam membesarkan anak dibandingkan yang lain. Mungkin saja biaya yang dikeluarkan oleh mereka untuk membesarkan anak keempat lebih rendah dibandingkan dengan pasangan lain yang membesarkan anak pertama dengan kualitas yang sama. Pertumbuhan populasi yang sama secara keseluruhan dapat dicapai dengan biaya paling rendah apabila setiap pasangan diberikan tiga izin memiliki anak, dan diizinkan untuk memperjualbelikan izin tersebut.

Kebijakan publik yang berlaku di Amerika Serikat saat ini merupakan suatu kombinasi yang membingungkan antara subsidi dan penalti terhadap reproduksi anak. Pengecualian atas penghasilan tidak berwujud dari kegiatan rumah tangga dari pengenaan pajak penghasilan memberikan subsidi terhadap aktivitas memiliki anak jika dibandingkan dengan penggunaan waktu perempuan untuk aktivitas pasar, sebagaimana pula halnya pengecualian pajak atas tanggungan keluarga. Kaidah umum bahwa pembayaran tunjangan anak

berdasarkan putusan perceraian akan dikurangi apabila ayah menikah kembali dan memiliki anak dari pernikahan baru menyebabkan biaya privat bagi ayah dalam menambah jumlah anak menjadi lebih rendah daripada biaya sosialnya. Sebaliknya, contoh kebijakan yang berdampak negatif terhadap reproduksi anak adalah perceraian yang mudah, yang dapat mengurangi insentif untuk melakukan investasi jangka panjang dalam perkawinan, seperti membesarkan anak, dan oleh karenanya menurunkan tingkat kelahiran. Namun, suatu kaidah yang secara mutlak melarang perceraian—sebagaimana kaidah yang pernah berlaku di Inggris dan yang hingga kini masih berlaku di Irlandia—dapat menimbulkan dampak serupa, yakni memperpanjang masa pencarian pasangan sebelum menikah, meningkatkan rata-rata usia pernikahan, dan pada akhirnya mengurangi jumlah anak yang dilahirkan.

Bacaan yang Disarankan

1. Gary S. Becker, *A Treatise on the Family* (1981).
2. Gary S. Becker, *Human Capital, Effort, and the Sexual Division of Labor*, 3 *Journal of Labor Economics* S33 (1985).
3. Elisabeth M. Landes & Robert T. Michael, *An Economic Analysis of Marital Instability*, 85 *Journal of Political Economy* 1141 (1977).
4. Elisabeth M. Landes, *Economics of Alimony*, 7 *Journal of Legal Studies* 35 (1978).
5. Elisabeth M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, 7 *Journal of Legal Studies* 323 (1978).
6. John Palmer, *The Social Cost of Adoption Agencies* (Centre for Economic Analysis of Property Rights, University of Western Ontario, tanpa tahun).
7. Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, hlm. 184–192 (1981).
8. Yoram Weiss & Robert J. Willis, *Children as Collective Goods and Divorce Settlements*, 3 *Journal of Labor Economics* 268 (1985).
9. *Economics of the Family* (disunting oleh Theodore W. Schultz, 1974).

Permasalahan

1. Dapatkah Anda mengemukakan alasan ekonomi mengapa seorang suami cenderung memiliki nilai pertanggungan asuransi jiwa yang

- jauh lebih besar dibandingkan dengan istrinya? Jika suami dan istri sama-sama bekerja (di sektor pasar), apakah seharusnya mereka memiliki total pertanggungan asuransi jiwa yang lebih besar atau lebih kecil dibandingkan apabila hanya salah satu dari mereka yang bekerja?
2. Apakah terdapat kemungkinan bahwa orang tua secara berlebihan menginvestasikan dana pada pendidikan anak, ditinjau dari sudut pandang kepentingan anak itu sendiri? Mengapa hal tersebut bisa terjadi?
 3. Apa implikasi alokatif dan distributif dari pelarangan praktik poligami? Dari manakah asal permintaan (demand) terhadap keberadaan hukum yang melarang poligami?
 4. Kita membaca dalam karya Blackstone: “*Dengan adanya perkawinan, suami dan istri adalah satu orang dalam hukum: artinya, eksistensi hukum dari perempuan dianggap ditanggihkan selama masa perkawinan, atau setidaknya digabungkan dan dilebur ke dalam keberadaan hukum sang suami.*” – 1 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 442 (1765) (catatan kaki dihilangkan). Jelaskan dasar ekonomi dari kaidah hukum ini serta alasan ekonomis di balik penghapusannya dalam sistem hukum modern.
 5. Dalam analisis ekonomi normatif, bagaimana cara menentukan komunitas atau himpunan individu yang kesejahteraannya akan dimasukkan dalam fungsi kesejahteraan sosial yang hendak dimaksimalkan?
 6. Adakah analogi antara hukum yang melarang penjualan bayi dengan hukum anti-riba (*usury laws*), serta antara pasar gelap bayi dengan praktik rentenir atau peminjaman ilegal (*loansharking*)?
 7. Dalam hukum pembuktian, dikenal dua bentuk hak istimewa dalam perkawinan (*privileges to withhold evidence*). *Testimonial privilege* berlaku terhadap komunikasi—baik yang terjadi sebelum maupun selama masa perkawinan—yang pengungkapannya di hadapan umum dapat merusak hubungan perkawinan; namun hak ini hanya dapat diklaim oleh pihak yang menjadi saksi dalam perkara. Sementara itu, *marital communications privilege* terbatas pada komunikasi yang dilakukan selama masa perkawinan, namun bersifat mutlak: Istri tidak

dapat memberikan kesaksian mengenai komunikasi tersebut tanpa persetujuan suami, dan begitu pula sebaliknya. Apa dasar rasionalitas ekonominya? Apakah hak-hak istimewa tersebut masih relevan secara ekonomis dalam era perceraian yang semakin mudah diakses? Apakah salah satu dari kedua hak istimewa tersebut masih layak diberlakukan apabila pada saat persidangan berlangsung, perkawinan antara para pihak telah dibubarkan?

8. Saat ini semakin marak praktik transplantasi organ (misalnya jantung, ginjal) dari individu yang telah meninggal dunia kepada yang masih hidup. Ditinjau dari sudut pandang ekonomi, apakah merupakan gagasan yang baik untuk memperbolehkan individu membuat perjanjian yang mengikat untuk menjual organ tubuhnya setelah kematiannya? Jika ya, regulasi khusus seperti apa yang pantas diterapkan, yang tidak diperlukan dalam pasar konvensional? Lihat: Simon Rottenberg, *The Production and Sale of Used Body Parts*, dalam *Toward Liberty: Essays in Honor of Ludwig von Mises*, Vol. 2, hlm. 322 (Institute for Human Studies 1971); Marvin Brams, *Transplantable Human Organs: Should Their Sale Be Authorized by State Statutes?*, 3 *American Journal of Law and Medicine* 183 (1977); Catatan, *The Sale of Human Body Parts*, 72 *Michigan Law Review* 1182 (1974).
9. Dapatkah Anda sekarang mengajukan suatu argumen efisien yang tidak bersifat paternalistik sebagai dasar pembenaran intervensi negara dalam kasus ekstrak hipofisis (*pituitary-extract case*) yang dihipotesiskan dalam Bab 1 (Bab 1.2 di atas)?
10. Analisislah argumen berikut ini: Apabila orang tua bercerai, dan hak asuh anak diberikan kepada salah satu pihak, maka pihak yang memperoleh hak asuh tersebut akan membelanjakan lebih sedikit untuk anak tersebut dibandingkan dengan jika anak tersebut tetap tinggal dalam keluarga utuh, karena pengeluaran salah satu pihak atas anak memberikan manfaat juga kepada pihak lainnya. Lihat: Yoram Weiss & Robert J. Willis, *Children as Collective Goods and Divorce Settlements*, 3 *Journal of Labor Economics* 268 (1985).

BAB VI

HUKUM PERBUATAN MELAWAN HUKUM¹⁴²

A. Ekonomi Kecelakaan dan Rumusan *Learned Hand* atas Tanggung Jawab karena Kelalaian

Perbuatan yang menimbulkan kerugian dan menyebabkan pelakunya dapat digugat ganti rugi oleh korban, selain karena pelanggaran kontrak, disebut sebagai perbuatan melawan hukum (*tort*). Terdapat dua jenis perbuatan melawan hukum, yakni yang disengaja dan yang tidak disengaja. Meskipun sebagaimana akan dibahas kemudian bahwa batas antara keduanya tidak selalu tegas—terutama jika dianalisis dari sudut pandang ekonomi—namun dalam praktik hukum konvensional keduanya dibedakan. Oleh karena itu, pembahasan akan dimulai dari perbuatan melawan hukum yang tidak disengaja, yakni kecelakaan di mana pelaku bertanggung jawab secara hukum terhadap korban berdasarkan hukum perbuatan melawan hukum.

Setiap orang senantiasa mengambil tindakan pencegahan terhadap terjadinya kecelakaan; namun yang menarik untuk dipertanyakan adalah sejauh mana tindakan pencegahan tersebut dilakukan. Misalnya, apabila seseorang mempertimbangkan untuk membeli generator cadangan guna memastikan pasokan oksigen bagi koleksi kadal Amerika Selatan yang sangat berharga tidak terputus akibat kegagalan daya listrik, maka ia pasti akan menimbang—meskipun secara kasar—antara manfaat dari penggunaan generator tersebut untuk mencegah kerugian, dengan biaya pembeliannya. Manfaat tersebut dapat dihitung secara sederhana sebagai hasil perkalian antara probabilitas (kemungkinan) kematian kadal akibat gangguan listrik selama suatu interval waktu (misalnya satu tahun), dengan besar kerugian dalam satuan dolar. Misalkan probabilitas tersebut adalah 0,001 dan besar kerugiannya adalah \$10.000. Maka, kerugian kecelakaan yang diharapkan (*expected accident cost*), yaitu PL, adalah sebesar \$10. Perhitungan ini mencerminkan kerugian yang diharapkan baik dari sisi biaya maupun disutilitas, jika diasumsikan pelaku bersifat netral terhadap risiko. Namun,

¹⁴² Lihat Prosser dan Keeton tentang Hukum Perbuatan Melawan Hukum (edisi ke-5, 1984); Richard A. Epstein, *Hukum Tanggung Jawab Produk Modern* (1980); Richard A. Posner, *Hukum Perbuatan Melawan Hukum: Kasus dan Materi Ekonomi* (1982).

pengaruh dari penghindaran risiko dapat diabaikan dengan mengasumsikan bahwa asuransi atas kadal tersebut mencakup kematian akibat pemadaman listrik dengan tambahan premi sebesar PL ditambah *loading charge* administratif yang sederhana (diasumsikan nol untuk penyederhanaan). Dengan demikian, manfaat yang diharapkan dari penggunaan generator cadangan adalah \$10 per tahun. Jika biaya tahunan generator adalah \$8, maka generator tersebut akan dibeli—dengan catatan tidak tersedia alternatif tindakan pencegahan yang lebih murah. Namun, jika biaya generator melebihi \$10, maka tidak akan dibeli. Dalam contoh tersebut, pihak yang mengambil tindakan pencegahan dan pihak yang dirugikan jika tindakan tidak diambil adalah pihak yang sama, sehingga tindakan pencegahan optimal dapat dicapai tanpa campur tangan hukum. Akan tetapi, coba ubah contoh tersebut: anggap kerugiannya bukan pada kadal, melainkan pada jari kelingking Anda akibat kecelakaan lalu lintas, dan cara paling murah untuk mencegah kecelakaan tersebut adalah dengan memperlambat laju kendaraan oleh pihak lain—yakni orang asing yang tidak Anda kenal. Misalkan kerugian yang diharapkan tetap \$10 ($0,001 \times \$10.000$), dan biaya bagi pengemudi lain untuk memperlambat laju kendaraan (dan akibatnya tiba lebih lama di tempat tujuan) adalah \$8. Maka dari sudut pandang efisiensi, seharusnya pengemudi tersebut mengemudi lebih lambat. Namun karena biaya transaksi dengan korban potensial seperti Anda sangat tinggi, maka ia tidak akan melakukannya kecuali ada intervensi dari sistem hukum, misalnya dengan menetapkan tanggung jawab ganti rugi sebesar \$10.000 apabila kecelakaan terjadi. Dengan demikian, pengemudi menghadapi risiko kerugian hukum sebesar \$10, dan ini akan mendorongnya untuk mengeluarkan biaya \$8 guna mengambil tindakan pencegahan yang dapat meniadakan kemungkinan tanggung jawab hukum tersebut. Tindakan pencegahan ini menghasilkan keuntungan bersih sebesar \$2 dan merupakan investasi yang rasional.

Contoh tersebut ditangani berdasarkan prinsip kelalaian (*negligence*) dalam hukum perbuatan melawan hukum, yang dirumuskan dalam *Formula Learned Hand*. Dengan mendefinisikan P dan L sebagaimana di atas, dan B sebagai biaya pencegahan, maka *Hand* menyatakan bahwa seorang pelaku dianggap lalai hanya jika dan hanya apabila $B < PL$. Rumusan ini sejalan dengan logika efisiensi dalam pencegahan kecelakaan. Namun terdapat ambiguitas dalam rumusan *Hand* dan dalam contoh kita. Misalkan nilai $PL = \$10$ dapat dihilangkan sepenuhnya jika pengemudi memperlambat laju

kendaraan sebanyak 25 mil per jam, dengan biaya \$9. Namun jika pengemudi hanya mengurangi kecepatannya sebesar 5 mil per jam, maka PL dapat ditekan menjadi \$1, dengan biaya hanya \$2. Maka untuk menurunkan PL dari \$1 menjadi nol dibutuhkan tambahan biaya \$7 (\$9 - \$2). Jelas bahwa pilihan terbaik adalah hanya memperlambat 5 mil per jam, yang menghasilkan keuntungan sosial bersih sebesar \$7. Mengurangi kecepatan 20 mil per jam tambahan akan menimbulkan kerugian sosial bersih sebesar \$6 (karena biaya tambahan \$7 hanya mengurangi kerugian sebesar \$1). Dengan kata lain, biaya kecelakaan yang diharapkan harus dibandingkan secara marginal, yaitu dengan menilai biaya dan manfaat dari setiap tambahan kecil dalam tindakan pencegahan, dan menghentikan investasi dalam pencegahan apabila satu dolar tambahan hanya menghasilkan satu dolar atau kurang dalam pengurangan risiko. Untungnya, metode hukum *common law* mendukung pendekatan marginal ini; umumnya sulit bagi pengadilan untuk memperoleh informasi selain dari perubahan kecil atas tindakan pencegahan yang dilakukan pelaku. (Sebagaimana akan dibahas kemudian, hal ini kadang menjadi kelemahan, tetapi hukum telah mengembangkan mekanisme untuk mengatasinya).

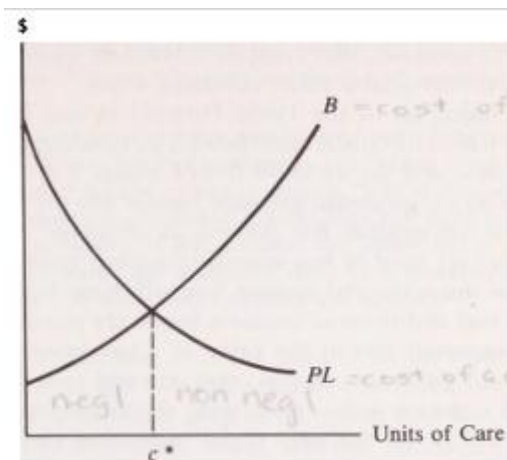


Figure 6.1

Formula Hand (dalam bentuk marginal yang benar) digambarkan secara grafis dalam Gambar 6.1. Sumbu *horizontal* mewakili tingkat kehati-hatian (*care*), dan sumbu vertikal (seperti biasa) menunjukkan satuan dolar. Kurva bertanda PL menggambarkan perubahan *marginal* dari biaya kecelakaan yang diharapkan sebagai fungsi dari kehati-hatian, dan ditampilkan menurun karena diasumsikan bahwa tambahan kehati-hatian memiliki efektivitas yang semakin menurun dalam mencegah kecelakaan. Kurva bertanda B

menggambarkan biaya marginal dari kehati-hatian, dan diasumsikan meningkat karena faktor-faktor kehati-hatian bersifat langka sehingga harganya naik seiring dengan meningkatnya jumlah pembelian. Titik perpotongan kedua kurva tersebut menunjukkan tingkat kehati-hatian yang layak (*due care*). (Apakah PL harus menurun dan B harus meningkat?) Di sebelah kiri titik tersebut, c^* , pelaku dianggap lalai; karena $B < PL$. Di sisi kanan titik tersebut, di mana biaya kehati-hatian lebih besar dibandingkan manfaatnya dalam mengurangi biaya kecelakaan yang diharapkan, maka pelaku tidak lalai; wilayah ini merupakan kecelakaan yang (dengan sejumlah kualifikasi yang akan dijelaskan kemudian) secara ekonomi tidak dapat dihindari.

Masalah ekonomi dari kecelakaan dapat diformulasikan secara matematis dengan mengasumsikan bahwa tujuan sistem hukum adalah meminimalkan A , yakni total biaya sosial dari kecelakaan, sebagai fungsi dari tingkat kehati-hatian c . Biaya tersebut adalah penjumlahan dari biaya kecelakaan yang diharapkan $P(c)L$ dan biaya pencegahan $B(c)$, dengan P dan B sebagai fungsi dari c . Untuk meminimalkan $A(c)$, dibutuhkan turunan pertama dari A terhadap c yang disamakan dengan nol: $P'(c)L + B'(c) = 0$, atau $B'(c) = -P'(c)L$. Dengan kata lain, kehati-hatian optimal tercapai saat peningkatan kecil pada B mengurangi biaya kecelakaan yang diharapkan dalam jumlah yang sama. Inilah titik c^* dalam Gambar 6.1. Untuk pembahasan lebih lanjut, lihat: *William M. Landes & Richard A. Posner, "The Positive Economic Theory of Tort Law", 15 Ga. L. Rev. 851, 868–872 (1981)*.

Salah satu keberatan yang mungkin diajukan terhadap Rumus *Hand* adalah bahwa rumus tersebut mengasumsikan adanya *risk neutrality* (netralitas risiko). Keberatan ini sebelumnya telah disingkirkan dengan menunjukkan bahwa individu dapat membeli asuransi, namun sebagaimana telah diuraikan dalam Bab 4, doktrin dalam hukum kontrak tidak mengasumsikan bahwa pihak-pihak yang tunduk pada hukum tersebut bersifat netral terhadap risiko. Akan tetapi, terdapat alasan ekonomis yang membenarkan adanya perbedaan tersebut.

Sulit untuk memperoleh asuransi terhadap kerugian usaha (*business losses*), karena pelaku usaha yang telah diasuransikan terhadap kerugian akan memiliki insentif yang lebih rendah untuk mencegah terjadinya kerugian. Selain itu, kerugian usaha bersifat sangat terbuka (tidak terbatas); sebagai contoh, kenaikan harga secara tiba-tiba terhadap bahan baku utama dapat

menyebabkan sebuah perusahaan besar mengalami kebangkrutan. Oleh karena itu, kontrak dan hukum kontrak memiliki peranan dalam mengurangi risiko—yang menggambarkan suatu prinsip umum bahwa asuransi pasar bukanlah satu-satunya institusi sosial untuk pengurangan risiko (portofolio investasi yang terdiversifikasi, sebagaimana akan dibahas dalam Bab 15, merupakan institusi lainnya).

Namun demikian, telah lama dikenal adanya pasar yang matang bagi asuransi terhadap cedera pribadi maupun kematian. Meskipun jenis asuransi ini juga mengandung persoalan *moral hazard* (yakni tertanggung memiliki insentif yang lebih rendah untuk berhati-hati karena telah diasuransikan), tingkat bahayanya tidak terlalu tinggi (mengapa demikian?), dan potensi kerugian yang ditanggung tidak se-terbuka seperti dalam kasus kerugian usaha, sehingga pasar asuransi tetap dapat berfungsi dengan baik. Lalu, bagaimana pendapat Anda terhadap argumen yang menyatakan bahwa premi asuransi kecelakaan dari calon korban seyogianya dimasukkan sebagai bagian dari unsur PL dalam penerapan Rumus *Hand*? Meskipun Rumus *Hand* berasal dari masa yang relatif baru, metode yang terkandung di dalamnya telah lama digunakan dalam menentukan kelalaian sejak asas kelalaian pertama kali dijadikan sebagai standar untuk mengatur perkara kecelakaan. Sebagai contoh, dalam perkara *Blyth v. Birmingham Water Works*, permasalahan yang timbul adalah apakah perusahaan air telah lalai karena tidak mengubur pipa airnya cukup dalam untuk mencegah pecah akibat pembekuan yang kemudian merusak rumah penggugat. Dalam putusannya yang menyatakan bahwa perusahaan air tidak lalai, pengadilan menekankan bahwa embun beku yang terjadi sangat luar biasa—artinya, probabilitas kerugian sangat rendah. Kerugian yang terjadi tidak cukup besar untuk membuat biaya ekspektasian dari kecelakaan lebih besar dari biaya pencegahan, yang dalam hal ini akan melibatkan biaya besar untuk penguburan pipa yang lebih dalam.

Dalam perkara *Adams v. Bullock*, seorang anak berusia 12 tahun, saat melintasi jembatan di atas lintasan trem milik tergugat, mengayunkan kawat sepanjang 8 kaki dari atas jembatan. Kawat tersebut menyentuh kawat listrik milik tergugat yang membentang di atas lintasan dan di bawah jembatan, yang kemudian menyebabkan sengatan listrik dan melukai anak tersebut. Pengadilan memenangkan tergugat. Probabilitas (P) dinilai rendah karena kecil kemungkinannya ada orang di atas jembatan yang akan menyentuh kawat tersebut. Sementara itu, beban pencegahan (B) sangat tinggi.

Pengadilan mengutarakan perbedaan antara kawat listrik biasa dan kawat trem dengan bahasa yang menunjukkan wawasan ekonomi:

Perbedaannya adalah bahwa kawat listrik biasa dapat diisolasi. Kemungkinan bahaya, meskipun kecil [P rendah], dapat menunjukkan kelalaian, jika upaya pencegahannya tidak memerlukan biaya besar [B sangat rendah]. Kemudahan dalam memberikan perlindungan dapat menimbulkan kewajiban hukum untuk melindungi. Namun dalam kasus kawat trem, situasinya berbeda. Isolasi tidak mungkin dilakukan. Pemasangan pelindung di sana-sini tidak banyak berguna. Untuk mencegah kemungkinan kecelakaan seperti ini dan sejenisnya di berbagai titik sepanjang jalur trem, tergugat harus meninggalkan sistem kabel udara dan memindahkan seluruh jalur ke bawah tanah [B sangat tinggi].

Sebagai contoh perkara yang dimenangkan oleh penggugat: *Hendricks v. Peabody Coal Co.* Seorang anak laki-laki berusia 16 tahun mengalami luka serius saat berenang di bekas tambang terbuka milik tergugat yang telah terisi oleh air dari mata air. Tergugat mengetahui bahwa lokasi tersebut kerap digunakan sebagai tempat berenang dan menyadari adanya bahaya akibat adanya tonjolan tersembunyi di bawah permukaan air, tempat di mana anak tersebut menyelam dan terluka. Tergugat memang melakukan patroli di area tersebut, tetapi secara tidak efektif. Seluruh badan air tersebut dapat ditutup sepenuhnya dengan pagar baja dengan biaya antara \$12.000 hingga \$14.000. Biaya ini tergolong kecil dibandingkan dengan tingkat risiko yang dihadapi oleh anak-anak yang berenang di lokasi tersebut.

B. Standar Orang yang Patut (*The Reasonable Man Standard*)

Namun, apabila *Hand Formula* benar-benar menciptakan insentif yang tepat untuk menghindari kecelakaan karena kelalaian, maka seharusnya tidak akan ada lagi perbuatan lalai — sehingga timbul pertanyaan: bagaimana mungkin masih terdapat perkara kelalaian, khususnya perkara yang dimenangkan oleh pihak penggugat? Salah satu jawabannya — selain jawaban yang sudah jelas bahwa hakim dan juri terkadang membuat kekeliruan — adalah bahwa dalam menentukan apakah suatu kecelakaan dapat dihindari oleh salah satu pihak dengan biaya yang lebih rendah daripada *expected accident cost* (biaya kecelakaan yang diperkirakan), pengadilan tidak berupaya untuk mengukur biaya aktual dari masing-masing pihak dengan memperhitungkan kemampuan individual mereka dalam menghindari

kecelakaan. Sebaliknya, pengadilan memperkirakan biaya pencegahan kecelakaan yang harus dikeluarkan oleh orang kebanyakan (dalam istilah hukum disebut "orang yang patut") dalam posisi masing-masing pihak.

Pendekatan ini hanya dapat dibenarkan dengan merujuk pada tingginya biaya untuk melakukan pengukuran secara individual. Sebagai contoh, apabila rata-rata orang dapat menghindari suatu kecelakaan yang diperkirakan menimbulkan kerugian sebesar \$100 dengan mengeluarkan biaya sebesar \$120, maka tidak terdapat kewajiban hukum untuk mencegah kecelakaan tersebut. Akan tetapi, jika terdapat individu luar biasa yang mampu menghindarinya hanya dengan biaya kurang dari \$100, maka suatu aturan yang efisien — dengan pengecualian atas biaya informasi di salah satu pihak — akan menuntut agar individu tersebut memiliki kewajiban hukum untuk mencegah kecelakaan tersebut. Sebaliknya, apabila rata-rata biaya pencegahan kecelakaan hanya sebesar \$50 tetapi ada individu tertentu yang tidak dapat menghindarinya dengan biaya kurang dari \$110, maka mereka tetap akan dimintai pertanggungjawaban atas kelalaiannya, meskipun kewajiban tersebut tidak akan mempengaruhi perilaku mereka. Dalam hal ini, akibat hukumnya akan menjadi transfer pembayaran yang sia-sia secara sosial (*socially wasteful transfer payments*). Apabila perbedaan kapasitas untuk menghindari kecelakaan dapat ditentukan dengan biaya yang rendah, maka pengadilan memang mengakui adanya pengecualian terhadap (atau sub-kategori dari) standar orang yang patut. Sebagai contoh, penyandang tunanetra tidak dikenakan standar kehati-hatian setinggi individu yang memiliki penglihatan normal, meskipun dalam kelompok penyandang tunanetra itu sendiri diberlakukan standar kehati-hatian yang seragam.

Pembahasan di atas mengingatkan kita bahwa biaya administratif, khususnya biaya informasi, memainkan peranan penting dalam perumusan kaidah hukum yang efisien. Pokok pemikiran ini akan dibahas secara lebih mendalam dalam Bab 20 dan 21. Pembahasan ini juga menunjukkan bahwa akan tetap terdapat perkara kelalaian bahkan dalam kondisi di mana tidak seorang pun melakukan kesalahan. Beberapa individu yang oleh sistem hukum digolongkan sebagai lalai, pada kenyataannya tidak dapat menghindari biaya akibat putusan kelalaian dengan biaya pencegahan yang lebih rendah. Oleh karena itu, mereka tetap melanjutkan tindakannya dan mengakibatkan kecelakaan yang oleh sistem hukum dinyatakan sebagai kelalaian. Dalam hal ini, mereka bertindak secara efisien — dan demikian pula halnya dengan

sistem hukum, apabila biaya administratif turut diperhitungkan, sebagaimana semestinya dalam suatu analisis ekonomi yang utuh.

C. Kebiasaan sebagai Dasar Pembelaan

Salah satu pertanyaan yang kerap muncul adalah apakah kepatuhan tergugat terhadap standar keselamatan yang lazim berlaku dalam industrinya dapat dijadikan sebagai dasar pembelaan dalam gugatan kelalaian (*negligence*). Apabila diperkenankan, maka hanya perusahaan-perusahaan yang tertinggal dari rata-rata perusahaan lain dalam industrinya dalam menerapkan tindakan pencegahan keselamatan yang akan dimintai pertanggungjawaban hukum. Hasil ini dapat diterima sejauh terdapat alasan yang kuat untuk mengharapkan bahwa rata-rata pelaku usaha akan mengambil seluruh tindakan pencegahan yang layak secara ekonomis (*cost-justified precautions*) tanpa adanya paksaan hukum. Namun demikian, pelaku usaha tidak memiliki insentif untuk mengambil tindakan pencegahan terhadap kecelakaan yang hanya berbahaya bagi individu-individu dengan siapa pelaku usaha tersebut tidak memiliki hubungan hukum, dan karena tingginya biaya transaksi, tidak dapat membentuk hubungan hukum tersebut. Para calon korban tidak akan membayar pelaku usaha untuk melakukan tindakan pencegahan tersebut. Demikian pula para pelanggan pelaku usaha. Karena mereka tidak memperoleh manfaat dari tindakan pencegahan tersebut, maka jika pelaku usaha berupaya mengalihkan biaya tambahan tersebut dalam bentuk kenaikan harga, ia akan dikalahkan oleh pesaing yang menawarkan harga lebih rendah. Dalam kondisi demikian, tidak dapat diasumsikan bahwa tingkat keselamatan rata-rata dalam suatu industri merupakan tingkat yang optimal. Oleh karena itu, hukum secara tepat menolak kepatuhan terhadap kebiasaan industri sebagai dasar pembelaan. Namun, apabila jenis kecelakaan yang terjadi hanya berisiko terhadap pelanggan industri tersebut, maka tingkat tindakan pencegahan yang diambil oleh pelaku usaha cenderung lebih efisien. Pelanggan seharusnya bersedia membayar harga yang lebih tinggi untuk suatu produk atau layanan hingga titik di mana satu dolar terakhir yang mereka bayarkan menghasilkan pengurangan biaya kecelakaan sebesar satu dolar. Maka dari itu, menjadi ironis apabila pernyataan klasik bahwa kepatuhan terhadap kebiasaan industri bukan merupakan pembelaan terhadap gugatan kelalaian—dan pernyataan tersebut dibuat oleh Hakim *Hand*!—justru muncul dalam perkara di mana pihak penggugat adalah pelanggan dari pihak tergugat.¹

Dalam satu bidang kelalaian, yaitu *malpraktik medis*, pengadilan, sejalan dengan perbedaan yang telah dijelaskan sebelumnya, secara tradisional mengakui pembelaan berdasarkan kebiasaan. Kewajiban kehati-hatian seorang dokter terhadap pasiennya adalah untuk mematuhi standar kebiasaan yang berlaku di kalangan profesi medis dalam wilayah praktiknya. Karena korban dan pelaku berada dalam hubungan jual-beli, maka pelaku potensial (dokter) memiliki insentif, terlepas dari ketentuan hukum, untuk memberikan tingkat perawatan yang bersedia dibayar oleh korban potensial. Perhatikan bahwa dalam hal ini terdapat tumpang tindih antara hak-hak dalam hukum perbuatan melawan hukum (*tort*) dan hak-hak dalam kontrak.

Seorang dokter secara implisit menjanjikan akan memberikan perawatan sesuai dengan standar kebiasaan yang berlaku di kalangan dokter dalam wilayah tersebut. Apabila ia gagal memenuhi standar tersebut, maka ia telah melakukan malpraktik, suatu bentuk perbuatan melawan hukum, namun pada saat yang sama dan melalui perbuatan yang sama, ia juga telah melanggar perjanjian dengan pasiennya. Meskipun pembahasan ini mengimplikasikan bahwa seyogianya terdapat *presumption* (praduga) untuk membolehkan pembelaan atas dasar kepatuhan terhadap kebiasaan industri dalam kasus-kasus di mana pelaku dan korban berada dalam hubungan kontraktual aktual maupun potensial, tetapi praduga ini tidak bersifat mutlak. Penolakannya, terutama dalam bidang *product liability* (tanggung jawab atas kerugian akibat produk cacat atau berbahaya), dapat dipandang sebagai sesuatu yang efisien, sebagaimana akan dibahas dalam Bab 6.6. Secara ringkas, kecelakaan akibat produk yang benar-benar mencederai pengguna produk adalah peristiwa dengan probabilitas sangat rendah. Konsumen mungkin tidak merasa perlu untuk mengatur ketentuan kontraktual secara spesifik mengenai hal tersebut, bahkan untuk sekadar membaca dengan cermat penafian (*disclaimer*) atau jaminan tanggung jawab yang tercantum; *product liability* (PL) mungkin lebih kecil daripada biaya untuk memperoleh informasi tersebut.

Pokok pemikiran ini dapat pula dikemukakan kembali dalam kerangka *transaction costs* (biaya transaksi). Kita biasanya mengasumsikan bahwa apabila hanya terdapat sedikit pihak dalam suatu transaksi, maka pertukaran yang memaksimalkan nilai (*value-maximizing exchange*) dapat terjadi — atau dengan kata lain, berada dalam ranah hukum kontrak dan bukan perbuatan melawan hukum. Akan tetapi, seperti telah beberapa kali dikemukakan sebelumnya, transaksi antara dua pihak, ketika terjadi dalam kondisi *bilateral*

monopoly (monopoli bilateral), dapat melibatkan biaya transaksi yang sangat tinggi. Dan dalam hal ini, kita menjumpai contoh lain dari tingginya biaya transaksi meskipun hanya melibatkan sedikit pihak. Meskipun antara produsen barang konsumsi dan konsumen terdapat hubungan dua pihak (apakah menjadi relevan apabila terdapat penjual perantara, misalnya pedagang ritel?), dan tidak terdapat masalah monopoli bilateral (mengapa tidak?), biaya untuk melakukan transaksi terkait aspek keselamatan tetap tinggi. Tidak dalam arti absolut tinggi; akan tetapi, karena kemungkinan terjadinya kecelakaan sangat kecil, maka keuntungan dari bertransaksi mengenai keselamatan menjadi sangat rendah, sehingga biaya untuk melakukan transaksi mungkin melampaui manfaatnya — dan inilah hal yang penting. Dengan demikian, alokasi sumber daya untuk keselamatan ditentukan oleh pengadilan, sebagaimana halnya dengan kejadian tak terduga (*remote contingencies*) dalam pelaksanaan kontrak, yang telah dibahas dalam Bab 4.

D. Kesalahan Korban: Kelalaian Kontributif dan Komparatif, Penerimaan Risiko, dan Kewajiban terhadap Pelanggar Hak Milik

Bahwa beban pengambilan tindakan pencegahan (*precaution*) lebih kecil dibandingkan dengan hasil perkalian antara probabilitas dan besarnya kerugian apabila tindakan tersebut tidak diambil, hanyalah merupakan syarat *necessitas*, bukan syarat *sufficiens*, agar suatu tindakan pencegahan dapat dianggap efisien. Apabila terdapat tindakan pencegahan lain yang dapat mencapai hasil yang sama dengan biaya yang lebih rendah, maka tindakan tersebutlah yang dianggap efisien. Sebagaimana diketahui oleh setiap pejalan kaki, banyak kecelakaan yang dapat dicegah oleh korban dengan biaya yang lebih rendah dibandingkan oleh pelaku. Oleh karena itu, hukum memerlukan konsep “kesalahan korban” (*victim fault*) guna memberikan insentif keselamatan yang tepat kepada para korban potensial. Misalnya, apabila kerugian akibat kecelakaan yang diperkirakan sebesar \$1.000 dapat dihindari oleh tergugat dengan biaya \$100, namun dapat dicegah oleh penggugat hanya dengan biaya \$50, maka solusi yang efisien adalah menjadikan penggugat “bertanggung jawab” dengan cara menolak tuntutan ganti rugi yang diajukannya terhadap tergugat. Jika tergugat dianggap bertanggung jawab, maka penggugat tidak memiliki insentif untuk mengambil tindakan pencegahan, karena ia akan menerima kompensasi penuh atas kerugiannya, dan hasil yang efisien pun tidak akan tercapai.

Tentu saja terdapat unsur hiperbolik dalam ilustrasi ini. Sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut dalam bab ini, ganti rugi dalam perkara perbuatan melawan hukum (*tort*) tidak selalu bersifat kompensatoris secara penuh, khususnya dalam kasus yang melibatkan cedera pribadi yang serius. Sepanjang kompensasi tersebut tidak penuh, korban potensial masih memiliki insentif untuk mengambil tindakan pencegahan, bahkan apabila kelalaian mereka tidak akan mengurangi hak mereka untuk menerima ganti rugi sedikit pun. Namun, insentif tersebut akan menjadi lebih kecil (dan mungkin nol dalam kasus kerusakan terhadap harta benda, sebagaimana dalam kasus percikan api dari rel kereta api yang dibahas dalam Bab 3 dan bagian selanjutnya). Lantas, bagaimana seharusnya unsur kehati-hatian dari korban dimasukkan dalam *rumus Hand*? Pendekatan hukum umum tradisional, yang dikenal dengan istilah “*contributory negligence*” (kelalaian kontributif), dilakukan dengan terlebih dahulu menilai apakah tergugat telah lalai, dan apabila dinyatakan lalai (jika tidak, perkara selesai), maka selanjutnya ditanyakan apakah penggugat juga lalai. Apabila jawabannya adalah “ya”, maka penggugat dinyatakan kalah. Pendekatan ini cocok dalam ilustrasi yang disampaikan sebelumnya. Namun, bagaimana jika angka-angka biaya pencegahan dibalik, yaitu: biaya sebesar \$50 bagi tergugat dan \$100 bagi penggugat?

Dalam hal ini, tergugat tetap akan dianggap lalai, dan penggugat juga akan dianggap lalai secara kontributif (karena $\$100 < \$1.000$), sehingga klaim penggugat akan ditolak. Maka, tergugat tidak memiliki insentif untuk di kemudian hari mengambil tindakan pencegahan yang sejatinya merupakan tindakan paling efisien. Namun, kesan tersebut menyesatkan, sepanjang hukum mendefinisikan standar kehati-hatian (*due care*) — sebagaimana pada praktiknya — sebagai tingkat kehati-hatian yang optimal apabila pihak lain juga menjalankan kehati-hatian. Dalam ilustrasi di atas, jika tergugat menjalankan kehati-hatian yang optimal, maka tingkat kehati-hatian optimal yang perlu dilakukan oleh penggugat adalah nol. Dengan demikian, penggugat tidak akan memiliki insentif untuk berhati-hati, dan dengan mengetahui hal ini, tergugat akan mengeluarkan \$50 untuk mengambil tindakan pencegahan, dan kecelakaan pun dapat dihindari dengan biaya paling minimal.

Kini kita akan mempertimbangkan suatu contoh yang lebih kompleks yang melibatkan salah satu jenis kecelakaan yang sangat penting, yaitu perkara yang dikenal sebagai “*joint care*” atau perawatan bersama. Dalam

contoh-contoh sebelumnya, di mana tergugat dapat menghindari kecelakaan dengan biaya sebesar \$100 (atau \$50), dan penggugat dengan biaya sebesar \$50 (atau \$100), terdapat asumsi implisit bahwa perkara tersebut merupakan perkara “*alternative care*”, yakni bahwa solusi efisien adalah hanya salah satu pihak (namun bukan keduanya) yang mengambil tindakan pencegahan. Oleh karena itu, tujuan hukumnya adalah mendorong pihak yang dapat menghindari kecelakaan dengan biaya lebih rendah untuk bertindak secara hati-hati. Namun, dalam perkara *joint care*, tujuan hukumnya adalah agar masing-masing pihak mengambil tindakan kehati-hatian, bukan hanya salah satu pihak sementara pihak lainnya tidak berbuat apa-apa. Sebagian besar kecelakaan tabrakan termasuk ke dalam kategori *joint care*.

Tabel 6.1 mengilustrasikan penerapan asas kelalaian kontributif (*contributory negligence*) melalui suatu contoh yang melibatkan tanaman rami (*flax*) dan percikan api dari lokomotif. Diasumsikan bahwa nilai kerugian potensial (PL) adalah sebesar \$150. Berbagai tingkat kehati-hatian yang diambil oleh pihak perkeretaapian dan petani dihitung biayanya, dan total biayanya dibandingkan pada baris ketiga tabel tersebut. "S.A." merupakan singkatan dari *spark arrester*, dan *super spark arrester* mengacu pada *spark arrester* dengan kualitas lebih tinggi (dan harga lebih mahal). Angka dalam satuan kaki menunjukkan jarak tanaman rami dari rel kereta api. Semakin jauh jaraknya, maka tanaman semakin aman, tetapi petani harus menanggung biaya tambahan. Oleh karena itu, tiga kolom dalam tabel mewakili tiga kombinasi tindakan pencegahan yang berbeda dari pihak perkeretaapian dan petani, yang semuanya memiliki manfaat yang sama (yaitu mencegah kerugian sebesar \$150), namun dengan biaya yang berbeda-beda. Kombinasi tengah — yaitu penggunaan *spark arrester* berkualitas rata-rata dan memindahkan tanaman rami sejauh 75 kaki dari rel — merupakan kombinasi dengan biaya paling rendah. Namun, timbul pertanyaan: apakah aturan hukum kelalaian-kontributif akan mendorong para pihak untuk memilih kombinasi tersebut?

Misalkan pihak perkeretaapian, dengan tujuan meminimalkan biaya pencegahan kecelakaan, tidak mengambil tindakan apapun, dengan harapan bahwa petani akan dianggap lalai karena dapat mencegah kecelakaan dengan biaya (\$110) yang lebih rendah daripada potensi kerugian (\$150). Akan tetapi, petani menyadari bahwa ia hanya akan dianggap lalai secara kontributif apabila ia gagal menjauhkan tanaman raminya hingga jarak yang cukup untuk menghindari kehancuran apabila pihak perkeretaapian mengambil tindakan

yang seharusnya dilakukan (yakni memasang *spark arrester* dengan kualitas rata-rata). Maka petani akan menempatkan tanamannya tepat sejauh 75 kaki dari rel. Tanaman tersebut akan hancur, tetapi karena pihak perkeretaapian akan dianggap lalai dan petani tidak, maka petani tidak akan dirugikan secara hukum. Menyadari hal ini, pihak perkeretaapian pada akhirnya terpaksa memasang *spark arrester*. Analisis serupa berlaku apabila skenario dimulai dari pihak petani yang menempatkan tanamannya tepat di samping rel. Dalam hal ini, pihak perkeretaapian tidak akan membeli spark arrester super yang dapat mencegah kerusakan tanaman, karena petani dianggap lalai secara kontributif, dan kelalaian kontributif merupakan pembelaan penuh (*complete defense*) terhadap gugatan ganti rugi.

Tabel 6.1

Biaya Perawatan oleh Perusahaan Kereta Api dan Petani dalam Tiga Skenario Hukum:

Jenis Biaya	Tanggung Jawab Ketat Sempurna (<i>Strict Liability</i> , 0°)	Tanggung Jawab (<i>Liability</i> , 15°)	Tanpa Tanggung Jawab (<i>No Liability</i> , 200°)
Perawatan oleh Kereta Api	\$100	\$50	\$0
Perawatan oleh Petani	\$0	\$25	\$110
Total Biaya Sosial	\$100	\$75	\$110

Table 6.1

	<i>Super S.A., 0°</i>	<i>S.A., 15°</i>	<i>No S.A., 200°</i>
Railroad care	\$100	\$50	\$ 0
Farmer care	— 0	25	<u>110</u>
Total cost	100	75	110

Sampai pada titik ini, kita menerima begitu saja bahwa kelalaian kontributif merupakan suatu pembelaan hukum yang sah. Namun, hal ini tidak secara otomatis mengikuti proposisi bahwa keselamatan yang optimal kadangkala memerlukan baik pihak yang berpotensi menyebabkan maupun mengalami kecelakaan untuk bersikap hati-hati. Apabila pihak yang menyebabkan kecelakaan tidak lalai, maka korban akan menanggung seluruh biaya kecelakaan, terlepas dari apakah ia lalai atau tidak. Pembelaan kelalaian kontributif hanya berlaku jika pelaku kecelakaan juga terbukti lalai. Dalam hal demikian, timbul pertanyaan: jika pelaku lalai, mengapa ia dibebaskan dari tanggung jawab sama sekali, sedangkan korban menanggung seluruh kerugian? Jawaban dari perspektif ekonomi adalah bahwa mengalihkan beban kerugian dari korban kepada pelaku tidak akan menciptakan insentif tambahan untuk berhati-hati di masa depan. Kedua pihak telah memiliki insentif yang, dalam banyak kasus, sudah memadai: pelaku memiliki insentif untuk berhati-hati guna menghindari kewajiban ganti rugi apabila ia lalai dan korban tidak, sedangkan korban memiliki insentif untuk berhati-hati agar tidak menanggung kerugian apabila kecelakaan terjadi meskipun pelaku sudah berhati-hati. Karena efisiensi tidak meningkat apabila pelaku yang lalai diharuskan membayar ganti rugi kepada korban yang juga lalai, maka hukum umum (*common law*) secara tradisional memilih untuk membiarkan beban kerugian tetap berada pada pihak yang menanggungnya, guna meminimalisasi biaya administrasi sistem hukum. Suatu pembayaran transfer dari pelaku kepada korban memerlukan biaya, tetapi tidak akan meningkatkan kesejahteraan masyarakat karena tidak menciptakan insentif untuk berperilaku efisien.

Namun demikian, sejumlah yurisdiksi telah menggantikan prinsip kelalaian kontributif dengan prinsip kelalaian komparatif (*comparative negligence*), di mana apabila kedua pihak (pelaku dan korban) terbukti lalai, maka ganti rugi kepada penggugat dikurangi, tetapi tidak menjadi nol. Kelalaian komparatif menghasilkan dampak terhadap keselamatan yang serupa dengan kelalaian kontributif. Kembali pada Tabel 6.1, misalkan (untuk membuat ilustrasi lebih dramatis) bahwa meskipun petani tidak mengambil tindakan pencegahan apapun, ganti rugi yang ia peroleh hanya dikurangi sebesar 10 persen, bukan 100 persen seperti dalam sistem kelalaian kontributif. Mungkin tampak bahwa karena ia hanya menghadapi potensi kerugian sebesar \$15 (yaitu 10% dari PL sebesar \$150), maka ia tidak akan mengeluarkan biaya \$25 untuk tindakan kehati-hatian. Namun anggapan ini

tidak tepat. Jika petani tidak mengeluarkan biaya tersebut, maka pihak perkeretaapian — karena mengetahui bahwa ia tidak akan menanggung tanggung jawab apapun kecuali jika ia lalai — akan memiliki insentif penuh untuk menginvestasikan \$50 dalam tindakan pencegahan demi menghindari tanggung jawab sebesar \$135 (yaitu 90% dari \$150). Menyadari hal tersebut, petani akan memiliki insentif untuk menanggung biaya \$25 guna memindahkan tanaman raminya sejauh 75 kaki. Jika tidak, ia akan menanggung seluruh kerugian kecelakaan, karena apabila pihak perkeretaapian tidak lalai, maka prinsip kelalaian komparatif tidak berlaku dan korban tidak menerima kompensasi apapun.

Namun, hal tersebut tidak serta merta berarti bahwa tidak terdapat perbedaan ekonomi antara doktrin negligensi kontribusi (*contributory negligence*) dan negligensi komparatif (*comparative negligence*). Doktrin negligensi komparatif mengandung unsur pembayaran kompensasi (*transfer payment*) yang tidak menghasilkan keuntungan alokatif, dan setiap bentuk transfer pembayaran melibatkan biaya administrasi. Selain itu, negligensi komparatif juga menambah kompleksitas dalam proses litigasi, yakni dengan memperkenalkan isu baru mengenai tingkat kesalahan relatif antara para pihak. Hal ini menuntut pengeluaran sumber daya tambahan baik oleh para pihak maupun oleh pengadilan, dan karena memperumit prediksi terhadap besaran tanggung jawab hukum, berpotensi meningkatkan frekuensi gugatan, yang konsekuensi biayanya akan dijelaskan lebih lanjut dalam Bab 21.

Negligensi komparatif hanya masuk akal secara ekonomi apabila masyarakat ingin menggunakan sistem hukum perbuatan melawan hukum (*tort law*) sebagai sarana penyediaan *asuransi* bagi para korban kecelakaan. Sebab, doktrin ini memungkinkan korban yang lalai namun dirugikan oleh pelaku yang juga lalai, untuk tetap menerima kompensasi, sedangkan dalam sistem negligensi kontribusi, korban yang lalai tidak memperoleh ganti rugi sama sekali. Oleh karena itu, tidak mengherankan apabila penerapan awal dari doktrin negligensi komparatif muncul dalam hukum laut (*admiralty law*), di mana sejak lama berlaku ketentuan dalam perkara tabrakan kapal bahwa apabila kedua kapal bersalah, maka masing-masing bertanggung jawab atas separuh dari total kerugian yang diderita oleh kedua kapal. Konsekuensinya, kapal yang mengalami kerusakan lebih ringan turut menanggung sebagian kerugian dari kapal lainnya. (Belakangan ini, hukum laut telah beralih ke pendekatan berdasarkan kesalahan relatif.)

Hingga masa modern, transportasi laut merupakan aktivitas yang sangat berisiko tinggi mengingat nilai kapal dan muatan yang besar serta tingginya kemungkinan terjadi bencana; asuransi pasar sulit diperoleh; dan oleh karena itu terdapat kebutuhan akan *mekanisme asuransi* melalui sistem hukum perbuatan melawan hukum yang dipenuhi melalui berbagai doktrin, salah satunya adalah pembagian kerugian (*divided damages*). Doktrin ini memiliki karakteristik yang menguntungkan karena dapat memberikan fungsi asuransi tanpa mendorong tertanggung untuk bertindak lalai. Sebab, apabila ia bertindak lalai dan pihak lain dalam kecelakaan tersebut tidak lalai, maka ia harus menanggung seluruh kerugian akibat kecelakaan. Namun, dengan alasan yang sama, metode asuransi semacam ini tidak bersifat menyeluruh. Ketegangan antara cakupan asuransi yang luas dan upaya untuk tetap menjaga insentif agar setiap pihak bertindak hati-hati merupakan isu yang akan dibahas secara berulang dalam buku ini.

Negligensi komparatif memiliki fungsi asuransi yang serupa dengan sistem pembagian kerugian dalam hukum laut. Akan tetapi, dalam era modern di mana asuransi pasar telah tersedia secara luas dibandingkan dengan masa ketika doktrin negligensi kontribusi masih dominan dalam hukum perbuatan melawan hukum, keinginan untuk menyediakan asuransi melalui sistem hukum perbuatan melawan hukum merupakan suatu hal yang membingungkan dari perspektif teori ekonomi positif atas *common law*.

Salah satu doktrin penting lainnya yang berkaitan dengan tanggung jawab korban adalah doktrin asumsi risiko (*assumption of risk*). Doktrin ini serupa dengan negligensi kontribusi karena menjadi dasar penolakan sepenuhnya terhadap tuntutan ganti rugi, namun memiliki perbedaan penting yang dapat dijelaskan secara ekonomi. Misalnya, apabila seseorang dengan kesadaran penuh terhadap risiko yang ada, memutuskan untuk mengikuti lomba *roller-skating derby*, dan kemudian mengalami kecelakaan karena terjatuh, maka meskipun ia telah bertindak sangat hati-hati — dalam arti bahwa, setelah mengambil keputusan untuk mengikuti lomba, ia bertindak sebagaimana layaknya peserta lomba yang wajar dan berhati-hati — ia tetap tidak dapat menuntut ganti rugi. Risiko yang dihadapinya mungkin tampak tidak proporsional menurut *Hand Formula*. Sebagai contoh, andaikata pengelola arena *roller-skating* dapat mengurangi risiko kecelakaan secara signifikan hanya dengan menurunkan batas kecepatan sebesar 2 mil per jam — yang bagi para peserta hanyalah pengorbanan waktu yang sepele — maka

pengelola tetap akan terlindungi oleh pembelaan hukum atas dasar asumsi risiko, dan tidak akan dimintai pertanggungjawaban atas cedera yang dialami oleh peserta lomba.

Untuk memahami fungsi ekonomi dari pembelaan hukum ini, kita harus mengajukan pertanyaan: mengapa para pengunjung tidak menuntut adanya tindakan pencegahan keselamatan yang lebih besar dari pemilik arena? Terdapat beberapa kemungkinan jawaban:

1. Formula Hand diterapkan secara keliru. Biaya dari penurunan batas kecepatan bukanlah sekadar pengorbanan waktu yang sepele, melainkan merupakan pengurangan yang signifikan terhadap sensasi kegembiraan dari kegiatan balapan.
2. Formula Hand mungkin diterapkan terlalu sempit pada pihak korban. Mungkin saja korban sebenarnya dapat menghindari kecelakaan tersebut dengan mudah hanya dengan tidak ikut bermain sepatu roda. Kehati-hatian dalam menjalankan suatu aktivitas hanyalah salah satu bentuk tindakan pencegahan; bentuk lainnya adalah dengan menghindari aktivitas tersebut sama sekali, atau menguranginya. Kita akan melihat bahwa perbedaan antara perubahan tingkat kehati-hatian dan perubahan tingkat aktivitas merupakan hal yang fundamental dalam memahami pilihan antara standar tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence*) dan tanggung jawab mutlak (*strict liability*) dalam hukum perbuatan melawan hukum (*tort law*).
3. Kecepatan di arena tersebut memang berbahaya bagi sebagian besar orang, namun arena ini menarik minat para pemain sepatu roda yang memiliki keterampilan di atas rata-rata. Dengan demikian, pembelaan hukum berdasarkan asumsi risiko memungkinkan orang-orang dengan tingkat kemampuan menghindari bahaya yang berbeda untuk menyortir diri mereka ke dalam aktivitas dengan tingkat bahaya yang berbeda pula, dan dengan demikian memberikan fleksibilitas dalam penerapan asas *reasonable man* (orang yang wajar).
4. Arena tersebut menarik individu yang memiliki preferensi terhadap risiko (*risk preferrers*). Formula Hand mengasumsikan netralitas terhadap risiko, dan oleh karena itu akan mendorong calon pelaku untuk mengambil tindakan pencegahan yang mungkin berlebihan bagi calon korban yang justru menyukai risiko.

Satu lagi doktrin penting yang berkaitan dengan kesalahan pada pihak korban — meskipun penggunaannya telah menurun dan tunduk pada berbagai pengecualian — adalah kaidah bahwa pemilik tanah tidak bertanggung jawab atas cedera yang timbul akibat kelalaiannya terhadap penyusup (*trespasser*). Sekilas, hal ini tampak bertentangan dengan *Formula Hand*, namun dapat direkonsiliasi apabila kita memperhatikan bahwa dalam kasus biasa, kecelakaan dapat dicegah dengan biaya yang lebih rendah oleh penyusup — cukup dengan tidak melakukan pelanggaran terhadap tanah — dibandingkan dengan pemilik tanah. Jika biaya penghindaran oleh penyusup justru lebih tinggi, maka ia dapat memperoleh hak atas tanah tersebut (melalui pembelian atau *easement*), dan dengan demikian tidak lagi menjadi penyusup. Kaidah ini berfungsi — sebagaimana telah diperlihatkan sebelumnya — untuk mendorong terjadinya transaksi melalui mekanisme pasar alih-alih melalui jalur hukum apabila hal itu memungkinkan.

Namun demikian, terkadang transaksi antara pemilik tanah dan penyusup menjadi tidak layak dilakukan, seperti dalam perkara *Ploof v. Putnam*. Dalam kasus tersebut, penggugat, yang terjebak dalam badai, mencoba menambatkan kapalnya di dermaga milik tergugat. Seorang karyawan tergugat justru mendorong kapal tersebut menjauh, dan kapal itu akhirnya hancur diterjang badai. Penggugat menggugat atas kerugian yang dialaminya. Nilai manfaat bagi penggugat untuk dapat melakukan pelanggaran terhadap properti tergugat dalam kondisi darurat cuaca sangatlah besar, sedangkan biaya yang harus dikeluarkan tergugat untuk mencegah kapal penggugat hancur tergolong kecil, dan dalam situasi tersebut, negosiasi untuk memperoleh hak tambat tidaklah memungkinkan. Maka dari itu, pengadilan secara tepat menetapkan bahwa tergugat bertanggung jawab atas kerusakan kapal tersebut. Perhatikan analoginya dengan tindakan pertolongan diri (*self-help*) yang berlebihan dalam kasus kontrak (lihat Bab 4.13 sebelumnya).

Namun, kemungkinan besar penggugat akan tetap bertanggung jawab kepada tergugat apabila terjadi kerusakan pada dermaga akibat tindakannya. Tanggung jawab semacam ini patut dikenakan agar tindakan penyelamatan memang memiliki justifikasi biaya yang layak (*cost-justified*), untuk mendorong pemilik dermaga agar bersedia bekerja sama dengan kapal dalam kondisi darurat, serta untuk memastikan tingkat investasi yang optimal dalam pembangunan dermaga (lihat Bab 6.9 berikutnya). Namun, dalam kasus

kebutuhan publik, seperti ketika petugas pemadam kebakaran merobohkan sebuah rumah untuk membuat sekat api (*firebreak*), kompensasi tidak diperlukan. Hal ini menggambarkan suatu teknik regulasi yang umum dalam *common law*: yaitu mendorong penyediaan manfaat eksternal (misalnya menyelamatkan sisa kota dari kebakaran) dengan membolehkan pengalihan beban biaya kepada pihak lain (yaitu individu yang rumahnya dihancurkan).¹⁴³

Tergugat dalam perkara *Ploof v. Putnam* mungkin tidak dianggap lalai apabila ia tidak secara aktif mendorong kapal penggugat, namun dermaga miliknya memang dalam kondisi rusak dan roboh ketika penggugat berusaha menambatkan kapalnya. Kemungkinan kapal yang sedang dalam keadaan darurat berada di sekitar dermaga mungkin sangat kecil, sehingga menurut *Formula Hand*, pemeliharaan dermaga tidak merupakan bentuk pencegahan yang layak dari segi biaya. Namun, pada saat kapal penggugat berusaha menambat, probabilitas terjadinya kecelakaan yang serius menjadi tinggi, kerugian yang diharapkan pun besar, dan biaya untuk mencegahnya kecil. Dalam sudut pandang ini, *Ploof v. Putnam* merupakan penerapan khusus dari doktrin *last clear chance*. Misalnya, seseorang menggunakan rel kereta api sebagai jalur jalan kaki. Karena ia adalah penyusup, maka perusahaan kereta api tidak berkewajiban untuk mengawasi secara hati-hati keberadaannya (lihat Bab 3.5 sebelumnya). Namun, jika masinis melihatnya dan menyadari bahwa ia tidak menyadari kedatangan kereta, maka masinis wajib membunyikan peluit dan mengambil tindakan pencegahan lain yang layak untuk menghindari tabrakan. Meskipun kecelakaan sebenarnya dapat dicegah dengan biaya rendah apabila penyusup tersebut tidak berjalan di atas rel, namun pada saat kereta sudah mendekat, justru masinislah yang dapat mencegah kecelakaan dengan biaya paling rendah, yang nilainya jauh di bawah besarnya kerugian yang diperkirakan akan terjadi.

Sebaliknya, kasus ini juga dapat dipandang sebagai situasi di mana, meskipun biaya pencegahan kecelakaan oleh korban lebih rendah dibandingkan nilai kecelakaan, namun biaya pencegahan oleh pelaku justru lebih rendah lagi.

¹⁴³ Selama kebakaran besar London tahun 1666, wali kota menolak memerintahkan pembongkaran rumah-rumah yang berada di jalur kebakaran untuk dijadikan sekat api, dengan menyatakan, "Siapa yang akan menanggung kerusakannya?" Lihat referensi yang dikutip dalam Richard A. Posner, *Tort Law: Cases and Economic Materials* 187 (1982).

Namun demikian, analisis di atas mengabaikan fakta bahwa tanpa keberadaan doktrin *last clear chance*, maka jumlah penyusup kemungkinan akan lebih sedikit (mengapa?), dan akibatnya mungkin tidak ada lagi kecelakaan — atau bahkan jumlah kecelakaan akan lebih sedikit — dibandingkan dengan kondisi ketika doktrin tersebut diterapkan. Namun, argumen ini mengabaikan kompleksitas lain dalam analisis ekonomi kecelakaan: yaitu sifat probabilistik dari tindakan kehati-hatian. Menyimpang ke jalur tengah di jalan dua arah dianggap sebagai tindakan lalai, namun hampir semua pengemudi sesekali melakukannya karena terlalu mahal untuk menerapkan strategi berkendara yang sepenuhnya menghilangkan kemungkinan penyimpangan. Beberapa orang yang sangat berhati-hati pun sesekali dapat menjadi penyusup, yang menunjukkan bahwa kita tidak berniat mengurangi probabilitas terjadinya pelanggaran properti secara mutlak hingga nol. Oleh karena itu, fakta bahwa doktrin *last clear chance* sedikit mengurangi insentif untuk tidak melakukan pelanggaran tidaklah cukup kuat untuk menolaknya secara prinsipil.

E. Tanggung Jawab Mutlak (*Strict Liability*)

Tanggung jawab mutlak berarti bahwa seseorang yang menyebabkan kecelakaan bertanggung jawab atas kerugian korban, bahkan jika cedera tersebut tidak dapat dihindari sekalipun telah dilakukan kehati-hatian yang semestinya (misalnya PL = \$150 dan B = \$300). Sebagai pendekatan awal, tanggung jawab mutlak memiliki dampak yang sama terhadap insentif keselamatan sebagaimana rezim tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence liability*)—dengan asumsi terdapat pembelaan *contributory negligence*, sebagaimana umumnya diterapkan dalam berbagai bentuk. Apabila B lebih kecil daripada PL, pelaku yang tunduk pada tanggung jawab mutlak akan mengambil langkah pencegahan untuk menghindari kecelakaan, sama seperti pelaku dalam sistem kelalaian, demi mengurangi beban biaya bersihnya. Namun, jika B lebih besar daripada PL, pelaku dalam rezim tanggung jawab mutlak tidak akan mengambil tindakan pencegahan. Memang benar, ia harus membayar ganti rugi kepada korban; tetapi ganti rugi tersebut, jika dihitung berdasarkan probabilitas terjadinya kecelakaan, lebih kecil dibandingkan biaya penghindaran; dengan kata lain, ekspektasi biaya hukum (PL) lebih rendah daripada biaya pencegahan, sehingga penghindaran menjadi tidak menguntungkan. Dalam kondisi yang sama, pelaku dalam sistem

kelalaian juga tidak akan mengambil langkah pencegahan karena ia tidak akan dianggap bertanggung jawab atas kecelakaan yang tidak dapat dihindari melalui kehati-hatian yang layak (yaitu ketika $B > PL$).

Namun demikian, terdapat perbedaan ekonomi yang signifikan antara sistem kelalaian dan tanggung jawab mutlak. Kembali pada perbedaan antara peningkatan kehati-hatian (*more care*) dan pengurangan aktivitas (*less activity*) sebagai metode untuk menurunkan probabilitas kecelakaan. Salah satu cara untuk menghindari kecelakaan lalu lintas adalah dengan mengemudi lebih lambat; cara lainnya adalah dengan mengemudi lebih sedikit. Namun pada umumnya, pengadilan tidak mencoba menentukan tingkat aktivitas yang optimal yang menimbulkan risiko kecelakaan; mereka tidak mempertimbangkan, ketika seorang pengemudi mengalami kecelakaan, apakah manfaat dari perjalanan tersebut (misalnya ia berkendara ke toko untuk membeli makanan mewah bagi iguananya) sebanding dengan biaya sosial yang ditimbulkan, termasuk ekspektasi biaya kecelakaan bagi pengguna jalan lain, atau apakah mengemudi memang lebih efisien secara sosial dibanding berjalan kaki atau naik kereta. Penilaian seperti ini terlalu rumit untuk dilakukan dalam perkara perdata biasa. Hanya jika manfaat dari aktivitas tersebut secara jelas sangat kecil—misalnya seseorang masuk ke gedung yang terbakar hanya untuk mengambil topi tua miliknya, dan ia melakukannya dengan hati-hati dalam situasi tersebut tetapi tetap mengalami luka bakar serius—barulah pengadilan mungkin menyimpulkan bahwa aktivitas itu sendiri merupakan bentuk kelalaian, meskipun setelah memutuskan untuk melaksanakan aktivitas tersebut, pelaku telah bertindak dengan penuh kehati-hatian.

Ketidakmampuan pengadilan untuk menentukan tingkat aktivitas yang optimal, kecuali dalam kasus-kasus yang sederhana, merupakan kelemahan serius dari sistem kelalaian. Misalnya, anggaplah bahwa jalur kereta api dan kanal merupakan substitusi yang baik dalam moda transportasi, namun kereta api menyebabkan banyak kecelakaan yang tidak dapat dicegah melalui kehati-hatian, sementara kanal tidak. Jika tanpa mempertimbangkan biaya kecelakaan, kereta api 10% lebih murah daripada kanal, namun ketika biaya kecelakaan diperhitungkan, ternyata kereta api justru 5% lebih mahal. Dalam rezim kelalaian, kereta api tetap akan menggantikan kanal meskipun secara sosial lebih mahal. Sebaliknya, pelaku potensial yang tunduk pada aturan tanggung jawab mutlak akan secara otomatis memperhitungkan kemungkinan

perubahan dalam tingkat aktivitas, selain dari peningkatan pengeluaran untuk kehati-hatian, dalam mempertimbangkan pencegahan kecelakaan. Kembali ke contoh percikan api dari lokomotif, anggaplah alat penangkap percikan (*spark arrester*) tidak efektif, tetapi perusahaan kereta api dapat mencapai hasil yang sama, dengan biaya yang sama seperti dalam tabel sebelumnya, melalui pengurangan jumlah perjalanan kereta per hari. Ini merupakan perubahan tingkat aktivitas dan kemungkinan besar tidak akan diperhatikan di bawah sistem kelalaian—dalam hal ini, petani akan terdorong untuk mengambil semua tindakan pencegahan, yang merupakan solusi yang kurang efisien.

Gambar 6.2 menunjukkan dampak tanggung jawab mutlak dalam menurunkan biaya kecelakaan melalui dorongan untuk menyesuaikan tingkat aktivitas. Kurva permintaan industri ditampilkan, karena aturan tanggung jawab mutlak diasumsikan berlaku bagi seluruh pelaku industri. Biaya kecelakaan yang tidak dapat dihindari melalui kehati-hatian dan ditanggung sepenuhnya oleh pihak ketiga (eksternalitas) diasumsikan sebanding dengan tingkat *output* industri. Kurva **MC_p** menunjukkan kurva biaya marjinal privat, sedangkan kurva **MC_s** menunjukkan kurva biaya marjinal sosial, yakni mencakup biaya kecelakaan. Di bawah tanggung jawab mutlak, **MC_s** menjadi kurva biaya marjinal privat industri, yang mendorong penurunan output dari q_0 ke q^* , sehingga menghilangkan biaya kecelakaan yang secara sosial tidak efisien (area arsiran pada diagram).

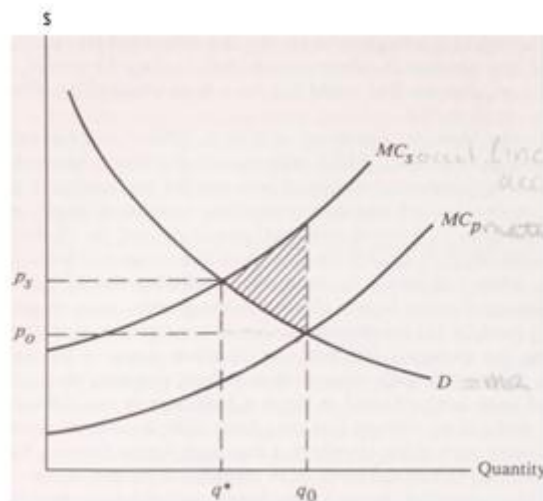


Figure 6.2

Masalah dalam menggunakan analisis ini untuk mendukung penerapan umum dari tanggung jawab mutlak adalah bahwa perubahan tingkat aktivitas

oleh korban juga merupakan metode pencegahan kecelakaan, dan metode ini justru didorong oleh sistem kelalaian namun tidak oleh sistem tanggung jawab mutlak. Misalnya, jika biaya bagi perusahaan kereta untuk mencegah kerusakan terhadap tanaman petani—baik melalui kehati-hatian atau pengurangan aktivitas—melebihi \$150 (kerugian yang diharapkan), maka perusahaan tidak akan mengambil langkah pencegahan. Namun, petani bisa mencegah kerusakan tersebut dengan mengganti tanamannya menjadi varietas tahan api dengan biaya \$100. Dalam rezim tanggung jawab mutlak, petani tidak memiliki insentif untuk melakukan hal tersebut karena kegagalannya mengubah perilaku tidak akan dianggap sebagai *contributory negligence*, sehingga perusahaan kereta tetap harus membayar ganti rugi. Namun dalam rezim kelalaian, karena perusahaan tidak akan bertanggung jawab, petani akan beralih ke tanaman tahan api karena ada keuntungan ekspektasi sebesar \$50. Maka, tanggung jawab mutlak mendorong perubahan aktivitas oleh pelaku potensial tetapi tidak oleh korban, sedangkan sistem kelalaian justru sebaliknya. Apabila terdapat suatu kelas aktivitas di mana perubahan tingkat aktivitas oleh pelaku potensial merupakan cara paling efisien untuk mencegah kecelakaan, maka ada argumen kuat untuk menerapkan tanggung jawab mutlak pada pelaku dalam aktivitas tersebut. Sebaliknya, apabila perubahan aktivitas oleh korban merupakan metode pencegahan yang paling efisien, maka terdapat argumen kuat untuk menerapkan prinsip *no liability*—hal ini tercermin dalam penerapan doktrin *assumption of risk* terhadap partisipasi dalam olahraga berbahaya. Melalui konsep *ultrahazardous activities*, hukum perdata memberlakukan tanggung jawab mutlak atas aktivitas yang sangat berbahaya dan yang bahayanya tidak dapat dihindari hanya melalui kehati-hatian atau perubahan perilaku oleh korban potensial. Contoh yang tepat adalah tanggung jawab mutlak atas luka akibat hewan buas. Jika tetangga saya memelihara harimau, sangat sedikit yang dapat saya lakukan (dengan biaya wajar) untuk melindungi diri saya. Dan hanya ada sedikit tindakan kehati-hatian yang bisa dilakukan oleh pemilik untuk mengendalikan harimau tersebut. Maka, pencegahan yang paling menjanjikan adalah tidak memelihara harimau sama sekali—suatu perubahan aktivitas. Namun, jika kita tidak berbicara tentang harimau milik tetangga tetapi milik kebun binatang, maka tidak realistis mengontrol kecelakaan dengan hanya memelihara binatang jinak saja—biaya perubahan aktivitas ini sangat besar. Maka, tidak mengherankan bahwa pengadilan memberikan pengecualian terhadap aturan

tanggung jawab mutlak dalam konteks kebun binatang, sirkus, dan pertunjukan hewan lainnya.

Contoh lain dari tanggung jawab mutlak untuk *ultrahazardous activities* adalah penggunaan bahan peledak dalam konstruksi. Tak peduli seberapa hati-hatinya perusahaan konstruksi, kecelakaan tetap akan terjadi; dan karena konstruksi berlangsung di mana-mana, kecil kemungkinan bahwa cara terbaik untuk meminimalkan kecelakaan adalah dengan mengharapkan korban potensial mengubah aktivitasnya. Cara yang lebih efektif mungkin adalah beralih ke metode pembongkaran alternatif yang lebih aman; dan tanggung jawab mutlak menciptakan insentif untuk mempertimbangkan alternatif tersebut.

Kategori *ultrahazardous activities* bersifat dinamis; label ini cenderung diterapkan pada aktivitas-aktivitas baru (sering disebut *unnatural*), seperti bendungan di Inggris atau balon udara di Amerika abad ke-19. Aktivitas baru cenderung berbahaya karena minimnya pengalaman terkait karakteristik keamanannya. Atas alasan yang sama, bahayanya mungkin tidak dapat dihindari hanya dengan kehati-hatian—namun karena aktivitas tersebut baru, biasanya masih ada substitusi yang layak. Oleh karena itu, metode terbaik pengendalian kecelakaan mungkin adalah dengan membatasi skala aktivitas tersebut (sebagaimana terlihat dalam Gambar 6.2)—untuk memperlambat penyebarannya sembari menunggu pengetahuan keselamatan yang lebih baik. Perbedaan antara kehati-hatian dan aktivitas bukanlah satu-satunya dimensi perbedaan antara sistem kelalaian dan tanggung jawab mutlak. Perbedaan lainnya, yang dibahas lebih lanjut dalam Bab 21, terkait dengan biaya administrasi dari masing-masing sistem. Persidangan dalam perkara tanggung jawab mutlak lebih sederhana dibanding kelalaian karena tidak mempersoalkan unsur kelalaian. Namun, penghematan biaya informasi ini bisa saja dikompensasi oleh meningkatnya jumlah gugatan dalam sistem tanggung jawab mutlak, yang berdampak pada meningkatnya biaya klaim. Oleh karena itu, sebelum menerapkan tanggung jawab mutlak, penting untuk menilai seberapa besar tingkat kecelakaan dalam suatu aktivitas merespons insentif yang diciptakan oleh sistem tersebut. Jika tingkat kecelakaan dalam suatu aktivitas akan menurun drastis karena biaya kecelakaan melebihi biaya pencegahannya melalui pengurangan aktivitas, maka sistem tanggung jawab mutlak dapat menghasilkan lebih sedikit klaim dan secara ekonomi lebih menguntungkan dibanding sistem kelalaian. Namun di sisi lain, apabila

sebagian besar kecelakaan dalam suatu aktivitas tidak dapat dihindari secara ekonomi—baik melalui kehati-hatian lebih atau pengurangan aktivitas—maka penggantian sistem kelalaian dengan tanggung jawab mutlak hanya akan meningkatkan jumlah klaim dan membebani sistem hukum.

Perbedaan lainnya antara tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence*) dan tanggung jawab mutlak (*strict liability*) adalah bahwa yang terakhir berfungsi sebagai bentuk *asuransi* bagi korban kecelakaan yang tidak dapat dihindari. Namun, hal ini hanya menjadi keuntungan apabila biaya penyediaan asuransi melalui sistem pertanggungjawaban dalam hukum perdata lebih rendah dibandingkan biaya yang harus dikeluarkan oleh calon korban untuk membeli polis asuransi kecelakaan di pasar asuransi. Terkait dengan hal tersebut, sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 6.2, besarnya ukuran dan keuntungan ekonomi (*economic rents*) dari suatu industri yang tunduk pada rezim *strict liability* akan lebih kecil dibandingkan apabila industri tersebut tunduk pada rezim kelalaian (*negligence*).

Dengan demikian, *strict liability* berbeda dari *negligence* dalam beberapa aspek utama: insentif yang diberikan kepada pelaku dan korban untuk menghindari kecelakaan melalui perubahan tingkat aktivitas; biaya informasi dan klaim; penyediaan asuransi; serta dalam ukuran dan profitabilitas dari aktivitas yang dikenai tanggung jawab hukum. Mengacu pada berbagai perbedaan tersebut, dapat diasumsikan bahwa sistem hukum perdata tidak akan sepenuhnya memilih *rezim negligence* maupun sepenuhnya memilih *strict liability*, dan bahwa keseimbangan antara kedua rezim tersebut tidak akan bersifat tetap sepanjang waktu (poin ini akan dibahas kembali pada Bab 8).

Akhirnya, perlu dicatat bahwa *strict liability* memiliki peran yang jauh lebih besar dalam hukum kontrak dibandingkan hukum perbuatan melawan hukum (*tort law*). Dalam hukum kontrak, pihak yang menerima janji (*promisee*) tidak perlu membuktikan bahwa kerugian yang dideritanya akibat wanprestasi lebih besar daripada manfaat yang diperoleh pihak yang berjanji (*promisor*) untuk dapat memperoleh ganti rugi; kasus-kasus di mana pembebasan dari tanggung jawab diperbolehkan atas dasar tertentu (misalnya karena *impossibility*, atau *mutual mistake*) merupakan pengecualian.

Penekanan yang lebih besar terhadap *strict liability* dalam kasus kontrak dibandingkan dalam kasus *tort* didasarkan pada dua perbedaan utama: pertama, pentingnya peran asuransi pasar (*market insurance*) dalam perkara

tort (sehingga mengurangi nilai penyediaan asuransi melalui sistem hukum); dan kedua, bahwa perkara kontrak lebih jarang melibatkan kejadian interaktif (*interactive mishap*) yang dapat dicegah oleh kedua belah pihak—meskipun dengan biaya yang sangat berbeda. Dalam perjanjian kontrak, biasanya satu pihak bertindak sebagai pelaksana (*performer*) dan pihak lainnya sebagai pembayar (*payor*). Pelaksana memiliki kontrol penuh terhadap pelaksanaan, dan pembayar memiliki kontrol penuh terhadap pembayaran. Maka, terdapat presumsi kuat (meskipun tidak absolut) bahwa wanprestasi dapat dicegah dengan biaya yang lebih rendah oleh pihak yang berjanji (*promisor*) dibandingkan oleh pihak yang menerima janji (*promisee*); atau apabila tidak dapat dicegah, maka risiko tersebut dapat diasuransikan oleh pihak *promisor* dengan biaya yang lebih rendah. Sebaliknya, sebagian besar kasus *tort* merupakan benturan antara dua aktivitas, seperti berkendara dan berjalan kaki, sehingga tidak terdapat presumsi yang dapat dijadikan dasar untuk menerapkan suatu aturan umum *strict liability*, bahwa pelaku berada dalam posisi yang lebih baik daripada korban untuk mencegah terjadinya kecelakaan tersebut.

F. Tanggung Jawab atas Produk (*Products Liability*)

Wilayah paling kontroversial dari penerapan *strict liability* dewasa ini adalah pertanggungjawaban—yang kini dalam banyak yurisdiksi disebut sebagai *strict*—atas cedera pribadi (terutama terhadap konsumen) yang disebabkan oleh produk cacat atau secara tidak wajar berbahaya. Namun, istilah *strict liability* di sini sedikit menyesatkan, karena dalam menentukan apakah suatu produk dikategorikan cacat atau berbahaya secara tidak wajar dalam desain maupun produksinya, pengadilan sering kali menerapkan pendekatan *Formula Hand*, yakni dengan menyeimbangkan ekspektasi biaya kecelakaan dengan biaya untuk membuat produk tersebut lebih aman.¹⁴⁴ Dengan demikian, jika sebuah mobil hancur dalam suatu kecelakaan, pabrikan tidak otomatis dianggap bertanggung jawab secara mutlak hanya karena jika mobil tersebut dibangun sekuat tank, maka kerusakan tidak akan terjadi. Tanggung jawab hanya akan dikenakan jika desain atau konstruksi mobil

¹⁴⁴ Lihat, misalnya, Komentar, Tanggung Jawab Produk Ketat dan Uji Risiko-Utilitas untuk Cacat Desain: Analisis Ekonomi, 84 Colum. L. Rev. 2045 (1984).

dinilai cacat, yang dalam banyak kasus berarti kurang lebih sama dengan kelalaian (*negligence*).

Pengecualian utama adalah dalam kasus di mana produk yang dibeli konsumen memang cacat secara aktual—misalnya sebuah botol minuman ringan yang mengandung bagian tubuh tikus—namun produsen telah mengambil tindakan higienis yang optimal, dan produk cacat tersebut merupakan satu dari sejuta kegagalan produksi yang tidak dapat dicegah dengan biaya yang lebih rendah daripada ekspektasi biaya kecelakaan (yang sangat kecil). Dalam hal ini, produsen tetap akan dianggap bertanggung jawab. Inilah bentuk *strict liability* yang sejati, dan dapat dijelaskan dengan mengacu pada pembahasan sebelumnya mengenai tingkat aktivitas (*activity level*). Tidak ada tindakan pencegahan yang dapat dilakukan konsumen dengan biaya wajar untuk mencegah kegagalan produk yang satu dari sejuta ini. Tidak masuk akal secara ekonomis jika konsumen harus memeriksa setiap botol minuman ringan yang dibelinya untuk mencari bahaya sekecil itu, atau meneliti kemungkinan adanya produk pengganti yang lebih aman; ekspektasi biaya kecelakaannya terlalu rendah untuk mendorong tindakan perlindungan diri dari konsumen.

Namun, biaya kecil yang ditanggung oleh masing-masing konsumen, jika diakumulasikan dari jutaan konsumen, dapat menjadi signifikan bagi produsen. Berdasarkan asumsi, biaya ini tidak akan mendorong produsen untuk mengambil langkah higienis tambahan di pabriknya, karena jika memang ada langkah tambahan yang optimal, kelalaiannya sudah terjadi. Namun, biaya tersebut akan mendorong produsen untuk menaikkan harga produknya (mengapa?). Dan meskipun kenaikan harga tersebut kecil (sekali lagi, berdasarkan asumsi), hal itu akan mendorong sebagian konsumen untuk beralih ke produk lain yang mungkin lebih aman (mengapa?).

Akibatnya, aktivitas berupa produksi dan penjualan merek minuman ringan tersebut akan sedikit menurun, dan bersamaan dengan itu, jumlah kecelakaan produk juga akan berkurang.

Seluruh analisis ini berdasarkan asumsi adanya asimetri informasi antara produsen dan konsumen, suatu asumsi umum yang telah dipersoalkan dalam Bab 4. Namun dalam konteks ini, situasinya berbeda. Jenis kegagalan produk yang secara eksplisit dijamin oleh produsen bersifat sering terjadi dan karenanya sudah dikenal baik oleh konsumen, serta menjadi bagian dari pertimbangan pembelian. Sebaliknya, kegagalan produk yang menyebabkan

cedera pribadi serius sangatlah jarang, dan biaya yang harus ditanggung konsumen untuk mengetahui risiko tersebut kemungkinan besar melebihi manfaat yang diharapkan. (Jika cedera tersebut bersifat umum dan informasi konsumen karenanya lebih baik, seperti dalam kasus bahaya rokok, maka pembelaan hukum berupa *assumption of risk* akan menghalangi konsumen yang cedera untuk memperoleh ganti rugi—hasil yang tepat secara ekonomi).

Oleh karena itu, jika produsen tidak dikenai tanggung jawab hukum, pasar tidak akan mampu mendisiplinkan produsen dengan mengalihkan konsumen ke merek yang lebih aman. Dalam praktiknya, *strict liability* berfungsi untuk “mengimpun” (*impound*) informasi mengenai bahaya produk ke dalam harga produk itu sendiri, yang pada gilirannya menyebabkan konsumen—meskipun tidak menyadari bahaya produk tersebut—melakukan substitusi dari produk berbahaya ke produk lain. Analisis ini bahkan dapat menjelaskan mengapa hukum menolak untuk menegakkan klausul pengesampingan tanggung jawab (*disclaimer of liability*) atas cedera pribadi yang disebabkan oleh kecelakaan produk. Jika bahaya produk sangat kecil, tidak masuk akal bagi konsumen untuk bersikap hati-hati terhadap adanya disclaimer, dan atas alasan yang sama, produsen tidak akan mengalami kerugian reputasi yang signifikan ketika menegakkan disclaimer dalam sedikit kasus di mana konsumen benar-benar mengalami cedera.

Sebagaimana sering terjadi, solusi ini tidak sempurna. Khususnya, jika konsumen berbeda dalam kemampuannya untuk menghadapi bahaya produk, maka *disclaimer* tanggung jawab dapat menjadi sarana efisien untuk menyortir konsumen berdasarkan kemampuan tersebut. Konsumen yang paling mampu menghindari bahaya akan cenderung memilih produsen yang memberlakukan disclaimer dan menawarkan harga yang lebih rendah karena menanggung risiko hukum yang lebih kecil. Namun demikian, terdapat cara yang lebih baik untuk menyortir konsumen, yaitu dengan membuat bahaya produk menjadi nyata dan mudah dikenali, sehingga memungkinkan diberlakukannya doktrin *assumption of risk*.

Terkait dengan kesalahan dari pihak korban (*victim fault*), hukum tanggung jawab atas produk telah menjadi pelopor solusi menarik terhadap masalah yang sebelumnya dibahas, yakni membandingkan biaya pencegahan kecelakaan antara pelaku dan korban dalam kasus *alternative care*. Solusi ini dikenal dengan doktrin “misuse yang dapat diperkirakan” (*foreseeable misuse*), dan berkaitan dengan poin sebelumnya tentang bahaya yang jelas.

Contohnya, seorang produsen menjual mesin dengan bagian bergerak yang tidak dilindungi, dan seorang pekerja terluka karena memasukkan tangannya ke bagian tersebut. Pekerja tersebut bertindak ceroboh, karena bahaya tersebut jelas terlihat, namun produsen sebenarnya dapat mencegah kecelakaan itu dengan memasang pelindung bagian bergerak, dengan biaya yang sangat kecil. Di banyak negara bagian, produsen akan tetap dianggap bertanggung jawab kepada pekerja.

Apakah ini hasil yang efisien? Dapatkah Anda melihat analogi dengan doktrin “*last clear chance*”? Haruskah doktrin *foreseeable misuse* mengizinkan setiap pengguna produk yang ceroboh untuk tetap memperoleh ganti rugi, dengan dasar bahwa sudah menjadi pengetahuan umum bahwa banyak konsumen bersikap lalai?

G. Sebab Akibat (*Causation*) dan Kemungkinan yang Dapat Diperkirakan (*Foreseeability*)

Tampaknya merupakan hal yang jelas bahwa apabila perbuatan tergugat tidak “menyebabkan” kerugian yang dialami penggugat—dalam pengertian bahwa tanpa adanya perbuatan tersebut, penggugat tidak akan menderita kerugian—maka penggugat tidak seharusnya menerima ganti rugi. Namun sesungguhnya hal tersebut tidaklah selalu jelas, dan dalam beberapa situasi bahkan bertentangan dengan pendekatan ekonomi. Di sinilah kembali kita mendapati bahwa hukum pada umumnya sejalan dengan pertimbangan ekonomi dalam hal ini.

Pertama-tama, mari pertimbangkan kasus yang jelas di mana perbuatan tergugat tidak berkaitan secara kausal dengan kerugian yang dialami penggugat. Misalnya, dalam kasus *Blyth*, kota dianggap lalai karena tidak mengambil tindakan pencegahan terhadap kondisi pembekuan (*frost*) yang biasa terjadi. Namun kenyataannya, kerusakan pada properti penggugat disebabkan oleh pembekuan yang sangat tidak lazim, dan tindakan pencegahan yang diabaikan tersebut tidak akan berguna menghadapi pembekuan yang ekstrem ini. Dengan demikian, kelalaian yang dilakukan oleh tergugat tidak mengubah hasil, dan oleh karenanya tidak dapat dikatakan sebagai penyebab dari kerugian. Karena kerusakan akibat pembekuan yang abnormal tidak termasuk dalam unsur “L” dalam Rumus *Hand*, maka pengenaan tanggung jawab atas kerugian semacam ini berarti membebani tergugat di luar ekspektasi kerugian akibat kelalaiannya. Hal ini serupa dengan

pengenaan ganti rugi punitif, yang nantinya akan dijelaskan sebagai suatu kesalahan dari sudut pandang ekonomi. Oleh karena itu, tanggung jawab atas kerugian yang tidak disebabkan secara langsung merupakan suatu kekeliruan.

Namun, pertimbangkan varian kasus lain. Dua orang, A dan B, sedang berburu dan secara ceroboh mengira C sebagai rusa lalu menembaknya. Ternyata, kedua peluru mengenai C dan keduanya bersifat fatal. Artinya, jika dilihat secara terpisah, baik A maupun B bukanlah penyebab kematian C karena kematian tetap akan terjadi walaupun hanya satu yang menembak. Akan tetapi, melepaskan tanggung jawab dari keduanya sepenuhnya adalah kesalahan ekonomi. Dalam hal ini, seharusnya harta peninggalan C berhak menuntut ganti rugi dari A dan B, dan proporsi tanggung jawab mereka akan dibahas lebih lanjut kemudian.

Anehnya, bagi mereka yang berpendapat bahwa prinsip kausalitas seharusnya berdiri sendiri dan terpisah dari pertimbangan ekonomi, hasil analisis tetap sama bahkan apabila hanya satu peluru yang mengenai C dan tidak diketahui siapa penembaknya, selama keduanya bertindak ceroboh. Kini terdapat dukungan yurisprudensi yang berkembang untuk menerapkan tanggung jawab dalam situasi seperti ini, sebagaimana telah lama diterapkan dalam kasus pertama yang justru lebih jarang terjadi.

Contoh terakhir melibatkan ketidakpastian mengenai identitas korban. Misalnya, akibat kelalaian, sebuah reaktor nuklir melepaskan radiasi yang diperkirakan akan menyebabkan 10 kasus kematian akibat kanker dalam kurun waktu 20 tahun di lingkungan sekitar. Dalam periode tersebut, secara alami sudah akan ada 100 kasus kematian akibat kanker; sehingga jumlahnya menjadi 110. Namun kita tidak akan pernah tahu secara pasti siapa saja dari 110 orang itu yang terkena dampak langsung dari radiasi tersebut. Jika peningkatan 10% dalam probabilitas kematian dianggap cukup untuk membuktikan kausalitas, maka seluruh 110 orang dapat menuntut ganti rugi penuh, dan pemilik reaktor akan dipaksa membayar 11 kali lipat dari kerugian aktual yang disebabkan. Namun jika peningkatan 10% dianggap terlalu kecil untuk menunjukkan kausalitas, maka pemilik reaktor tidak akan membayar apa pun, dan tidak ada sanksi hukum atas kelalaiannya. Kedua hasil ini tidak memuaskan. Oleh karenanya, daripada terus berdebat soal konsep kausalitas, hukum perdata sebaiknya mendefinisikan “kerugian” dalam kasus seperti ini sebagai *peningkatan risiko* atas kematian akibat kanker, bukan sebagai kanker itu sendiri. Dengan demikian, seluruh populasi yang terpapar radiasi dapat

mengajukan gugatan sejak insiden terjadi, menggunakan mekanisme *class action* (yang akan dibahas dalam Bab 21) untuk menghemat biaya penyelesaian banyak gugatan kecil. (Perhatikan simetri dengan contoh sebelumnya, di mana para pelaku potensial dibebani tanggung jawab secara kolektif.) Apabila pendekatan ini pun tidak berhasil, maka terdapat argumen kuat untuk beralih ke pendekatan regulasi langsung terhadap standar keselamatan, sebagaimana akan dijelaskan dalam Bab 13.

Berikutnya adalah contoh di mana hubungan kausal secara awam sangat jelas, namun hukum secara tepat menolak pemberian ganti rugi. Sebuah kereta api mengalami kerusakan karena kelalaian perusahaan kereta, dan penumpang yang terkena dampak menginap di sebuah hotel yang kemudian terbakar dan menyebabkan cedera. Memang benar, apabila kereta tidak rusak, penumpang tersebut akan melanjutkan perjalanan dan menginap di hotel lain yang tidak terbakar malam itu. Maka terdapat unsur kelalaian dan kausalitas, namun tidak ada tanggung jawab hukum. Alasannya adalah bahwa risiko kebakaran hotel tidak termasuk dalam unsur “PL” (probabilitas dikalikan kerugian) yang menjadi ekspektasi biaya kecelakaan yang dapat dicegah oleh perusahaan kereta dengan mengambil tindakan pencegahan. Kerugian yang dialami penumpang dalam kasus ini sama kemungkinannya dengan manfaat apabila hotel lain yang akan dituju ternyata yang mengalami kebakaran. Oleh karena itu, membebani perusahaan kereta api untuk kerugian ini berarti secara implisit menerapkan ganti rugi punitif, serupa dengan contoh awal dalam bagian ini.

Hasil dari kasus-kasus di atas tampaknya tidak terlalu bergantung pada konsep kausalitas yang rumit, melainkan lebih pada pertimbangan kebijakan ekonomi. Namun demikian, dalam dunia hukum, kasus-kasus ini tetap didiskusikan di bawah kategori *cause in fact*. Kelompok kasus lain dikategorikan sebagai *cause in law*, namun tampaknya didasarkan pada pertimbangan kebijakan yang sama.

Sebagai contoh, dalam perkara *Rickards v. Sun Oil Co.*, tergugat secara lalai merusak satu-satunya jembatan yang menghubungkan pulau dengan daratan utama. Para pedagang di pulau tersebut mengalami penurunan pendapatan karena pelanggan tidak dapat mengakses lokasi mereka dan menggugat tergugat. Namun gugatan tersebut ditolak, dan hal ini merupakan putusan yang tepat. Meskipun mereka mengalami kerugian, sebagian besar (atau bahkan seluruh) kerugian tersebut justru merupakan keuntungan bagi

pedagang di daratan utama yang mengambil alih pelanggan yang tidak dapat mencapai pulau. Karena tergugat tidak dapat menuntut pengembalian (restitusi) dari keuntungan yang diperoleh pedagang di daratan utama, maka akan bersifat punitif jika ia tetap dibebani kewajiban untuk menanggung kerugian pedagang pulau. Biaya sosial bersih yang sesungguhnya hanyalah kerusakan pada jembatan.

Dari sini dapat ditarik satu prinsip penting dalam menganalisis klaim hukum dari sudut pandang ekonomi: selalu pertimbangkan keuntungan (siapa pun yang menerima) di samping kerugian yang ditimbulkan oleh suatu perbuatan yang diduga melanggar hukum. Prinsip ini membantu menjelaskan, misalnya, mengapa persaingan usaha bukanlah suatu perbuatan melawan hukum. Misalnya, A adalah satu-satunya pedagang di sebuah kota kecil. B membuka toko pesaing, dan keuntungan A menurun drastis. Apakah A dapat menggugat B? Tidak, karena kerugian A lebih kecil dibandingkan dengan keuntungan yang diperoleh pihak lain. Misalnya, sebelum B hadir, A menjual barang seharga Rp10 dengan keuntungan Rp5, dan ia menjual 1.000 unit—sehingga keuntungan totalnya Rp5.000. Setelah B hadir dan menjual barang serupa, A harus menurunkan harga menjadi Rp6. Jumlah output meningkat menjadi 2.000 unit (mengapa meningkat?), dan dibagi rata antara A dan B, yang juga menjual dengan harga Rp6. Keuntungan A menurun Rp4.000, namun konsumen yang membeli tetap memperoleh manfaat sebesar nilai tersebut, apakah mereka membeli dari A atau B. Jika B hanya impas pada harga Rp6 (asumsikan bahwa sebagai pendatang baru, ia memiliki biaya lebih tinggi daripada A), maka satu-satunya kelompok tambahan yang harus diperhitungkan adalah konsumen baru atau mereka yang kini membeli lebih banyak dibandingkan sebelumnya.

H. Sebab Akibat dan Dapat Diperkirakannya Suatu Kerugian

Sekilas tampak jelas bahwa apabila perbuatan tergugat tidak *menyebabkan* kerugian penggugat — dalam arti bahwa tanpa perbuatan tersebut kerugian tidak akan terjadi — maka penggugat tidak seharusnya menerima ganti rugi. Namun, dari sudut pandang ekonomi, hal ini tidaklah sesederhana itu, dan bahkan terkadang keliru; dan kita akan kembali mendapati bahwa hukum umumnya sejalan dengan pertimbangan ekonomi dalam situasi semacam ini. Pertama-tama, pertimbangkan suatu kasus yang jelas di mana perbuatan tergugat tidak berkaitan secara kausal dengan

kerugian penggugat. Misalnya, dalam perkara *Blyth*, kota tidak mengambil tindakan pencegahan terhadap embun beku yang biasa terjadi, tetapi dalam kasus aktual, kerugian disebabkan oleh embun beku yang tidak biasa, dan tindakan pencegahan tersebut pun tidak akan efektif. Oleh karena itu, kelalaian (dalam versi hipotesis kita terhadap *Blyth*) tidak akan mengubah hasil. Karena kerugian yang disebabkan oleh embun beku tidak biasa tidak termasuk dalam elemen L dalam Rumus Hand, dan L adalah besaran kerugian yang harus dibayar tergugat jika ia gagal melakukan tindakan pencegahan yang dapat mencegah kecelakaan, maka menetapkan tanggung jawab dalam kasus ini berarti membebaskan kerugian ekspektasional melebihi L . Hal ini setara dengan pemberian ganti rugi bersifat *punitive*. Jika ganti rugi *punitive* atas kelalaian sederhana dianggap suatu kesalahan — sebagaimana akan kita lihat kemudian — maka demikian pula halnya dengan pertanggungjawaban atas kerugian yang tidak disebabkan oleh tergugat.

Namun, mari ubah fakta. Misalnya, A dan B sedang berburu dan secara ceroboh mengira C adalah seekor rusa lalu menembaknya. Keduanya mengenai sasaran, dan masing-masing tembakan bersifat fatal. Artinya, jika dilihat secara terpisah, baik A maupun B tidak menjadi penyebab kematian C; namun akan menjadi kekeliruan ekonomi apabila membebaskan keduanya dari tanggung jawab (mengapa?). Ahli waris C seharusnya berhak menuntut ganti rugi dari A dan B — dan mengenai proporsi pembagian tanggung jawabnya akan dibahas kemudian. Menariknya, bagi siapa pun yang berpandangan bahwa prinsip kausalitas seharusnya berperan secara independen dari pertimbangan ekonomi dalam hukum perbuatan melawan hukum, analisisnya tetap sama bahkan jika hanya satu peluru yang mengenai C dan kita tidak mengetahui siapa penembaknya, selama baik A maupun B bertindak secara ceroboh. Kini, terdapat dukungan yudisial yang semakin berkembang untuk menetapkan pertanggungjawaban dalam situasi ini, sebagaimana halnya dukungan yang sudah lama ada dalam situasi pertama (yang sebenarnya lebih jarang terjadi).

Contoh di atas memperlihatkan ketidakpastian mengenai *identitas pelaku*. Lalu bagaimana jika yang tidak pasti adalah *identitas korban*? Misalnya, karena kelalaian, sebuah reaktor nuklir memancarkan radiasi yang diperkirakan akan menyebabkan 10 kematian akibat kanker di lingkungan sekitar selama 20 tahun ke depan. Dalam periode tersebut, memang sudah akan ada 100 orang yang meninggal karena kanker, sehingga kini menjadi

110, tetapi kita tidak akan pernah tahu siapa di antara mereka yang meninggal akibat radiasi. Jika peningkatan risiko kematian sebesar 10 persen dianggap cukup untuk membuktikan kausalitas, maka masing-masing dari 110 orang dapat menuntut ganti rugi penuh, dan pemilik reaktor harus membayar 11 kali lipat dari kerugian aktual. Namun, jika 10 persen dianggap terlalu kecil untuk membuktikan kausalitas, pemilik reaktor tidak akan membayar apa pun, dan tidak ada sanksi perdata terhadap kelalaiannya.

Kedua skenario tersebut tidak memuaskan, dan daripada bermain-main dengan konsep kausalitas, hukum perdata sebaiknya mempertimbangkan untuk mendefinisikan *kerugian* sebagai peningkatan risiko kematian akibat kanker, bukan kanker itu sendiri. Maka seluruh populasi yang terpapar radiasi dapat menggugat saat kecelakaan terjadi, dengan menggunakan mekanisme *class action* (lihat Bab 21) untuk menghemat biaya litigasi dari banyak tuntutan kecil. (Perhatikan simetri dengan contoh sebelumnya, di mana para pelaku potensial dimintai pertanggungjawaban secara kolektif.) Jika solusi ini pun tidak berhasil, terdapat argumen kuat untuk memberlakukan regulasi keselamatan secara langsung, sebagaimana akan dijelaskan pada Bab 13.

Selanjutnya, mari kita lihat kasus di mana kausalitas secara awam sangat jelas, namun hukum secara tepat menolak pemberian ganti rugi. Misalnya, sebuah kereta rusak akibat kelalaian perusahaan kereta api, dan seorang penumpang akhirnya menginap di hotel dan mengalami luka ketika hotel tersebut terbakar. Tanpa kerusakan kereta, penumpang tersebut akan melanjutkan perjalanan dan menginap di hotel lain yang tidak terbakar malam itu. Maka ada kelalaian, dan juga kausalitas, namun tidak ada pertanggungjawaban hukum. Alasan ekonominya adalah bahwa risiko kebakaran hotel bukan bagian dari *PL*, yaitu biaya kecelakaan yang secara ekspektasional dapat dicegah oleh perusahaan kereta api dengan tindakan *B*. Benar bahwa kerugian terhadap penumpang ini bisa dihindari, namun sama besar kemungkinan bahwa hotel di kota berikutnya yang justru terbakar, yang berarti kelalaian perusahaan kereta api akan memberikan manfaat kepada penumpang, dan perusahaan tidak akan diizinkan untuk memungut bayaran atas manfaat itu. Jika perusahaan dituntut dalam kasus ini, itu berarti pemberian ganti rugi *punitive* atas kelalaian, sama seperti contoh awal dalam bagian ini.

Hasil dalam kasus-kasus ini tampaknya tidak banyak bergantung pada konsep kausalitas yang rumit, tetapi lebih pada pertimbangan kebijakan

(ekonomi), meskipun secara konvensional dibahas di bawah istilah *cause in fact* (*penyebab secara fakta*). Ada pula kelompok kasus lain yang dibahas di bawah istilah *cause in law* (*penyebab secara hukum*), namun tampaknya berakar pada pertimbangan kebijakan yang sama. Dalam perkara *Rickards v. Sun Oil Co.*, tergugat secara lalai merusak satu-satunya jembatan yang menghubungkan sebuah pulau dengan daratan utama. Para pedagang di pulau yang kehilangan pelanggan sebagai akibat dari kerusakan itu menggugat tergugat, namun kalah — dan itu merupakan putusan yang benar. Meskipun mereka mengalami kerugian, sebagian besar bahkan mungkin seluruh kerugian tersebut merupakan keuntungan bagi pedagang di daratan yang mendapat limpahan pelanggan. Karena tergugat tidak dapat menuntut pengembalian atas keuntungan yang telah ia berikan kepada para pedagang daratan, maka memintanya menanggung kerugian pedagang pulau akan bersifat *punitive*. Biaya sosial bersihnya hanyalah kerusakan pada jembatan.

Hal ini memberikan tip yang berguna dalam menganalisis gugatan hukum dari perspektif ekonomi: selalu pertimbangkan keuntungan (oleh siapa pun diterima) serta kerugian yang ditimbulkan oleh suatu tindakan melawan hukum. Ini akan membantu memahami mengapa, misalnya, *persaingan* bukan merupakan suatu perbuatan melawan hukum. Misalnya, A adalah satu-satunya pedagang di suatu kota kecil. B membuka toko yang bersaing, dan akibatnya laba A anjlok. Haruskah A diizinkan untuk menggugat? Tidak; kerugiannya lebih kecil daripada keuntungan yang diperoleh oleh pihak lain. Katakanlah sebelumnya A menjual barang seharga \$10, mendapat laba \$5 per unit, dan menjual 1.000 unit, memperoleh total laba \$5.000. Setelah B mulai menjual barang yang sama, A harus menurunkan harga menjadi \$6. Total penjualan sekarang menjadi 2.000 unit (mengapa meningkat?), dibagi rata antara A dan B, yang juga menjual dengan harga \$6. Laba A turun \$4.000, tetapi para pelanggan yang sebelumnya membeli 1.000 unit kini memperoleh manfaat sebesar jumlah tersebut, baik membeli dari A maupun B. Asumsikan B hanya *break even* pada harga \$6 (karena sebagai pendatang baru, biaya operasionalnya lebih tinggi), maka satu-satunya pihak yang tersisa untuk diperhitungkan adalah konsumen tambahan — yang membeli untuk pertama kalinya atau membeli lebih banyak. Semua pihak ini pasti lebih diuntungkan, karena jika tidak, mereka tidak akan mengubah preferensinya dari barang sebelumnya. Maka, ada keuntungan sosial bersih dari munculnya pesaing baru, meskipun A mengalami kerugian.

I. Perbuatan Melawan Hukum Bersama, Kontribusi, dan Ganti Rugi

Kami telah memberikan beberapa contoh mengenai perbuatan melawan hukum bersama (*joint torts*), dan berikut ini dua contoh tambahan:

1. Dua pemilik lahan secara lalai membakar lahan di properti mereka masing-masing. Api menyebar, bergabung, dan kemudian melanda rumah penggugat hingga hangus terbakar. Masing-masing api secara independen dapat menyebabkan kerusakan yang sama. Kedua pemilik lahan tetap bertanggung jawab secara hukum.
2. Seorang karyawan bertindak lalai dan menyebabkan seseorang terluka. Pemberi kerja juga turut bertanggung jawab berdasarkan doktrin *respondeat superior*, yang menyatakan bahwa pemberi kerja bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh karyawannya dalam rangka pelaksanaan tugas pekerjaan, meskipun pemberi kerja tidak lalai dalam proses perekrutan, pelatihan, pengawasan, atau tidak memberhentikan karyawan tersebut.

Kami telah membahas rasionalitas ekonomi dari bentuk pertama tanggung jawab bersama (seperti dalam kasus para pemburu). Rasionalitas dari bentuk kedua terletak pada kenyataan bahwa sebagian besar karyawan tidak memiliki sumber daya untuk membayar putusan ganti rugi apabila mereka menyebabkan cedera yang serius. Oleh karena itu, mereka tidak terlalu terpengaruh oleh efek insentif dari tanggung jawab perdata. Sebaliknya, pemberi kerja dapat mendorong karyawan untuk berhati-hati, misalnya dengan memberhentikan mereka atau memberlakukan sanksi atas kelalaian mereka (dalam kondisi seperti apa pemecatan terhadap karyawan akan memberatkan baginya?); dan membuat pemberi kerja bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan karyawannya akan memberikan insentif bagi pemberi kerja untuk menerapkan langkah-langkah pencegahan semacam itu.

Perlu dicatat bahwa tanggung jawab pemberi kerja bersifat ketat (*strict liability*); hal ini mungkin karena perubahan pada tingkat aktivitas yang dilakukan oleh pemberi kerja (misalnya, mengganti tenaga kerja dengan modal atau mengurangi skala usaha) merupakan metode yang efisien untuk mengurangi risiko perbuatan melawan hukum oleh karyawan. Namun, terdapat pengecualian penting terhadap tanggung jawab ketat pemberi kerja atas perbuatan melawan hukum karyawannya: perbuatan tersebut harus dilakukan dalam rangka pelaksanaan pekerjaan. Ini berarti, misalnya, apabila

seorang karyawan mengalami kecelakaan saat dalam perjalanan ke atau dari tempat kerja, pemberi kerja tidak akan bertanggung jawab terhadap korban. Alasan ekonomis dari hasil ini (yang sekaligus menunjukkan ketidakcukupan penjelasan semata-mata berdasarkan prinsip “kantong dalam” atau *deep pocket* untuk *respondeat superior*) adalah bahwa tidak menguntungkan bagi pemberi kerja untuk mengambil langkah-langkah dalam rangka mencegah kecelakaan saat karyawan bepergian ke tempat kerja. Probabilitas terjadinya kecelakaan semacam itu kecil, dan karena kecelakaan tersebut terjadi di luar jam kerja, pemberi kerja tidak memiliki informasi yang memadai untuk melakukan upaya pencegahan. Bandingkan dengan karyawan yang berprofesi sebagai tenaga penjual keliling dan mengalami kecelakaan saat menjalankan tugasnya.

Hal lain yang perlu dicermati adalah bahwa pemberi kerja tidak bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh kontraktor independen (*independent contractor*). Kontraktor independen lebih mungkin memiliki solvabilitas dibandingkan dengan karyawan. Selain itu, karyawan dibayar berdasarkan upah untuk melaksanakan pekerjaan atas instruksi pemberi kerja, sedangkan kontraktor independen dibayar berdasarkan harga untuk pelaksanaan pekerjaan tertentu yang ditentukan dalam kontrak. Prinsipal (pemberi kerja) tidak mengawasi secara langsung rincian pekerjaan kontraktor independen dan oleh karena itu kemampuannya untuk memastikan keselamatan kerja kontraktor lebih rendah dibandingkan dengan karyawan. Namun, terdapat pengecualian terhadap pengecualian ini, yaitu apabila pekerjaan yang dilakukan oleh kontraktor independen bersifat sangat berbahaya. Hal ini pun memiliki justifikasi ekonomis. Tingkat kewaspadaan yang layak secara biaya (*cost-justified level of precaution*) secara definisi lebih tinggi, sehingga lebih mungkin bagi prinsipal untuk turut serta dalam upaya pencegahan secara efisien; di samping itu, semakin berbahaya pekerjaan tersebut, semakin besar pula kemungkinan kontraktor independen menghadapi permasalahan solvabilitas akibat tingginya potensi ganti rugi.

Contoh dua pemilik lahan yang bertanggung jawab atas kebakaran dan pemberi kerja yang bertanggung jawab atas perbuatan melawan hukum karyawannya menggambarkan dua tipe fundamental dari perbuatan melawan hukum bersama. (Keduanya harusnya sudah kita kenal dari pembahasan mengenai kesalahan korban; sebab kecelakaan yang melibatkan kesalahan dari

pihak pelaku dan korban secara fungsional merupakan perbuatan melawan hukum bersama.) Contoh (1) merupakan kasus *joint care*, sedangkan contoh (2) adalah *alternative care*. Dalam hukum umum (*common law*), aturan mengenai tanggung jawab di antara para pelaku perbuatan melawan hukum bersama untuk kasus *joint-care* adalah “tidak ada kontribusi di antara pelaku pelanggaran” (*no contribution among tortfeasors*), sementara untuk kasus *alternative-care* berlaku aturan *indemnity* (ganti rugi penuh). Apakah pola ini memiliki dasar ekonomi?

Aturan “tidak ada kontribusi di antara pelaku pelanggaran” berarti bahwa jika penggugat memenangkan putusan terhadap salah satu dari beberapa pelaku pelanggaran, tergugat tersebut tidak dapat memaksa pelaku pelanggaran lainnya untuk menyumbangkan bagian mereka yang “adil” — atau bahkan bagian apa pun — dari putusan tersebut; dan jika penggugat memperoleh putusan terhadap sekelompok pelaku pelanggaran, ia dapat mengeksekusi putusan tersebut dari mereka dalam proporsi apa pun yang ia pilih, bahkan jika akibatnya satu atau lebih pelaku pelanggaran lainnya terbebas dari tanggung jawab. Sekilas, aturan ini tampaknya akan menyebabkan efek *under-deterrence* (pencegahan yang kurang), namun tidak demikian halnya; analisisnya bersifat simetris dengan yang terdapat dalam konsep kelalaian komparatif (*comparative negligence*).

Misalkan terdapat dua calon pelaku perbuatan melawan hukum bersama, yakni X dan Y. Biaya pencegahan optimal (B) adalah sebesar \$10 bagi X, dan \$20 bagi Y, sedangkan nilai kerugian akibat kecelakaan (PL) adalah \$80. Karena ini merupakan situasi *joint care*, maka kecelakaan akan terjadi apabila salah satu dari X atau Y gagal mengambil tindakan pencegahan yang optimal. Misalkan X memperkirakan bahwa probabilitas ia akan diminta untuk membayar ganti rugi kepada korban dari kecelakaan semacam itu hanyalah sebesar 10%. Maka, nilai ekspektasi dari biaya kecelakaan yang akan ditanggung oleh X adalah \$8. Meskipun nilai ini lebih rendah daripada B_x (\$10), X harus menyadari bahwa jika probabilitas ia akan diminta membayar adalah 10%, maka probabilitas bagi Y adalah 90%. Dalam hal ini, Y akan menghadapi ekspektasi biaya kecelakaan sebesar \$72, dan dengan demikian akan terdorong untuk mengeluarkan \$20 guna melakukan tindakan pencegahan (B_y); yang berarti Y tidak akan lalai, dan seluruh tanggung jawab kerugian akibat kecelakaan akan beralih ke X. Oleh karena itu, X pada akhirnya juga akan memiliki insentif untuk mengeluarkan

biaya sebesar \$10 untuk tindakan pencegahan. Hasilnya, kedua pihak akan bertindak hati-hati.

Meskipun aturan *no contribution among joint tortfeasors* (tidak ada kontribusi antar pelaku perbuatan melawan hukum bersama) bersifat efisien, seharusnya sudah jelas bahwa suatu aturan kontribusi, yang memperbolehkan pelaku pelanggaran yang membayar lebih dari “bagian yang adil” atas kerugian penggugat untuk meminta kontribusi dari pelaku pelanggaran lainnya, juga akan menciptakan insentif keselamatan yang tepat bagi semua pelaku — tanpa memperhatikan bagaimana pembagian kontribusi ditentukan (secara *pro rata*, berdasarkan tingkat kesalahan relatif, dan sebagainya). Satu-satunya perbedaan adalah bahwa sistem kontribusi lebih mahal untuk diterapkan, karena pengadilan harus memutus satu isu tambahan dan mengawasi satu set pembayaran transfer tambahan.

Dalam aturan yang berlaku untuk kasus perbuatan melawan hukum bersama dengan skema *alternative care*, yaitu *indemnity* (ganti rugi penuh), pelaku pelanggaran yang menghadapi biaya pencegahan yang lebih tinggi dapat meminta pelaku lainnya untuk mengganti seluruh kerugian. Sebagai contoh, apabila Perusahaan X dinyatakan bertanggung jawab kepada penggugat atas kerugian sebesar \$100.000 akibat kelalaian yang dilakukan oleh karyawan Y, maka X berhak (meskipun dalam praktiknya hal ini jarang berhasil) untuk memperoleh *indemnifikasi* dari Y atas seluruh kerugian tersebut. Demikian pula, jika X adalah pihak yang melakukan perakitan akhir suatu produk dan dinyatakan bertanggung jawab kepada konsumen atas cedera akibat cacat pada produk, sementara Y adalah pemasok komponen yang gagal berfungsi, dan X tidak dapat menemukan kegagalan tersebut meskipun telah melakukan pemeriksaan yang wajar, maka X dapat memaksa Y untuk mengganti kerugian yang ditanggungnya.¹⁴⁵

Penjelasan ekonomis atas pergeseran tanggung jawab secara penuh dari satu pelaku perbuatan melawan hukum kepada pelaku lainnya yang dilakukan melalui mekanisme *indemnity* adalah cukup jelas. Dalam kasus *alternative care*, yang diinginkan bukanlah agar kedua pelaku pelanggaran mengambil tindakan pencegahan, melainkan agar pelaku yang memiliki biaya

¹⁴⁵ Kebetulan, ini adalah contoh lain di mana tanggung jawab produk yang ketat benar-benar bersifat ketat. Apakah contoh ini dan contoh *respondeat superior* menunjukkan fungsi ekonomi tambahan untuk tanggung jawab ketat selain yang dibahas dalam Bab 6.5 *supra*?

penghindaran kecelakaan yang lebih rendahlah yang mengambil tindakan tersebut. Tanggung jawab pelaku lainnya bertindak sebagai cadangan apabila masalah solvabilitas mencegah sistem tanggung jawab perdata menciptakan insentif terhadap pelaku utama. Oleh karena itu, diperlukan suatu mekanisme yang, sejauh memungkinkan, mengalihkan tanggung jawab akhir kepada pelaku yang paling efisien dalam mencegah kecelakaan — dan mekanisme *indemnity* mewujudkan hal itu.

J. Penyelamatan: Antara Pertanggung jawaban dan Restitusi

Saat saya sedang berjalan di trotoar, saya melihat sebuah pot bunga jatuh dari jendela dan mengancam keselamatan pejalan kaki lain. Meskipun saya dapat menyelamatkan orang tersebut hanya dengan meneriakkan peringatan, saya memilih untuk diam. Biaya ekspektasi dari kecelakaan ini tinggi, sedangkan biaya dari tindakan pencegahan yang harus saya ambil (yakni berteriak) sangat kecil. Namun demikian, saya tidak dikenakan pertanggungjawaban hukum. Hasil ini tampak tidak konsisten dengan *Hand formula*, karena jika biaya transaksi tidak bersifat prohibitif, pejalan kaki yang berada dalam bahaya itu hampir pasti bersedia membayar saya cukup untuk mengatasi keengganan saya memberikan peringatan. Oleh karena itu, mengenakan tanggung jawab hukum kepada saya tampaknya akan meningkatkan efisiensi sosial (*social value*).

Argumen ini tetap berlaku bahkan jika upaya untuk memperingatkan atau menyelamatkan justru membahayakan penyelamat, selama bahaya terhadap penyelamat (dan karena itu ekspektasi biaya dari tindakan pencegahan) lebih kecil daripada bahaya terhadap korban (yakni ekspektasi biaya kecelakaan), dan selama nilai kehidupan korban setara atau lebih besar dari nilai kehidupan penyelamat. Meskipun orang yang melihat kejadian (*bystander*) tidak “menyebabkan” kecelakaan, konsep kausalitas hanya memainkan peran insidental dalam analisis ekonomi atas perbuatan melawan hukum. Namun, kausalitas tetap relevan dalam arti bahwa konsep tersebut mendefinisikan cakupan pihak-pihak yang dapat digugat: yaitu mereka yang dalam suatu pengertian *menyebabkan* kerugian yang diderita penggugat. Mengingat bahwa lingkup pihak yang mungkin *mencegah* terjadinya kerugian jauh lebih luas, maka akan timbul kesulitan praktis dalam membatasi pertanggungjawaban *Good Samaritan* hanya kepada mereka yang benar-benar dapat mencegah kerugian dengan biaya yang wajar. Keberatan ekonomi

lainnya terhadap pertanggungjawaban *Good Samaritan* adalah bahwa aturan semacam itu akan membuat lebih mahal berada dalam situasi di mana seseorang mungkin dipanggil untuk menyelamatkan orang lain. Biaya tambahan ini secara logis akan mengurangi jumlah penyelamat potensial — misalnya, seorang perenang andal mungkin akan menghindari pantai yang ramai. (Apakah argumen ini konsisten dengan putusan dalam perkara *Ploof v. Putnam*, lihat Bab 6.4 sebelumnya?)

Mungkin terlihat bahwa pertanggungjawaban hanya akan menimbulkan beban bagi mereka yang, jika tidak diwajibkan oleh hukum, tidak akan melakukan penyelamatan — sedangkan mereka yang altruistik akan tetap tak terpengaruh. Namun anggapan ini diragukan karena dua alasan. Pertama, bahkan seorang altruist sekalipun ingin memiliki kebebasan memilih pada saat krisis apakah ia akan mengambil risiko untuk menyelamatkan orang lain; ia tidak ingin dipaksa oleh hukum. Kedua, salah satu manfaat yang diperoleh seseorang dari tindakan altruistik adalah pengakuan publik. (Hal ini tercermin dari kecilnya persentase donasi amal yang dilakukan secara anonim.) Jika hukum mewajibkan penyelamatan, maka manfaat reputasional ini akan hilang karena penyelamat tidak dapat lagi membuktikan bahwa motifnya adalah murni altruistik, bukan karena paksaan hukum.

Alternatif terhadap sistem pertanggungjawaban maupun ketergantungan pada altruism adalah *restitusi*, suatu pendekatan yang telah kita bahas sebelumnya (lihat Bab 4.14), yang berlaku pada dokter dan profesional lainnya yang memberikan pertolongan dalam situasi darurat, serta digunakan secara luas dalam hukum maritim, yang dikenal sebagai *salvage* (penyelamatan barang). Pertanyaannya: lebih baikkah jika seluruh nilai dari tindakan penyelamatan — yaitu jumlah maksimum yang bersedia dibayar oleh orang yang diselamatkan dalam negosiasi dengan penyelamat — diberikan kepada penyelamat, atau justru penyelamat tidak menerima apa-apa?¹⁴⁶ Alternatif yang terakhir, yakni tanpa restitusi sama sekali (*zero restitution*), tidak akan mendorong penyelamatan nonaltruistik dalam situasi di mana biaya transaksi menghalangi terjadinya negosiasi sukarela. Sementara itu, alternatif pertama, yakni restitusi penuh, akan mendorong orang untuk mengambil tindakan pencegahan yang berlebihan secara sosial agar tidak perlu diselamatkan, serta mendorong investasi berlebihan dalam sumber daya yang dialokasikan untuk

¹⁴⁶ Lihat Peter A. Diamond & James A. Mirrlees, Tentang Penugasan Tanggung Jawab: Kasus Seragam, 6 Bell J. Econ. 8c Mgmt. Sci. 487, 512 (1975).

penyelamatan (lihat Bab 3.2 sebelumnya). Hukum berusaha menghindari kedua ekstrem tersebut. Umumnya, hukum memberikan kompensasi kepada penyelamat sebesar nilai yang sebanding dengan harga pasar kompetitif atas jasa yang diberikan — misalnya, honorarium biasa seorang dokter, atau kompensasi penyelamatan (*salvage award*) yang dihitung berdasarkan *opportunity cost* waktu penyelamat, dengan penyesuaian terhadap tingkat bahaya, keterampilan, risiko kegagalan, dan faktor-faktor ekonomis lainnya.

Kendati demikian, *common law* secara umum jauh lebih berhati-hati dalam memberikan kompensasi atas manfaat eksternal (*external benefits*) yang diberikan seseorang kepada orang lain, dibandingkan dengan kecenderungannya untuk menuntut pertanggungjawaban atas biaya eksternal (*external costs*) yang ditimbulkan seseorang terhadap orang lain. Ingat kembali pembelaan dalam kasus *public necessity* (Bab 6.4 sebelumnya). Seseorang yang menyelamatkan kota dengan merobohkan rumah yang berada di jalur api tidak akan diwajibkan untuk mengganti rugi kepada pemilik rumah tersebut, tetapi juga tidak berhak menagih biaya kepada penduduk kota yang diuntungkan oleh tindakannya. Memberikan hak kepada seseorang yang menciptakan manfaat eksternal untuk menagih sebagian biaya yang telah ia keluarkan (*cost externalization*) adalah teknik yang jauh lebih umum digunakan dalam menghadapi manfaat eksternal, dibandingkan dengan pemberian hak restitusi. Alasannya adalah karena, meskipun manfaat eksternal dan biaya eksternal bersifat simetris dalam teori ekonomi, keduanya berbeda dalam hal biaya administratif yang dibutuhkan untuk menjalankan sistem hukum *common law*. Sanksi hukum atas biaya eksternal berfungsi sebagai pencegah; khususnya ketika standar hukum yang digunakan adalah kelalaian (*negligence*) alih-alih tanggung jawab mutlak (*strict liability*), jumlah gugatan yang benar-benar diajukan cenderung sedikit. Namun, hak restitusi akan menciptakan klaim hukum setiap kali suatu manfaat diberikan; dan biaya untuk memproses klaim-klaim ini bisa sangat besar. Memberikan keleluasaan kepada pemberi manfaat untuk menanggung sebagian dari biayanya sendiri (*cost internalization*) adalah pendekatan yang lebih kasar, namun secara administratif jauh lebih murah, dalam mendorong pemberian manfaat eksternal.

K. Fungsi Ganti Rugi dalam Perbuatan Melawan Hukum

Menjaga kredibilitas sistem pertanggungjawaban perdata (*tort system*) mensyaratkan bahwa apabila seorang tergugat dinyatakan bertanggung jawab, maka ia harus membayar ganti rugi yang setidaknya sebesar **L** dalam *Hand Formula*. Ganti rugi sebesar **L** ini disebut sebagai ganti rugi *kompensatoris* (*compensatory damages*). Namun demikian, timbul pertanyaan: haruskah ganti rugi tersebut dibayarkan kepada korban, bukan kepada negara? Dan apakah besarnya harus dibatasi hingga **L**, atau dapat pula mencakup *punitive damages* (ganti rugi punitif)?

Terdapat dua alasan mengapa ganti rugi *kompensatoris* memang harus diberikan kepada korban, bukan kepada negara. Pertama, agar korban memiliki insentif untuk mengajukan gugatan, yang merupakan elemen penting dalam menjaga sistem pertanggungjawaban perdata sebagai mekanisme pencegahan (*deterrent*) yang efektif terhadap kelalaian (*negligence*). Kedua, untuk mencegah korban mengambil tindakan pencegahan yang berlebihan. Kembali pada contoh percikan api dari lokomotif dan Tabel 6.1 mengenai biaya pencegahan. Ingat bahwa metode pencegahan yang optimal adalah ketika perusahaan kereta api mengeluarkan \$50 untuk memasang *spark arrester* (alat penahan percikan api), sementara petani memindahkan tanaman rami sejauh tertentu dengan biaya \$25. Namun jika perusahaan kereta api tidak melakukan apa-apa, petani masih dapat mencegah kecelakaan dengan memindahkan raminya lebih jauh lagi — meskipun dengan biaya \$110. Jika petani tidak menerima kompensasi atas kelalaian perusahaan kereta api, maka perusahaan tersebut mungkin akan memilih untuk tetap lalai, karena mengetahui bahwa petani memiliki insentif untuk menanggung biaya \$110 demi menghindari kerugian yang diperkirakan sebesar \$150, dan bahwa jika petani melakukan hal tersebut, maka perusahaan kereta api akan menghemat \$50.

Alasan untuk membatasi ganti rugi sebesar **L** menjadi jelas ketika aturan pertanggungjawaban yang digunakan adalah pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*): setiap peningkatan terhadap nilai **PL** ($\text{probabilitas} \times \text{kerugian}$) akan meningkatkan jumlah yang bersedia dikeluarkan oleh pelaku potensial untuk melakukan tindakan pencegahan, sehingga penting agar **L** benar-benar mencerminkan biaya aktual dari cedera yang ditimbulkan.¹ Namun apabila aturan yang diterapkan adalah kelalaian (*negligence*), maka pelaku potensial selalu dapat menghindari pertanggungjawaban dengan bersikap hati-hati,

sehingga secara prinsipil seharusnya tingkat keparahan sanksi tidak berpengaruh terhadap keputusan pelaku; dia tetap akan membelanjakan sebesar B untuk tindakan pengamanan. Akan tetapi, seperti yang telah dibahas dalam konteks *reasonable man rule*, standar kelalaian mengandung unsur pertanggungjawaban mutlak. Di samping itu, selalu terdapat risiko kekeliruan hukum. Apabila dengan meningkatkan kehati-hatian seorang pelaku dapat mengurangi kemungkinan dirinya secara keliru dinyatakan lalai, maka ia akan terdorong untuk mengambil langkah-langkah pencegahan tambahan. Pengeluaran tersebut akan semakin besar seiring dengan potensi beban pertanggungjawaban yang meningkat. Fakta-fakta ini merupakan argumen kuat untuk menolak penerapan *punitive damages* secara umum dalam perkara perdata. Namun demikian, terdapat beberapa pengecualian yang akan dibahas dalam bagian selanjutnya.

L. Ganti Rugi atas Hilangnya Kemampuan untuk Menghasilkan Pendapatan

Apabila suatu kecelakaan menyebabkan korban kehilangan kemampuan untuk bekerja dalam jangka waktu tertentu ke depan, pengadilan tidak akan memerintahkan tergugat untuk melakukan pembayaran secara berkala selama masa disabilitas (seperti halnya pembayaran *alimony* dalam perceraian), melainkan akan memerintahkan pembayaran sejumlah *lump sum* (uang tunai sekaligus) yang dihitung setara dengan nilai kini dari aliran pendapatan masa depan yang diharapkan namun hilang akibat disabilitas tersebut.

Metode ini berbeda dengan sekadar mengalikan jumlah pendapatan per periode disabilitas dengan jumlah periode tersebut. Cara yang terakhir ini akan mengakibatkan kompensasi berlebihan bagi korban (dengan asumsi tidak ada inflasi selama periode disabilitas, yang akan dibahas lebih lanjut), karena di akhir periode disabilitas, korban akan memperoleh tidak hanya total dari pembayaran berkala, tetapi juga bunga atas total tersebut—sesuatu yang tidak akan ia peroleh seandainya pembayaran dilakukan secara berkala alih-alih dalam satu kali pembayaran di awal.

Jumlah *lump sum* tersebut semestinya setara dengan harga yang harus dibayar korban untuk membeli suatu *annuity* yang menghasilkan pembayaran berkala selama masa disabilitas yang diperkirakan—dan tidak lebih dari itu. Jumlah ini merepresentasikan nilai kini dari kerugian pendapatan masa depan. Pembayaran dalam bentuk *lump sum* lebih disukai daripada pembayaran

berkala jangka panjang karena dua alasan utama: pertama, hal ini menghemat biaya administratif; kedua, hal ini menghindari dampak negatif berupa insentif yang salah, yakni menggantungkan kelanjutan pembayaran pada kelanjutan status disabilitas. Dengan menerima *lump sum*, korban memiliki dorongan yang lebih besar untuk pulih lebih cepat dari masa yang diperkirakan. Sebaliknya, sistem pembayaran disabilitas berkala setara dengan pajak 100% atas pendapatan yang diperoleh setelah pulih.¹

Pengadilan mengalami kesulitan dalam menentukan besaran ganti rugi dalam kasus disabilitas yang dialami oleh ibu rumah tangga. Upaya menilai jasa seorang ibu rumah tangga berdasarkan penjumlahan biaya untuk menyewa penyedia layanan substitusi (seperti jasa kebersihan, pengasuhan anak, memasak, dan sebagainya) dirasakan problematis oleh pengadilan—dan memang demikian adanya—karena pendekatan ini melanggar prinsip *opportunity cost* (biaya peluang). Nilai minimum dari jasa seorang ibu rumah tangga, dan dengan demikian kerugian yang diderita keluarga jika jasa tersebut hilang, adalah harga yang dapat diperoleh dari penggunaan waktunya dalam alternatif terbaik berikutnya (*next best use*). Misalnya, jika seorang perempuan terlatih sebagai pengacara dan dapat memperoleh pendapatan \$45.000 per tahun di firma hukum, namun memilih menjadi ibu rumah tangga, dan bahwa berbagai fungsi rumah tangga yang ia lakukan dapat disubstitusi di pasar dengan biaya \$10.000, maka keputusan untuk tetap tinggal di rumah menunjukkan bahwa keluarga menilai jasa rumah tangganya setidaknya bernilai \$45.000.² Bila tidak, keluarga seharusnya memilih alternatif bekerja sebagai pengacara dan menyewa tenaga pengganti untuk pekerjaan rumah, sehingga memperoleh pendapatan riil yang lebih tinggi.³ Oleh karena itu, kerugian ketika ia menjadi disabilitas paling sedikit adalah \$45.000. Nilai ini bahkan dapat lebih tinggi, sebagaimana halnya nilai penyanyi opera yang dapat melampaui pendapatan dalam pekerjaan alternatif. Namun, penilaian jasa ibu rumah tangga menjadi sulit karena tidak adanya pasar eksplisit untuk jasa ibu rumah tangga.⁴

Pendekatan *opportunity cost* mungkin lebih layak diterapkan, meskipun pelaksanaannya tidak selalu mudah. Pertimbangkan persoalan estimasi ketika, karena seorang perempuan menjadi (dan tetap) ibu rumah tangga, maka kapasitas penghasilannya di pasar tidak pernah mencapai tingkat yang bisa dicapai seandainya ia memilih bekerja. Bila konsep *opportunity cost* diterapkan dengan tepat, maka diperlukan estimasi mengenai pendapatan

pasar yang mungkin diperoleh (dikurangi biaya investasi seperti pendidikan) seandainya ia memasuki pasar kerja pada saat ia memutuskan menjadi ibu rumah tangga. Pengadilan saat ini belum secara eksplisit menggunakan pendekatan *opportunity cost* dalam menentukan ganti rugi dalam kasus-kasus semacam ini, tetapi mereka mendekatinya secara implisit dengan memperbolehkan kesaksian mengenai kualitas jasa rumah tangga yang diberikan oleh ibu rumah tangga tersebut. Ini merupakan cara tidak langsung untuk menghindari kekeliruan dalam menilai jasa rumah tangga setara dengan biaya pembantu rumah tangga.⁵

Apabila pendapatan yang hilang akibat cedera berkepanjangan seharusnya diperoleh dalam jangka waktu yang sangat lama, maka asumsi tentang perubahan pendapatan korban di masa depan serta pemilihan tingkat suku bunga untuk mendiskontokan pendapatan tersebut ke nilai kini akan sangat memengaruhi besaran kompensasi yang diberikan.

Tabel 6.2

Nilai Sekarang dari Pendapatan yang Hilang Sebesar \$25.000 per Tahun,
untuk Berbagai Periode dan Tingkat Diskonto.

Periode	Tingkat Diskonto 2%	5%	10%	12%
10 tahun	\$224.565	\$193.043	\$153.615	\$141.255
20 tahun	\$408.785	\$311.555	\$212.840	\$186.735
30 tahun	\$501.603	\$384.313	\$235.673	\$201.138

(Efek diskonto ini diperlihatkan dalam Tabel 6.2.) Selanjutnya akan dibahas dua persoalan penting: pertama, masalah estimasi pendapatan masa depan; dan kedua, pemilihan tingkat diskonto (*interest rate*) yang tepat.

Mengesampingkan permasalahan mengenai kemungkinan korban akan beralih pekerjaan di masa mendatang, yang harus ditentukan adalah besaran upah yang kemungkinan akan diterima oleh korban setiap tahun sejak terjadinya kecelakaan hingga masa pensiun. Titik awal dari penilaian ini adalah profil upah berdasarkan usia untuk jenis pekerjaan yang bersangkutan. Sebagai contoh, apabila korban merupakan seorang pengemudi truk berusia 25 tahun, maka diperlukan data upah tidak hanya untuk pengemudi truk berusia 25 tahun, tetapi — dengan asumsi bahwa korban mengalami cacat permanen dan usia pensiun ditetapkan pada 65 tahun — juga untuk pengemudi truk berusia 26 hingga 64 tahun.

Langkah selanjutnya adalah menentukan proyeksi perubahan upah pada jenis pekerjaan tersebut di masa yang akan datang. Banyak faktor yang dapat mempengaruhi tingkat upah dalam suatu pekerjaan tertentu sangatlah sulit untuk diprediksi — misalnya perubahan permintaan atas hasil produksi dari industri tempat korban bekerja, atau perubahan tingkat serikat pekerja dalam industri tersebut. Oleh karena itu, dalam perhitungan ganti rugi, sumber perubahan upah seperti ini umumnya harus diabaikan.

Adapun sumber perubahan upah yang dapat diperkirakan (*foreseeable*) meliputi tiga hal berikut:

1. Probabilitas pemutusan hubungan kerja (PHK), berdasarkan riwayat ketenagakerjaan di industri terkait;
2. Peningkatan produktivitas tenaga kerja; dan
3. Inflasi.

Selanjutnya, akan dibahas poin (2) dan (3).

Produktivitas adalah rasio antara output dengan input. Peningkatan produktivitas tenaga kerja berarti peningkatan jumlah output per jam kerja. Dengan menurunkan biaya produksi bagi pemberi kerja, peningkatan produktivitas tenaga kerja memungkinkan pemberi kerja — dan persaingan antar pemberi kerja akan memaksanya — untuk membayar upah yang lebih tinggi. Peningkatan produktivitas tenaga kerja ini diperkirakan menyebabkan kenaikan rata-rata tahunan pendapatan riil (yaitu pendapatan yang telah disesuaikan terhadap inflasi) sebesar kurang lebih 3%.

Setelah diperoleh estimasi upah riil yang akan diterima oleh pengemudi truk tersebut setiap tahun selama masa usia produktifnya (dengan menyesuaikan upah saat ini berdasarkan siklus hidup, tingkat pengangguran, dan pertumbuhan produktivitas), langkah berikutnya adalah mengalikan estimasi upah tiap tahunnya dengan probabilitas aktuaria bahwa korban masih hidup pada akhir tahun yang bersangkutan.

Kita juga dapat — meskipun, seperti akan dijelaskan kemudian, tidak selalu harus — menyesuaikan estimasi upah riil korban untuk mencerminkan pengaruh terhadap upah nominal dari estimasi inflasi selama masa kerjanya. Apabila hal tersebut dilakukan, estimasi tingkat inflasi jangka panjang dapat didasarkan pada ekspektasi investor sebagaimana tercermin dalam tingkat suku bunga instrumen bebas risiko jangka panjang, seperti obligasi pemerintah Amerika Serikat.

Tingkat suku bunga terdiri dari tiga komponen utama: Pertama biaya peluang riil dari modal, yaitu imbal hasil yang diharapkan tanpa memperhitungkan risiko kerugian maupun ekspektasi inflasi (atau deflasi); Kedua Premi risiko, yang diperlukan untuk mengkompensasi kemungkinan bahwa investor tidak akan menerima kembali modalnya, di mana besarnya dipengaruhi oleh preferensi risiko dari investor; namun premi risiko ini tidak relevan terhadap sekuritas pemerintah AS yang bebas risiko; Ketiga Tingkat inflasi yang diantisipasi selama jangka waktu pinjaman. Sebagai contoh, apabila pinjaman diberikan untuk jangka waktu satu tahun dan daya beli dolar diperkirakan menurun sebesar 4% selama periode tersebut, maka meskipun tidak terdapat risiko gagal bayar, pemberi pinjaman akan menuntut pengembalian modal ditambah kompensasi atas kehilangan daya beli sebesar 4% tersebut, di samping biaya peluang penggunaan modal.

Estimasi yang wajar atas biaya riil modal bebas risiko adalah sebesar 2%. Tingkat suku bunga saat ini atas obligasi pemerintah jangka panjang berkisar 10%, yang mengimplikasikan perkiraan tingkat inflasi jangka panjang sebesar 8%. Oleh karena itu, angka 8% ini layak digunakan sebagai dasar dalam menghitung estimasi inflasi apabila kecacatan korban akibat kecelakaan diperkirakan berlangsung selama bertahun-tahun. Dengan demikian, tambahan 8% sebaiknya dikenakan pada setiap estimasi tahunan atas kehilangan penghasilan korban.

Setelah semua perhitungan tersebut dilakukan, maka seluruh estimasi tahunan tersebut harus didiskontokan ke dalam nilai sekarang (*present value*) — yakni jumlah yang apabila diinvestasikan akan menghasilkan (pokok dan bunga) kerugian pendapatan untuk setiap tahun. Nilai sekarang ditentukan berdasarkan tingkat suku bunga yang digunakan untuk mendiskonto. Semakin tinggi tingkat suku bunga, maka semakin kecil nilai sekarang (lihat Tabel 6.2), karena tingkat pengembalian yang lebih tinggi akan menyebabkan pertumbuhan nilai tersebut lebih cepat.

Tingkat suku bunga nominal pada obligasi jangka panjang dapat digunakan, yaitu tingkat suku bunga yang mengandung komponen inflasi. Ini merupakan tingkat suku bunga yang tinggi, dan karena itu akan menghasilkan nilai sekarang yang lebih rendah dibandingkan jika digunakan tingkat suku bunga yang lebih rendah. Namun hal ini tidak merugikan penggugat, karena tingkat suku bunga nominal yang tinggi telah mencerminkan faktor inflasi yang sebelumnya telah dimasukkan dalam estimasi kehilangan pendapatan

masa depan. Dengan kata lain, inflasi tidak menjadi variabel yang signifikan apabila nilai sekarang dihitung secara tepat. Apabila estimasi kehilangan pendapatan korban dihitung dalam angka riil — bebas dari pengaruh inflasi — maka setiap estimasi tersebut akan 8% lebih rendah, namun estimasi tersebut akan didiskontokan dengan tingkat suku bunga 8% lebih rendah pula.

Namun, dalam kedua pendekatan tersebut, apakah seharusnya digunakan suku bunga bebas risiko (yakni tingkat bunga atas surat berharga yang diterbitkan atau dijamin oleh pemerintah)? Jawabannya: tidak. Aliran pendapatan yang hilang, yang nilainya ingin disetarakan dalam bentuk nilai kini dari ganti kerugian, bukanlah aliran pendapatan bebas risiko — karena dapat terputus sewaktu-waktu akibat kematian, pengangguran, atau kecacatan yang disebabkan oleh hal lain. Oleh karena itu, apabila penggugat bersifat *risk averse* (menghindari risiko), maka ia akan menilai bahwa nilai ekivalen bebas risiko dari aliran pendapatan berisiko yang hilang tersebut lebih tinggi baginya. Dengan demikian, suatu faktor risiko perlu ditambahkan ke dalam tingkat diskonto guna menurunkan nilai kini ke tingkat yang memberikan utilitas (manfaat subjektif) yang setara dengan aliran pendapatan berisiko yang dimaksudkan untuk digantikan oleh ganti rugi tersebut.¹⁴⁷

Terdapat pula komplikasi lainnya. Teori produksi rumah tangga yang telah dibahas dalam Bab 5 menyiratkan bahwa penghasilan riil individu tidak terbatas pada pendapatan pasar (*market income*) yang diperoleh dalam 40 dari total 168 jam dalam seminggu.¹⁴⁸ Suatu kecelakaan serius yang menyebabkan seseorang tidak lagi dapat bekerja dalam pasar tenaga kerja juga dapat mengurangi produktivitas individu tersebut dalam jam-jam non-pasar, yang seharusnya dapat digunakan untuk menghasilkan rekreasi, kasih sayang, atau bentuk lain dari komoditas akhir rumah tangga (*ultimate household commodities*). Tingkat upah dari pekerjaan sambilan (*moonlighting*) dapat digunakan sebagai dasar estimasi biaya peluang akibat ketidakmampuan untuk memanfaatkan jam-jam tersebut secara produktif di luar pasar tenaga kerja. Namun, apabila pendekatan ini dilakukan, maka bagian dari upah seseorang yang merupakan kompensasi atas biaya bekerja — termasuk pendapatan

¹⁴⁷ Kasus-kasus tersebut—termasuk, sayangnya, satu kasus yang ditulis oleh penulis buku ini—tidak memperhatikan poin ini. Lihat, misalnya, *O'Shea v. Riverway Towing Co.*, supra catatan 11. Dalam keadaan apa saja tingkat bebas risiko masih mungkin tepat?

¹⁴⁸ Lihat Neil K. Komesar, *Menuju Teori Umum Kerugian Cedera Pribadi*, 3 J. Leg. Stud. 457 (1974).

nonmaterial yang hilang dari waktu luang, serta risiko dan ketidaknyamanan yang melekat pada pekerjaan tersebut — harus dikurangkan, guna memperoleh estimasi yang tepat atas kerugian bersih yang dialami akibat kecacatan.

M. Ganti Rugi atas Rasa Sakit dan Penderitaan serta Permasalahan Penilaian atas Nilai Kehidupan Manusia

Kesalahpahaman masyarakat awam — yang telah disinggung dalam bab pertama buku ini — antara kerugian keuangan (*pecuniary loss*) dan kerugian ekonomi (*economic loss*) menjadi dasar dari kritik terhadap pemberian ganti rugi (yang sering kali cukup besar) atas rasa sakit, cacat fisik, kehilangan mobilitas, dan bentuk penderitaan lainnya akibat kecelakaan, meskipun tidak berdampak pada penghasilan. Kerugian-kerugian semacam itu menimbulkan biaya peluang. Orang rela membayar untuk menghindarinya, dan menuntut imbalan untuk menanggung risikonya.

Ganti rugi atas rasa sakit dan penderitaan, meskipun tampaknya besar, dapat saja belum cukup untuk mengkompensasi korban yang mengalami cacat serius akibat kecelakaan. Sebab, kehilangan penglihatan atau anggota tubuh mengurangi tingkat kenikmatan yang dapat dibeli dengan uang,¹⁴⁹ sehingga dibutuhkan jumlah uang yang sangat besar untuk mengembalikan posisi relatif kepuasan korban ke kondisi sebelum kecelakaan.¹⁵⁰ Permasalahan ini menjadi sangat pelik dalam kasus kematian. Kebanyakan orang tidak akan menukarkan hidupnya dengan uang berapa pun jumlahnya apabila penukarannya dilakukan secara seketika, karena waktu untuk menikmati hasil dari penukaran tersebut sangat terbatas. Namun, tidak mungkin disimpulkan bahwa nilai ganti rugi yang tepat dalam kasus kematian adalah tak terbatas. Kesimpulan seperti itu akan mengimplikasikan bahwa tingkat optimal kecelakaan fatal adalah nol, atau hampir mendekatinya (mengapa menggunakan kualifikasi ini?), padahal jelas bahwa baik secara individu maupun kolektif, masyarakat tidak bersedia menanggung biaya yang diperlukan untuk menurunkan tingkat kecelakaan fatal hingga sedemikian rupa.

¹⁴⁹ Ini adalah contoh bagaimana cedera dapat mengurangi pendapatan non-finansial dari aktivitas non-pasar. Lihat Bab 6.11 supra.

¹⁵⁰ Terkadang jumlahnya tak terbatas. Lalu bagaimana? Lihat David Friedman, *What Is Fair Compensation for Death or Injury?*, 2 Intl. Rev. Hukum & Ekonomi. 81 (1982).

Pengadilan menyelesaikan permasalahan pelik mengenai penilaian kehidupan manusia dengan mengabaikannya. Ganti rugi dalam kasus kematian umumnya dibatasi pada kompensasi atas kerugian keuangan yang dialami oleh pihak yang ditinggalkan (dalam beberapa yurisdiksi, kepada harta peninggalan korban), ditambah biaya pengobatan dan rasa sakit dan penderitaan yang dialami korban sebelum meninggal dunia. Kerugian keuangan bagi pihak yang ditinggalkan adalah selisih antara pendapatan yang hilang dari korban dan biaya hidup korban. Ujiannya sama seperti dalam kasus kecacatan, kecuali bahwa karena pengeluaran pribadi korban (seperti makanan, dan sebagainya) tidak lagi ada setelah kematian namun tetap ada dalam kecacatan, maka pengeluaran tersebut dikurangkan dalam perhitungan ganti rugi atas kematian tetapi tidak dalam kecacatan. Asumsi implisit dari pendekatan ini adalah bahwa seseorang yang telah meninggal tidak memperoleh *utilitas* apa pun dari kehidupannya!

Pihak lain yang kerap dirugikan akibat kematian atau kecacatan seseorang, selain keluarga yang ditinggalkan, adalah pihak pemberi kerja. Pemberi kerja menginvestasikan dana dalam pelatihan pekerja dengan harapan akan mendapatkan kembali nilai investasi tersebut melalui produktivitas yang lebih tinggi. Modal manusia (*human capital*) yang tercipta adalah aset nyata bagi pemberi kerja, sebagaimana halnya mesin produksi; dan kehancuran aset ini merupakan kerugian nyata pula, sebagaimana telah diakui secara implisit oleh beberapa pengadilan asing melalui pemberian ganti rugi kepada pemberi kerja atas cedera yang diderita karyawannya.¹⁵¹ Pengadilan *common law* sebelumnya juga memberikan ganti rugi semacam ini, namun kini tidak lagi — secara keliru menganggap bahwa pemberian ganti rugi tersebut menyiratkan bahwa pemberi kerja “memiliki” karyawan.

Permasalahan yang sangat sulit muncul ketika harus menilai nilai kehidupan seorang anak. Meskipun sering kali tidak tersedia dasar yang cukup untuk memperkirakan kehilangan pendapatan, estimasi minimum atas kerugian yang diderita orang tua — yang dapat dijadikan dasar perhitungan ganti rugi kepada mereka — adalah investasi mereka, baik dalam bentuk uang maupun waktu (yang dapat dimonetisasi berdasarkan biaya peluang di pasar),

¹⁵¹ Lihat Klub Sepak Bola de Metz c. Wiroth, 1956 Recueil Dalloz 723 (Cour d'Appel de Colmar); Camerlo c. Dassary el Demeyere, 1958 Recueil Dalloz 253 (Cour d'Appel de Lyon). Apakah relevan jika pekerja tersebut mempunyai kontrak jangka waktu tetap dengan majikannya atau dapat berhenti kapan saja?

dalam membesarkan anak tersebut hingga saat kematiannya.¹⁵² Asumsinya adalah bahwa orang tua tidak akan melakukan investasi tersebut apabila nilai harapan atas anak tersebut bagi mereka lebih rendah daripada biayanya. Tentu saja, nilai anak bagi orang tua bisa jauh lebih tinggi, tetapi estimasi nilai penuh tersebut menghadirkan kesulitan yang sangat berat.

Permasalahan valuasi dalam kasus kematian mungkin dapat dipecahkan dengan membedakan antara perubahan *utility* secara *ex ante* dan *ex post* akibat suatu aktivitas yang berisiko. Jika saya menyetir secara ugal-ugalan, maka saya menciptakan risiko cedera terhadap banyak orang. Berdasarkan studi atas premi upah yang diminta oleh para pekerja dalam pekerjaan berisiko, dan studi yang bahkan lebih relevan mengenai pilihan sukarela individu dalam menyeimbangkan keselamatan dan biaya (seperti dalam keputusan membeli alarm asap, menggunakan sabuk pengaman, dan sebagainya), kita memiliki sejumlah data mengenai biaya yang secara implisit dipersepsikan individu dalam menghadapi risiko cedera atau kematian.¹⁵³ Studi semacam ini dapat digunakan untuk memperkirakan biaya dari perbuatan membahayakan saya tersebut, dan saya dapat dimintakan pertanggungjawaban, terlepas dari apakah mobil saya benar-benar menabrak seseorang atau tidak. Ganti rugi yang dikenakan terhadap saya tidak akan lebih besar hanya karena mobil saya kebetulan menyebabkan kematian seseorang, karena menurut hipotesisnya, korban tersebut telah menyetujui risiko tersebut apabila ia telah dibayar sebesar biaya *ex ante* yang relevan; oleh karena itu, harta peninggalan korban,

¹⁵² Lihat *Wycko v. Gnodtke*, 361 Mich. 331, 339, 105 NW2d 1 18, 122 (1960); *Breckon Franklin Fuel Co.*, 383 Mich. 251, 268, 174 NW2d 836, 842 (1970).

¹⁵³ Lihat, misalnya, Richard Thaler & Sherwin Rosen, *The Value of Saving a Life: Evidence From the Labor Market, dalam Household Production and Consumption* 265 (Nestor E. Terleckyj ed. 1975); Rachel Dardis, *The Value of Life: New Evidence From the Marketplace*, 70 Am. Econ. Rev. 1077 (1980); Martin J. Bailey, *Reducing Risks to Life: Measurement of the Benefits* 28-46 (Am. Enterprise Institute 1980); Craig A. Olson, *An Analysis of Wage Differentials Received by Workers on Dangerous Jobs*, 16 J. Human Resources 167 (1981); W. Kip Viscusi, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace*, bab 6 (1983); dan untuk latar belakang umum MW Jones-Lee, *The Value of Life: An Economic Analysis* (1976); Richard Zeckhauser, *Procedures for Valuing Lives*, 23 Pub. Policy 419 (1975). Pekerjaan berisiko akan menarik orang-orang yang memiliki selera bahaya di atas rata-rata. Lih. Lihat 6.6 supra. Sebaliknya, selera bahaya orang-orang yang terpapar bahaya non-pekerjaan mungkin rata-rata. Tentu saja, selalu ada masalah bahwa orang-orang mungkin, karena ketidaktahuannya, meremehkan (atau melebih-lebihkan!) bahaya kecil. Lihat lebih lanjut tentang poin ini di Bab 13.d infra.

bersama dengan individu lain yang saya bahayakan, berhak untuk menerima pembayaran tersebut — dan tidak lebih dari itu — sebagai ganti rugi.

Perlu dicatat bahwa jumlah total ganti rugi *ex ante* yang dihitung dengan cara ini tidak akan sama dengan total ganti rugi menurut sistem *common law* atas seseorang yang benar-benar mengalami cedera. Fakta bahwa perbuatan saya telah menimbulkan risiko 1% terhadap 100 orang atas kehilangan hidup — yang menurut pendekatan konvensional dalam perkara gugatan akan dinilai sebesar \$500.000 per jiwa — tidak serta-merta berarti bahwa masing-masing dari 100 orang tersebut hanya akan menuntut \$5.000 untuk menerima risiko tersebut. Terlepas dari persoalan *risk aversion*, karena kebanyakan orang memperoleh pendapatan nonkeuangan (*nonpecuniary*) di samping pendapatan keuangan (*pecuniary*) dari kehidupan, mereka akan menuntut kompensasi yang lebih tinggi untuk menerima risiko kematian dibandingkan dengan jumlah kerugian keuangan murni akibat kematian, yang merupakan satu-satunya aspek yang dicoba dikompensasikan oleh sistem *common law*.¹⁵⁴

Selain itu, terdapat kesulitan praktis yang tampaknya tidak dapat diatasi untuk menerapkan metode penilaian kerugian sebagaimana disarankan dalam suatu sistem di mana inisiatif untuk menuntut ganti rugi hukum berada pada pihak korban. Banyak dari para “korban” atas suatu perbuatan berbahaya dalam pendekatan *ex ante* bahkan mungkin tidak menyadari adanya bahaya terhadap diri mereka, dan pihak ahli waris dari seseorang yang kebetulan tewas tidak memiliki insentif khusus untuk menggugat; yang dapat mereka peroleh hanyalah *risk premium ex ante* — yang pada umumnya merupakan jumlah yang kecil.

Kemungkinan akhir yang dapat dipertimbangkan adalah menyimpulkan nilai kerugian *ex post* dari kerugian *ex ante*. Misalnya, andaikan kita mengetahui bahwa rata-rata orang menghendaki kompensasi sebesar USD 100 untuk menanggung risiko kematian sebesar 0,0001. Dapatkah kita menyimpulkan bahwa orang tersebut menilai hidupnya senilai USD 1 juta? Kita dapat — setidaknya untuk tujuan penetapan ganti rugi dalam hukum delik terhadap cedera yang berkemungkinan kecil (yakni kecelakaan), yang merupakan tujuan pembahasan ini. Apabila korban potensial menilai penghilangan risiko sebesar 0,0001 tersebut seharga USD 100, maka setiap

¹⁵⁴ Lihat Bryan C. Conley, Nilai Kehidupan Manusia dalam Tuntutan Keamanan, 66 Am. Econ. Rev. 45 (1976).

bentuk tindakan pencegahan yang dapat menghilangkan risiko tersebut dengan biaya kurang dari USD 100 akan bersifat efisien. Dengan kata lain, nilai dari PL adalah USD 100. Karena nilai P adalah 0,0001, maka L , yang dapat dihitung dengan membagi USD 100 (PL) dengan 0,0001 (P), adalah sebesar USD 1 juta. Apabila kita menjadikan nilai tersebut sebagai jumlah yang wajib dibayar oleh pelaku yang gagal mengambil tindakan pencegahan, yang seharusnya dapat menghilangkan risiko tersebut dengan biaya di bawah USD 100, apabila kematian terjadi akibat kelalaiannya, maka kita akan memperoleh tingkat pencegahan yang tepat — dan dengan demikian USD 1 juta merupakan valuasi yang tepat atas nilai hidup manusia untuk kepentingan hukum delik.

Namun, pendekatan ini tidak dapat diterapkan ketika probabilitas kematian tergolong tinggi. Fakta bahwa seseorang hanya menghendaki USD 100 untuk menerima risiko kematian sebesar 0,0001 tidak serta merta berarti bahwa ia akan menerima USD 100.000 untuk risiko kematian sebesar 10 persen — atau USD 1 juta untuk risiko kematian sebesar 100 persen. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, kebanyakan orang tidak akan menerima berapa pun jumlah uang untuk menyerahkan hidupnya secara seketika. Namun, apabila kita menyimpulkan dari hal tersebut bahwa nilai kehidupan adalah tak terbatas, maka nilai PL pun akan menjadi tak terbatas tidak peduli seberapa kecil nilai P , dan akibatnya orang tidak akan pernah mengambil risiko apa pun — yang jelas tidak sesuai dengan kenyataan perilaku manusia. Oleh karena itu, tampaknya nilai kehidupan (sebagaimana digambarkan pada sumbu vertikal dalam Gambar 6.3) meningkat lebih cepat daripada risiko kematian (sumbu horizontal). Jika setiap peningkatan risiko menghasilkan *disutility* yang sama, maka fungsi yang menggambarkan *disutility* terhadap risiko akan berbentuk garis lurus. Namun, bentuk kurva yang merepresentasikan fungsi tersebut menunjukkan bahwa orang akan menuntut kompensasi yang jauh lebih besar untuk mengambil risiko tinggi dibandingkan dengan jumlah yang dihitung berdasarkan perkalian kompensasi untuk risiko kecil dengan kenaikan risiko.



Figure 6.3

(Dengan demikian, segmen cd dalam Gambar 6.3 jauh lebih besar daripada ab , meskipun kenaikan risiko yang dikompensasi oleh cd sama dengan yang dikompensasi oleh ab .) Hal ini akan menjadi penting ketika kita membahas sanksi yang optimal untuk kejahatan pembunuhan dan bentuk kekerasan lainnya dalam bab selanjutnya.

Mengapa terdapat hubungan nonlinier antara risiko dan utilitas? Karena semakin besar risiko kematian, semakin kecil kemungkinan bahwa pengambil risiko akan sempat menikmati penggunaan uang yang dibayarkan kepadanya sebagai kompensasi atas risiko tersebut. Hal ini paling nyata ketika risiko mencapai 100 persen: pada saat itu, tidak ada jumlah uang yang terbatas yang dapat memberikan kompensasi yang memadai bagi pengambil risiko — kecuali jika ia memiliki motivasi altruistik yang sangat tinggi.⁷

N. Aturan Manfaat Kolateral (*Collateral Source Rule*)

Apabila suatu polis asuransi kecelakaan memberikan hak kepada saya untuk menerima pembayaran sebesar USD 10.000 atas jenis cedera tertentu yang terjadi akibat kecelakaan, dan saya mengalami cedera tersebut dalam suatu kecelakaan yang disebabkan oleh kelalaian pihak pelaku (*injurer*), maka saya dapat menagih pembayaran sebesar USD 10.000 tersebut kepada perusahaan asuransi dan juga menuntut ganti rugi penuh dari pelaku — yang dalam hal ini, kita anggap nilainya juga sebesar USD 10.000 — sepanjang saya tidak menyetujui pengalihan hak delik saya kepada pihak asuransi (*subrogation*). Apabila tergugat diizinkan menggunakan keberadaan polis asuransi saya sebagai dasar untuk membebaskan dirinya dari kewajiban membayar ganti rugi, maka hal tersebut akan mengakibatkan tingkat pencegahan (*deterrence*) yang lebih rendah dari yang semestinya (*underdeterrence*). Biaya ekonomi dari kecelakaan tersebut, tidak peduli oleh siapa pun ditanggung, tetap bernilai USD 10.000, dan jika putusan terhadap

pelaku adalah nihil, maka insentifnya untuk mengeluarkan biaya hingga USD 10.000 (dengan mempertimbangkan probabilitas kejadian) guna mencegah kecelakaan serupa di masa mendatang akan berkurang. Secara kurang kasatmata, pemulihan ganda tersebut tidak serta-merta menjadi suatu keuntungan berlebih (*windfall*) bagi saya. Saya membeli polis asuransi tersebut dengan harga yang secara asumtif setara dengan nilai ekspektasi dari cedera yang mungkin saya alami ditambah dengan biaya penerbitan polis. Pihak perusahaan asuransi dapat, apabila dikehendaki, mengecualikan dari cakupan polis tersebut cedera yang diakibatkan oleh kecelakaan di mana pihak lain dapat dimintakan pertanggungjawaban hukum oleh saya, atau mereka dapat mensyaratkan saya untuk mengalihkan hak-hak hukum saya kepada mereka apabila kecelakaan tersebut terjadi. Dalam kedua kasus tersebut, premi asuransi yang saya bayarkan akan lebih rendah.

Sebagian pengadilan mengalami kesulitan dalam menerapkan aturan ini ketika manfaat kolateral yang diterima oleh korban tidak timbul dari suatu kontrak, melainkan diberikan secara “cuma-cuma” (*gratuitous*). Namun demikian, sebagian besar manfaat cuma-cuma pada akhirnya terbukti sebagai manfaat yang secara tidak langsung telah dibayar oleh penerimanya. Misalnya, apabila seorang pemberi kerja memberikan perawatan medis tanpa biaya kepada karyawannya yang terluka, hal ini pada dasarnya berarti bahwa pemberi kerja membayar imbalan atas tenaga kerja tidak sepenuhnya dalam bentuk uang, tetapi sebagian dalam bentuk natura (*in kind*), sehingga apabila manfaat “cuma-cuma” tersebut tidak diberikan, maka gaji dalam bentuk uang tentu akan lebih tinggi. (Lalu bagaimana dengan manfaat disabilitas dari jaminan sosial? — *Social Security Disability Benefits*.)

O. Kelalaian dengan Asuransi Tanggung Gugat dan Asuransi Kecelakaan; Skema Kompensasi Kecelakaan Mobil Tanpa Kesalahan (*No-Fault*)

Sistem tanggung jawab berdasarkan kelalaian, yang ciri substantif dan remedial utamanya telah dijabarkan dalam bagian-bagian sebelumnya pada bab ini, telah sejak lama mendapat reputasi buruk. Kritik utama yang dialamatkan kepadanya adalah bahwa sistem ini mahal dan tidak memadai

sebagai suatu mekanisme kompensasi.¹⁵⁵ Perhatian secara alami terfokus pada kasus kecelakaan lalu lintas, yang merupakan tipe perkara kelalaian yang paling umum terjadi. Studi-studi menunjukkan bahwa biaya administratif, khususnya biaya hukum, merupakan proporsi yang sangat signifikan dari total jumlah yang dibayarkan kepada korban dalam penyelesaian dan gugatan hukum, serta bahwa banyak orang yang mengalami luka dalam kecelakaan lalu lintas tidak menerima kompensasi atau hanya sedikit, baik karena korban itu sendiri lalai, karena pelaku tidak memiliki asuransi dan tidak mampu membayar, maupun karena pelaku merupakan pengemudi tabrak lari yang tidak diketahui identitasnya.¹⁵⁶

Apabila tujuan satu-satunya dari sistem kelalaian adalah kompensasi, maka sistem ini patut dinilai buruk karena mahal dan tidak lengkap. Namun, fungsi ekonominya bukanlah semata-mata memberikan kompensasi, melainkan untuk mencegah terjadinya kecelakaan yang tidak efisien (*deterrence of inefficient accidents*). Apabila sistem ini dapat menghasilkan penghematan signifikan dalam biaya kecelakaan, maka biaya administratifnya yang tinggi — yang umumnya berkaitan dengan proses penentuan tanggung jawab hukum, yaitu apakah kecelakaan tersebut termasuk jenis yang tidak efisien — dapat dibenarkan. Terkait dengan cakupan (*coverage*), kekurangan sistem ini dapat diatasi melalui perluasan kepemilikan asuransi kecelakaan oleh masyarakat.

Efektivitas penghukuman (*deterrent impact*) dari ganti rugi atas kecelakaan lalu lintas menjadi tumpul karena adanya asuransi tanggung gugat, meskipun, seperti akan kita lihat, implikasi kebijakannya tidak sesederhana yang diperkirakan. Asuransi tanggung gugat kendaraan bermotor saat ini hampir bersifat universal, sebagian karena negara mewajibkan para pengemudi untuk memiliki polis asuransi tanggung gugat atau menyampaikan bukti kemampuan keuangan yang setara sebagai bentuk pertanggungjawaban atas kecelakaan. (Keberharusan menunjukkan bukti kemampuan keuangan adalah kebijakan yang efisien; sebaliknya, kewajiban memiliki asuransi tanggung gugat tidak demikian. Apakah Anda memahami mengapa?)

¹⁵⁵ Untuk serangan yang kuat meskipun sudah ada tanggalnya, terutama yang bersifat ekonomi, terhadap sistem kelalaian, lihat Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970), terutama poin 4-5.

¹⁵⁶ Lihat Alfred F. Conard et al., *Biaya dan Pembayaran Kecelakaan Mobil* (1964).

Namun bahkan tanpa paksaan, asuransi tanggung gugat akan tetap umum digunakan. Risiko aversi (*risk aversion*) yang tersebar luas merupakan syarat yang diperlukan, namun secara mengejutkan tidak mencukupi, bagi fenomena ini. Secara teoritis, terdapat cara yang lebih murah untuk menghindari risiko dituntut atas tanggung jawab hukum akibat kecelakaan lalu lintas: yaitu dengan tidak berlaku lalai. (Mengapa hal ini lebih murah bahkan jika asuransi tidak menimbulkan beban administratif?) Akan tetapi, karena pengadilan dapat melakukan kekeliruan, karena standar kelalaian mengandung komponen tanggung jawab mutlak (yakni standar “orang yang berperilaku wajar”), serta karena sifat probabilistik (*stochastic*) dari konsep kelalaian itu sendiri, maka terdapat risiko bahwa seseorang akan dinyatakan lalai, dan karena itu timbul permintaan terhadap asuransi terhadap tanggung jawab hukum akibat kelalaian.

Dengan adanya asuransi, biaya kecelakaan yang ditanggung oleh pelaku lalai tidak lagi setara dengan kerugian korban, melainkan setara dengan nilai kini dari kenaikan premi asuransi yang mungkin timbul sebagai akibat dari ditetapkannya kelalaian terhadap dirinya. Akibat dari adanya biaya informasi (*information costs*), sikap regulator yang menentang struktur premi yang “diskriminatif,” serta kebijakan pengelompokan risiko wajib (*assigned-risk pools*) yang memperbolehkan bahkan pengemudi paling berisiko sekalipun untuk membeli asuransi tanggung gugat dengan tarif yang hanya sedikit lebih tinggi dari tarif normal, struktur premi asuransi tidak disesuaikan secara presisi dengan ekspektasi biaya kecelakaan dari masing-masing pengemudi. Meskipun tarif premi tidak bersifat seragam, perbedaannya sering kali mencerminkan kriteria seperti pernah terlibat dalam kecelakaan (tanpa memedulikan apakah tertanggung lalai) atau kategori usia, yang hanya memiliki korelasi lemah terhadap kelalaian. Variansi ekspektasi biaya kecelakaan di dalam tiap kelompok sangat tinggi, sehingga metode penetapan tarif premi tersebut mengakibatkan adanya efek *overdeterrence* pada sebagian pengemudi dan *underdeterrence* pada sebagian lainnya.

Jika pasar asuransi tanggung gugat tidak diatur oleh negara, perusahaan asuransi akan menetapkan tarif premi berbeda-beda bagi pelanggan berdasarkan probabilitas bahwa pelanggan tersebut, melalui kelalaiannya, akan menyebabkan cedera dalam suatu kecelakaan. Relasi antara perusahaan asuransi dengan tertanggung akan serupa dengan hubungan antara pemberi kerja dan pekerja dalam konteks prinsip *respondeat superior* — suatu prinsip

yang secara umum dianggap dapat diterima untuk mengendalikan kelalaian oleh pekerja. Namun, perusahaan asuransi kemungkinan memiliki kontrol yang lebih kecil terhadap kehati-hatian tertanggungnya dibandingkan dengan kontrol pemberi kerja terhadap pekerjanya, sehingga kecelakaan akan lebih banyak terjadi dibandingkan dengan sistem yang melarang adanya asuransi tanggung gugat. Namun apabila korban tetap mendapat kompensasi secara penuh, maka asuransi tanggung gugat tetap dapat dianggap efisien meskipun tingkat kecelakaan meningkat. Perusahaan asuransi dan tertanggung memperoleh manfaat, sementara tidak ada pihak lain yang dirugikan.¹⁵⁷ Kenaikan premi yang dibutuhkan untuk menutup biaya tambahan dari kecelakaan akan menghasilkan utilitas yang setara atau bahkan lebih besar dalam bentuk pengurangan risiko bagi para pengemudi yang aversif terhadap risiko (mengapa?). Oleh karena itu, meskipun asuransi tanggung gugat memang mengurangi kekuatan penghukuman dari hukum perdata secara tertentu,¹⁵⁸ hal tersebut tidak serta-merta menjadikannya sistem pengendalian kecelakaan yang tidak efisien.

Kritik lain yang berkaitan terhadap sistem kelalaian adalah bahwa tidak realistis untuk mengharapkan bahwa orang yang tidak terpengaruh oleh ketakutan terhadap cedera tubuh akan dapat dicegah dari perilaku ceroboh hanya karena ketakutan terhadap ganti rugi uang; atau, dalam hal ketika kelalaian korban menjadi penghalang bagi pemulihan ganti rugi, karena ketidakmampuannya untuk memperoleh kompensasi dari pelaku. Beberapa pengamatan mengenai hal ini akan dibahas selanjutnya.

1. Argumen tersebut tidak dapat diterapkan terhadap pelaku cedera (*injurers*) yang secara pribadi tidak berada dalam posisi membahayakan dirinya sendiri, terhadap pemberi kerja dari pelaku cedera (seperti perusahaan truk atau taksi), serta terhadap kecelakaan yang hanya menimbulkan bahaya signifikan terhadap harta benda.
2. Argumen tersebut mengabaikan efek pencegahan kecelakaan yang dihasilkan dari besarnya premi asuransi tanggung gugat, yang mencerminkan ekspektasi tanggung jawab hukum dari pihak

¹⁵⁷ Lihat Steven Shavell, Tentang Tanggung Jawab dan Asuransi, 13 Bell J. Econ. 120 (1982).

¹⁵⁸ Meskipun tidak perlu, jika perusahaan asuransi merupakan pemantau yang efisien terhadap perilaku keselamatan tertanggungnya. Untuk pembahasan awal yang menarik mengenai hal ini, lihat Fleming James, Jr., Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance, 57 Yale LJ 549, 559-562 (1948).

tertanggung, sehingga mencegah sebagian orang untuk menjadi pengemudi. Misalnya, premi tinggi yang dikenakan kepada pengemudi laki-laki muda menyebabkan keterlambatan mereka dalam mulai mengemudi.

3. Argumen tersebut mengimplikasikan bahwa kompensasi dalam hukum perbuatan melawan hukum (*tort*) tidak pernah sepenuhnya memberikan ganti rugi, yang apabila benar, justru memperkuat argumentasi sebelumnya bahwa kecenderungan pemberian ganti rugi dalam perkara *tort*, meskipun kerap dikritik berlebihan, pada kenyataannya justru mengakibatkan kurangnya kompensasi bagi korban kecelakaan yang serius. Apabila ganti rugi tersebut benar-benar memberikan kompensasi penuh, maka korban akan bersikap netral antara mengalami cedera atau tidak. Perlu dicermati bahwa apabila korban tidak memperoleh kompensasi secara penuh dalam sistem ganti rugi *tort*, maka asuransi tanggung gugat dapat menciptakan eksternalitas, bertentangan dengan analisis sebelumnya.
4. Eksperimen mengenai sistem kompensasi kecelakaan lalu lintas tanpa kesalahan (*no-fault*) telah memberikan bukti empiris—yang akan dibahas kemudian—bahwa tanggung gugat dalam hukum perbuatan melawan hukum (*tort liability*) memiliki efek pencegahan.
5. Meskipun bukan merupakan argumen khusus mengenai kecelakaan lalu lintas, perlu diingat bahwa konsep kelalaian (*negligence*) memiliki ruang lingkup yang jauh lebih luas. Sangat sedikit ahli yang berpendapat bahwa kelalaian dalam praktik kedokteran (malpraktik medis) atau tanggung jawab atas produk (*products liability*) tidak mempengaruhi perilaku dokter dan produsen masing-masing.

Kritik terhadap sistem kelalaian dalam perkara kecelakaan lalu lintas telah mendorong diberlakukannya undang-undang kompensasi kecelakaan lalu lintas tanpa kesalahan (*no-fault*) di banyak negara bagian. Ciri yang mengejutkan dari undang-undang ini, dari perspektif ekonomi, adalah bahwa undang-undang tersebut sama sekali tidak berfokus pada penciptaan insentif yang lebih baik untuk pencegahan kecelakaan. Undang-undang ini tidak bertujuan menjadikan sistem *tort* sebagai mekanisme pencegah perilaku berisiko, melainkan lebih ditujukan untuk memperluas cakupan perlindungan sistem serta menurunkan biaya *premi asuransi*. Namun, tujuan-tujuan tersebut

bertentangan satu sama lain dan juga bertentangan dengan tujuan untuk menurunkan jumlah kecelakaan.

Rencana *Keeton-O'Connell*,¹⁵⁹ yang menjadi model bagi banyak peraturan perundang-undangan tersebut, menggambarkan dilema tersebut. Dalam rencana ini, setiap pengemudi diwajibkan untuk memiliki perlindungan dasar (*basic protection*) yang memberikan hak kepadanya untuk memperoleh penggantian biaya pengobatan dan kehilangan pendapatan apabila terjadi kecelakaan, tanpa mempersoalkan adanya unsur kelalaian dari pihak pelaku maupun kebebasan dari kelalaian dari pihak korban sendiri. Kerugian berupa rasa sakit dan penderitaan (*pain and suffering*) tidak diberikan kompensasi, dan segala manfaat dari sumber lain (*collateral benefits*) harus dikurangkan. Korban dapat melepaskan hak atas perlindungan dasar dan mengajukan gugatan berdasarkan hukum *tort* secara konvensional apabila mengalami kerugian lebih dari *USD* 10.000 (di luar kerugian atas rasa sakit dan penderitaan). Perlindungan dasar merupakan bentuk asuransi pihak pertama (*first-party insurance*) atas kecelakaan, bukan asuransi pihak ketiga (*third-party liability*). Pengemudi membayar premi kepada dan menerima pembayaran dari perusahaan asuransinya sendiri. Pelaku dan perusahaan asuransinya hanya bertanggung jawab apabila korban melepaskan perlindungan dasar dan menggugat berdasarkan hukum *tort*.

Mengapa kerugian atas rasa sakit dan penderitaan dikecualikan, dan manfaat dari sumber lain harus dikurangkan? Tampaknya bukan karena para perancang menganggap rasa sakit dan penderitaan bukan sebagai kerugian nyata, atau karena manfaat tambahan dianggap sebagai keuntungan tak sah, sebab kedua unsur tersebut tetap dipertimbangkan dalam kecelakaan yang tergolong serius. Namun, para perancang membutuhkan suatu cara untuk mengurangi rata-rata jumlah ganti rugi guna mencegah peningkatan biaya asuransi. Karena rencana ini memberikan kompensasi kepada korban dari pengemudi yang tidak bersalah maupun korban yang turut bersalah, cakupannya lebih luas dibanding sistem *tort*. Oleh karena itu, apabila rata-rata klaim tidak lebih kecil dari sistem *tort* yang ada, maka total pembayaran klaim—dan dengan demikian, biaya premi asuransi—kemungkinan besar akan lebih besar (meskipun dengan asumsi biaya administrasi yang lebih rendah) dibanding sistem saat ini. Penghematan dari pengurangan manfaat

¹⁵⁹ Robert E. Keeton & Jeffrey O'Connell, *Perlindungan Dasar bagi Korban Lalu Lintas: Cetak Biru untuk Mereformasi Asuransi Mobil* (1965).

dari sumber lain kemungkinan bersifat sementara; masyarakat dapat mengurangi kepemilikan asuransi kecelakaan yang sudah ada untuk mengimbangi perlindungan dasar yang diwajibkan. Namun, strategi dari rencana ini jelas: meningkatkan jumlah korban kecelakaan yang mendapat kompensasi, tetapi dengan menurunkan rata-rata besaran kompensasinya.

Rencana tersebut bertentangan dengan insentif keselamatan yang semestinya. Perusahaan asuransi yang menyediakan perlindungan dasar (*basic protection insurance*) cenderung menetapkan premi yang relatif rendah bagi pengemudi, termasuk pengemudi yang ceroboh, dari kendaraan besar dan berat yang tidak memiliki tanggungan; hal ini disebabkan karena mereka dipandang memiliki kemungkinan yang lebih kecil untuk mengalami kerugian besar akibat kecelakaan dibandingkan dengan pengemudi — bahkan yang berhati-hati — dari mobil kecil dan rentan yang memiliki banyak tanggungan keluarga. Akibatnya, insentif bagi kelompok kedua untuk berhati-hati dalam berkendara akan meningkat, namun insentif bagi kelompok pertama justru menurun. Padahal, biaya untuk menghindari kecelakaan mungkin lebih besar bagi anggota kelompok kedua dibandingkan kelompok pertama, yang dalam banyak hal dapat mengurangi ekspektasi kerugian kecelakaan terhadap pihak lain dengan biaya relatif rendah bagi dirinya sendiri, baik melalui cara mengemudi yang lebih hati-hati maupun dengan mengganti kendaraan ke mobil yang lebih ringan.

Para pendukung sistem *no-fault* berpendapat bahwa fungsi pencegahan (*deterrence*) seharusnya menjadi ranah hukum pidana. Karena tidak diperbolehkan adanya asuransi terhadap sanksi pidana, maka efek negatif asuransi tanggung gugat dalam mengurangi efektivitas pencegahan dari sistem tanggung gugat atas dasar kelalaian (*negligence liability*) dapat dihilangkan. Namun, penekanan yang lebih besar terhadap pemidanaan terhadap pihak yang lalai dalam kecelakaan lalu lintas justru akan melemahkan tujuan kompensatoris dari skema *no-fault*. Apabila korban kecelakaan yang bersikap lalai dikenakan denda, maka kompensasi bersih yang diterimanya akan berkurang sebesar nilai denda tersebut, sehingga tidak lagi setara dengan tingkat kerugiannya. Selain itu, beban pembuktian, dan dengan demikian biaya pembuktian atas tindakan lalai, akan menjadi lebih tinggi dalam proses hukum yang bertujuan menjatuhkan sanksi pidana yang tidak dapat diasuransikan, karena pengadilan secara wajar akan berhati-hati terhadap risiko kesalahan penjatuhan sanksi terhadap terdakwa yang tidak bersalah dan

yang tidak memiliki perlindungan asuransi terhadap akibat dari penghukuman yang keliru.

Sebuah studi terbaru menemukan bahwa negara bagian yang memberlakukan undang-undang *no-fault* dengan pembatasan ketat terhadap tanggung gugat dalam hukum perdata (*tort liability*), dapat mengalami peningkatan angka kematian akibat kecelakaan lalu lintas sebesar 10–15 persen.¹⁶⁰ Temuan ini mungkin terdengar ganjil karena undang-undang *no-fault* tetap mempertahankan tanggung gugat perdata dalam kasus kematian. Namun perlu diingat karakteristik probabilistik dari tindakan kehati-hatian; apabila sistem *no-fault* mendorong peningkatan perilaku mengemudi secara ceroboh, maka jumlah kecelakaan pun akan meningkat, dan sebagian dari kecelakaan tersebut berujung pada kematian.

P. Perbuatan Melawan Hukum yang Dilakukan Secara Sengaja (*Intentional Torts*)

Bab ini sejauh ini telah membahas mengenai perbuatan melawan hukum yang bersifat tidak disengaja (*accidental*), atau sebagaimana sering disebut dalam hukum sebagai *unintentional torts*. Kini, kita harus menelaah kategori besar lainnya dalam hukum perbuatan melawan hukum, yakni *intentional torts* atau perbuatan melawan hukum yang dilakukan secara sengaja. Sebagaimana halnya dengan banyak perbedaan hukum lainnya, klasifikasi ini tidaklah memiliki presisi analitis sepenuhnya, antara lain karena istilah “sengaja” (*intentional*) sendiri memiliki makna yang kabur.

Sebagian besar cedera yang bersifat kecelakaan sebenarnya bersifat “sengaja” dalam arti bahwa pihak pelaku mengetahui bahwa ia dapat mengurangi probabilitas terjadinya kecelakaan dengan mengambil langkah-langkah pencegahan tambahan. Unsur kesengajaan menjadi nyata apabila pelaku adalah suatu entitas usaha yang dapat memperkirakan, berdasarkan pengalaman sebelumnya, bahwa ia akan menyebabkan sejumlah cedera kecelakaan setiap tahunnya. Sebaliknya, dalam banyak kasus *intentional torts*, unsur kesengajaan menjadi sangat lemah, sebagaimana dalam kasus seorang

¹⁶⁰ Lihat Elisabeth M. Landes, *Insurance, Liability, and Accidents: A Theoretical and Empirical Investigation of the Effect of No-Fault on Accidents*, 25 J. Law 8c Econ. 49 (1982). Untuk kritik, lihat Jeffrey O'Connell & Saul Levmore, *A Reply to Landes: A Faulty Study of No-Fault's Effect on Fault?*, 48 Mo. L. Rev. 649 (1983). Studi Bruce, *supra* catatan 5, menyajikan bukti-bukti penting yang mendukung teori pencegahan dalam hukum perdata.

dokter bedah yang tanpa sengaja melebihi batas dari persetujuan eksplisit maupun implisit pasien terhadap prosedur bedah, dan karenanya dianggap melakukan perbuatan *battery*. Dalam kasus *medical battery* yang umum, isu hukum yang timbul adalah apakah terdapat keadaan darurat yang cukup untuk membenarkan suatu prosedur medis yang belum disetujui secara eksplisit oleh pasien sebelumnya. Hal ini bergantung pada apakah biaya dari penundaan (misalnya, risiko memburuknya kondisi pasien dan bahaya tambahan akibat pembiusan ulang) lebih besar daripada nilai yang dapat diperoleh pasien dari kesempatan untuk mempertimbangkan terlebih dahulu apakah ia bersedia menjalani prosedur tersebut. Apabila demikian, maka akan dianggap terdapat persetujuan implisit terhadap prosedur tersebut.

Kasus tersebut menyerupai perkara-perkara dalam hukum kebendaan dan kontrak yang telah dibahas dalam bab-bab sebelumnya — khususnya perkara-perkara mengenai kontrak implisit di akhir Bab 4 — dan tidak mengisolasi suatu bentuk perilaku yang secara fungsional berbeda.

Contoh lain dari bagaimana suatu *intentional tort* dapat sekadar melibatkan konflik antara dua aktivitas yang sah adalah yang terlihat dalam perkara *spring gun*. Dalam perkara *Bird v. Holbrook*, tergugat memiliki kebun bunga tulip bernilai tinggi yang terletak sekitar satu mil dari tempat tinggalnya. Meskipun kebun tersebut telah diberi tembok, beberapa bunga tulip telah dicuri, sehingga ia memasang senjata otomatis (*spring gun*). Seekor burung merak betina milik tetangga melarikan diri dan masuk ke kebun tersebut. Seorang pemuda, penggugat dalam perkara ini, mengikuti burung merak itu ke dalam kebun untuk mengembalikannya kepada pemiliknya, kemudian memicu senjata otomatis dan mengalami luka. Pengadilan menyatakan bahwa tergugat bertanggung jawab atas cedera yang dialami penggugat karena kelalaiannya dalam memasang pemberitahuan bahwa kebun tersebut dipasang senjata otomatis. Insiden terjadi pada siang hari.

Isu dalam perkara ini — setidaknya jika dilihat dari perspektif ekonom — adalah mengenai bagaimana mengakomodasi dua aktivitas yang sah secara tepat, yakni budidaya bunga tulip dan pemeliharaan burung merak. Tergugat memiliki investasi yang signifikan dalam kebun tulip, tinggal cukup jauh dari lokasi, dan tembok tidak cukup efektif mencegah pencurian. Dalam masa di mana perlindungan dari kepolisian sangat minim, senjata otomatis mungkin merupakan cara perlindungan paling efisien secara biaya terhadap aset tersebut. Namun, karena senjata otomatis tidak mampu membedakan antara

pencuri dan penyusup yang tidak bersalah, penggunaannya dapat mencegah pemilik hewan peliharaan untuk mengejar hewannya yang masuk ke properti orang lain, dan akibatnya meningkatkan biaya pemeliharaan hewan (baik berupa biaya pengurungan maupun risiko kehilangan). Pengadilan dalam perkara *Bird* menyiratkan suatu bentuk kompromi yang cerdas, meskipun barangkali rapuh: pihak yang memasang senjata otomatis wajib memberikan pemberitahuan bahwa senjata tersebut telah dipasang. Dengan demikian, pemilik hewan tidak akan merasa enggan untuk mengejar hewannya ke properti orang lain yang tidak dipasang pemberitahuan. Pemberitahuan semacam itu tidak efektif pada malam hari, namun hewan umumnya diamankan saat malam dan jarang sekali pemilik hewan akan mengejar hewannya dalam gelap. Oleh karena itu, analisis akhirnya menjadi serupa dengan perkara kelalaian (*negligence*), yakni bentuk klasik dari *unintentional tort*.

Namun demikian, terdapat suatu kategori *intentional torts* yang secara ekonomi berbeda dari *unintentional torts*. Kategori ini mencakup perbuatan-perbuatan seperti *trespass* (lihat Bab 3.6 sebelumnya), *assault*, *simple battery* (misalnya pemukulan di jalanan yang berbeda dari *medical battery* atau *technical battery* dalam pertandingan ilegal), *fraud*, dan *conversion* (padanan delik perdata dari pencurian) — yaitu jenis perbuatan melawan hukum yang sering kali sangat mirip dengan tindak pidana *common law* seperti pemerkosaan, pembunuhan, perampokan, penipuan, dan pencurian. Perbuatan-perbuatan tersebut, serta tindak pidana yang bersesuaian, bukanlah merupakan konflik antara dua kegiatan sah yang produktif, melainkan merupakan bentuk transfer kekayaan secara paksa kepada pihak pelaku dalam konteks di mana biaya transaksi pasar sangat rendah.

Perilaku semacam ini dinilai tidak efisien karena melanggar prinsip yang dikembangkan dalam bab-bab sebelumnya, yakni bahwa apabila biaya transaksi pasar rendah, maka setiap orang harus diwajibkan untuk menggunakan mekanisme pasar apabila dimungkinkan, dan menghentikan perilakunya apabila tidak dapat bertransaksi secara sah. Sebagai contoh, apabila *conversion* (perampasan atau penggelapan barang milik orang lain) diperbolehkan, para pemilik barang akan mengeluarkan biaya yang sangat besar untuk pengamanan, dan mereka akan beralih pada barang-barang yang nilainya lebih rendah tetapi lebih sulit dicuri. Sebaliknya, pelaku pencurian akan mengeluarkan biaya besar untuk menetralkan upaya pengamanan

tersebut. Biaya yang timbul akibat alokasi sumber daya melalui mekanisme ini jauh lebih tinggi dibandingkan biaya dalam pertukaran sukarela.

Conversion mungkin akan sedikit lebih efisien apabila pelaku diwajibkan untuk membuktikan bahwa nilai barang bagi dirinya lebih besar daripada nilai barang tersebut bagi pemilik sebelumnya — sebagaimana halnya dengan perusahaan kereta api yang dianggap “mengambil” hasil panen petani akibat percikan api. Namun tetap saja, mekanisme semacam ini merupakan metode alokasi sumber daya yang lebih tidak efisien dibandingkan dengan pasar, sehingga tetap dilarang oleh hukum. Kita hanya mentolerirnya dalam kasus percikan api dari kereta api karena biaya transaksi pasar dalam kasus tersebut lebih tinggi dibandingkan biaya melalui mekanisme hukum.

Q. Perbuatan Melawan Hukum yang Dilakukan dengan Sengaja

Bab ini sejauh ini telah membahas tentang perbuatan melawan hukum yang bersifat tidak disengaja, atau yang dalam hukum sering disebut sebagai perbuatan melawan hukum yang tidak disengaja (*unintentional torts*). Kini kita akan membahas kategori besar lainnya dalam hukum perdata, yakni perbuatan melawan hukum yang dilakukan secara sengaja (*intentional torts*). Sebagaimana sering terjadi dalam banyak pembedaan hukum, pembedaan ini tidak sepenuhnya presisi secara analitis, sebagian karena istilah “sengaja” itu sendiri bersifat kabur. Sebagian besar kerugian akibat kecelakaan dapat dikatakan disengaja dalam arti bahwa pelaku mengetahui bahwa ia dapat mengurangi kemungkinan terjadinya kecelakaan tersebut dengan mengambil langkah pencegahan tambahan. Unsur kesengajaan tampak nyata ketika pelaku merupakan suatu entitas usaha yang berdasarkan pengalaman sebelumnya dapat memperkirakan bahwa ia akan menyebabkan sejumlah kecelakaan setiap tahunnya. Sebaliknya, dalam banyak kasus perbuatan melawan hukum yang dikategorikan sebagai sengaja, unsur kesengajaan justru sangat minim, sebagaimana dalam kasus dokter bedah yang tanpa sadar melampaui batas persetujuan eksplisit atau implisit pasien atas tindakan bedah dan dinilai telah melakukan tindakan kekerasan fisik (*battery*). Dalam kasus *battery* medis yang umum, isu hukum terletak pada ada tidaknya keadaan darurat yang cukup untuk membenarkan tindakan medis yang tidak disetujui pasien sebelumnya. Hal ini pada gilirannya bergantung pada apakah biaya dari penundaan (seperti risiko memburuknya kondisi pasien, atau bahaya tambahan dari pemberian anestesi umum kembali) lebih besar daripada nilai

yang dapat diperoleh pasien dari kesempatan untuk mempertimbangkan terlebih dahulu apakah ia ingin menjalani tindakan tersebut; apabila iya, maka persetujuan secara implisit dianggap ada. Kasus semacam ini sangat mirip dengan perkara dalam ranah hukum properti dan kontrak yang telah dibahas pada bab-bab sebelumnya — khususnya perkara mengenai kontrak implisit dalam akhir Bab 4 — dan tidak menunjukkan suatu bentuk perilaku yang berbeda secara fungsional.

Contoh lain bagaimana suatu perbuatan melawan hukum yang dilakukan secara sengaja bisa melibatkan konflik antara dua aktivitas yang sah secara hukum dapat ditemukan dalam perkara *spring gun*. Dalam kasus *Bird v. Holbrook*, tergugat memiliki kebun tulip bernilai tinggi yang terletak sekitar satu mil dari rumahnya. Meskipun kebun tersebut telah dipagari, beberapa bunga tulip telah dicuri, sehingga ia memasang senjata jebakan (*spring gun*). Seekor merak betina peliharaan milik tetangga lolos dan masuk ke kebun tersebut. Seorang pemuda, yang menjadi penggugat dalam perkara ini, mengejar burung tersebut untuk menangkap dan mengembalikannya kepada pemiliknya, namun tanpa sengaja memicu senjata jebakan dan mengalami luka-luka. Pengadilan memutuskan bahwa tergugat bertanggung jawab atas luka penggugat karena gagal memberikan tanda peringatan bahwa terdapat senjata jebakan di area tersebut. Kejadian ini terjadi pada siang hari.

Isu hukum dalam kasus tersebut — setidaknya jika dianalisis dari sudut pandang ekonomi — adalah mengenai penyesuaian yang tepat antara dua aktivitas yang sah, yaitu menanam tulip dan memelihara merak. Tergugat telah melakukan investasi substansial dalam kebun tulipnya; ia tinggal cukup jauh dari lokasi; dan pagar yang ada tidak efektif mencegah pencurian. Pada masa dengan perlindungan kepolisian yang sangat minim, penggunaan senjata jebakan mungkin menjadi sarana paling hemat biaya dalam melindungi kebunnya. Namun karena senjata jebakan tidak dapat membedakan antara pencuri dan orang yang masuk secara tidak sengaja, maka alat tersebut juga berpotensi menghalangi pemilik hewan peliharaan untuk mengejar hewan mereka yang tersesat ke properti milik orang lain, dan akibatnya meningkatkan biaya pemeliharaan hewan (baik dari segi biaya pencegahan maupun risiko kehilangan). Pengadilan dalam kasus *Bird* menyiratkan suatu penyesuaian yang cerdik meskipun rapuh: siapa pun yang memasang senjata jebakan wajib memberikan tanda peringatan. Dengan demikian, pemilik hewan tidak akan ragu untuk mengejar hewan mereka ke properti orang lain

yang tidak memiliki tanda peringatan tersebut. Tanda peringatan mungkin tidak efektif pada malam hari, namun hewan umumnya lebih diamankan saat malam, dan jarang ada pemilik yang akan mengejar hewan mereka pada malam hari. Maka dari itu, analisis kasus ini pada akhirnya sangat mirip dengan kasus kelalaian — perbuatan melawan hukum yang bersifat tidak disengaja.

Namun demikian, terdapat satu kelompok perbuatan melawan hukum yang secara ekonomi berbeda dari perbuatan melawan hukum yang tidak disengaja. Kelompok ini terdiri dari perbuatan seperti pelanggaran batas (*trespass*), penganiayaan ringan (*assault*), kekerasan fisik sederhana (seperti perampokan di jalanan yang berbeda dengan battery dalam konteks medis atau pertandingan ilegal), penipuan (*fraud*), dan penggelapan (*conversion* — padanan dalam hukum perdata dari pencurian) — jenis-jenis perbuatan melawan hukum yang mirip, bahkan seringkali identik, dengan tindak pidana umum seperti pemerkosaan, pembunuhan, perampokan, penipuan, dan pencurian. Perbuatan-perbuatan ini, beserta kejahatan pidana yang bersesuaian, tidak melibatkan konflik antara dua aktivitas yang sah secara produktif, melainkan merupakan bentuk pemindahan kekayaan secara koersif kepada pelaku yang dilakukan dalam situasi dengan biaya transaksi yang rendah. Perilaku semacam ini tidak efisien karena melanggar prinsip yang telah dikembangkan dalam bab-bab sebelumnya, yakni bahwa ketika biaya transaksi pasar rendah, maka setiap orang harus diwajibkan untuk menggunakan mekanisme pasar jika memungkinkan, dan menghentikan perilaku tersebut jika tidak memungkinkan. Sebagai contoh, jika tindakan penggelapan dibiarkan, maka pemilik properti akan menghabiskan sumber daya yang besar untuk melindungi propertinya, dan pencuri akan mengeluarkan dana besar pula untuk mengakali sistem perlindungan tersebut. Biaya-biaya yang dikeluarkan dalam pengalokasian sumber daya dengan cara ini jauh lebih besar dibandingkan dengan melalui pertukaran sukarela di pasar. Penggelapan mungkin sedikit lebih efisien jika pelaku diwajibkan membuktikan bahwa nilai barang yang diambil baginya lebih besar daripada nilai barang tersebut bagi pemilik sebelumnya, sebagaimana dalam kasus kereta api yang menyebabkan kerusakan ladang akibat percikan api. Namun meskipun demikian, metode ini tetap kurang efisien dibandingkan alokasi sumber daya melalui pasar, sehingga tetap dilarang. Kita hanya

menoleransinya dalam kasus kereta api karena biaya transaksi di pasar dalam kasus tersebut lebih tinggi daripada biaya penanganan hukum.

Terdapat pula kasus-kasus yang bersifat *intermediate* (antara), yang terletak di antara bentuk murni transfer koersif — dengan nilai B yang negatif — dan kasus kelalaian biasa, dengan B yang bernilai positif walaupun lebih rendah dari PL, atau kasus tanggung jawab mutlak (*strict liability*) di mana B justru mungkin lebih besar daripada PL. Ambillah contoh dari kasus kelalaian berat (*recklessness*). Misalnya, saya memutuskan untuk memejamkan mata sejenak ketika sedang mengemudi dan kemudian menabrak sekelompok pejalan kaki dengan kecepatan tinggi. Dalam kasus ini, B bernilai positif namun sangat kecil, sedangkan P (probabilitas cedera) dan L (kerugian) keduanya sangat tinggi. Dalam konteks ini, argumen tentang perlunya memberikan *punitive damages* (ganti rugi hukuman) untuk menyelesaikan keraguan mengenai estimasi kerugian aktual menjadi relevan, begitu pula dengan argumen bahwa pembelaan *contributory negligence* (kelalaian dari pihak korban) seharusnya tidak diperbolehkan. Oleh karena itu, tidak mengherankan jika hukum memperbolehkan pemberian *punitive damages* dalam kasus semacam ini dan juga tidak memperkenankan pembelaan atas dasar *contributory negligence*.

Sejauh ini dalam pembahasan kita mengenai *intentional torts*, penekanan utamanya adalah pada *acquisitive torts* — seperti *conversion*, perampokan (yakni *conversion* ditambah *assault* dalam istilah hukum perdata), pembunuhan dengan motif ekonomi, dan sebagainya. Namun demikian, beberapa bentuk *intentional torts* memiliki motivasi yang berbeda: yaitu adanya utilitas yang saling bergantung (*interdependent utilities*). Kita telah membahas utilitas saling bergantung yang bersifat positif dalam Bab 5. Kini kita tertarik pada bentuk sebaliknya, yakni utilitas saling bergantung yang bersifat negatif. Sebagai contoh, A meludahi wajah B — musuhnya — semata-mata untuk mempermalukannya. Tidak terjadi transfer kekayaan apapun dalam perbuatan ini. Namun, utilitas A meningkat dengan menurunnya utilitas B. Jika peningkatan utilitas pada pihak A lebih besar daripada penurunan utilitas pada pihak B (meskipun kemungkinan ini kecil — terutama dalam kasus pembunuhan, *mengapa demikian?*), maka transaksi tersebut dapat dikatakan memaksimalkan utilitas. Namun demikian, perbuatan tersebut tidak memaksimalkan kekayaan (*wealth*), dan tidak sah menurut hukum. Ini

merupakan contoh menarik dari perbedaan antara efisiensi ekonomi dan maksimisasi utilitas sebagai tujuan hukum.

R. Pencemaran Nama Baik (*Defamation*)

Perbuatan melawan hukum dalam bentuk pencemaran nama baik merupakan suatu campuran yang menarik antara unsur kesengajaan (*intent*), kelalaian (*negligence*), dan tanggung jawab mutlak (*strict liability*), serta memiliki karakteristik ekonomi tertentu yang menjadikannya pantas sebagai penutup dari bab ini. Pencemaran nama baik biasanya diklasifikasikan sebagai *intentional tort*, karena tindakan menulis atau mengucapkan pernyataan negatif mengenai seseorang merupakan tindakan yang disengaja. Namun demikian, jenis perbuatan melawan hukum ini juga menunjukkan karakteristik tanggung jawab mutlak, seperti dalam kaidah hukum yang menyatakan bahwa tidak menjadi pembelaan yang sah apabila tergugat telah melakukan upaya yang wajar untuk tidak mencemarkan nama baik penggugat.

Dalam perkara terkenal *Jones v. E. Hulton & Co.*, penulis sebuah cerita fiktif dalam surat kabar secara tidak sengaja memberikan nama tokoh dalam cerita tersebut dengan nama asli seorang individu nyata, yaitu Artemus Jones, yang kemudian menggugat atas dasar pencemaran nama baik (*libel*) dan menang setelah berhasil membuktikan bahwa tetangganya percaya artikel tersebut merujuk kepada dirinya. Jones sepenuhnya tidak berdaya untuk menghindari kerugian tersebut, dan meskipun pihak surat kabar telah berhati-hati, penulisan fiksi yang disamarkan sebagai berita nyata bukanlah suatu aktivitas yang nilai sosialnya sedemikian tinggi sehingga layak dipertahankan dengan mengorbankan potensi kerugian yang bisa dicegah melalui perubahan aktivitas. Insiden tersebut juga menunjukkan ciri khas dari kelalaian berat (*recklessness*): ibarat seseorang yang menembakkan senapan ke jendela rumah yang disangkanya kosong, namun tanpa sengaja membunuh seseorang yang berada di dalamnya. Surat kabar tersebut sebenarnya sedang mencemarkan seseorang yang dianggapnya tidak ada, namun ternyata ada individu dengan nama dan karakteristik yang serupa, dan akibatnya terkena dampak dari perbuatan tersebut. Oleh karena itu, bahkan dalam kerangka analisis kelalaian (*negligence*), pihak surat kabar kemungkinan besar tetap akan dinyatakan bertanggung jawab. Namun, penyalur surat kabar tidak akan bertanggung jawab kepada Jones kecuali jika dapat dibuktikan adanya kelalaian dalam mengenali isi yang mencemarkan nama baik. Hal ini masuk akal, karena sulit

membayangkan adanya perubahan tingkat aktivitas yang optimal dari pihak distributor dalam konteks pencegahan kerugian.

Hukum pencemaran nama baik mengandung sejumlah pengecualian yang pada awalnya tampak membingungkan, namun memiliki justifikasi ekonomi yang menarik. Pertama adalah kaidah bahwa pencemaran terhadap kelompok (*group libel*) — misalnya pernyataan "semua dokter adalah penipu" — tidak dapat digugat. Alasannya, pencemaran terhadap kelompok kecil kemungkinannya untuk benar-benar merugikan individu dalam kelompok tersebut, karena biaya substitusi dari seluruh profesi jauh lebih tinggi dibanding substitusi terhadap satu individu. Sebagai perbandingan, jika dikatakan "*Dr. Jones* adalah penipu", maka pasien *Dr. Jones* dapat dengan mudah beralih ke dokter lain. Namun jika semua dokter disebut penipu, maka para pasien cenderung tetap bertahan dengan dokter mereka yang lama, yang sudah mereka kenal.

Kaidah kedua — yang secara menarik berkaitan — adalah bahwa seseorang tidak dapat mencemarkan nama orang yang telah meninggal dunia. Alasannya adalah bahwa pencemaran nama baik merugikan reputasi, dan reputasi — seperti telah dibahas dalam konteks *tort of invasion of privacy* pada Bab 3 — merupakan dasar untuk mendorong pihak lain melakukan transaksi pasar maupun non-pasar dengan individu tersebut. Maka, jika seseorang telah meninggal dunia dan tidak lagi melakukan transaksi, maka kerugiannya dianggap telah berhenti. Situasi ini menyerupai keadaan seseorang yang mengalami disabilitas untuk pekerjaan yang memang sudah akan dihapuskan. Tentu saja, apabila pernyataan pencemaran itu menyebutkan bahwa orang yang telah wafat menderita penyakit turunan (*inheritable disease*), maka dampaknya dapat berlanjut pascakematian, dan hukum mengakui pengecualian untuk kasus seperti ini.

Hukum memperlakukan pencemaran tertulis (*libel*) dengan lebih keras dibanding pencemaran secara lisan (*slander*), dan hal ini sering kali dianggap anomali dalam era media massa seperti radio dan televisi. Namun sesungguhnya, biaya untuk mencegah pencemaran nama baik jauh lebih rendah dalam komunikasi tertulis dibanding lisan. Menulis adalah aktivitas yang lebih deliberatif — terdapat waktu untuk mempertimbangkan dampak dari kata-kata yang digunakan — berbeda halnya dengan berbicara secara spontan. Oleh karena itu, terdapat risiko yang lebih kecil bahwa tanggung jawab hukum atas pencemaran akan menghambat komunikasi sosial yang

bernilai tinggi dalam bentuk tertulis dibanding dalam bentuk lisan. Implikasi dari hal ini — yang juga telah mendapatkan dukungan dalam praktik peradilan — adalah bahwa pidato radio atau televisi yang dibacakan dari naskah harus diklasifikasikan sebagai *libel* dan bukan *slander*. (Bagaimana jika dibacakan dari catatan? Ini menjadi pertanyaan terbuka.)

Sekilas mengenai pembelaan dalam kasus pencemaran nama baik. Kebenaran (*truth*) merupakan salah satu pembelaan yang diakui, dan hal ini sepenuhnya sejalan dengan analisis tentang reputasi dalam Bab 3. Selain itu, terdapat pula pembelaan berupa *privilege*. Salah satu contohnya adalah hak istimewa pemberi kerja untuk memberikan referensi karakter bagi karyawan, meskipun referensi tersebut mengandung materi yang mencemarkan. Manfaat dari referensi yang jujur akan dinikmati oleh calon pemberi kerja, bukan oleh pemberi kerja saat ini. Sulit bagi calon pemberi kerja untuk memberi kompensasi kepada pemberi kerja saat ini; meskipun secara prinsip dimungkinkan untuk memberikan janji ganti rugi terhadap risiko gugatan pencemaran, namun manfaat dari transaksi ini terlalu kecil untuk dijadikan dasar penyusunan pengaturan kontraktual. Jawaban hukum terhadap permasalahan ini adalah dengan mengeksternalisasi sebagian biaya dari pemberian referensi demi mendorong timbulnya manfaat eksternal bagi calon pemberi kerja. Namun *privilege* ini tidak bersifat absolut; hak istimewa akan gugur jika pemberi kerja mengetahui bahwa referensi yang diberikan mengandung tuduhan palsu. Dalam hal ini, tidak terdapat manfaat eksternal yang dihasilkan (mengapa demikian?), sehingga tidak ada pula justifikasi untuk mengeksternalisasi biaya tersebut. Akan tetapi, *truth* tetap merupakan pembelaan absolut, karena bahkan jika tergugat mengira dirinya berbohong, manfaat eksternal tetap tercipta.

Bacaan yang Disarankan

1. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970).
2. -----, *First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis Tell Us Anything About Them?*, 69 *Iowa Law Review* 833 (1984).
3. Peter A. Diamond, *Single Activity Accidents*, 3 *Journal of Legal Studies* 107 (1974).

4. Mark F. Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92 *Yale Law Journal* 799 (1983).
5. William M. Landes & Richard A. Posner, *Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis*, 9 *Journal of Legal Studies* 517 (1980).
6. -----, *An Economic Theory of Intentional Torts*, 1 *Law & Economics* 127 (1981).
7. -----, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 *Georgia Law Review* 851 (1982).
8. -----, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, *Studies* 109 (1983).
9. -----, *A Positive Economic Analysis of Products Liability*, *Journal of Legal Studies*, akan diterbitkan 1986.
10. A. Mitchell Polinsky & William P. Rogerson, *Products Liability, Consumer Misperceptions, and Market Power*, 14 *Bell Journal of Economics* 581 (1983).
11. Samuel A. Rea, Jr., *Lump-Sum Versus Periodic Damage Awards*, 10 *Journal of Legal Studies* 131 (1981).
12. Steven Shavell, *Strict Liability Versus Negligence*, 9 *Journal of Legal Studies* 1 (1980).
13. -----, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, 9 *Journal of Legal Studies* 463 (1980).
14. *The Economics of Medical Malpractice* (disunting oleh Simon Rottenberg, 1978).

Permasalahan

1. Evaluasilah proposisi berikut: Ukuran standar ganti rugi dalam kasus perdata (*tort*) setara dengan standar kontraktual untuk ganti rugi akibat ketergantungan (*reliance damages*), dan oleh karena itu mengakibatkan pencegahan yang kurang optimal terhadap tindakan melawan hukum (*underdeterrence of tortious conduct*).
2. Tinjau pernyataan berikut dari sudut pandang ekonomi:
 “Salah satu kekhawatiran praktis utama yang muncul akibat kenaikan premi asuransi malpraktik adalah ketidakmampuan dokter-dokter muda

yang baru memulai praktik untuk menanggung biaya asuransi mereka, yang pada akhirnya hanyalah salah satu dari sekian banyak biaya yang harus ditutupi dari pendapatan bruto praktik mereka. Secara umum, dapat dikatakan bahwa terlalu banyak perhatian diberikan pada kemampuan para dokter dan perusahaan asuransi untuk membebaskan kembali biaya kerugian malpraktik yang meningkat. Sejauh kerugian tersebut berasal dari insiden pada tahun-tahun sebelumnya, maka tidak ada cara bagi dokter maupun perusahaan asuransi untuk memulihkan ‘biaya hangus’ ini melalui tarif layanan yang lebih tinggi di masa mendatang...”

— Richard A. Epstein, *Medical Malpractice: The Case for Contract*, 1 *American Bar Foundation Research Journal* 87, 88 catatan kaki 3 (1976).

3. Melvin M. Belli, dalam *The Use of Demonstrative Evidence* 33 (1951), menentang praktik diskonto atas penghasilan masa depan ke dalam nilai saat ini. Belli berpendapat bahwa penghasilan penggugat harus dikalikan dengan periode disabilitasnya, lalu dikalikan lagi dengan estimasi kenaikan biaya hidup selama periode tersebut. Apakah pendekatan ini tepat secara ekonomi? Bagaimana Anda akan berargumentasi di hadapan hakim atau juri bahwa pendekatan tersebut tidak tepat?
4. Sebuah pesawat jatuh akibat cacat *non-negligent* pada salah satu instrumen yang disuplai oleh pihak A. Pesawat tersebut dirakit oleh pihak B dari berbagai komponen, termasuk instrumen dari A, dan dioperasikan oleh pihak C, yaitu maskapai penerbangan. Apakah secara ekonomi terdapat perbedaan, jika yang bertanggung jawab atas kerugian akibat kecelakaan adalah A, B, atau C? Bandingkan dengan *Goldberg v. Kollsman Instrument Corp.*, 12 N.Y.2d 432, 191 N.E.2d 81 (1963); lihat juga Bab 4.5 sebelumnya.
5. Misalkan terdapat kelas kecelakaan lalu lintas yang pelakunya adalah individu-individu sangat kaya. Biaya peluang waktu mereka begitu tinggi sehingga biaya kecelakaan yang diharapkan lebih rendah dibandingkan biaya pencegahan (misalnya, dengan berkendara lebih lambat — satu-satunya cara mencegah kecelakaan). Dalam keadaan seperti itu, manakah rezim tanggung jawab hukum yang lebih efisien: tanggung jawab mutlak (*strict liability*) tanpa pembelaan kelalaian

- kontributif (*contributory negligence*), atau tidak ada tanggung jawab sama sekali?
6. Dapatkah diperdebatkan bahwa justifikasi ekonomi untuk tanggung jawab mutlak dalam produk cacat (*strict products liability*) terhadap pihak ketiga (*bystander*) lebih kuat dibandingkan dengan terhadap pembeli produk?
 7. Seorang dokter menemukan seorang yang terluka tergeletak di jalan dan mengalami kesakitan hebat. Sebelum memberikan pertolongan, dokter tersebut mensyaratkan agar korban menandatangani pernyataan pelepasan tanggung jawab hukum atas malpraktik yang mungkin timbul dari pengobatannya. Haruskah pengadilan menegakkan pernyataan pelepasan tersebut?
 8. Haruskah ganti rugi punitif (*punitive damages*) dalam perkara perdata proporsional terhadap:
 - (1) kekayaan tergugat;
 - (2) besaran ganti rugi kompensatoris (*compensatory damages*) yang dijatuhkan dalam perkara tersebut; atau
 - (3) tidak keduanya?
 9. Apabila sistem pertanggungjawaban perdata (*tort system*) dianggap sebagai instrumen asuransi sosial (*social insurance*) alih-alih sebagai sarana pencegahan kecelakaan yang tidak ekonomis (*deterrence of uneconomical accidents*), apakah rata-rata nilai ganti rugi yang diberikan dalam perkara perdata akan lebih tinggi atau lebih rendah dibandingkan dengan pendekatan berbasis pencegahan (*deterrence rationale*)?
 10. Sering diamati bahwa ketika para penambang terperangkap dalam tambang batu bara atau seorang pendaki gunung terdampar di puncak gunung, masyarakat akan mengerahkan sumber daya yang sangat besar untuk menyelamatkan nyawa mereka — sumber daya yang tampaknya tidak sebanding dengan belanja masyarakat dalam mencegah orang agar tidak membahayakan diri mereka sendiri. Jelaskan paradoks ini dari sudut pandang ekonomi.
 11. Dalam bab ini dijelaskan bahwa pada umumnya, korban potensial dalam suatu kecelakaan berhak berasumsi bahwa pelaku potensial telah bertindak dengan kehati-hatian yang semestinya (*due care*), sehingga

korban tidak wajib mengambil langkah-langkah pencegahan yang hanya akan optimal bila pelaku bertindak secara lalai (*negligent*). Namun demikian, terdapat pengecualian apabila bahaya tersebut nyata dan jelas terlihat, seperti ketika seorang pejalan kaki di perlintasan kereta api, meskipun melihat kereta melaju dengan kecepatan tinggi, tetap tidak mengambil langkah pencegahan lebih lanjut selain yang biasa diambil terhadap kereta yang dikendalikan dengan aman. Jelaskan justifikasi ekonomi dari pengecualian ini, dan bandingkan dengan doktrin “*last clear chance*”.

BAB VII

HUKUM PIDANA I

A. Hakikat Ekonomis dan Fungsi Hukum Pidana

Jenis-jenis perbuatan melawan hukum yang telah dibahas dalam bab-bab sebelumnya—terutama perbuatan melawan hukum dalam bentuk perbuatan melawan hukum perdata (*tort*) dan wanprestasi dalam kontrak—menjadikan pelaku dikenakan kewajiban untuk membayar ganti rugi kepada korban, atau dalam beberapa hal, dikenai larangan melakukan atau mengulangi perbuatan yang sama dengan ancaman hukuman karena penghinaan terhadap pengadilan (*contempt of court*), yang dijatuhkan melalui mekanisme perintah pengadilan (*injunction*). Namun demikian, semua sanksi tersebut hanya berlaku apabila korban mengajukan gugatan.

Sebaliknya, dalam hukum pidana, penuntutan dilakukan oleh negara, dan pelaku tindak pidana dapat dijatuhi sanksi berupa denda yang dibayarkan kepada negara atau sanksi nonmoneter seperti pidana penjara. Prosedur persidangan antara hukum perdata dan pidana pun berbeda, namun pembahasan mengenai perbedaan prosedural ini akan dibahas dalam Bab 21. Saat ini, fokus utama kita adalah memahami alasan mengapa terhadap beberapa bentuk perbuatan melawan hukum diberlakukan sanksi khusus yang diajukan oleh negara, serta doktrin substantif yang menyertainya.

Terdapat lima bentuk utama perbuatan melawan hukum yang dikriminalisasi dalam sistem hukum kita:

1. Perbuatan melawan hukum yang disengaja (*intentional torts*) yang telah dibahas dalam bab sebelumnya, yang pada hakikatnya merupakan bentuk pemindahan paksa (*coercive transfer*) kekayaan atau utilitas dari korban kepada pelaku. Tindak pidana seperti pembunuhan, perampokan, pembobolan rumah (*burglary*), pencurian, pemerkosaan, penganiayaan, mutilasi (*mayhem*), penipuan, dan sebagian besar tindak pidana menurut common law Inggris merupakan perwujudan dari intentional torts seperti penyerangan (*assault*), pemukulan (*battery*), pelanggaran hak atas properti (*trespass*), dan penggelapan barang (*conversion*), meskipun akan dijelaskan kemudian bahwa unsur kesengajaan dan akibat dari versi pidananya dapat berbeda dengan versi perdatanya.

Namun demikian, berikut dua contoh yang lebih problematik dari tindak pidana sebagai bentuk pemindahan paksa murni:

- 1) Pemalsuan uang. Tindakan ini dapat dipandang sebagai bentuk pencurian dengan cara memberikan keterangan palsu, yaitu dengan berpura-pura bahwa alat pembayaran yang digunakan adalah uang sah (*legal tender*). Jika pemalsuan tersebut terungkap, maka korban adalah pihak terakhir yang memegang uang palsu tersebut. Jika tidak terungkap, maka kerugian tersebar lebih luas. Karena jumlah uang beredar bertambah dibandingkan dengan total barang yang tersedia dalam masyarakat, nilai uang menjadi turun (inflasi); akibatnya semua orang selain pemalsu uang mengalami kerugian. Selain transfer paksa ini, pemalsuan uang juga menimbulkan beban sosial (*deadweight loss*), seperti...?
- 2) Pemerkosaan. Misalkan seorang pelaku pemerkosaan mendapatkan kenikmatan lebih dari sifat koersif perbuatannya. Dalam skenario ini, tidak terdapat substitusi pasar atas tindakan pemerkosaan tersebut, sehingga dapat dikemukakan bahwa pemerkosaan bukanlah bentuk transfer paksa murni dan karenanya tidak perlu dipidana. Namun, argumentasi ini lemah:
 - a. Dengan adanya sanksi pidana yang berat terhadap pemerkosaan, maka kasus pemerkosaan yang tetap terjadi—yang tidak berhasil dicegah—kemungkinan besar adalah bentuk pemerkosaan yang memang tidak memiliki substitusi konsensual. Namun tidak dapat disimpulkan bahwa seluruh pemerkosaan yang berhasil dicegah merupakan jenis ini. Pencegahan pemerkosaan sangat penting dalam melindungi pasar perkawinan (lihat Bab 5) dan secara umum menjamin hak atas tubuh perempuan. Membolehkan pemerkosaan sama dengan melakukan komunalitas atas hak milik terhadap tubuh perempuan. Secara lebih umum, kejahatan yang dilakukan karena dorongan emosi (*crimes of passion*) berkorelasi dengan kegagalan pasar relasi antarmanusia secara informal, sebagaimana kejahatan yang bersifat perolehan (seperti pencurian dan pembunuhan demi keuntungan) berkorelasi dengan kegagalan pasar yang eksplisit.

- b. Membolehkan pemerkosaan akan menimbulkan biaya besar dalam melindungi perempuan, serta biaya lain untuk menembus perlindungan tersebut. Biaya ini bersifat saling meniadakan (*offsetting*) dan pada akhirnya menjadi pemborosan sosial.
 - c. Berdasarkan definisi nilai menurut ekonomi (lihat Bab 1), fakta bahwa pelaku tidak dapat menemukan substitusi konsensual bukan berarti bahwa ia lebih menghargai pemerkosaan tersebut dibanding korban yang merasa dirugikan. Terdapat perbedaan antara transaksi koersif yang tidak memiliki substitusi konsensual dan transaksi koersif yang dilakukan untuk menghindari biaya dari transaksi konsensual.
2. Transfer paksa lainnya, seperti pengaturan harga secara ilegal (*price fixing*; dibahas dalam Bab 9–10) dan penggelapan pajak (dibahas dalam Bab 17), yang pada masa *common law* belum diakui sebagai perbuatan melawan hukum.
 3. Pertukaran sukarela—dan oleh karena itu secara presumtif merupakan pertukaran yang memaksimalkan nilai (*value maximizing*)—yang berkaitan dengan kegiatan yang secara hukum dilarang oleh negara. Contoh dari pertukaran ini termasuk prostitusi, penjualan pornografi, penjualan bayi untuk adopsi, penyediaan jasa transportasi dengan tarif tidak sesuai dengan tarif resmi, dan perdagangan narkoba.
 4. Perbuatan persiapan yang mengancam namun tidak termasuk perbuatan melawan hukum secara perdata, seperti upaya pembunuhan atau permufakatan jahat untuk membunuh yang gagal dan tidak menimbulkan kerugian pada korban, serta tidak memenuhi unsur dari percobaan perdata (misalnya karena korban tidak mengetahui adanya percobaan pembunuhan tersebut pada saat kejadian).
 5. Perbuatan yang jika dibiarkan akan mengganggu efektivitas pengaturan hukum lainnya dalam *common law*, seperti melarikan diri dari tempat kejadian perkara dan menyembunyikan aset secara curang dari kreditor putusan.

Namun timbul pertanyaan: mengapa kelima kategori di atas tidak cukup ditangani melalui hukum perdata saja? Jawaban yang langsung muncul untuk kategori 3 dan 4 adalah: tidak ada korban yang dirugikan. Namun, ini

merupakan jawaban yang dangkal; secara teori, pihak yang dilindungi oleh hukum dapat diberikan hak untuk menggugat ganti rugi dengan sanksi punitif. Jawaban yang lebih baik adalah: deteksi pelanggaran sulit dilakukan ketika tidak ada korban yang melapor dan bersaksi. Jawaban ini pun tidak sempurna, sebab ganti rugi punitif dapat disesuaikan secara kuantitatif untuk memperhitungkan kesulitan dalam pendeteksian. Secara prinsip, mekanisme ini dapat digunakan untuk menangani pelanggaran dalam kategori 5 juga. Namun (sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut), semakin tinggi tingkat optimal ganti rugi punitif yang dibutuhkan, semakin kecil pula kemungkinan bahwa sanksi tersebut dapat diberlakukan secara praktis.

Pertanyaan lain terkait kategori 3 dan 4 adalah: mengapa memidana tindakan yang tidak merugikan siapa pun? Untuk kategori 3, jawabannya berada di luar ranah ekonomi; sulit bagi seorang ekonom untuk memahami alasan mengapa, apabila suatu kejahatan benar-benar “tanpa korban,” pelaku tetap harus dijatuhi pidana. (Tentu saja, kejahatan yang tampaknya tanpa korban dapat memiliki dampak eksternal terhadap pihak ketiga; contohnya, penjualan alkohol kepada pengemudi dalam keadaan mabuk.) Untuk kategori 4, jawabannya berkaitan dengan pertanyaan yang kini dapat diajukan, yaitu: mengapa hukum perdata tidak memadai untuk menangani kategori 1 dan 2 (transfer paksa yang bertentangan dengan prinsip *common law* atau ketentuan undang-undang)?

Sebagaimana telah dijelaskan dalam bab sebelumnya, sanksi yang tepat untuk transfer paksa murni seperti pencurian harus lebih besar daripada estimasi kerugian yang diderita korban—selisih tersebut dimaksudkan untuk mendorong agar transfer dilakukan melalui mekanisme pasar, selama biaya transaksi pasar tidak terlalu tinggi. Penjelasan yang lebih tepat adalah: sanksi tambahan tersebut harus setara dengan selisih antara kerugian korban dan keuntungan pelaku, ditambah suatu margin tertentu.

Sebagai ilustrasi, misalkan B memiliki sebuah perhiasan yang baginya bernilai \$1.000, namun bagi A bernilai \$10.000, dan kemudian A mencuri perhiasan tersebut (dalam istilah hukum perdata, disebut “konversi”). Tujuan hukum adalah untuk menyalurkan transaksi perhiasan melalui mekanisme pasar, dan hal ini dapat dicapai dengan memastikan bahwa transfer yang diperoleh secara koersif tidak menguntungkan bagi A. Jika A diwajibkan membayar ganti rugi sebesar \$10.000, maka hal ini hampir saja cukup untuk mencapainya, namun belum sepenuhnya memadai; A akan berada dalam

posisi netral antara mencuri dan membeli, sehingga ia mungkin tetap akan memilih mencuri. (Bagaimana sikap terhadap risiko memengaruhi pilihan ini?) Oleh karena itu, perlu ditambahkan sejumlah nilai tambahan, misalnya dengan menetapkan ganti rugi sebesar \$11.000. Namun, tentu saja nilai perhiasan tersebut bisa saja lebih rendah bagi A dibandingkan dengan B (karena A tidak bermaksud membelinya), sehingga denda yang lebih kecil mungkin sudah cukup untuk mencegah A. Jika perhiasan tersebut hanya bernilai \$500 bagi A, maka ganti rugi sebesar \$501 seharusnya sudah cukup. Namun, karena pengadilan tidak dapat menentukan nilai subjektif secara akurat, maka pengadilan cenderung mendasarkan ganti rugi pada nilai pasar dari objek tersebut dan kemudian menambahkan bonus yang signifikan (seberapa signifikan bonus ini akan dibahas dalam bagian selanjutnya pada bab ini) untuk memperhitungkan kemungkinan bahwa pelaku menilai objek tersebut lebih tinggi dari nilai pasarnya.

Dalam perkara pidana yang mengakibatkan kematian atau bahkan hanya menimbulkan risiko besar terhadap kematian, ganti rugi yang optimal sering kali akan sangat besar. Lihat kembali Gambar 6.3 dalam Bab 6. Seseorang yang rasional akan meminta sejumlah besar uang untuk menerima risiko besar atas kematian yang segera terjadi — bahkan jumlah yang tak terbatas, apabila probabilitas kematian mencapai satu. Sekalipun seseorang dengan sengaja berupaya membunuh orang lain, probabilitas terjadinya kematian tidak mencapai satu. Namun, probabilitas tersebut tetap jauh lebih tinggi daripada pada kebanyakan kasus kecelakaan. Dan kita mengetahui bahwa hubungan antara risiko dan kompensasi tidak bersifat *linear*. Jika A bersedia menerima kompensasi sebesar \$1 untuk risiko sebesar 0,0001 atas kematian karena kecelakaan oleh B, tidak berarti bahwa ia akan bersedia menerima \$10.000 untuk mengizinkan B membunuhnya secara sengaja.

Dalam perhitungan ganti rugi optimal untuk transfer koersif murni, kita juga belum memperhitungkan persoalan penyamaran (*concealment*). Kecelakaan, yang merupakan produk sampingan dari aktivitas hukum dan terbuka, umumnya sulit disembunyikan; pelanggaran kontrak biasanya mustahil disembunyikan. Namun, ketika tujuan utama pelaku perbuatan melawan hukum adalah untuk mengambil sesuatu yang bernilai dari orang lain, maka pelaku secara alami akan berusaha menyembunyikan tindakannya, dan sering kali berhasil. Rumus untuk menentukan besarnya ganti rugi jika probabilitas pelaku akan tertangkap dan dipaksa membayar tidak mencapai

satu adalah: $D = L / p$, di mana D adalah jumlah ganti rugi optimal, L adalah kerugian yang ditimbulkan oleh pelaku dalam kasus ketika ia tertangkap (termasuk penyesuaian untuk mencegah *bypass* terhadap mekanisme pasar melalui transfer koersif), dan p adalah probabilitas bahwa pelaku akan tertangkap dan dipaksa membayar ganti rugi optimal tersebut. Jika $p = 1$, maka nilai L dan D adalah sama. Namun, jika misalnya $L = \$10.000$ dan $p = 0,1$, yang berarti sembilan dari sepuluh kali pelaku lolos dari jerat hukum, maka D sebagai hukuman optimal adalah $\$100.000$. Hanya dengan demikian, ekspektasi biaya hukuman bagi pelaku potensial (pD) setara dengan kerugian dari tindakannya (L).

Setelah ganti rugi dalam kasus transfer koersif murni disesuaikan untuk mencegah *bypass* terhadap pasar, memperhitungkan hubungan *non-linear* antara risiko kematian dan kompensasi atas risiko tersebut, serta memperhitungkan kemungkinan penyamaran, maka menjadi jelas bahwa ganti rugi optimal sering kali sangat besar — bahkan melebihi kemampuan bayar pelaku. Terdapat tiga respons yang dapat diambil oleh masyarakat, dan semuanya digunakan. Pertama, dengan menjatuhkan sanksi dalam bentuk ketidaknyamanan non-moneter, seperti pidana penjara atau hukuman mati. Kedua, dengan mengurangi kemungkinan penyamaran melalui pemeliharaan aparat kepolisian untuk menyelidiki tindak pidana. Ketiga, yang melibatkan baik pemeliharaan aparat penegak hukum maupun kriminalisasi perbuatan persiapan (kategori 4), yakni dengan mencegah kejahatan sebelum terjadi. Jika, sebagaimana dibahas dalam Bab 22, penegakan hukum publik lebih efisien dibandingkan penegakan hukum privat, maka negara turut serta dalam proses penegakan dan berhak atas denda moneter yang dijatuhkan. Oleh karena itu, denda pidana dibayarkan kepada negara sebagai sanksi pidana, bukan kepada korban sebagai ganti rugi. Korban masih dapat menuntut ganti rugi apabila kejahatan tersebut juga merupakan perbuatan melawan hukum, baik menurut hukum perdata umum maupun undang-undang.

Dalam hal di mana sanksi perdata sudah cukup untuk memberikan efek jera, karena besaran ganti rugi optimal (termasuk ganti rugi punitif) masih berada dalam kemampuan bayar tergugat, maka tidak diperlukan sanksi pidana, yang — sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut — lebih mahal dibandingkan sanksi perdata, bahkan jika hanya berupa denda. Perilaku yang bersifat pidana (= melawan hukum perdata) kemungkinan besar sudah dapat dicegah; dan jika — sebagaimana dijelaskan dalam bab sebelumnya — tetap

tidak dapat dicegah walaupun ganti rugi perdata telah ditetapkan secara optimal dan tidak terdapat masalah solvabilitas, maka tidak ada manfaat sosial dari penggunaan sanksi pidana (mengapa demikian?). Meskipun dalam beberapa kasus, seperti perkara persaingan usaha dan sekuritas, terdakwa yang tergolong mampu tetap diproses secara pidana dan digugat secara perdata, pada umumnya sanksi pidana hanya dijatuhkan — sebagaimana diprediksi oleh teori — pada kasus-kasus di mana sanksi perdata terbentur pada keterbatasan solvabilitas. Hal ini berarti bahwa hukum pidana pada dasarnya dirancang untuk diterapkan terhadap pelaku yang tidak mampu membayar; sementara terhadap pihak yang mampu, hukum perdata sudah cukup untuk mengaturnya. Fakta bahwa denda merupakan bentuk sanksi pidana yang umum tidak serta-merta membantah kesimpulan ini. Denda pidana umumnya jauh lebih rendah daripada ganti rugi perdata yang setara, dan hal ini disebabkan oleh dua alasan. Pertama, negara menginvestasikan sumber daya untuk meningkatkan probabilitas hukuman pidana dibandingkan dengan gugatan perdata, sehingga denda pidana optimal lebih rendah dibandingkan ganti rugi punitif yang optimal seandainya tidak ada investasi tersebut. Kedua, denda pidana lebih berat daripada nilai nominalnya; setiap sanksi pidana mengandung disutilitas non-moneter dalam bentuk stigma, yang diperkuat oleh ketentuan hukum, seperti larangan bagi narapidana untuk memilih. Tidak terdapat stigma yang setara dalam suatu putusan perdata.

B. Sanksi Pidana yang Optimal

Untuk merancang seperangkat sanksi pidana yang optimal, diperlukan suatu model mengenai perilaku pelaku kejahatan. Model ini dapat sangat sederhana: seseorang melakukan tindak pidana karena manfaat yang diharapkan dari kejahatan tersebut baginya melebihi biaya yang diharapkan. Manfaat tersebut dapat berupa keuntungan nyata (dalam hal tindak pidana yang bermotif ekonomi) maupun keuntungan tidak berwujud (dalam hal yang dikenal sebagai kejahatan karena dorongan emosional atau *crime of passion*). Adapun biaya mencakup berbagai pengeluaran langsung (seperti untuk senjata api, alat pembobol, penutup wajah, dan sejenisnya), biaya peluang atas waktu pelaku, serta biaya yang diharapkan dari sanksi pidana. Unsur terakhir inilah yang akan menjadi fokus analisis ini, namun penting pula untuk menyebutkan elemen-elemen biaya lainnya guna menunjukkan bahwa tingkat aktivitas kriminal juga dapat dikendalikan melalui sarana selain penegakan hukum dan

tingkat keparahan hukuman. Sebagai contoh, manfaat dari pencurian — dan dengan demikian frekuensinya — dapat dikurangi melalui redistribusi kekayaan dari pihak kaya. Demikian pula, biaya peluang dari melakukan kejahatan dapat ditingkatkan, sehingga menurunkan tingkat kriminalitas, melalui pengurangan angka pengangguran, yang pada gilirannya meningkatkan manfaat dari pekerjaan yang sah. Pengeluaran langsung atas tindakan kriminal juga dapat ditingkatkan, misalnya dengan mengenakan pajak tinggi atas senjata api genggam (*handgun*).

Gagasan bahwa pelaku kejahatan adalah seorang kalkulator rasional mungkin dianggap tidak realistis oleh banyak pihak, terutama jika diterapkan pada pelaku dengan tingkat pendidikan rendah atau terhadap tindak pidana yang tidak didorong oleh motif keuntungan ekonomi. Namun, sebagaimana telah ditekankan dalam Bab 1, tolak ukur sebuah teori bukanlah pada realisme asumsinya, melainkan pada daya prediktifnya. Literatur empiris mengenai kejahatan yang terus berkembang menunjukkan bahwa para pelaku kejahatan memberikan respons terhadap perubahan dalam biaya peluang, probabilitas penangkapan, tingkat keparahan hukuman, dan variabel relevan lainnya seolah-olah mereka benar-benar merupakan kalkulator rasional dalam model ekonomi — terlepas dari apakah kejahatan tersebut dilakukan demi keuntungan ekonomi atau karena dorongan emosional, serta oleh individu terdidik maupun tidak.¹⁶¹

Sebelumnya telah dijelaskan bahwa sanksi pidana sepatutnya dirancang sedemikian rupa sehingga pelaku menjadi lebih dirugikan dengan melakukan tindak pidana tersebut. Namun, beberapa pengecualian perlu diperhatikan. Misalnya, jika seseorang tersesat di hutan dan, sebagai alternatif dari kelaparan, memasuki sebuah pondok kosong lalu mengambil sedikit makanan yang ditemukannya di sana. Apakah dalam hal ini pantas dikenakan hukuman mati atas pencurian tersebut, atas dasar bahwa kejahatan itu menyelamatkan nyawanya dan oleh karenanya tidak ada hukuman lain yang dapat menghalangi? Tentu saja tidak. Persoalannya adalah bahwa meskipun hukum pidana terkait pencurian pada umumnya menghukum pengambilan barang

¹⁶¹ Ringkasan literatur ini yang berguna namun sudah ketinggalan zaman adalah Gordon Tullock, *Does Hukuman Mencegah Kejahatan?*, *Public Interest* 103 (musim panas 1974); ringkasan terbaru yang lebih teknis adalah David J. Pyle, *The Economics of Crime and Law Enforcement*, bab 3-4 (1983). Studi terkemuka tetap Isaac Ehrlich, *Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis*, dalam *Essays in the Economics of Crime and Punishment* 68 (Gary S. Becker & William M. Landes eds. 1974).

dalam konteks di mana biaya transaksi rendah, dalam contoh ini biaya untuk bertransaksi dengan pemilik pondok yang tidak hadir sangatlah tinggi. Salah satu pendekatan yang mungkin adalah mendefinisikan tindak pidana pencurian sedemikian rupa agar tidak mencakup contoh seperti itu; dan memang, dalam hukum pidana terdapat pembelaan atas dasar keadaan darurat (*necessity*) yang kemungkinan dapat dikemukakan dengan berhasil dalam contoh tersebut (lihat Bab 7.5 di bawah). Namun sebagaimana akan dibahas dalam Bab 20, upaya untuk merinci definisi tindak pidana secara begitu mendetail dapat menimbulkan biaya yang sangat besar. Alternatifnya adalah menggunakan definisi umum yang lebih inklusif, meskipun berpotensi terlalu luas cakupannya, namun menetapkan ekspektasi biaya hukuman pada tingkat yang tidak akan menghalangi terjadinya kejahatan yang dalam kondisi tertentu justru memaksimalkan nilai (*value maximizing*).

Terdapat alasan lain yang berhubungan untuk menetapkan batas atas (*ceiling*) atas sanksi pidana, sehingga tidak semua tindak pidana benar-benar dapat dicegah. Jika terdapat risiko pelanggaran pidana yang bersifat tidak disengaja (dan hal ini selalu ada dalam setiap tindak pidana yang mengandung unsur kelalaian atau tanggung jawab mutlak/*strict liability*) atau terdapat potensi kesalahan hukum, maka sanksi yang terlalu berat akan mendorong individu untuk menghindari kegiatan-kegiatan sosial yang justru bernilai namun berada di ambang legalitas. Sebagai contoh, jika sanksi atas mengemudi melebihi 55 mil per jam adalah hukuman mati, maka orang akan memilih mengemudi dengan sangat lambat (atau tidak mengemudi sama sekali) guna menghindari pelanggaran yang tidak disengaja atau keyakinan yang keliru. Memang, jika kategori perbuatan pidana dibatasi melalui konsep kesengajaan serta melalui pembelaan seperti keadaan darurat, yakni pada kasus-kasus di mana, menurut *Hand Formula*, terdapat ketimpangan besar antara *B* dan *PL*, maka risiko terjadinya pelanggaran tidak sengaja atau kesalahan hukum menjadi kecil, dan sistem hukum dapat lebih leluasa menetapkan sanksi yang berat. Namun, kebebasan ini tidaklah mutlak; apabila konsekuensi dari suatu kesalahan hukum sangatlah besar, maka bahkan risiko kesalahan yang sangat kecil pun akan menimbulkan tindakan pencegahan yang justru bisa sangat membebani secara sosial. Sebaliknya, karena terdapat pula biaya dari *underinclusion* (yakni ketika persyaratan pembuktian kesalahan ditetapkan terlalu tinggi), maka masuk akal untuk menurunkan standar pembuktian, namun diimbangi dengan penetapan sanksi yang lebih

ringan guna mengurangi biaya akibat tindakan pencegahan yang berlebihan serta akibat kesalahan hukum.

Setelah ditentukan berapa besar ekspektasi biaya hukuman atas suatu tindak pidana, langkah selanjutnya adalah memilih kombinasi antara probabilitas dan tingkat keparahan hukuman yang akan membebankan biaya tersebut kepada calon pelaku. Ambil contoh denda. Biaya hukuman yang diharapkan sebesar \$1.000 dapat dibebankan dengan mengenakan denda sebesar \$1.000 disertai probabilitas penangkapan dan pemidanaan sebesar 1, denda sebesar \$10.000 dengan probabilitas sebesar 0,1, denda sebesar \$1 juta dengan probabilitas sebesar 0,001, dan seterusnya. Apabila diasumsikan bahwa biaya untuk memungut denda adalah nol tanpa memandang besarnya, maka kombinasi yang paling efisien adalah probabilitas yang sedekat mungkin dengan nol dan denda yang sedekat mungkin dengan tak terbatas. Hal ini karena biaya untuk menangkap dan memidana pelaku meningkat seiring dengan meningkatnya probabilitas penangkapan — probabilitas yang tinggi memerlukan lebih banyak aparat penegak hukum seperti polisi, jaksa, hakim, dan pengacara pembela (karena lebih banyak pelaku yang ditangkap dan diadili) — sedangkan biaya untuk menagih denda, menurut asumsi, tetap nol berapapun jumlah dendanya. Dengan demikian, setiap peningkatan jumlah denda tidak menimbulkan tambahan biaya, sementara setiap penurunan probabilitas penangkapan dan pemidanaan yang dirancang untuk mengimbangi peningkatan denda demi menjaga konstan ekspektasi biaya hukuman, justru menurunkan biaya penegakan hukum — hingga hampir tidak ada jika probabilitas penangkapan dan pemidanaan diturunkan sedekat mungkin ke nol.

Namun demikian, terdapat beberapa permasalahan dalam asumsi bahwa biaya dari suatu denda tidak berkaitan dengan besaran dendanya:

1. Jika pelaku tindak pidana (atau sebagian dari mereka) bersifat *risk averse* (menghindari risiko), maka peningkatan besaran denda tidak lagi menjadi suatu transfer pembayaran yang tanpa biaya. Dalam model ini, satu-satunya biaya dari suatu denda adalah biaya untuk menagihnya, bukan jumlah nominal denda itu sendiri. Hal ini karena denda tersebut tidak dibayarkan (karena tindak pidana berhasil dicegah), atau jika dibayarkan, hanya sekadar memindahkan jumlah uang yang sama dari pelaku ke kas negara. Namun, bagi pelaku yang bersifat *risk averse*, setiap pengurangan probabilitas penangkapan dan penghukuman yang

diiringi dengan peningkatan besar denda akan menimbulkan disutilitas (kerugian psikologis) yang tidak dikonversi menjadi penerimaan negara. Dengan demikian, biaya sosial riil dari denda meningkat seiring dengan meningkatnya besaran denda pada pelaku yang *risk averse*. Efek ini pun tidak terkompensasi oleh efek pada pelaku yang bersifat risk preferrer (mencari risiko), bahkan jika jumlah keduanya setara. Sebab, jika kenaikan denda disertai dengan penurunan kemungkinan ditangkap dan dihukum justru meningkatkan utilitas pelaku yang menyukai risiko, maka denda tersebut harus dinaikkan kembali guna tetap memberikan efek jera, yang pada akhirnya justru memperparah beban bagi pelaku yang *risk averse*.

2. Efek stigma dari suatu denda (sebagaimana halnya dengan setiap sanksi pidana lainnya), juga tidak bersifat dapat dipindahkan.
3. Model ini cenderung menghukum semua tindak pidana dengan denda yang berat secara seragam. Hal ini menghilangkan efek pencegahan marjinal (*marginal deterrence*) — yaitu insentif bagi pelaku untuk mengganti tindak pidana yang lebih berat dengan yang lebih ringan. Jika perampokan dikenai hukuman seberat pembunuhan, maka perampok dapat saja membunuh korbannya guna menghilangkan saksi. Oleh karena itu, salah satu biaya dari peningkatan beratnya hukuman atas suatu tindak pidana adalah berkurangnya insentif untuk mengganti tindak pidana tersebut dengan yang lebih ringan. Jika tidak ada pertimbangan mengenai pencegahan marjinal, maka tindak pidana yang lebih berat belum tentu dapat dikenai sanksi yang lebih berat daripada tindak pidana yang lebih ringan. Tentu saja, konsep pencegahan marjinal menjadi tidak relevan apabila seluruh tindak pidana berhasil dicegah. Namun, sekalipun tidak semua dapat dicegah (dan mengapa tidak, dari sudut pandang ekonomi?), pencegahan marjinal melibatkan pertukaran (*trade-off*) yang mungkin tidak sepadan. Misalnya, apabila kita ingin menurunkan jumlah kasus pembunuhan yang terjadi dalam konteks perampokan, maka salah satu caranya adalah dengan menetapkan hukuman mati bagi perampokan. Pendekatan ini akan melanggar prinsip pencegahan marjinal dan meningkatkan kemungkinan bahwa, jika terjadi perampokan, seseorang akan dibunuh. Namun, pendekatan ini juga akan menurunkan kemungkinan bahwa perampokan terjadi sejak awal. Apabila tingkat perampokan sangat sensitif terhadap beratnya

hukuman, maka jumlah pembunuhan dalam konteks perampokan dapat saja menurun (karena perampokan yang jauh lebih sedikit), meskipun insentif untuk membunuh dari pelaku meningkat.

4. Keterbatasan kemampuan membayar (solvabilitas) menyebabkan biaya penagihan denda meningkat seiring dengan naiknya besaran denda — dan bagi sebagian besar pelaku tindak pidana, hal ini dapat menjadi hambatan yang terlalu besar. Masalah ini sedemikian seriusnya sehingga biaya penagihan denda seringkali menjadi terlalu besar, bahkan jika probabilitas penghukuman mencapai satu dan dendanya jauh lebih kecil dari yang diasumsikan dalam model. Hal inilah yang menjelaskan mengapa semua sistem peradilan pidana sangat mengandalkan sanksi nonmoneter, terutama pidana penjara. Pemenjaraan menimbulkan biaya ekonomi bagi pelanggar dengan mengurangi pendapatan selama masa penahanan dan, dalam banyak kasus, mengurangi kapasitas penghasilan setelah dibebaskan (efek rekam jejak kriminal). Pemenjaraan juga menimbulkan biaya nonmoneter bagi sebagian besar orang yang lebih memilih hidup di luar penjara.

Mengingat bahwa denda dan pemenjaraan hanyalah dua cara berbeda untuk menjatuhkan disutilitas kepada pelanggar, Mahkamah Agung keliru apabila memandang bahwa vonis yang menetapkan denda dengan ketentuan pengganti pidana penjara bagi terdakwa yang tidak mampu atau tidak mau membayar denda sebagai bentuk diskriminasi terhadap kaum miskin. Suatu rasio pertukaran dapat ditetapkan untuk menyetarakan, bagi individu tertentu, sejumlah uang dengan sejumlah hari dalam penjara. Namun, mungkin keberatan utama Mahkamah sesungguhnya adalah bahwa sebagian besar undang-undang pidana menetapkan rasio pertukaran yang sangat menguntungkan bagi orang-orang yang memiliki kekayaan. Lima ratus dolar adalah sanksi yang lebih ringan daripada seratus hari dalam penjara (sebagaimana dalam putusan *Williams v. Illinois*), bahkan bagi orang berpenghasilan rendah; dan jumlah tersebut merupakan sanksi yang sangat ringan bagi orang-orang yang mampu — yaitu mereka yang paling mungkin membayar denda untuk menghindari masa penjara.

Dari sudut pandang ekonomi, penggunaan denda sepatutnya lebih didorong dibandingkan dengan pidana penjara. Selain karena pidana penjara tidak menghasilkan penerimaan negara sebagaimana denda, biaya sosial dari pemenjaraan juga lebih besar dibandingkan dengan biaya penagihan denda

dari pelanggar yang *solvabel*. Terdapat biaya pembangunan, pemeliharaan, dan operasional lembaga pemasyarakatan (yang hanya sedikit diimbangi dengan penghematan biaya hidup pelaku di luar penjara), hilangnya produktivitas sah pelaku selama masa tahanan, disutilitas dari pemenjaraan (yang tidak menghasilkan manfaat timbal balik bagi negara seperti halnya denda), dan penurunan produktivitas pelaku dalam aktivitas sah pasca pembebasan. Mengingat bahwa pendapatan dari pekerjaan sah adalah biaya peluang bagi pelaku, maka penurunan prospek pendapatan sah dari mantan narapidana justru menurunkan biaya tindak pidana baginya dan pada akhirnya meningkatkan kemungkinan ia akan melakukan pelanggaran hukum kembali setelah bebas. Namun, pidana penjara memiliki satu keuntungan yang tidak dimiliki oleh denda: ia mencegah pelaku melakukan tindak pidana lagi (setidaknya di luar penjara) selama masa pemenjaraannya.

Berbagai upaya dapat dilakukan untuk menjadikan alternatif pidana penjara menjadi efektif. Denda dapat diangsur. Denda dapat ditetapkan secara proporsional dan dibayarkan dari penghasilan, bukan sebagai jumlah nominal tetap. Sanksi dapat dijatuhkan dalam bentuk larangan bekerja di bidang tertentu. Kebebasan bergerak dapat (dan kini sering kali) dibatasi dengan cara yang masih memungkinkan pelaku untuk tetap produktif, seperti dengan penahanan hanya pada malam hari atau akhir pekan. Akan tetapi, beberapa metode ini tetap mengandung kelemahan yang serupa dengan pemenjaraan. Denda yang diangsur atau dikenakan secara proporsional terhadap penghasilan masa depan akan mengurangi pendapatan dari aktivitas sah pelaku, dan karenanya juga mengurangi insentif pelaku untuk memilih aktivitas sah dibandingkan aktivitas kriminal. Hal serupa berlaku dalam hal larangan bekerja di sektor tertentu.

Namun demikian, lebih banyak tindak pidana kerah putih — kejahatan keuangan non-kekerasan yang dilakukan oleh kalangan menengah seperti pengaturan harga (*price fixing*), penggelapan pajak, penipuan sekuritas, dan penyuapan — kemungkinan besar dapat dikenakan sanksi semata-mata berupa denda. Fakta bahwa banyak dari tindak pidana tersebut tergolong kurang berat dibandingkan kejahatan kekerasan, serta bahwa pelakunya secara umum memiliki solvabilitas yang jauh lebih baik dibandingkan pelaku kejahatan kekerasan, menunjukkan bahwa sering kali memungkinkan untuk menetapkan denda yang realistis (yakni, dapat ditagih) yang memberikan disutilitas bersih kepada pelaku kejahatan yang setara dengan masa hukuman penjara yang

umumnya singkat yang dikenakan untuk kejahatan-kejahatan tersebut, bahkan dengan memperhitungkan efek stigma dari pemenjaraan yang menyertai kerugian-kerugian yang bersifat lebih konkret. (Setiap bentuk hukuman pidana menimbulkan efek stigma.) Hal ini, tentu saja, dapat memerlukan besaran denda yang jauh lebih besar dari yang lazim diterapkan — walaupun perkembangan zaman menunjukkan adanya perubahan. Bahkan demikian, analisis kita mengenai hubungan non-linier antara kompensasi yang diminta dan risiko kematian menyiratkan bahwa bahkan kejahatan keuangan yang sangat besar sekalipun tetap kurang mahal secara sosial dibanding hampir semua kejahatan kekerasan yang menimbulkan probabilitas kematian yang signifikan.

Dengan demikian, tidak ada tindak pidana kerah putih yang dapat disetarakan dengan pembunuhan dalam hal derajat keparahan. Lebih lanjut, bahkan pemenjaraan yang berkepanjangan sekalipun belum tentu mampu memberikan beban kerugian kepada pelaku pembunuhan yang setara dengan kerugian korban, yang dalam banyak kasus mungkin bersifat tak terhingga. Hal ini menunjukkan kemungkinan adanya justifikasi ekonomi terhadap hukuman mati bagi pelaku pembunuhan, karena hukuman tersebut menjatuhkan beban yang secara kasar sebanding dengan kerugian akibat perbuatannya.

Mungkin ada anggapan bahwa yang penting bukanlah agar hukuman untuk pembunuhan setara dengan kerugian korban, melainkan cukup tinggi untuk membuat tindak pidana pembunuhan menjadi tidak menguntungkan — dan tentunya hukuman penjara seumur hidup lebih berat daripada keuntungan yang diperoleh pelaku dari tindakan pembunuhan. Namun, analisis ini secara implisit mengasumsikan bahwa probabilitas tertangkap dan dihukum adalah satu (1). Jika kurang dari satu, sebagaimana realitasnya, maka pelaku pembunuhan tidak membandingkan keuntungan dari kejahatan dengan hukuman yang akan dijatuhkan apabila tertangkap, melainkan dengan hukuman tersebut yang didiskontokan dengan probabilitas penangkapan dan penghukuman.

Argumen untuk hukuman mati ini tidak bersifat konklusif. Karena hukuman tersebut sangat berat dan tidak dapat dibatalkan, maka biaya dari kesalahan penerapan (*wrongful conviction*) sangat tinggi, sehingga diperlukan sumber daya litigasi yang jauh lebih besar untuk penanganan perkara pidana mati (lihat Bab 21.3). Sumber daya tambahan ini mungkin tidak dapat

dibenarkan apabila efek deterrent tambahan dari hukuman mati dibandingkan dengan hukuman penjara jangka panjang ternyata kecil. Namun, terdapat bukti bahwa efek deterrent tersebut cukup signifikan.

Hukuman mati juga didukung (meskipun secara ambigu) oleh pertimbangan *marginal deterrence* (deterrensi marjinal), yakni perlunya perbedaan yang sebesar mungkin antara hukuman untuk kejahatan paling ringan dan paling berat. Jika hukuman maksimum untuk pembunuhan adalah penjara seumur hidup, maka kita mungkin tidak ingin menjatuhkan hukuman yang sama untuk perampokan bersenjata. Namun jika demikian, dan hukuman untuk perampokan bersenjata diturunkan menjadi 20 tahun, maka kita tidak akan dapat menghukum kejahatan yang lebih ringan dengan 20 tahun. Namun hal ini tidak berarti bahwa hukuman mati sebaiknya diterapkan untuk pembunuhan sederhana. Sebab, jika diterapkan demikian, maka akan muncul masalah dalam mencegah pembunuh berantai (*multiple murderer*) secara marjinal. Barangkali hukuman mati sebaiknya dikhususkan bagi pelaku pembunuhan ganda, agar para pembunuh memiliki disinsentif untuk membunuh saksi. Penerapan penting dari prinsip ini tampak dalam kasus pembunuhan di dalam penjara. Jika seorang narapidana sedang menjalani hukuman seumur hidup karena pembunuhan, maka ia tidak memiliki disinsentif untuk membunuh kembali selama dalam penjara, kecuali pembunuhan di dalam penjara diancam dengan hukuman mati.

Permasalahan seperti ini telah meresahkan para pemikir pada zaman pertengahan. Karena sebagian besar masyarakat abad pertengahan meyakini kehidupan setelah mati, maka hukuman mati tidak dianggap seberat seperti saat ini, dalam masyarakat modern yang cenderung sekuler (setidaknya hingga beberapa waktu lalu). Dalam upaya untuk menjadikan hukuman mati sebagai hukuman yang lebih berat, metode eksekusi yang mengerikan (seperti digantung, ditarik, dan dibelah) dijatuhkan terhadap kejahatan sangat berat, seperti pengkhianatan. Merebus dalam minyak, yang dianggap lebih mengerikan daripada digantung atau dipenggal, digunakan untuk menghukum pelaku pembunuhan dengan racun; sebab, pada masa itu, pelaku pembunuhan dengan racun sangat sulit untuk ditangkap, sehingga hukuman yang lebih berat dibandingkan dengan pelaku pembunuhan biasa (secara ekonomi) dipandang tepat.

Jika (kembali pada masa kini) kita harus tetap sangat bergantung pada pemenjaraan sebagai bentuk sanksi pidana, maka terdapat argumen — dengan

memperhatikan catatan penting yang telah sering disampaikan sebelumnya terkait dengan aversi terhadap risiko, risiko *overinclusion*, biaya penghindaran dan kesalahan, serta (mungkin) *marginal deterrence* — untuk mengombinasikan masa hukuman yang berat bagi pelaku kejahatan dengan probabilitas penangkapan dan penghukuman yang rendah. Pertimbangkan pilihan antara probabilitas penangkapan dan penghukuman sebesar 0,1 dengan hukuman 10 tahun penjara dan probabilitas sebesar 0,2 dengan hukuman 5 tahun penjara. Dalam pendekatan kedua, dua kali lebih banyak individu akan dipenjarakan, tetapi hanya untuk setengah waktu, sehingga total biaya pemenjaraan akan relatif setara antara dua pendekatan tersebut. Namun, biaya bagi aparat penegak hukum, seperti polisi dan pejabat pengadilan, jelas lebih rendah dalam pendekatan pertama, karena probabilitas penangkapan dan penghukuman (dan dengan demikian jumlah perkara) hanya setengah dari pendekatan kedua. Walaupun sumber daya yang lebih besar akan dialokasikan untuk perkara pidana yang ancaman hukumannya lebih berat, sumber daya tersebut hanya akan digunakan dalam lebih sedikit perkara karena lebih sedikit pelaku yang dihukum. Dan perhatikan bahwa varian dari model awal kita yang mengandalkan denda tinggi dan probabilitas penangkapan dan penghukuman yang sangat rendah ini mengoreksi masalah paling serius dalam model tersebut — yakni masalah solvabilitas.

Namun, tidakkah sistem dengan probabilitas penghukuman yang rendah itu tidak adil karena menciptakan ketimpangan *ex post* di antara para pelaku? Banyak yang bebas tanpa dihukum; sebagian lain menjalani hukuman lebih lama dibandingkan apabila lebih banyak pelaku yang tertangkap. Keberatan terhadap hasil ini serupa dengan menyatakan bahwa semua lotere tidak adil karena secara *ex post* menciptakan perbedaan kekayaan antar pemain. Dalam pengertian yang sama pentingnya, baik sistem peradilan pidana yang menerapkan probabilitas penangkapan dan penghukuman yang rendah maupun lotere adalah adil sejauh biaya dan manfaat *ex ante* seimbang bagi para pesertanya. Namun, hal ini mengabaikan aversi terhadap risiko, yang apabila lazim dalam masyarakat akan menambah biaya sosial dari pendekatan dengan probabilitas rendah.

Lebih lanjut, masa pidana penjara ditambahkan ke bagian akhir dari masa tahanan, dan apabila pelaku memiliki tingkat diskonto yang signifikan, maka penambahan tahun hukuman belum tentu menambah disutilitas secara

substansial. Pada tingkat diskonto sebesar 10 persen,¹⁶² hukuman 10 tahun penjara hanya memberikan disutilitas sebesar 6,1 kali lipat dibandingkan hukuman satu tahun, dan hukuman 20 tahun hanya meningkatkan angka tersebut menjadi 8,5. (Angka yang bersesuaian untuk tingkat diskonto 5 persen adalah 7,7 dan 12,5.)

C. Mencegah Kejahatan: Hukum bagi Pelaku Berulang, Percobaan dan Permufakatan Jahat, Membantu Melakukan Kejahatan, serta Penjebakan

Teori sanksi pidana yang telah dipaparkan dalam bagian sebelumnya berlandaskan pada teori pencegahan (*deterrence*). Negara mengatur permintaan terhadap tindak pidana dengan menetapkan harga yang tinggi dalam bentuk ekspektasi atas biaya yang harus ditanggung, yakni berupa denda atau pidana penjara bagi pelaku kejahatan. Namun, sesungguhnya seseorang hanya dijatuhi pidana denda atau dipenjara semata-mata demi menjaga kredibilitas sistem pencegahan. Meskipun demikian, pandangan ini belum menjelaskan berbagai ciri penting dalam sistem peradilan pidana.

Sebagai contoh, seorang terpidana yang sebelumnya pernah dihukum atas tindak pidana lain pada umumnya akan dijatuhi hukuman yang lebih berat dibandingkan dengan pelaku yang baru pertama kali melakukan kejahatan, meskipun terpidana tersebut telah menjalani seluruh pidana yang dijatuhkan atas kejahatan sebelumnya. Selain itu, denda umumnya disesuaikan dengan tingkat kekayaan pelaku. Dalam pasar persaingan sempurna, konsumen tidak dikenakan harga lebih tinggi hanya karena mereka lebih kaya dibanding konsumen lainnya, atau karena telah membeli produk yang sama sebelumnya; mereka tentu tidak diwajibkan mengembalikan barang yang telah dibelinya apabila belum dikonsumsi, sebagaimana pencuri diwajibkan mengembalikan barang curiannya.

Permasalahan serupa muncul dalam penghukuman terhadap tindak pidana yang belum sempurna (*inchoate crimes*), seperti percobaan dan permufakatan jahat yang tidak berhasil. Apabila tujuan hukum pidana adalah untuk memaksa pelaku kejahatan memperhitungkan secara penuh biaya sosial dari tindakannya, maka mengapa pelaku harus dijatuhi pidana apabila

¹⁶² Lihat Michael K. Block dan Robert C. Lind, Analisis Ekonomi Kejahatan yang Dapat Dihukum dengan Penjara, 4 J. Leg. Stud. 479, 481 (1975).

tindakannya, karena berhasil digagalkan, tidak menimbulkan biaya sosial apa pun? Dalam konteks ini, pemenjaraan sering dianggap memiliki nilai tambah selain sebagai pencegah, yakni sebagai sarana mencegah terjadinya kejahatan lanjutan oleh pelaku yang telah dipenjara — yakni kejahatan yang akan dilakukan apabila pelaku tidak ditahan. Namun, apabila sistem peradilan pidana telah menetapkan “harga” yang tepat atas setiap perbuatan melawan hukum, mengapa harus dikhawatirkan bahwa pelaku, apabila tidak dipenjara namun tetap dikenakan hukuman dengan tingkat keparahan yang setara, akan melakukan kejahatan lagi? Secara logis, pelaku hanya akan melakukannya jika tindakan tersebut layak secara sosial maupun secara pribadi.

Untuk menjawab pertanyaan ini, perlu dicermati bahwa penekanan terhadap pencegahan kejahatan, alih-alih sekadar “penetapan harga” atasnya, terletak pada tindak pidana berdasarkan hukum kebiasaan (*common law crimes*) — yakni tindak pidana yang esensinya adalah pemindahan kekuasaan secara paksa dalam suatu situasi dengan biaya transaksi yang rendah. Dan sangat sedikit dari tindak pidana dalam kategori ini yang dapat dibenarkan secara sosial (mengapa demikian?); contoh seperti pencurian di sebuah pondok dalam keadaan darurat yang ekstrem sangatlah langka, dan contoh ini mungkin tidak tergolong tindak pidana karena adanya pembelaan berdasarkan keadaan darurat. Tingginya angka kejahatan menurut hukum kebiasaan tidak mencerminkan nilai sosial dari tindakan tersebut (yang hampir mendekati nol), melainkan kesulitan dalam menetapkan tingkat pidana yang cukup tinggi untuk mencapai pencegahan secara menyeluruh. Apabila tingkat kriminalitas yang optimal adalah nol, dan hanya dapat tercapai melalui sanksi pidana yang sangat mahal, maka sanksi tersebut bukanlah sekadar “harga” untuk mengatur aktivitas tersebut, melainkan ditujukan, sejauh mungkin, untuk menumpasnya. Hal ini menjelaskan penekanan hukum pidana terhadap pencegahan, yang tidak relevan dalam konteks pasar atau perbuatan melawan hukum yang tidak disengaja (*tort*). Hal ini juga menjelaskan mengapa denda seharusnya disesuaikan dengan tingkat kekayaan pelaku, terlepas dari konsep distribusi kekayaan yang adil, serta mengapa pencuri yang tertangkap harus mengembalikan barang hasil curiannya selain dijatuhi hukuman lainnya, sekalipun korban tidak menuntut restitusi (karena mungkin saja korban adalah pencuri lainnya).

Praktik penghukuman yang lebih berat terhadap pelaku berulang (*repeat offender*), sebagaimana dikodifikasikan dalam undang-undang tentang pelaku

berulang, pada umumnya terbatas pada tindak pidana yang ancaman pidananya berupa pemenjaraan. Hal ini menunjukkan bahwa tujuan sosial yang hendak dicapai adalah pencegahan, bukan penetapan harga, meskipun tetap mempertimbangkan efisiensi biaya. Praktik ini meningkatkan “harga” kejahatan bagi orang-orang yang, berdasarkan perilaku masa lalunya, diperkirakan memiliki preferensi yang lebih tinggi terhadap tindak pidana dibandingkan individu lainnya. Apabila tujuan kebijakan publik adalah meminimalkan jumlah kejahatan, maka diperlukan “harga” yang lebih tinggi bagi individu yang lebih menghargai aktivitas kriminal tersebut. Hal ini dapat dilakukan dengan cara menaikkan hukuman untuk tindak pidana tertentu secara umum, tetapi pidana yang berat tentu menimbulkan biaya yang tinggi; peningkatan selektif terhadap keparahan hukuman lebih efisien dari sisi biaya. Selain itu, pelaku berulang telah menunjukkan kecenderungan untuk melakukan kejahatan. Dengan memenjarakannya dalam jangka waktu yang lebih lama, maka kita dapat mencegah lebih banyak tindak pidana dibandingkan jika kita memenjarakan pelaku tunggal yang kecenderungannya masih sulit diprediksi dalam jangka waktu yang sama. Dengan kata lain, sumber daya lembaga pemasyarakatan dapat digunakan untuk mengurangi lebih banyak kejahatan. Tentu saja, hal ini mengasumsikan bahwa elastisitas penawaran pelaku kejahatan tidak bersifat tak terbatas. Apabila elastisitas tersebut tak terbatas — artinya sedikit peningkatan atas imbal hasil ekspektatif dari kegiatan kriminal akan memicu lonjakan besar (secara literal, tak terbatas) dalam jumlah pelaku kejahatan, karena orang-orang dari aktivitas legal akan beralih ke aktivitas kriminal yang kini lebih menguntungkan — maka memenjarakan satu pelaku hanya akan membuka peluang bagi pelaku lainnya, baik dari kelompok yang sebelumnya taat hukum, maupun dari pelaku paruh waktu untuk meningkatkan intensitas kejahatannya. Elastisitas penawaran terhadap kejahatan yang bersifat mengambil keuntungan (*acquisitive crimes*) memang bisa jadi cukup tinggi (mengapa?), namun tidak tak terbatas, dan dapat diasumsikan bahwa elastisitas penawaran terhadap kejahatan yang dilakukan karena dorongan emosi (*crimes of passion*) jauh lebih rendah (mengapa?).

Pertimbangkan sekarang mengenai penghukuman atas percobaan kejahatan. Seorang laki-laki memasuki bank dengan niat untuk merampok, namun petugas keamanan segera mengenalinya dan menangkapnya sebelum ia sempat melakukan tindakan berbahaya apa pun. Fakta bahwa ia telah

sedemikian dekat untuk melakukan perampokan menunjukkan bahwa besar kemungkinan ia akan mencoba lagi kecuali ditahan. Maka dengan memenjarakannya, kita dapat mencegah beberapa perampokan. Selain itu, menjadikan percobaan sebagai tindak pidana akan meningkatkan ekspektasi biaya dari perampokan bank bagi calon pelaku, tanpa harus meningkatkan hukuman atas perampokan bank itu sendiri (yang akan menimbulkan masalah seperti telah dibahas sebelumnya). Pelaku tidak dapat memastikan bahwa percobaannya akan berhasil, dan apabila gagal, ia tidak hanya kehilangan keuntungan dari rampokan yang berhasil, tetapi juga menanggung tambahan biaya dalam bentuk hukuman. Dengan demikian, penghukuman atas percobaan serupa dengan pembentukan kekuatan kepolisian: keduanya meningkatkan ekspektasi biaya hukuman atas kejahatan yang diselesaikan tanpa harus meningkatkan beratnya hukuman bagi kejahatan tersebut. Namun, percobaan tidak akan dihukum seberat tindak pidana yang telah sempurna, dan terdapat dua alasan ekonomi untuk hal ini: (1) untuk memberikan insentif kepada pelaku agar mengurungkan niatnya di saat-saat terakhir (suatu bentuk pencegahan marjinal), dan (2) untuk meminimalkan biaya akibat kekeliruan, karena terdapat kemungkinan yang lebih tinggi bahwa terdakwa sebenarnya tidak berbahaya dibandingkan dengan pelaku yang dihukum atas kejahatan yang telah sempurna. Mengapa fakta bahwa percobaan menimbulkan kerugian yang lebih kecil dibandingkan kejahatan yang selesai bukan menjadi alasan ekonomi yang cukup bagi pengenaan hukuman yang lebih ringan?

Bagaimana jika terdakwa hanya berkata kepada temannya (yang ternyata adalah informan polisi), “Saya berniat merampok bank itu,” dan tidak melakukan tindakan lebih lanjut untuk mewujudkan niatnya? Hal tersebut tidak dianggap sebagai percobaan. Kemungkinan bahwa ia benar-benar akan merampok bank jauh lebih kecil dibandingkan dengan situasi di mana ia tertangkap saat hendak melakukannya, sehingga manfaat sosial dari memenjarakannya jauh lebih kecil; dengan kata lain, ekspektasi atas biaya kekeliruan jauh lebih besar.

Kadangkala percobaan gagal bukan karena digagalkan oleh pihak ketiga, melainkan karena pelaku melakukan kesalahan. Ia mungkin menembak sesuatu yang dikiranya adalah seorang pria yang tidur di tempat tidur, padahal ternyata hanyalah sebuah bantal. Atau ia mungkin telah membuat boneka *voodoo* dari musuhnya dan menikamnya berulang kali dengan keyakinan keliru bahwa tindakan itu akan membunuh musuhnya. Pertanyaan yang

relevan bagi ekonom adalah apakah jenis kesalahan yang dilakukan cukup untuk membuat keberhasilan pelaku menjadi sangat tidak mungkin. Jika demikian, maka tidak ada kejahatan yang dapat dicegah dengan memenjarakannya, dan dengan demikian tidak ada manfaat sosial, melainkan hanya biaya besar yang timbul dari tindakan tersebut. Contoh kedua menggambarkan situasi seperti ini.

Upaya yang gagal karena kesalahan, bukan karena digagalkan, merupakan dasar terkuat untuk pemberian pidana yang lebih ringan atas percobaan tindak pidana dibandingkan dengan kejahatan yang telah selesai dilakukan. Apabila pidana terhadap percobaan pembunuhan disamakan dengan pidana pembunuhan, maka seorang pelaku yang menembak dan meleset (serta tidak segera tertangkap) akan terdorong untuk mencoba lagi, karena jika berhasil, ia tidak akan dijatuhi pidana yang lebih berat dibandingkan saat gagal. Ini merupakan contoh yang sangat jelas mengenai pentingnya *marginal deterrence* (pencegahan marjinal).

Konspirasi untuk melakukan tindak pidana dikenakan sanksi pidana, terlepas dari berhasil tidaknya pelaksanaan kejahatan tersebut. Apabila konspirasi tersebut berhasil dilaksanakan, maka pemidanaan atas konspirasi sebagai tindak pidana yang berdiri sendiri akan memperberat pidana terhadap pelaku, dibandingkan apabila kejahatan itu dilakukan oleh satu orang saja. Selain itu, pemidanaan konspirasi juga memberikan keuntungan prosedural bagi penuntut umum (yang menjadikan pidana terhadap konspirasi lebih berat dalam arti yang berbeda — dapatkah Anda melihat alasannya?). Perlakuan khusus terhadap tindak pidana konspirasi dapat dibenarkan karena konspirasi lebih berbahaya dibandingkan kejahatan yang dilakukan oleh satu orang. Jika bahaya itu hanya berkaitan dengan tingkat keparahan kejahatan, maka tambahan pemidanaan tidak diperlukan karena pidananya sudah berat. Namun, konspirasi sejatinya lebih berbahaya karena memiliki potensi untuk melakukan lebih banyak kejahatan (sebagaimana perusahaan dapat memproduksi lebih banyak barang atau jasa dibandingkan individu), serta melaksanakannya dengan efisiensi yang lebih tinggi (dalam arti efisiensi privat, bukan sosial), misalnya dengan pembagian tugas: satu orang berjaga, satu orang mengemudi, satu orang menjual hasil curian, dan sebagainya.

Meskipun keuntungan ini sebagian diimbangi oleh meningkatnya risiko konspirasi untuk terdeteksi karena skala aktivitasnya, skala tersebut juga dapat membuat konspirasi lebih mampu menghindari pemidanaan, misalnya dengan

menyuap aparat penegak hukum. Selain itu, beberapa tindak pidana berat seperti makar (*insurrection*) hanya dapat dilakukan melalui konspirasi. Keseluruhan pertimbangan ini menunjukkan bahwa pemidanaan konspirasi yang optimal memang lebih berat dibandingkan pemidanaan terhadap pelaku tunggal.

Konspirasi yang tidak berhasil pun tetap dikenai pidana. Konspirasi tersebut dikategorikan sebagai bentuk percobaan tindak pidana. Perbedaan utama dari segi hukum adalah bahwa dalam konspirasi, kesepakatan untuk melakukan tindak pidana telah cukup untuk menimbulkan pertanggungjawaban pidana, bahkan apabila para pelaku belum mencapai tahap pelaksanaan atau berada di tahap awal persiapan. Namun, apabila konspirasi dianggap lebih berbahaya dibandingkan tindak pidana oleh pelaku tunggal, maka tingkat kerugian yang ditimbulkan secara ekspektatif dapat setara dengan percobaan pelaku tunggal, meskipun probabilitas terjadinya tindak pidana yang selesai lebih rendah karena persiapannya telah lebih awal digagalkan.

Berkaitan dengan konsep konspirasi adalah konsep penyertaan dalam tindak pidana (*aiding and abetting*). Perhatikan kasus-kasus berikut:

1. Seorang saksi tidak melaporkan tindak pidana kepada pihak kepolisian.
2. Seorang pedagang menjual pakaian mewah kepada perempuan yang diketahuinya sebagai pekerja seks komersial.
3. Seorang pedagang menjual senjata api kepada seseorang yang memberitahunya bahwa senjata tersebut akan digunakan untuk melakukan pembunuhan.

Dalam ketiga kasus tersebut terdapat argumen untuk pengenaan tanggung jawab pidana: hal ini akan meningkatkan biaya ekspektatif atas kejahatan yang dilakukan oleh pelaku utama. Namun, dalam kasus pertama, biaya penghindaran akan sangat tinggi; orang-orang yang memiliki informasi tentang kejahatan tetapi tidak langsung melaporkannya akan menjadi enggan untuk melapor kemudian. Dalam kasus kedua, manfaat dari pengenaan pidana sangat kecil — bukan hanya karena kejahatannya tergolong ringan dan tidak memiliki korban (*victimless*), tetapi juga karena pelaku tidak akan mengalami kesulitan besar untuk berbelanja di tempat lain yang tidak mengenal latar belakangnya. Dalam kasus ketiga, manfaat pengenaan pidana tampak substansial — dan ini adalah satu-satunya dari ketiga contoh tersebut di mana

hukum (secara terbatas) memungkinkan pengenaan tanggung jawab pidana terhadap pihak ketiga.

Entrapment (penjebakan) merupakan konsep yang berkaitan erat dengan percobaan, meskipun secara hukum ia berfungsi sebagai alasan penghapusan pidana (pembelaan), bukan sebagai tindak pidana itu sendiri. Polisi sering kali memancing atau membantu seseorang untuk melakukan tindak pidana. Bentuk paling umum dari taktik ini adalah mengirimkan petugas penyamar untuk membeli narkoba dari seorang pengedar, yang kemudian langsung ditangkap dan dituntut atas penjualan ilegal. Hal ini tampaknya ganjil karena transaksi tersebut tampaknya tidak menimbulkan kerugian apa pun — narkoba tidak sampai ke tangan pengguna, dan barang bukti langsung dimusnahkan. Dalam situasi seperti ini, mungkin tampak bahwa satu-satunya hal yang penting adalah mengembalikan uang hasil pembelian kepada penjual. Namun, dasar pemidanaan tetaplah pencegahan. Meskipun perbuatan itu tidak menimbulkan kerugian, sangat besar kemungkinan bahwa pelaku akan terus melakukan penjualan ilegal jika tidak ditangkap. Penangkapan dan pemidanaan dilakukan pada saat ini karena lebih murah menangkapnya dalam suatu kejahatan yang telah dirancang (oleh polisi) dibandingkan menangkapnya dalam aktivitas kriminal normalnya. Manfaat pemenjaraan tetap besar, sedangkan biaya penangkapan dan pembuktian jauh lebih rendah.

Jenis penjebakan seperti ini sepenuhnya sah secara hukum. Pembelaan berdasarkan *entrapment* hanya dapat digunakan apabila pelaku tidak memiliki *criminal predisposition* (kecenderungan kriminal). Istilah hukum klasik ini dapat dijelaskan secara ekonomi sebagai berikut: terdakwa akan tetap melakukan tindak pidana tersebut, meskipun dalam kondisi yang membuatnya lebih sulit untuk ditangkap oleh polisi, seandainya ia tidak terjebak dalam perangkap polisi. Akan tetapi, apabila polisi tidak sekadar menyimulasikan peluang kejahatan yang biasa dilakukan oleh target, melainkan justru memberikan dorongan yang sangat besar — misalnya, dengan menawarkan imbalan yang tidak mungkin ditolak — maka hal tersebut dapat mendorong seseorang untuk melakukan tindak pidana yang sebenarnya tidak akan ia lakukan dalam kehidupan normalnya. Contohnya, seorang polisi menawarkan uang sebesar \$1.000 kepada seorang pria miskin yang tidak memiliki catatan kriminal untuk mencuri sepeda, pria tersebut melakukannya, lalu ditangkap. Sumber daya yang digunakan untuk menangkap dan menghukum pria tersebut menjadi sia-sia secara sosial, karena tidak ada tindak pidana yang benar-benar

dicegah. Tanpa adanya tawaran dari polisi, pria tersebut tidak akan mencuri sepeda — manfaat ekspektatif dari pencurian tersebut baginya negatif. Maka, tidak ada manfaat yang dihasilkan oleh tindakan polisi tersebut, kecuali mengalihkan sumber daya penegakan hukum yang terbatas dari pencegahan kejahatan yang nyata.

Dengan demikian, upaya penjemputan oleh aparat penegak hukum yang hanya memengaruhi waktu terjadinya kejahatan (namun tidak meningkatkan jumlah kejahatan) bersifat produktif secara sosial. Sebaliknya, tindakan aparat yang mendorong peningkatan *volume* kejahatan yang akan dilakukan oleh pihak-pihak yang sebelumnya tidak berniat melakukan kejahatan merupakan pemborosan sumber daya penegakan hukum dan kontraproduktif bagi pencegahan kejahatan itu sendiri.

D. Niat Pidana (*Criminal Intent*)

Niat subjektif, atau keadaan batin dari terdakwa, merupakan pertimbangan yang meresap dalam hukum pidana. Hal ini membingungkan bagi ekonom; seseorang dapat membaca puluhan buku ekonomi tanpa pernah menjumpai rujukan terhadap konsep niat. Namun demikian, konsep niat dalam hukum pidana memiliki tiga fungsi ekonomi: (1) mengidentifikasi pemindahan paksa yang murni (*pure coercive transfer*), (2) memperkirakan probabilitas tertangkap dan dihukum, serta (3) menentukan apakah sanksi pidana akan menjadi sarana yang efektif (dan dibenarkan secara biaya) untuk mengendalikan perilaku yang tidak diinginkan.

Apabila saya secara ceroboh mengambil dan membawa pulang payung dari sebuah restoran yang saya kira milik saya padahal bukan, maka saya tidak tergolong sebagai pencuri; namun apabila saya mengetahui bahwa payung tersebut bukan milik saya dan tetap mengambilnya, maka saya adalah pencuri. Perbedaan ekonominya adalah: dalam kasus pertama, karena saya harus mengeluarkan sumber daya untuk menghindari pengambilan payung, dan probabilitas saya mengambil payung yang salah tergolong rendah, maka disparitas antara B dan PL dalam istilah *Formula Hand* tidaklah besar, dan risiko *overdeterrence* melalui sanksi pidana menjadi tinggi; sedangkan dalam kasus kedua, di mana saya justru mengalokasikan sumber daya untuk mengambil payung milik orang lain (mungkin saya datang ke restoran tersebut semata-mata untuk mencuri payung), maka B bersifat negatif dan P tinggi (lihat Bab 6.15 sebelumnya). Permasalahannya adalah bahwa tindakan

eksternal dalam kedua peristiwa tersebut tampak serupa, sehingga keadaan batin pelaku menjadi petunjuk untuk membedakannya.

Tentu saja kita harus berhati-hati membedakan antara niat (*intent*) dan kesadaran (*awareness*). Jika tidak, kita dapat terjebak pada asumsi keliru bahwa manajer perusahaan kereta api adalah pembunuh hanya karena mereka hampir dapat dipastikan mengetahui bahwa kereta mereka akan menabrak sejumlah orang di perlintasan setiap tahun. Mereka memang mengetahui hal itu, tetapi mereka tidak memperoleh keuntungan dari tindakan membunuh. Keuntungan yang diperoleh semata-mata berasal dari penghematan sumber daya yang dibutuhkan untuk mencegah kematian tersebut, dan manfaat tersebut — baik dari segi sosial maupun pribadi — mungkin melampaui biayanya. Niat yang relevan di sini adalah niat untuk mencapai suatu objek tertentu (yang dilarang) melalui investasi sumber daya demi mencapainya.

Meskipun tidak membuat garis batas tegas antara pemindahan paksa yang murni dan kecelakaan yang secara eksternal tampak serupa dapat mengurangi biaya penanganan perkara pidana, hal ini justru akan mengakibatkan pemberian sanksi pidana yang berlebihan, yang pada akhirnya menimbulkan berbagai biaya sosial serius, seperti penghindaran terhadap aktivitas sah seperti menitipkan payung di ruang penitipan restoran. Namun, dalam beberapa kasus, garis batas tersebut tidaklah jelas. Salah satu contohnya adalah kejahatan pemerkosaan terhadap anak di bawah umur (*statutory rape*). Misalnya, seorang perempuan terlihat berusia 16 tahun (anggaplah 16 adalah batas usia persetujuan), tetapi jika ternyata ia lebih muda, maka kesalahan yang wajar dari pihak laki-laki tetap tidak dapat dijadikan alasan pembenar. Contoh lainnya adalah *felony murder* (pembunuhan dalam rangka tindak pidana berat): apabila kematian terjadi dalam pelaksanaan kejahatan berat meskipun bukan karena kesalahan pelaku, pelaku tetap bertanggung jawab sebagai pembunuh. Dalam contoh-contoh tersebut, serta dalam contoh lainnya yang dapat diberikan, kita tidak bermaksud mencegah aktivitas yang berdekatan dengan larangan pidana pokok tersebut; dengan kata lain, penghindaran terhadap aktivitas tersebut tidak dianggap sebagai biaya sosial, sehingga secara ekonomi menguntungkan untuk mengurangi biaya penuntutan dengan menghapus isu mengenai niat. Seorang laki-laki dapat menghindari tanggung jawab atas *statutory rape* dengan tidak bergaul dengan perempuan muda, dan perampok dapat menghindari tanggung jawab atas *felony murder* dengan tidak melakukan perampokan, atau setidaknya tidak membawa

senjata. Secara efektif, kita memperkenalkan unsur *strict liability* (tanggung jawab mutlak) dalam hukum pidana, sebagaimana berlaku dalam hukum perdata, ketika perubahan tingkat aktivitas merupakan cara efisien untuk menghindari biaya sosial (lihat Bab 6.5 sebelumnya).

Untuk mengilustrasikan fungsi kedua dari niat dalam hukum pidana, pertimbangkan bahwa pembunuhan berencana dijatuhi hukuman lebih berat daripada pembunuhan yang dilakukan dalam keadaan marah (*in a fit of anger*). Perbedaan dalam keadaan batin ini menjadi proksi bagi perbedaan dalam dua variabel penting dalam menentukan hukuman optimal. Pertama adalah probabilitas terjadinya kematian; hal ini lebih tinggi ketika pelaku bertindak secara sengaja daripada dalam kondisi emosi. Oleh karena itu, nilai L (kerugian) lebih besar. Selain itu, p (probabilitas tertangkap dan dihukum) dalam rumus $D = L/p$ lebih rendah dalam pembunuhan berencana. Individu yang merencanakan pembunuhan, bahkan secara singkat, kemungkinan juga merencanakan cara untuk melarikan diri. Sebaliknya, pembunuhan karena emosi cenderung terjadi dalam keadaan di mana upaya untuk menyembunyikan perbuatan tersebut tidak direncanakan dan tidak dapat dilakukan.

Mungkin ada alasan lain mengapa kejahatan impulsif dihukum lebih ringan daripada kejahatan yang direncanakan, yaitu karena kejahatan impulsif kurang dapat dicegah; hukuman kurang efektif, kurang bernilai, dan oleh karena itu masyarakat sebaiknya "membeli lebih sedikit" hukuman tersebut. Namun, hal ini tidak selalu jelas. Misalnya, fakta bahwa suatu tingkat tambahan hukuman akan memiliki efek pencegahan lebih kecil terhadap pelaku impulsif dibandingkan pelaku yang direncanakan justru dapat menjadi dasar untuk hukuman yang lebih berat bagi pelaku impulsif. Misalkan hukuman 20 tahun cukup untuk mencegah hampir semua pembunuhan berbayar (*murder for hire*), tetapi untuk mencapai tingkat pencegahan yang sama bagi pelaku impulsif dibutuhkan hukuman 30 tahun. Hukuman tambahan ini memang mahal, namun jika biaya tambahan tersebut lebih kecil daripada manfaat pencegahan yang dihasilkan, maka hukuman tersebut tetap layak diberlakukan. Jangan pula dilupakan efek *incapacitation* (penahanan secara fisik). Fakta bahwa pelaku tertentu mungkin tidak dapat dicegah secara efektif justru menjadi argumen untuk menekankan pentingnya *incapacitation*, yang berarti masa hukuman yang lebih panjang.

Konflik antara pencegahan (*deterrence*) dan *incapacitation* sebagai tujuan sanksi pidana menjadi paling nyata dalam konteks pembelaan berdasarkan gangguan jiwa (*insanity defense*). Apabila seseorang mengalami gangguan jiwa, baik dalam arti tidak menyadari bahwa perbuatannya adalah perbuatan pidana (misalnya ia membunuh seseorang yang ia yakini sebagai tikus raksasa), maupun tidak mampu mengendalikan dirinya (misalnya mendengar suara-suara ilahi yang menyuruhnya membunuh), maka orang tersebut tidak akan terpengaruh oleh ancaman hukuman pidana. Oleh karena itu, apabila sanksi pidana hanya berfungsi sebagai pencegahan, maka cukup jelas bahwa orang semacam ini tidak seharusnya dijatuhi hukuman pidana. Sumber daya yang digunakan untuk menghukum mereka (termasuk penderitaan yang ditanggung oleh pelaku) akan menjadi pemborosan sosial karena tidak memberikan efek pencegahan.

Namun, ini adalah penyederhanaan yang berlebihan. Keberadaan pembelaan berdasarkan gangguan jiwa justru dapat mengalihkan sumber daya untuk membuktikan dan membantah klaim tersebut, serta mengurangi efek pencegahan sejauh para pelaku berhasil berpura-pura gila atau ketika jumlah orang yang dihukum berkurang (oleh alasan apa pun), sehingga sinyal pencegahan yang dihasilkan oleh hukuman menjadi lemah. Namun jika semua ini dikesampingkan, setelah tujuan *incapacitation* dimasukkan dalam analisis, maka menjadi kurang jelas bahwa pembelaan berdasarkan gangguan jiwa perlu dipertahankan, karena hal itu hanya akan meningkatkan biaya proses pidana tanpa mengurangi kebutuhan untuk membatasi kebebasan terdakwa. Efek stigma dari hukuman pidana juga akan berkurang apabila suatu kelas pelaku yang sepenuhnya tidak dapat dicegah tetap dijatuhi hukuman. (Mengapa? Dan mengapa pengamatan ini tidak bertentangan dengan keberadaan unsur *strict liability* dalam hukum pidana?) Hal ini merupakan argumen untuk menggunakan hukum perdata, bukan hukum pidana, dalam menangani pelaku kejahatan yang mengalami gangguan jiwa.

Gangguan jiwa jarang diakui sebagai alasan pembeda dalam hukum perdata — secara umum, keadaan batin tergugat jauh lebih jarang diperhitungkan dalam membebaskan atau meringankan tanggung jawab perdata dibandingkan pidana. Perbedaan ini dapat dijelaskan secara ekonomi. Sanksi pidana lebih mahal dibandingkan sanksi perdata (mengapa?), dan hal ini memengaruhi pertukaran antara biaya pembuktian fakta dan biaya menjatuhkan sanksi di luar batas maksud sanksi tersebut. Oleh karena itu,

tidak dapat dijadikan pembelaan dalam kasus *civil trespass* (perbuatan melanggar batas milik orang lain secara perdata) bahwa pelaku tidak tahu dan tidak dapat mengetahui secara wajar bahwa ia berada di atas tanah milik orang lain. Namun hal tersebut dapat dijadikan pembelaan dalam *criminal trespass* (perbuatan melanggar batas milik orang lain secara pidana). Karena sanksi dalam perkara perdata lebih ringan, maka biaya penyelidikan kompleks terhadap keadaan batin pelaku tidak sebanding dengan manfaat penghindaran terhadap penerapan sanksi terhadap perilaku yang sebenarnya tidak ingin dicegah (yakni pelanggaran batas yang tidak dapat dihindari secara ekonomi), berbeda halnya jika sanksi yang dijatuhkan bersifat pidana dan lebih berat.

Beberapa persoalan dalam hal *criminal intent* (niat pidana) dapat dijelaskan melalui konsep biaya informasi (*information costs*). Sebagai contoh, sering kali tidak jelas apakah seorang pembeli barang curian mengetahui bahwa barang tersebut merupakan hasil kejahatan. Uji terhadap pertanggungjawaban pidana pembeli tersebut adalah apakah, ketika mencurigai bahwa barang tersebut berasal dari tindak pidana, ia secara sadar menghindari memperoleh pengetahuan yang dapat menguatkan atau membantah kecurigaannya tersebut. Uji ini, pada dasarnya, menetapkan suatu kewajiban hukum bagi pembeli — yang dapat ditegakkan melalui sanksi pidana — untuk menyelidiki asal-usul barang tersebut apabila biaya penyelidikan tergolong sangat rendah.⁴

Hal serupa tampaknya juga tercermin dalam adagium hukum klasik yang masih memiliki daya hidup hingga kini, yaitu bahwa ketidaktahuan terhadap hukum tidak dapat dijadikan alasan pembenar atas pertanggungjawaban pidana (*ignorantia legis neminem excusat*). Karena ketidakjelasan dalam hukum pidana dapat menimbulkan biaya penghindaran yang besar (yaitu biaya untuk menjauh dari potensi pelanggaran), maka hukum pidana pada umumnya disusun sedemikian rupa agar cukup jelas. Kejelasan ini lebih banyak dicapai bukan melalui teknik perumusan yang terang benderang, melainkan melalui pembatasan ruang lingkup norma terhadap jenis perbuatan yang secara umum telah diketahui masyarakat sebagai perbuatan anti-sosial. Dengan demikian, biaya untuk memperoleh pengetahuan mengenai kewajiban hukum seseorang di bawah hukum pidana menjadi sangat rendah.

E. Kelalaian Berat, Kelalaian Biasa, dan Pertanggungjawaban Mutlak (*Strict Liability*) Sekali Lagi

Telah diuraikan sebelumnya bahwa karena sanksi pidana bersifat berat, maka penerapannya terhadap perbuatan yang bersifat tidak disengaja (apalagi terhadap perbuatan yang tak terhindarkan) akan menciptakan insentif bagi masyarakat untuk menghindari zona aktivitas yang sangat luas, meskipun aktivitas tersebut sepenuhnya legal, demi menghindari risiko pemidanaan. Namun terdapat banyak pengecualian terhadap generalisasi ini; selain contoh-contoh yang telah disebutkan sebelumnya, berikut dua tambahan lainnya:

1. Terdapat argumen yang mendukung penerapan pertanggungjawaban pidana apabila dalam Rumusan Hand (*Hand Formula*) nilai B jauh lebih kecil dibandingkan dengan PL, dan apabila L sangat tinggi. Ini merupakan dua syarat terpisah, bukan satu kesatuan. Apabila nilai B dan PL saling berdekatan, maka risiko terjadinya kesalahan dalam pemberian pertanggungjawaban akan cukup besar, dan biaya sosial dari kesalahan tersebut akan sangat meningkat apabila sanksinya adalah pidana. Namun, meskipun B jauh lebih kecil dibandingkan PL, kecuali jika L sangat besar, maka tidak ada alasan untuk tidak menyerahkan persoalan tersebut kepada rezim hukum perdata (*tort law*).

Namun, argumen untuk pertanggungjawaban pidana menjadi kuat jika kedua syarat tersebut terpenuhi, misalnya dalam kasus ketika seseorang mengemudi secara sangat ceroboh sehingga menciptakan risiko besar terhadap kematian orang lain. Dalam kasus tersebut, nilai B akan jauh lebih kecil daripada PL, dan nilai L juga besar. Memang benar bahwa dalam kasus ini, B akan sedikit lebih besar dan P lebih kecil dibandingkan dengan situasi di mana seseorang berniat untuk membunuh, namun ini hanya menunjukkan bahwa kasus dengan niat jahat memiliki dasar pemidanaan yang lebih kuat. Kendati demikian, kasus kelalaian berat atau tindakan sembrono (*recklessness*), tetap berada dalam kerangka dasar pertanggungjawaban pidana, dan karena itu tidak mengherankan jika perbuatan membahayakan jiwa akibat kelalaian berat atau sembrono dikriminalisasi.

Contoh lainnya adalah pembunuhan yang dilakukan karena keyakinan jujur namun keliru bahwa tindakan tersebut diperlukan untuk pembelaan diri. Ini merupakan pembunuhan yang disengaja; oleh karena itu, nilai P dan L tinggi. Nilai B juga tinggi; pelaku secara definisional

merasa takut atas ancaman terhadap hidupnya sendiri. Namun demikian, jarak antara PL dan B tetap bisa sangat besar, yang jika digabungkan dengan nilai L yang tinggi, membentuk syarat bagi pemidanaan atas perbuatan yang dalam arti tertentu tetap bersifat tidak disengaja. Dalam contoh ini, perbuatannya bukan tergolong sebagai pembunuhan (*murder*), melainkan pembunuhan tanpa niat jahat (*manslaughter*); jarak antara PL dan B lebih kecil dibandingkan dengan kasus pembunuhan akibat kelalaian berat yang dikualifikasikan sebagai pembunuhan tingkat dua (*second degree murder*).

Sejalan dengan analisis di atas, kelalaian biasa (*simple negligence*) maupun kelalaian berat yang tidak membahayakan jiwa umumnya tidak dikriminalisasi.

2. Tentu saja terdapat delik yang menerapkan pertanggungjawaban mutlak (*strict liability crimes*) — artinya bahwa unsur niat maupun kelalaian tidak perlu dibuktikan. Contoh paling umum dalam praktik adalah pelanggaran batas kecepatan saat mengemudi. Namun, kecuali dalam kasus-kasus ekstrem (yang dalam hal itu termasuk ke dalam kategori pertama di atas), pelanggaran semacam ini tidaklah bersifat "pidana" secara fungsional, karena hanya dikenai denda kecil yang tidak menimbulkan stigma, yang dalam praktiknya setara dengan ganti rugi dalam hukum perdata.

Pertanyaan menarik dari delik kecepatan dan delik *strict liability* lainnya (seperti menjual minuman beralkohol kepada anak di bawah umur, atau menjual makanan yang tercemar) adalah: mengapa perlu ada sanksi publik di luar ganti rugi perdata untuk perbuatan lalai seperti ini? Salah satu jawabannya dapat ditelusuri melalui analisis perbedaan antara sanksi *ex ante* dan sanksi *ex post*, yang akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 13 tentang Regulasi Keselamatan.

Dalam kasus perbuatan yang membahayakan jiwa — elemen umum dalam hampir seluruh jenis delik *strict liability* — penetapan nilai L dalam gugatan perdata (yakni setelah kecelakaan terjadi) bukan hanya sulit dilakukan (karena nilai ekonomi nyawa manusia sulit diestimasi), tetapi juga sering kali menjadi tindakan sia-sia, karena pelaku (*tortfeasor*) tidak memiliki kemampuan finansial untuk membayar ganti rugi dalam jumlah besar. Alternatif dari sistem gugatan perdata adalah intervensi negara, yang secara ideal mewajibkan pelanggar (misalnya

pelanggar batas kecepatan) membayar denda senilai PL, agar tercipta insentif untuk mengambil tindakan pencegahan yang tepat — yang secara kasar diperkirakan melalui kepatuhan terhadap batas kecepatan. Dalam hal ini, PL akan jauh lebih kecil dibandingkan L.

Dengan demikian, *strict liability* merupakan istilah yang keliru dalam konteks ini; batas kecepatan hanyalah estimasi kasar terhadap nilai B, dan demikian pula terhadap aturan-aturan regulasi lainnya yang pelanggarannya dikualifikasikan sebagai *strict liability* dalam hukum pidana. Karena nilai B dan PL sering kali berdekatan, maka sanksi pidana yang mahal tidak optimal, meskipun nilai L tinggi; pembayaran berupa transfer kecil kepada negara jauh lebih efisien.

F. Pembelaan atas Dasar Keadaan Memaksa (*The Defense of Necessity*)

Kasus terkenal *Regina v. Dudley and Stephens* melibatkan pengadilan atas tuduhan pembunuhan terhadap beberapa pria yang, dalam situasi darurat di atas sekoci penyelamat, membunuh dan memakan salah satu anggota kelompok mereka. Dalam perkara tersebut diajukan pembelaan berdasarkan keadaan memaksa (*necessity* atau *compulsion*), tetapi pembelaan tersebut ditolak oleh pengadilan. Dalam hukum modern, pembelaan ini — meskipun masih dipandang dengan penuh kehati-hatian, kecuali jika berbentuk pembelaan diri (*self-defense*) — biasanya akan berhasil apabila terdapat kesenjangan yang sangat besar antara kerugian yang diderita korban dan keuntungan yang diperoleh pelaku. Sebagai contoh, dalam ilustrasi sebelumnya mengenai seseorang yang mencuri makanan dari kabin di tengah hutan untuk mempertahankan hidupnya, tindakan pencurian tersebut dapat dimaafkan (*excused*). Perlu dicatat bahwa berbeda dengan pembelaan karena gangguan jiwa — yang merupakan jenis pembelaan yang secara fundamental berbeda — penolakan terhadap pembelaan keadaan memaksa tidak akan melayani tujuan untuk menginkapasitasi pelaku. Dalam kasus ini, tujuan pemenjaraan atau penahanan tidak relevan, karena tidak ada alasan untuk mencegah pelaku melakukan hal yang sama di masa depan.

Akan tetapi, ubah sedikit ilustrasinya: saya sedang kelaparan dan memohon sepotong roti kepada seorang hartawan yang gemar kuliner, namun ia menolak memberi. Jika saya kemudian merampas roti dari tangannya, maka saya bersalah atas tindak pidana pencurian dan tidak dapat mengajukan

pembelaan atas dasar keadaan memaksa. Alasan ekonomis dari putusan yang tampaknya “kejam” ini adalah karena dalam situasi tersebut, biaya transaksi rendah. Ketidakmampuan saya untuk mencapai kesepakatan pembelian dengan pemilik roti menunjukkan bahwa roti tersebut sesungguhnya memiliki nilai yang lebih tinggi bagi si hartawan. Sebaliknya, dalam contoh kabin di tengah hutan, biaya transaksi sangat tinggi (bahkan mustahil).

Sekarang kita kembali pada kasus *Dudley and Stephens*. Terdapat bukti bahwa awak kapal yang dibunuh dan dimakan telah berada dalam kondisi sekarat, dan bahwa tindakan membunuh serta memakan dirinya telah menyelamatkan nyawa tiga orang lainnya (satu orang tidak didakwa karena tidak ikut serta dalam pembunuhan tersebut). Namun, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, kecuali jika korban sendiri menyadari bahwa dirinya akan mati, besar kemungkinan ia tidak akan bersedia menukar nyawanya dengan imbalan apa pun. Oleh karena itu, kasus ini secara ekonomi mirip dengan ilustrasi perampasan roti dari hartawan. Namun demikian, tampaknya ada yang secara moral atau sosial terasa keliru apabila kasus ini disamakan sepenuhnya. Meskipun biaya transaksi dalam kasus *Dudley and Stephens* tidak tinggi dalam pengertian konvensional, kebanyakan orang akan berpendapat bahwa pada titik tertentu, pengorbanan satu orang demi menyelamatkan banyak nyawa dapat meningkatkan kesejahteraan sosial secara keseluruhan (*social welfare*). Apabila dapat dibuktikan bahwa sebelum pelayaran dimulai, seluruh awak kapal telah menyetujui secara eksplisit bahwa apabila diperlukan demi menyelamatkan yang lainnya, anggota yang paling lemah akan dikorbankan, maka akan terdapat argumen ekonomi yang mendukung pembelaan atas dasar keadaan memaksa, asalkan perjanjian tersebut memang harus dilaksanakan dalam situasi darurat yang nyata.

G. Ekonomi Kejahatan Terorganisir (*The Economics of Organized Crime*)

Dalam beberapa tahun terakhir, perhatian besar diberikan pada upaya penanggulangan kejahatan terorganisir. Istilah ini digunakan untuk menggambarkan para pelaku kejahatan yang terorganisir dalam bentuk perusahaan ilegal, yang terhubung dalam kartel nasional bahkan internasional, dan beroperasi di bidang-bidang kriminal seperti rentenir, prostitusi, perjudian, dan narkoba, tetapi juga merambah ke bidang-bidang usaha legal,

serta menggunakan kekerasan dan korupsi terhadap aparat penegak hukum sebagai metode utama dalam kegiatan usahanya.

Dari sudut pandang analisis ekonomi, beberapa karakteristik yang dikaitkan dengan kejahatan terorganisir tampak realistis, sedangkan yang lain kurang meyakinkan. Aktivitas yang terkait dengan kejahatan terorganisir umumnya melibatkan hubungan sukarela antara penjual dan pembeli, bukan pertukaran secara paksa. Karena hubungan semacam ini secara umum memerlukan organisasi dan spesialisasi, maka kemunculan perusahaan-perusahaan alih-alih individu-individu dalam kegiatan ini tidaklah mengejutkan.

Tingkat keterlihatan (*visibility*) organisasi, jika dibandingkan dengan individu, tampaknya menjadikan organisasi lebih rentan terhadap deteksi hukum. Namun, karena kegiatan kejahatan terorganisir melibatkan “korban” yang sukarela, maka organisasi tersebut relatif tidak berisiko untuk ditangkap, setidaknya bukan melalui pengaduan korban, yang merupakan metode konvensional dalam penegakan hukum. (Oleh karena itu, peran agen penyamaran menjadi sangat penting.) Korupsi terhadap polisi juga difasilitasi oleh sifat berkelanjutan dari aktivitas kriminal yang dilakukan. (Mengapa? Karena keberlanjutan memberikan insentif jangka panjang bagi polisi korup untuk tetap menerima suap, dan bagi organisasi kriminal untuk menjaga hubungan “kerja sama” tersebut.)

Penggunaan kekerasan oleh kejahatan terorganisir (dan lebih sering, ancaman kekerasan) tidaklah mengejutkan, karena mereka tidak dapat menegakkan kontrak melalui cara-cara hukum. Namun demikian, terdapat argumen bahwa kejahatan terorganisir justru cenderung menggunakan kekerasan lebih jarang dibandingkan kejahatan yang tidak terorganisir. Kekerasan dapat menakuti masyarakat umum, sehingga memicu upaya penegakan hukum yang lebih intensif untuk mencegah aktivitas yang menimbulkan kekerasan tersebut. Konsekuensi dari kekerasan ini adalah eksternalitas bagi pelaku individu, tetapi tidak bagi organisasi kriminal besar. Oleh karena itu, organisasi memiliki insentif internal untuk menahan kecenderungan kekerasan anggotanya. Masuk akal pula bila organisasi kriminal berupaya memasuki bisnis legal, karena bisnis semacam itu merupakan peluang investasi yang menarik bagi mereka yang memiliki modal dan keterampilan kewirausahaan. Pertanyaannya adalah: Haruskah upaya masuk tersebut didorong atau justru dibatasi? Di satu sisi, salah satu cara untuk

mengurangi insiden kejahatan terorganisir adalah dengan meningkatkan imbal hasil yang diharapkan dari kegiatan legal alternatif. Di sisi lain, sejauh mana keuntungan dari kejahatan terorganisir dapat diinvestasikan secara aman dalam kegiatan legal dan menghasilkan laba tambahan, maka pengembalian yang diharapkan dari kejahatan terorganisir menjadi lebih tinggi daripada jika tidak ada jalur investasi legal tersebut.

Karakteristik yang paling tidak meyakinkan dalam deskripsi gabungan kejahatan terorganisir adalah skala nasional atau internasional dari operasi mereka, serta klaim bahwa mereka memperoleh keuntungan monopoli. Operasi berskala besar dalam bidang-bidang khas kejahatan terorganisir kemungkinan akan menghadapi *diseconomies of scale* karena dua alasan: Pertama, Bidang-bidang tersebut umumnya melibatkan distribusi grosir dan eceran, dan distribusi pada umumnya sangat terdesentralisasi, yang mengindikasikan adanya *diseconomies* dalam skala besar. Kedua, Sifat terselubung (*covert*) dari perusahaan kejahatan terorganisir mencegah mereka membentuk struktur kontrol yang rumit, seperti yang biasa dijumpai dalam perusahaan legal berskala besar (yang membutuhkan komunikasi ekstensif dan transparan).

Namun demikian, ada satu bidang dalam kejahatan terorganisir di mana monopoli memiliki peran penting, yakni dalam praktik pemalakan dengan dalih perlindungan (*protection racket*), yang merupakan bentuk pemerasan. Agar korban bersedia membayar “biaya perlindungan,” geng tersebut harus mampu menjamin bahwa tidak ada pihak lain yang akan menyerang atau merusak properti korban — dengan kata lain, geng tersebut harus memiliki monopoli lokal atas kekerasan ekstra-legal. Sekarang, dapatkah Anda melihat mengapa pejabat publik sering menjadi pemeras yang efektif? Karena mereka sering memiliki otoritas kekuasaan dan kekuatan koersif, sehingga dapat menawarkan jaminan “perlindungan” atas nama hukum, tetapi dengan motif keuntungan pribadi. Apakah kebijakan publik seharusnya mendukung atau menolak monopolisasi pasar kriminal? Dalam kasus kegiatan kriminal berupa penjualan barang atau jasa ilegal seperti narkoba atau prostitusi, efek dari monopolisasi adalah menaikkan harga, dan karena itu mengurangi jumlah konsumsi. (Lihat Bab 9.3 nanti.)

Hampir tidak ada yang percaya bahwa penegakan hukum mampu menghapus sepenuhnya pasar ilegal ini; apa yang dilakukan penegakan hukum adalah meningkatkan harga, dan oleh karena itu mengurangi konsumsi barang

atau jasa tersebut. Jika pasar menjadi lebih kompetitif, maka efek penegakan hukum dalam menaikkan harga akan menjadi kurang efektif. Telah disampaikan pula bahwa sanksi hukum terhadap bisnis khas kejahatan terorganisir, seperti prostitusi dan perjudian, berfungsi seperti “tarif” yang memungkinkan orang-orang yang berani mengambil risiko hukuman pidana untuk memperoleh keuntungan monopoli dengan memasuki bisnis tersebut.

Namun demikian, karena biaya yang diharapkan akibat hukuman adalah bagian dari biaya menjalankan bisnis ilegal, dan harus ditutup sebagaimana biaya lain, maka harga yang mencerminkan biaya ini bukanlah harga monopoli, melainkan harga kompetitif, meskipun lebih tinggi daripada harga yang berlaku jika kegiatan tersebut legal dan tidak menghadapi risiko hukuman. Dengan demikian, apakah aktivitas kejahatan terorganisir bersifat kartelisasi dan karenanya menghasilkan keuntungan monopoli tidak dapat dijawab semata-mata dengan fakta bahwa kegiatan tersebut ilegal.

Bacaan yang Disarankan

1. Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968).
2. Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, 84 *Columbia Law Review* 1523 (1984).
3. Isaac Ehrlich, *The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement*, 1 *Journal of Legal Studies* 259 (1972).
4. -----, *Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis*, dalam *Essays in the Economics of Crime and Punishment* hlm. 68 (Gary S. Becker & William M. Landes, ed., 1974).
5. -----, *On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence*, 71 *American Economic Review* 307 (1981).
6. A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Optimal Tradeoff Between the Probability and Magnitude of Fines*, 69 *American Economic Review* 880 (1979).
7. David J. Pyle, *The Economics of Crime and Law Enforcement* (1983).
8. Richard A. Posner, *Optimal Sentences for White-Collar Criminals*, 17 *American Criminal Law Review* 409 (1980).

9. ----- , *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 *Columbia Law Review* 1193 (1985).
10. Thomas C. Schelling, *Choice and Consequences*, Bab 8 (1984).
11. Steven Shavell, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, 85 *Columbia Law Review* 1232 (1985).
12. George J. Stigler, *The Optimum Enforcement of Laws*, 78 *Journal of Political Economy* 526 (1970).
13. *The Economics of Crime* (Ralph Andreado & John J. Siegfried, ed., 1980).

Permasalahan

1. Evaluasilah argumen berikut yang dikemukakan oleh Stephen F. Williams, *Book Review*, 45 *University of Colorado Law Review* 437, 450 (1974):
 “Sulit untuk mempercayai bahwa denda sebesar \$500 memiliki efek jera yang sama bagi seorang miliarder seperti halnya bagi seorang petugas pos kita; padahal secara teoritis, biaya sosial dari suatu tindak pidana yang dilakukan oleh orang kaya tidaklah lebih kecil dibandingkan biaya sosial dari tindak pidana yang sama yang dilakukan oleh orang miskin.”
2. Secara umum diyakini bahwa individu yang menduduki jabatan kepercayaan harus diberikan kompensasi yang tinggi untuk mengurangi godaan menyalahgunakan kepercayaan tersebut. Dapatkah Saudara mengemukakan dasar ekonomi dari pandangan ini?
3. Anggaphlah bahwa biaya yang dikeluarkan oleh pemerintah sebesar satu dolar untuk penegakan hukum hanya mampu mengurangi ekspektasi biaya sosial akibat tindak pidana sebesar 99 sen. Apakah pengeluaran tersebut dapat dibenarkan secara sosial?
4. Dalam literatur ekonomi mengenai kejahatan dan pidanaan terdapat perdebatan besar mengenai apakah keuntungan yang diperoleh pelaku dari kejahatan yang dilakukannya harus dihitung sebagai keuntungan sosial. (Perhatikan bahwa pertanyaan ini berbeda dengan pertanyaan apakah biaya yang diderita pelaku akibat pidanaannya harus dihitung sebagai biaya sosial; setiap pendekatan ekonomi selalu mengasumsikan bahwa hal tersebut harus dihitung.) Untuk memperjelas persoalan, anggaphlah hukum mengatur pembelaan keadaan darurat secara cukup

luas, sehingga kasus seperti pencurian oleh orang kelaparan dari sebuah pondok, atau bahkan kasus *Regina v. Dudley and Stephens*, tidak dapat dituntut sebagai tindak pidana. Sekarang jawablah pertanyaan tersebut. (Petunjuk: terlebih dahulu jelaskan mengapa jawaban terhadap pertanyaan ini menjadi penting.)

5. Haruskah calon korban tindak pidana turut menanggung sebagian biaya dari tindak pidana tersebut, misalnya dengan mengenakan denda apabila mereka meninggalkan pintu mobil tidak terkunci atau membiarkan senjata api mereka dicuri?
6. Apakah ketidaksediaan pengadilan banding secara tradisional untuk meninjau lamanya pidana konsisten dengan pendekatan ekonomi terhadap pembedaan? (Jika bingung, lihat Bab 21.6.)
7. Apakah angka kejadian pemerkosaan terhadap anak di bawah umur (*statutory rape*) akan meningkat atau menurun apabila gadis yang menjadi korban juga dikenai pidana sebagaimana halnya dengan laki-laki pelaku? Bandingkan dengan *Michael M. v. Sonoma County Superior Court*, 450 U.S. 464 (1981).
8. Bahaslah biaya dan manfaat dari:
(1) memberikan pelatihan kerja kepada narapidana;
(2) mewajibkan narapidana bekerja selama menjalani pidana penjara;
(3) melarang pemberi kerja menolak merekrut seseorang (untuk pekerjaan yang tidak sensitif) hanya karena yang bersangkutan memiliki catatan pidana.
9. Apabila ketidakmampuan mental disebabkan oleh diri sendiri, seperti ketika seseorang melakukan pembunuhan dalam keadaan mabuk, haruskah hukum memberikan pengampunan atas tindak pidana tersebut? Jika tidak, haruskah pidana yang dijatuhkan lebih ringan?
10. Anggaplah terdakwa tidak akan melakukan tindak pidana yang dituduhkan kepadanya apabila ia tidak dibesarkan dalam kondisi kemiskinan yang parah sehingga menghambatnya memperoleh keterampilan yang dapat diperdagangkan di pasar tenaga kerja. Haruskah tindak pidana tersebut dimaafkan? Haruskah pidananya dikurangi, diperberat, atau tetap sebagaimana adanya?
11. Persetujuan umumnya tidak dapat dijadikan pembelaan terhadap tuduhan pidana. Dengan mengesampingkan tindak pidana tanpa korban

(*victimless crime*), apakah prinsip tersebut konsisten dengan analisis ekonomi?

12. Haruskah perbuatan *entrapment* oleh individu swasta dapat dijadikan sebagai pembelaan terhadap dakwaan pidana?
13. Seorang pelaku percobaan pembunuhan, meskipun tidak melukai korbannya atau orang lain, biasanya dijatuhi pidana yang lebih berat dibandingkan pencuri yang berhasil. Apakah logika ekonomi yang mendasari pola ini?
14. Dari sudut pandang ekonomi, haruskah hukum pidana menggunakan prinsip-prinsip kausalitas yang sama dengan hukum perdata (*tort law*), atau prinsip yang berbeda?

BAB VIII

COMMON LAW, SEJARAH HUKUM, DAN JURISPRUDENSI¹⁶³

Meskipun kajian ekonomi terhadap *common law* dalam buku ini belum sepenuhnya tuntas—secara khusus, Bab 21 akan membahas *common law* dalam hukum acara perdata dan pidana, termasuk hukum konflik—pembahasan yang telah dilakukan sejauh ini memungkinkan kita untuk mengkaji *common law* secara keseluruhan. Hal ini dilakukan dengan menyatukan berbagai wawasan yang telah dikembangkan dalam bab-bab sebelumnya dan membangun kajian lebih lanjut dari sana. Bab ini juga akan mengulas (meskipun secara sangat singkat) beberapa topik yang lazimnya tercakup dalam perkuliahan jurisprudensi, sejarah hukum, dan antropologi hukum di fakultas hukum.

A. Logika Ekonomi Implisit dalam *Common Law*

Bagi sebagian besar kalangan profesi hukum, *common law* merupakan kumpulan bidang hukum yang terpisah-pisah, masing-masing dengan sejarah, terminologi, serta keragaman kaidah dan doktrin yang membingungkan; bahkan, setiap bidang hukum tersebut pada dirinya sendiri dapat tampak sebagai kumpulan doktrin yang hanya memiliki keterkaitan lemah satu sama lain. Akan tetapi, telah kita lihat bahwa hukum benda (*property law*), hukum kontrak dan hukum komersial, hukum restitusi dan asas *unjust enrichment*, hukum pidana dan hukum keluarga, serta hukum laut (*admiralty law*) semuanya dapat dirumuskan dalam bentuk kerangka ekonomi yang mampu menjelaskan doktrin-doktrin utama—baik yang bersifat substantif maupun remedial—dalam bidang-bidang hukum tersebut, yang sebagian besar merupakan hukum hasil putusan hakim (*judge-made law*). Lebih lanjut, kesimpulan ini diperkuat oleh berbagai studi khusus yang menjadi dasar bagi bab-bab sebelumnya.

¹⁶³ Lihat Lawrence M. Friedman, *Sejarah Hukum Amerika* (1973); Jeffrie G. Murphy & Jules L. Coleman, *Filsafat Hukum: Pengantar Yurisprudensi* (1984); Oliver Wendell Holmes, Jr., *Hukum Umum* (1881).

Doktrin-doktrin tersebut membentuk suatu sistem yang bertujuan mendorong individu untuk bertindak secara efisien, tidak hanya dalam konteks pasar yang eksplisit, tetapi juga dalam seluruh bentuk interaksi sosial. Dalam konteks di mana biaya transaksi sukarela rendah, doktrin-doktrin *common law* menciptakan insentif bagi individu untuk menyalurkan transaksinya melalui mekanisme pasar (baik pasar yang bersifat implisit—seperti “pasar pernikahan”—maupun eksplisit). Hal ini dilakukan dengan cara menciptakan hak milik (dalam pengertian luas) dan melindunginya melalui berbagai bentuk upaya hukum seperti perintah pengadilan (*injunction*), restitusi, ganti rugi bersifat punitif (*punitive damages*), serta sanksi pidana.

Sebaliknya, dalam situasi di mana alokasi sumber daya melalui transaksi sukarela memiliki biaya yang sangat tinggi—dengan kata lain, ketika mekanisme pasar menjadi tidak layak—*common law* akan mengatur harga suatu perilaku dengan cara yang meniru hasil yang akan dihasilkan oleh pasar. Sebagai contoh, sistem hukum perdata (*tort system*) mengalokasikan tanggung jawab atas kecelakaan antara pihak-pihak seperti perusahaan kereta api dan petani, pengemudi dan pejalan kaki, atau dokter dan pasien (apa yang menjadi sumber tingginya biaya transaksi dalam hal ini?) sedemikian rupa sehingga sumber daya dialokasikan untuk keselamatan sebagaimana seharusnya dilakukan oleh pasar jika pasar dapat berfungsi. Hukum kontrak berfungsi serupa dalam menghadapi kontingensi yang tidak terduga, yang dapat menyebabkan ketidakmampuan untuk melaksanakan kontrak: hukum ini menetapkan tanggung jawab kepada pihak yang secara relatif lebih mampu untuk mencegah terjadinya kontingensi tersebut atau untuk meminimalkan kerugian akibat terjadinya peristiwa tersebut, baik melalui pembelian asuransi maupun dengan menanggung sendiri risikonya (*self-insurance*).

Hukum benda juga melakukan hal serupa dengan membatasi hak milik dalam situasi di mana penegakan hak milik secara absolut justru akan menghambat terjadinya pertukaran yang memaksimalkan nilai. Contohnya adalah ketika perusahaan penyedia jalur transportasi publik diberikan hak untuk memperoleh hak lintas (*easements*) melalui mekanisme *eminent domain*. Dengan membalik urutan pembahasan sebelumnya, dapat dikatakan bahwa *common law* membentuk hak milik, mengatur pertukarannya, dan melindunginya dari gangguan yang tidak wajar—semuanya dilakukan demi memfasilitasi berfungsinya mekanisme pasar bebas, atau apabila pasar tidak memungkinkan, untuk mensimulasikan hasil yang akan dicapai oleh pasar.

Oleh karena itu, seorang analis ekonomi dapat dengan mudah berpindah tidak hanya di dalam masing-masing bidang dalam *common law*, tetapi juga antarbidang. Hampir setiap persoalan dalam hukum perdata (*tort*) dapat diselesaikan dengan pendekatan hukum kontrak, dengan menanyakan apa yang mungkin disepakati oleh para pihak terkait dalam suatu kecelakaan mengenai tindakan pengamanan, andaikata biaya transaksi tidak bersifat prohibitif. Sebuah contoh yang mencolok adalah putusan dalam perkara *Eckert v. Long Island Railroad*. Dalam perkara tersebut, kereta api milik tergugat melaju dengan kecepatan yang berlebihan dan tanpa sinyal yang memadai di daerah padat penduduk. Seorang anak kecil sedang duduk di rel, tanpa menyadari kereta yang mendekat. Eckert berlari untuk menyelamatkan anak tersebut dan berhasil melemparkannya ke tempat aman, tetapi dirinya sendiri tertabrak dan meninggal. Pengadilan memutuskan bahwa Eckert tidak melakukan kelalaian yang turut menyebabkan kematiannya (*contributory negligence*), sehingga ahli warisnya berhak atas ganti rugi atas kelalaian pihak kereta api. Sebab, menurut putusan pengadilan, “tidak dapat dikatakan bahwa perbuatannya untuk berupaya menyelamatkan anak tersebut—sepanjang masih dalam batas kewajaran demi keselamatannya sendiri—merupakan tindakan yang melawan hukum. Ia berkewajiban menggunakan penilaiannya untuk menentukan apakah ia dapat menyelamatkan anak itu tanpa menimbulkan bahaya serius bagi dirinya sendiri.”

Apabila (sebagaimana tersirat dalam kutipan tersebut) probabilitas anak tersebut akan tewas apabila tidak diselamatkan lebih besar daripada probabilitas *Eckert* akan tewas dalam proses penyelamatan, dan nilai kehidupan sang anak setidaknya setara dengan nilai kehidupan *Eckert*, maka manfaat yang diharapkan dari penyelamatan tersebut—dalam bentuk pengurangan tanggung jawab kereta api terhadap orang tua anak tersebut—melebihi biaya yang diharapkan dari tindakan penyelamatan tersebut. Dalam kondisi tersebut, andaikata tidak terdapat biaya transaksi yang bersifat prohibitif, perusahaan kereta api seharusnya akan mempekerjakan *Eckert* untuk melakukan penyelamatan, sehingga secara *ex post*, perusahaan wajib memberikan kompensasi atas tindakannya.

Demikian pula, hampir setiap persoalan dalam hukum kontrak dapat dianalisis sebagai persoalan dalam hukum perdata (*tort*), dengan menanyakan sanksi apa yang diperlukan untuk mencegah pihak pelaksana atau pembayar kewajiban agar tidak melakukan tindakan yang boros atau tidak efisien, seperti

memanfaatkan kerentanan pihak yang lebih dahulu melaksanakan kewajibannya berdasarkan perjanjian. Baik persoalan dalam hukum perdata (*tort*) maupun kontrak juga dapat diposisikan sebagai persoalan dalam perumusan hak milik; misalnya, hukum kelalaian (*negligence*) dapat dipahami sebagai upaya untuk mendefinisikan hak seseorang atas keselamatan diri dari cedera akibat kecelakaan. Dengan demikian, perumusan hak milik itu sendiri dapat dipandang sebagai suatu proses untuk menentukan langkah-langkah apa yang akan disepakati oleh para pihak andaikata biaya transaksi tidak bersifat prohibitif, guna menciptakan insentif untuk menghindari pemborosan sumber daya yang bernilai.

Pembedaan penting dalam analisis ekonomi terhadap *common law* melampaui batas-batas konvensional bidang hukum. Salah satu pembedaan tersebut adalah antara perkara-perkara di mana kompensasi hanya diberikan apabila terdapat kegagalan dalam mengambil langkah pencegahan kerugian yang efisien dari segi biaya, dan perkara-perkara di mana kompensasi diberikan tanpa memperhatikan hal tersebut. Seorang pelanggar kontrak umumnya diwajibkan membayar ganti rugi, bahkan jika pelanggaran tersebut justru mengarah pada penggunaan sumber daya yang lebih bernilai; hal yang sama berlaku terhadap pelaku pelanggaran batas (*trespasser*). Akan tetapi, seseorang yang secara tidak sengaja menyebabkan cedera pribadi dalam kondisi di mana tidak ada tindakan pencegahan yang wajar dari segi biaya untuk mencegah kecelakaan tersebut, pada umumnya tidak dapat dimintai pertanggungjawaban; sementara dalam sebagian besar kasus pidana, diperlukan adanya niat jahat (*mens rea*) untuk dikenai pertanggungjawaban pidana. Terdapat alasan-alasan ekonomi yang mendasari perbedaan ini. Tingginya biaya penerapan sanksi pidana menjadi dasar bagi pembatasan penerapannya hanya pada kasus-kasus di mana risiko kesalahan hukum (*legal error*) relatif kecil. Kaidah kompensasi dalam kasus kontrak merupakan konsekuensi logis dari penerapan asas tanggung jawab mutlak (*strict liability*) atas pelanggaran terhadap janji kontraktual, yang—sebagaimana telah dibahas sebelumnya dalam Bab 6.5—secara ekonomi dapat dibenarkan, dan pada gilirannya merupakan fungsi dari peran asuransi yang terkandung dalam banyak janji kontraktual.

Penerapan tanggung jawab mutlak dalam kasus *trespass*, namun tidak dalam kasus kecelakaan biasa, mencerminkan perbedaan mendasar antara kasus di mana biaya transaksi sangat tinggi dengan kasus di mana—karena

terdapat hubungan aktual atau potensial antara pembeli dan penjual serta kondisi lain yang terpenuhi (kondisi apa yang dimaksud?)—biaya transaksi relatif rendah dan oleh karenanya transaksi sukarela perlu didorong (lihat, misalnya, Bab 3.5 sebelumnya).

Namun, perbedaan terakhir tersebut tidak boleh ditafsirkan bahwa penetapan hak atau tanggung jawab oleh hukum menjadi tidak relevan secara ekonomi dalam kasus-kasus di mana biaya transaksi rendah. Meskipun fungsi ekonomi yang paling nyata dari *common law* adalah mengoreksi eksternalitas—baik eksternalitas positif (manfaat eksternal) maupun negatif—hukum juga memainkan peran penting dalam menurunkan biaya transaksi, khususnya melalui penciptaan hak milik, sehingga memungkinkan atau memfasilitasi (berbeda dari mensimulasikan) berfungsinya mekanisme pasar.

Kedua fungsi ini tampak nyata dalam kepedulian *common law* terhadap persoalan *bilateral monopoly* (monopoli bilateral). Monopoli bilateral menyebabkan meningkatnya biaya transaksi, kadang sampai pada tingkat di mana transaksi yang seharusnya memaksimalkan nilai menjadi gagal dilaksanakan; pada titik ini muncullah eksternalitas. Namun, bahkan ketika transaksi tetap terjadi, transaksi tersebut berlangsung dengan biaya yang lebih tinggi dibandingkan apabila monopoli bilateral tidak ada; oleh karena itu, hukum berupaya sebisanya mengurangi pengaruh monopoli bilateral. Hukum mencoba memperkirakan bagaimana para pihak ingin membagi beban atau manfaat atas suatu kontingensi yang membahagiakan atau merugikan; jika perkiraan tersebut tepat, maka hal itu akan mengurangi biaya transaksi karena para pihak tidak perlu melakukan negosiasi untuk menyimpangi pengaturan hukum, dan secara bersamaan menghasilkan alokasi sumber daya yang efisien apabila biaya transaksi bersifat prohibitif.

Namun, timbul pertanyaan: bagaimana mungkin *common law*—sebuah sistem hukum yang telah berusia tua dan mengalami perubahan secara bertahap dalam satu abad terakhir—dapat memiliki koherensi ekonomi sebesar yang tampak?

Jawaban yang utuh (sepanjang memungkinkan) akan diberikan dalam Bab 19 hingga 21, yang membahas prosedur dan lingkungan kelembagaan dari *common law*. Namun, berikut ini beberapa penjelasan awal:

1. Banyak doktrin *common law* yang masuk akal secara ekonomi, meskipun tidak bersifat subtil secara ekonomi. Doktrin-doktrin tersebut bersifat masuk akal secara intuitif. Meskipun pengungkapannya dalam

istilah ekonomi berada di luar jangkauan sebagian besar hakim dan pengacara, namun intuisi mereka terhadap prinsip-prinsip tersebut tetap ada.

2. Apa yang disebut oleh Adam Smith sebagai “kekayaan suatu bangsa”, yang dalam buku ini disebut sebagai efisiensi, dan yang mungkin disebut oleh orang awam sebagai “besar kecilnya kue ekonomi”, selalu menjadi nilai sosial yang penting—dan menjadi sangat menonjol pada abad ke-19, yakni era *laissez-faire*, ketika *common law* memperoleh bentuk modernnya. Tidak mengherankan apabila nilai tersebut turut memengaruhi putusan-putusan pengadilan.
3. Nilai tersebut mungkin menjadi sangat berpengaruh karena nilai-nilai sosial alternatif yang bersaing seringkali lebih kontroversial dan lebih sulit dicapai dengan alat yang terbatas yang dimiliki oleh hakim. Nilai-nilai tersebut berkaitan dengan gagasan tentang distribusi yang adil atas pendapatan dan kekayaan—suatu bidang pemikiran yang belum menghasilkan konsensus. Efisiensi menjadi konsep yang kontroversial apabila dipandang sebagai satu-satunya nilai yang seharusnya menjadi tujuan institusi publik dalam suatu masyarakat, tetapi tidak terlalu kontroversial (di luar kalangan akademisi) jika hanya dianggap sebagai salah satu dari sekian banyak nilai. Di sisi lain, kebijakan redistributif yang efektif memerlukan kewenangan untuk memungut pajak dan membelanjakan dana publik, kewenangan yang tidak dimiliki oleh hakim dalam kapasitasnya menerapkan doktrin-doktrin *common law* yang terbentuk sebelum abad ke-20 (lihat, misalnya, Bab 16.6). Karena para hakim *common law* tidak dapat berbuat banyak untuk mengubah pembagian “kue ekonomi” antar kelompok sosial, maka mereka lebih baik memusatkan perhatian pada upaya untuk memperbesar ukuran “kue” tersebut.
4. Banyak akademisi hukum tradisional berpandangan bahwa hakim tidak seharusnya terlibat dengan tujuan-tujuan sosial; mereka berpendapat bahwa hakim harus menerapkan prinsip-prinsip keadilan. Namun jika diperiksa lebih jauh, prinsip-prinsip tersebut umumnya ternyata memiliki karakter fungsional atau instrumentalistik: yakni, pada hakikatnya merupakan bentuk dari prinsip efisiensi atau kebijakan redistributif. Penjelasan lebih lanjut akan disampaikan di bagian selanjutnya dalam bab ini.

5. Fakta bahwa, dengan sedikit pengecualian, para pengacara dan hakim tidak secara sadar menggunakan pendekatan ekonomi dalam menafsirkan hukum, bukanlah keberatan yang berarti terhadap analisis ekonomi positif atas *common law*. Bahasa ekonomi dirancang untuk digunakan oleh kalangan ilmuwan dan mahasiswa, bukan oleh orang-orang yang perilakunya menjadi objek kajian para ekonom. Penyair tidak menggunakan kosakata kritikus sastra, dan hakim tidak menggunakan kosakata para ekonom.

Meskipun semua uraian di atas menunjukkan adanya koherensi ekonomi dalam doktrin *common law*, tidak setiap doktrin dalam *common law* memiliki justifikasi atau rasionalitas ekonomi. Beberapa contoh pengecualian yang paling penting terhadap teori efisiensi dalam *common law* yang telah dibahas sebelumnya adalah sebagai berikut:

- 1) Penolakan hukum terhadap pemberlakuan klausul penalti (*penalty clauses*),
- 2) Metode penghitungan ganti rugi dalam kasus kematian (termasuk penolakan *common law* untuk memberikan ganti rugi atas hilangnya nyawa — pemberian ganti rugi semacam ini baru muncul melalui inovasi legislatif pada pertengahan abad ke-19), dan
- 3) Gerakan hukum modern yang menggantikan doktrin kelalaian kontribusi (*contributory negligence*) dengan kelalaian komparatif (*comparative negligence*), serta penggantian prinsip "tanpa kontribusi" dengan prinsip kontribusi di antara para pelaku perbuatan melawan hukum bersama (*joint tortfeasors*).

Dengan demikian, jelas bahwa efisiensi ekonomi tidak dapat dijadikan sebagai teori positif yang sepenuhnya menjelaskan keseluruhan struktur dan isi *common law*.

B. Common Law, Pertumbuhan Ekonomi, dan Sejarah Hukum

Analisis ekonomi dapat membantu memperjelas peran *common law* yang selama ini diperdebatkan dalam pertumbuhan ekonomi di Amerika Serikat. Pandangan umum menyatakan bahwa *common law* mendorong perkembangan ekonomi pada abad ke-19 melalui sikap yang permisif, bahkan memfasilitasi aktivitas kewirausahaan. Variasi dari pandangan ini menyebutkan bahwa *common law* mensubsidi pertumbuhan ekonomi dengan

tidak membebankan seluruh biaya yang seharusnya ditanggung oleh industri apabila efisiensi ekonomi dijadikan sebagai komitmen utama. Sikap permisif dari *common law* abad ke-19 ini kemudian dibandingkan dengan berbagai pembatasan yang dikenakan terhadap kegiatan ekonomi pada periode sebelumnya dan sesudahnya.¹⁶⁴

Penting untuk menjernihkan terlebih dahulu konsep mengenai pertumbuhan (*growth*) dan subsidi (*subsidy*). Laju pertumbuhan ekonomi mengacu pada laju peningkatan *output* suatu masyarakat. Karena pertumbuhan dapat ditingkatkan melalui penggunaan sumber daya secara efisien, maka dalam pengertian ini — meskipun tidak kontroversial — *common law*, sejauh dibentuk oleh kepedulian terhadap efisiensi, dapat dikatakan turut mendukung pertumbuhan. Namun, suatu masyarakat juga dapat memaksakan laju pertumbuhan dengan mendorong pengurangan konsumsi dan peningkatan tabungan serta pengembalian investasi modal. Jika *common law* memainkan peran dalam mempercepat pertumbuhan ekonomi, maka peran tersebut harus berasal dari kemampuannya untuk menjadikan investasi modal lebih menguntungkan.

Dalam konteks ini, terdapat argumen bahwa hukum kontrak pada abad ke-19 secara konsisten memihak pada pihak pelaksana (*performer*) dibandingkan pihak pembayar (*payer*) demi mendorong kewirausahaan.¹⁶⁵ Namun, setiap entitas bisnis pada dasarnya adalah sekaligus pihak pelaksana dan pihak pembayar. Ia menjadi pelaksana dalam kontrak penjualan *output*-nya, dan pembayar dalam kontrak pembelian input-nya. Oleh karena itu, tidak terdapat keuntungan yang jelas dari keberpihakan hukum terhadap pelaksana.

Selain itu, telah diusulkan bahwa *common law* dalam perkara kecelakaan industri berpihak kepada pihak industri.¹⁶⁶ Namun, sebagaimana

¹⁶⁴ Ini adalah tesis Morton J. Horwitz, *Transformasi Amerika Hukum, 1780-1860* (1977). Untuk kritik dari sudut pandang ekonomi, lihat Stephen F. Williams, *Book Review*, 25 *UCLAL Rev.* 1187 (1978); Herbert Hovenkamp, *The Economics of Legal History*, 67 *Minn. L. Rev.* 645, 670-689 (1983).

¹⁶⁵ Grant Gilmore, *Tanggung Jawab Produk: Sebuah Komentar*, 38 *U. Chi. L. Rev.* 103 (1970).

¹⁶⁶ Sebagaimana ditulis oleh Profesor Horwitz, *supra* catatan 1 di hlm. 97-101. Untuk pandangan yang berbeda mengenai hal ini, lihat Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 *J. Leg. Stud.* 29, 67-72 (1972); Gary T. Schwartz, *Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation*, 90 *Yale LJ* 1717 (1981). Meskipun kritis terhadap hukum kecelakaan industri, Profesor Schwartz menolak teori subsidi dalam hukum tort abad ke-19.

telah dibahas dalam bab sebelumnya, dalam hubungan kontraktual antara pihak-pihak, tingkat keselamatan yang efisien dapat tercapai bahkan ketika hukum tidak menetapkan tanggung jawab atas cedera yang bersifat tidak disengaja. Hal ini berlaku bahkan apabila tingkat upah berada pada tingkat subsistensi, yaitu tingkat upah minimum yang jika dikurangi akan menyebabkan pekerja kelaparan atau tidak cukup kuat untuk bekerja secara efektif. Dalam kondisi upah subsistensi, pekerja akan menolak menukar sebagian upah dengan peningkatan keselamatan kerja — dan keputusan ini secara ekonomi merupakan keputusan yang optimal: lebih baik mengambil risiko tertentu daripada menghadapi kelaparan.

Namun, di Amerika Serikat pada abad ke-19, tingkat upah industri jauh di atas tingkat subsistensi. Bahkan, pada masa tersebut terjadi kekurangan tenaga kerja secara akut — alasan utama dibalik tingginya angka imigrasi. Salah satu cara perusahaan bersaing mendapatkan tenaga kerja adalah dengan menawarkan kondisi kerja yang lebih aman. Walaupun biaya untuk mengiklankan kondisi kerja yang lebih aman dapat menjadi tinggi — terutama ketika banyak pekerja tidak memahami bahasa — ketidaktahuan ini pastilah lebih merata pada abad ke-18 di Inggris. Namun, terbukti bahwa pekerja pada pekerjaan yang berbahaya atau tidak menyenangkan memperoleh tambahan upah yang signifikan pada masa tersebut.

Mungkin saat ini potensi bahaya di tempat kerja menjadi semakin halus (*subtle*), sehingga biaya informasi bagi pekerja untuk mengetahuinya menjadi sangat tinggi, namun hal ini tidak berlaku pada abad ke-19; bahaya yang bersifat halus kemungkinan besar akan luput dari perhatian siapa pun.

Kian meningkatnya *subtlety* dari bahaya tersebut mungkin dapat menjelaskan munculnya sistem tanggung jawab mutlak (*strict liability*) untuk kecelakaan kerja — yaitu sistem kompensasi bagi pekerja (*workmen's compensation*) — meskipun tidak serta merta menjelaskan pembatasan jumlah kompensasi yang dapat diberikan oleh undang-undang atau penolakan terhadap pembelaan berdasarkan kelalaian kontribusi (*contributory negligence*) dalam klaim kompensasi. Perkembangan serupa juga terjadi dalam *products liability*, yang berubah dari hampir tidak ada tanggung jawab pada abad ke-19 menjadi bentuk *quasi-strict liability* dewasa ini (lihat Bab 6.6 sebelumnya). Transformasi ini mungkin juga berhubungan dengan meningkatnya biaya informasi yang ditanggung oleh calon korban, tetapi tidak oleh calon pelaku.

Argumen bahwa *common law* abad ke-19 mendorong pertumbuhan ekonomi mungkin sedikit lebih masuk akal dalam konteks kecelakaan yang menimpa pihak ketiga. Pertimbangkan dua aturan hukum alternatif: satu, bahwa perusahaan kereta api hanya bertanggung jawab terhadap penumpang yang mengalami cedera di perlintasan kereta apabila terbukti ada kelalaian (*negligence*); dan yang kedua, bahwa perusahaan kereta api bertanggung jawab secara mutlak (*strict liability*), kecuali — mungkin — dalam kasus kelalaian yang berasal dari pihak korban. Tingkat kecelakaan mungkin akan tetap sama di bawah kedua aturan tersebut, namun biaya yang ditanggung oleh perusahaan kereta api akan lebih tinggi di bawah rezim tanggung jawab mutlak. Hal ini akan menyebabkan kenaikan harga, penurunan *output*, dan penurunan laba, sebagaimana telah dibahas dalam Bab 6. Oleh karena itu, aturan pertama akan mendorong perkembangan industri kereta api, sedangkan aturan kedua akan menghambatnya — meskipun pengaruhnya mungkin tidak terlalu besar.

Namun, hal tersebut tidak serta merta berarti bahwa aturan pertama dapat dikategorikan sebagai bentuk subsidi terhadap industri kereta api dalam pengertian negatif. Sebagaimana telah diuraikan dalam Bab 6, pilihan antara rezim kelalaian (*negligence*) dan rezim tanggung jawab mutlak (*strict liability*) memerlukan kalkulasi kompleks, dan belum tentu kalkulasi tersebut secara tegas mengarah pada rezim tanggung jawab mutlak untuk kecelakaan kereta api. Bahkan jika kalkulasi tersebut memang mendukung rezim *strict liability*, sehingga pilihan terhadap rezim kelalaian dapat dianggap sebagai bentuk subsidi terhadap industri kereta api, mungkin terdapat justifikasi ekonomi di balik pilihan tersebut.

Pembangunan jalur kereta api pada abad ke-19 meningkatkan nilai tanah di sepanjang jalur karena memberikan akses yang lebih baik ke pasar. Namun, kecuali jika perusahaan kereta api memiliki tanah yang terdampak atau mampu merundingkan kompensasi sebelumnya dengan setiap pemilik tanah, maka perusahaan tidak akan mampu memperoleh seluruh peningkatan nilai tersebut. Dengan demikian, perusahaan tidak akan berinvestasi dalam pembangunan hingga titik di mana setiap dolar terakhir yang dibelanjakan meningkatkan nilai tanah sebesar satu dolar. Jika pengadilan memilih aturan tanggung jawab yang lebih murah bagi perusahaan kereta api dari dua pilihan yang secara ekonomi sama-sama efisien, karena mereka menyadari bahwa pendapatan perusahaan kereta api masih di bawah tingkat yang seharusnya

untuk merangsang investasi yang tepat dalam sektor ini, maka tindakan pengadilan tersebut mungkin dapat mendorong perekonomian mendekati tingkat penggunaan sumber daya yang paling efisien. Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 6, mengalihkan biaya kecelakaan kepada pihak luar (*externalizing accident costs*) merupakan salah satu cara untuk mendorong penyediaan manfaat eksternal (*external benefits*).

Salah satu contoh yang lebih gamblang mengenai pembebanan eksternal (*externalisasi*) biaya kecelakaan guna mendorong penyediaan manfaat eksternal (*external benefits*) adalah kekebalan hukum tradisional yang dimiliki oleh lembaga-lembaga amal terhadap tanggung jawab dalam perkara perbuatan melawan hukum (*tort liability*).¹⁶⁷ Sebagaimana akan dibahas dalam Bab 16, persoalan *free-rider* (yaitu kegagalan pasar dalam menyediakan tingkat layanan sosial secara efisien akibat manfaat eksternal) menghambat pasar untuk menyediakan tingkat layanan amal yang optimal. Salah satu cara untuk mengurangi tingkat keparahan persoalan ini adalah dengan membolehkan lembaga amal untuk mengalihkan sebagian dari biaya yang mereka tanggung kepada pihak lain (*externalisasi biaya*).

Perlu dicatat bahwa tingkat *externalisasi biaya* yang diperkenankan kepada lembaga amal jauh lebih besar dibandingkan dengan perusahaan perkeretaapian, karena perusahaan perkeretaapian tetap dibebani tanggung jawab atas cedera yang mereka timbulkan akibat kelalaian. Namun, manfaat eksternal yang dihasilkan oleh lembaga amal, setidaknya jika dihitung berdasarkan jumlah kecelakaan, kemungkinan lebih besar dibandingkan dengan manfaat yang dihasilkan oleh perusahaan perkeretaapian. Perlu juga dicatat bahwa hampir seluruh yurisdiksi negara bagian di Amerika Serikat telah menghapus kekebalan hukum lembaga amal terhadap gugatan perbuatan melawan hukum, barangkali karena lembaga amal dikategorikan sebagai *barang superior* (lihat Bab 1.1 supra, catatan kaki 3) (mengapa hal ini relevan?) dan karena insentif berupa pengurangan pajak penghasilan untuk sumbangan amal dipandang sebagai metode yang lebih efisien untuk meningkatkan penyediaan layanan amal (lihat Bab 17.8 infra).

Profesor Horwitz memberikan contoh berikut sebagai “contoh penting dari bias kelas”: Dalam kontrak kerja untuk jangka waktu tertentu (biasanya satu

¹⁶⁷ Kekebalan lembaga amal terhadap gugatan perbuatan melawan hukum bersumber dari prinsip hukum common law tradisional, yang kemudian banyak dihapus melalui legislasi dan yurisprudensi modern.

tahun) dengan ketentuan bahwa upah dibayarkan pada akhir masa kerja, seorang pekerja yang mengundurkan diri sebelum jangka waktu berakhir tidak berhak untuk menuntut pembayaran atas pekerjaan yang telah dilakukannya (dikurangi kerugian yang ditimbulkan kepada pemberi kerja). Namun, apabila seorang pemborong membatalkan kontrak konstruksi tanpa kesalahan di pihaknya, ia tetap berhak untuk menerima pembayaran atas pekerjaan yang telah dilaksanakannya.¹⁶⁸

Perbedaan yang nyata diabaikan dalam kasus tersebut: Penundaan pembayaran dalam kontrak kerja merupakan mekanisme untuk memastikan bahwa pekerja menyelesaikan masa kerja sebagaimana disepakati. Jika upah dibayarkan secara periodik dan pekerja mengundurkan diri sebelum kontrak berakhir, pemberi kerja akan kesulitan memperoleh pemulihan hukum yang efektif. Memberikan hak kepada pekerja untuk menuntut upah yang telah diperoleh, dan mewajibkan pemberi kerja untuk mengajukan bukti kerugian sebagai dasar untuk pengurangan, justru akan mengurangi efektivitas dan meningkatkan biaya dari upaya pemulihan mandiri (*self-help remedy*) yang tersedia bagi pemberi kerja.¹⁶⁹³

Sebaliknya, dalam perkara konstruksi, pengadilan secara tegas mengasumsikan bahwa pemborong telah menyelesaikan pekerjaan yang dikontrakkan, namun hasil pelaksanaannya berbeda dalam beberapa hal kecil dari apa yang disepakati; dalam keadaan seperti ini, pemilik bangunan secara patut diarahkan untuk menempuh upaya hukum berupa tuntutan ganti rugi terhadap pemborong, dengan alasan sebagaimana dijelaskan dalam Bab 4 (lihat kembali Bab 4.13 supra).

Horwitz berpendapat bahwa putusan dalam perkara konstruksi bangunan mendorong pertumbuhan usaha, sedangkan putusan dalam perkara ketenagakerjaan tidak menghambatnya karena: “Ketentuan penal dalam kontrak kerja, sebaliknya, hanya memiliki konsekuensi redistribusional, karena ketentuan tersebut hampir tidak mungkin diharapkan dapat menghalangi kelas pekerja untuk menjual jasa mereka dalam suatu ekonomi

¹⁶⁸ Lihat Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870–1960*, yang mendalilkan bahwa doktrin hukum berkembang seiring dengan kepentingan kelas ekonomi dominan.

¹⁶⁹ *Self-help remedy* merujuk pada mekanisme non-yudisial yang tersedia bagi pihak yang dirugikan untuk melindungi atau memulihkan haknya tanpa perlu melalui proses pengadilan.

subsistensi.”¹² Namun, tidak terdapat bukti bahwa Amerika pada abad ke-19 merupakan suatu ekonomi subsistensi. Bahkan terkesan janggal bahwa orang-orang yang hidup pada tingkat subsistensi dapat dipaksa menandatangani kontrak yang mengatur bahwa mereka tidak akan menerima upah selama satu tahun penuh! Jika para pekerja pada masa itu hidup dalam kondisi subsistensi, maka tidak ada bentuk kontrak apa pun yang dapat mendistribusikan kekayaan dari mereka kepada pemberi kerja, sebab mereka sendiri tidak memiliki kekayaan untuk didistribusikan.

Pertimbangkan pula usulan bahwa perkembangan doktrin *impossibility* dan doktrin-doktrin terkait dalam hukum kontrak mencerminkan kemunduran prinsip-prinsip hukum pasar bebas sejak abad ke-19.¹³ Memang benar bahwa pengaruh prinsip-prinsip tersebut telah berkurang dibandingkan masa lalu, namun contoh ilustrasi yang digunakan dalam usulan tersebut tidak tepat. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, doktrin *impossibility* dan pembelaan serupa merupakan prasyarat agar hukum kontrak dapat berfungsi secara efisien; doktrin-doktrin ini tersirat dalam teori ekonomi positif mengenai hukum kontrak. Kekeliruan ini menjadi semakin membingungkan jika kita mempertimbangkan pernyataan penulis yang sama bahwa hukum kontrak abad ke-19 secara konsisten memihak pihak pelaksana (*performing party*),¹⁴ yang justru kemungkinan besar mendukung diterapkannya doktrin pembebasan dari tanggung jawab (*excuse*) yang lebih longgar.

Ilmu ekonomi juga dapat digunakan untuk mengungkap lapisan-lapisan terdalam dari sejarah hukum yang sebelumnya belum banyak dibahas. Salah satu alasan mengapa rezim tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence liability*) terhadap kecelakaan kereta api dipandang oleh para sejarawan hukum sebagai bentuk keberpihakan hukum kepada dunia usaha adalah karena pada abad ke-18 — sebelum munculnya transportasi kereta api — rezim tanggung jawab dalam kasus kecelakaan pada umumnya adalah *strict liability*. Abad ke-19, faktanya, merupakan puncak dari tren panjang menuju pergeseran dari *strict liability* ke rezim tanggung jawab berbasis kesalahan (*fault-based liability*) — baik dalam hukum kontrak, hukum pidana, maupun hukum perbuatan melawan hukum (*tort law*). Masyarakat kuno dan primitif didominasi oleh konsep *strict liability*.

Tren pergeseran ini dapat dijelaskan secara ekonomis.¹⁵ Penyebaran kemampuan literasi dan pertumbuhan pengetahuan ilmiah selama

berabad-abad telah meningkatkan kapasitas pengadilan dalam menemukan fakta-fakta (*factfinding*), sehingga menurunkan biaya informasi mengenai substansi suatu sengketa hukum. Selain itu, telah terjadi kemajuan besar dalam penyediaan asuransi oleh mekanisme pasar. Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 6, rezim *strict liability* menuntut informasi yang lebih sedikit dibandingkan rezim tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence liability*), karena ia menghindari penyelidikan faktual dan analitis yang sering kali rumit, serta memberikan — dalam konteks hukum perdata dan kontrak, meskipun bukan pidana — bentuk perlindungan seperti asuransi. Kedua keunggulan ini lebih signifikan pada masa lalu daripada saat ini, dan karena kita tahu bahwa *strict liability* juga melibatkan biaya tertentu yang tidak terdapat dalam rezim *negligence*, maka tidak mengherankan jika, seiring menurunnya manfaat dari *strict liability*, terjadi pergeseran menjauh darinya.

Yang mengejutkan justru adalah munculnya kembali (*recrudescence*) rezim *strict liability* pada abad ke-20, sebagaimana tercermin dalam gerakan kompensasi pekerja (*workmen's compensation*) dan tanggung jawab produk (*products liability*) yang bersifat ketat. Namun sebagaimana telah disarankan, faktor-faktor ekonomi mungkin juga menjelaskan kemunculan kembali tren ini.

Pembahasan mengenai ekonomi dalam sejarah hukum ini memang sangat belum lengkap. Terdapat banyak kajian menarik mengenai sejarah ekonomi hak milik (*property rights*), beberapa di antaranya telah dirujuk dalam Bab 3.¹⁶ Perubahan peran keluarga — suatu perubahan yang dapat dijelaskan melalui analisis ekonomi — tampaknya juga menjelaskan perubahan historis dalam hukum keluarga, sebagaimana telah disarankan dalam Bab 5. Wawasan historis lainnya juga telah diajukan dalam bab-bab sebelumnya.

C. Kandungan Moral dalam Hukum *Common Law*

Teori bahwa hukum *common law* paling tepat dipahami sebagai suatu sistem untuk mendorong efisiensi ekonomi akan terdengar sebagai teori yang tidak lengkap — bahkan sangat terbatas — bagi banyak pembaca, terutama karena tampaknya mengabaikan dimensi moral dalam hukum. Sudah barang tentu akan diperdebatkan bahwa tujuan sejati hukum, khususnya prinsip-prinsip dasar yang terkandung dalam *common law* Inggris dan Amerika

Serikat, adalah untuk mengoreksi ketidakadilan dan dengan demikian menegakkan rasa moralitas.

Namun, benarkah terdapat pertentangan mendasar antara moralitas dan efisiensi? Nilai ekonomi dari prinsip-prinsip moral seperti kejujuran, kebenaran, hemat, dapat dipercaya (misalnya dengan menepati janji), kepedulian terhadap orang lain, amal, sikap bertetangga yang baik, kerja keras, serta penghindaran terhadap kelalaian dan pemaksaan, akan tampak jelas bagi pembaca cermat bab-bab sebelumnya. Kejujuran, kepercayaan, dan kasih sayang menurunkan biaya transaksi. Penghindaran terhadap pemaksaan mendorong pertukaran barang secara sukarela. Kepedulian sosial dan bentuk-bentuk keikhlasan lainnya menurunkan biaya eksternal dan meningkatkan manfaat eksternal — bahkan para ekonom kadang menyebut eksternalitas sebagai “dampak bertetangga” (*neighborhood effects*). Amal mengurangi kebutuhan terhadap program kesejahteraan publik yang mahal. Kepedulian mengurangi pemborosan sosial.

Memang harus diakui bahwa kepatuhan terhadap prinsip-prinsip moral terkadang dapat mengurangi kekayaan masyarakat — ungkapan “kehormatan di antara para pencuri” (*honor among thieves*) merupakan ilustrasi dari hal ini. Dan sebagaimana akan dibahas dalam Bab 10, upaya kartelisasi seringkali gagal akibat masalah *free rider* yang tidak akan terjadi jika para anggota kartel bersifat sepenuhnya altruistik atau benar-benar dapat dipercaya. Namun, secara keseluruhan, tampaknya kepatuhan terhadap prinsip-prinsip moral yang diterima secara umum lebih banyak meningkatkan daripada mengurangi kekayaan masyarakat — terutama jika prinsip-prinsip tersebut disusun secara tepat, sedemikian rupa sehingga sikap altruistik, kepercayaan, dan sifat-sifat instrumental lainnya menjadi alat bagi kesejahteraan sosial dan bukan semata-mata untuk kesejahteraan pribadi, ketika keduanya berbenturan.

Sepanjang kepatuhan terhadap prinsip-prinsip moral meningkatkan kemampuan individu untuk memaksimalkan kepuasan pribadinya, maka tidak perlu prinsip-prinsip tersebut dipaksakan secara koersif. Sampai taraf tertentu, prinsip-prinsip tersebut memang demikian adanya: slogan “kejujuran adalah kebijakan terbaik” dimaksudkan sebagai imbauan kepada kepentingan diri sendiri. Mengingkari janji (dalam banyak kasus) adalah keputusan bisnis yang buruk, bahkan tanpa adanya sanksi hukum atas wanprestasi. Empati terhadap konsumen akan memudahkan dalam merancang produk yang laku di pasar.

Namun, sering kali moralitas bertentangan dengan kepentingan pribadi individu; dan *common law* dapat dipandang sebagai upaya untuk membebaskan biaya atas pelanggaran prinsip-prinsip moral yang justru meningkatkan efisiensi dalam ekonomi pasar. Memang benar, hukum tidak berupaya menegakkan setiap prinsip moral secara mutlak. Hukum kontrak, misalnya, hanya menegakkan sebagian kecil dari janji-janji yang dibuat; banyak pelanggaran janji yang secara moral tercela tidak menimbulkan hak gugatan hukum. Namun hal ini dikarenakan lingkup hukum dibatasi oleh biaya administrasi. Biaya untuk menegakkan secara hukum seluruh janji akan melebihi manfaatnya, sebab banyak janji tidak meningkatkan nilai secara signifikan, dan sebagian janji mungkin dibuat dalam keadaan di mana risiko kekeliruan hukum lebih besar daripada manfaat dari penegakan janji tersebut dalam bentuk aslinya (misalnya, kontrak yang tidak dapat dilaksanakan karena melanggar *Statute of Frauds*, yaitu dibuat secara lisan alih-alih tertulis).

Lebih mendasar lagi, hukum tidak memperhatikan pelanggaran kode moral yang tidak berdampak terhadap orang lain — contohnya adalah fitnah yang diucapkan dalam kesendirian. Dalam kasus seperti ini, biaya untuk menegakkan moralitas sangat besar, sedangkan manfaat dalam hal efisiensi sangat kecil. Namun, seseorang dapat memahami bahwa kebiasaan menahan diri dari melakukan fitnah, tanpa memandang keadaan, dapat dipandang (dan karena itu diajarkan) sebagai sikap moral yang patut, karena hal itu mengurangi kemungkinan terjadinya fitnah yang merugikan.

Hubungan antara hukum dan moralitas semakin kompleks karena hukum terkadang memberikan sanksi terhadap tindakan yang secara moral tidak tercela. Banyak (jika tidak semua) penerapan *strict liability* memiliki karakteristik demikian. Namun, seorang ekonom mungkin akan menyatakan bahwa hal ini terjadi karena biaya untuk membedakan antara yang moral dan yang tidak moral sering kali tidak sebanding dengan manfaatnya.

Meskipun analisis di atas menunjukkan adanya hubungan yang cukup erat antara keadilan dan efisiensi, terdapat beberapa contoh di mana *common law* tampaknya menyimpang dari etika efisiensi:

- 1) Ketika saya menikah, saya meminta istri saya untuk setuju, bahwa setelah saya wafat, ia akan melemparkan dirinya ke dalam api pemakaman saya. Saya membayar kompensasi yang ia anggap adil untuk janji ini, dan keduanya berniat agar perjanjian tersebut memiliki kekuatan hukum, dengan menyadari bahwa ia mungkin akan

mengingkari janji itu ketika saat pelaksanaannya tiba. Tidak ada pengadilan yang akan menegakkan kontrak semacam itu — atau bahkan perjanjian bunuh diri yang kurang dramatis sekalipun.

- 2) Tidak ada pengadilan yang akan menegakkan kontrak antara *Shylock* dan Antonio dalam *The Merchant of Venice*.
- 3) Tidak ada pengadilan yang akan menegakkan kontrak sukarela untuk menjadi budak orang lain.
- 4) Seorang narapidana yang telah divonis tidak akan diizinkan untuk mengganti hukumannya dengan hukuman cambuk yang memberinya rasa sakit sedikit lebih ringan dibandingkan dengan masa hukuman penjara, bahkan jika ia dapat membuktikan bahwa penghematan biaya bagi negara lebih besar daripada penurunan beratnya hukuman yang menjadi motifnya untuk mengusulkan transaksi tersebut.
- 5) Perjanjian pembatasan rasial tidak dapat diberlakukan secara hukum.

Namun, benarkah contoh-contoh tersebut menimbulkan kebingungan secara ekonomi? Contoh (1) dan (3) tidak demikian. Keduanya merupakan transaksi sekali seumur hidup dan kemungkinan terjadinya kesalahan yang fatal sangat tinggi. Contoh (2) merupakan penalti kontraktual klasik, yang terasa mencurigakan (dan penuh permainan kata) karena terjadi di lingkungan maritim: kemungkinan terjadinya wanprestasi sangat tinggi, tidak peduli seberapa hati-hatinya Antonio. Sementara itu, untuk contoh (4), karena setiap orang memiliki ambang batas rasa sakit yang sangat berbeda dan sulit diukur, maka sulit (yakni mahal) untuk membebaskan tingkat rasa sakit yang diinginkan melalui hukuman fisik; perbedaan dalam biaya ekonomi dari hukuman penjara (akibat perbedaan pendapatan) dan perbedaan dalam beban non-ekonomi dari hukuman penjara (akibat status sosial, standar hidup, pengalaman sebelumnya dipenjara, dan sebagainya) lebih mudah diukur. Terakhir, contoh (5) bukanlah bagian dari *common law*. Sumber hukum yang mendasari larangan diskriminasi rasial oleh pihak swasta — suatu kebijakan yang berdasarkan pertimbangan distributif, bukan efisiensi (lihat Bab 27) — terdapat dalam Konstitusi, bukan dalam *common law*.

Permasalahan etis utama yang ditimbulkan oleh pendekatan efisiensi terhadap *common law* bukanlah penyimpangan sesekali dari skema etika berbasis ekonomi terhadap etika tradisional dalam kehidupan sehari-hari, melainkan ketidaksesuaian antara maksimisasi efisiensi dan konsep keadilan

dalam distribusi kekayaan. Dalam ekonomi pasar, di mana peran hukum dan pemerintah pada umumnya terbatas pada pengendalian eksternalitas dan pengurangan biaya transaksi — yang pada dasarnya merupakan seluruh yang dibutuhkan oleh efisiensi ekonomi — perbedaan dalam selera, kemampuan, dan keberuntungan individu dapat menghasilkan ketimpangan besar dalam distribusi pendapatan dan kekayaan; dan dalam masyarakat yang majemuk secara rasial atau etnis, ketimpangan ini mungkin berkorelasi dengan perbedaan ras dan etnis.

Beberapa teori keadilan distributif akan dibahas dalam Bagian V. Namun poin yang dapat disampaikan di sini adalah bahwa *common law*, dalam sebagian besar aspeknya, bersifat netral secara distributif. Sebagaimana telah disarankan sebelumnya, hal ini didasarkan pada alasan praktis, yaitu ketidakmampuan pengadilan untuk melakukan redistribusi kekayaan secara sistematis; tetapi juga terdapat alasan etis: efisiensi dan redistribusi bersifat antitetikal (dengan pengecualian tertentu, misalnya ketika masalah *free rider* menghambat pemberian amal, dan pemerintah turun tangan untuk memperbaiki masalah tersebut serta mewujudkan tingkat bantuan yang seharusnya ada seandainya hambatan itu tidak terjadi).

Poin yang mengejutkan ini dapat dijelaskan lebih jelas dengan membandingkan efisiensi dan utilitas (dalam arti utilitarian) sebagai kebaikan sosial. Meskipun ekonomi dalam dimensi normatifnya dapat dianggap sebagai bentuk atau varian dari utilitarianisme terapan, terdapat perbedaan penting dalam penekanan yang diberikan oleh ekonom — namun tidak oleh utilitarian — pada kesediaan membayar (*willingness to pay*) sebagai kriteria alokasi sumber daya yang efisien. Mungkin saja saya akan memperoleh kenikmatan jauh lebih besar dari satu ons kaviar dibandingkan dengan orang kaya, namun ekonom tidak akan menyatakan bahwa telah terjadi misalokasi sumber daya jika (sebagaimana kenyataannya) harga kaviar mencegah saya, tetapi tidak mencegah orang kaya tersebut, untuk mengkonsumsinya. Seorang ekonom tidak akan mengatakan bahwa saya seharusnya diizinkan untuk mencuri kaviar tersebut dari orang kaya demi meningkatkan kebahagiaan total umat manusia. Namun, seorang utilitarian mungkin saja berpendapat demikian, tergantung pada penilaiannya terhadap konsekuensi keseluruhan dari tindakan tersebut terhadap kebahagiaan. Jika maksimisasi kebahagiaan mensyaratkan redistribusi — baik secara terbatas maupun menyeluruh — maka seorang utilitarian akan menginginkan redistribusi menjadi bagian dari konsep

keadilan. Namun etika efisiensi menerima distribusi pendapatan dan kekayaan yang ada, serta kualitas manusia yang mendasari distribusi tersebut, sebagai sesuatu yang *given*, dan dalam batas-batas yang sangat luas (apa batasnya?), tidak mengkritisi perubahan dalam distribusi tersebut yang timbul dari transaksi-transaksi efisien antar individu dengan porsi harta duniawi yang tidak setara.

Namun bahkan seorang utilitarian yang radikal dapat menyetujui adanya pembagian tugas dalam pemerintahan, di mana pengadilan dalam merumuskan prinsip-prinsip *common law* memusatkan perhatian pada efisiensi, sementara cabang pemerintah yang menangani perpajakan dan pengeluaran publik, dengan kapasitas yang lebih besar untuk melakukan redistribusi secara murah dan efektif, memusatkan perhatian pada tugas redistribusi. Kecuali jika suatu masyarakat benar-benar dikuasai oleh rasa iri, upaya untuk memperbesar ukuran kue layak memperoleh perhatian yang sama besarnya (setidaknya sebagian) dengan upaya untuk membagi kue tersebut secara lebih merata. Bagaimanapun juga, pembagian tugas ini mungkin menjelaskan mengapa *common law* sangat menekankan pada efisiensi.

D. Bentuk Moral dari Hukum

Tema dasar dari bagian buku ini adalah hubungan yang mendalam antara tatanan hukum dan tatanan ekonomi. Apabila hubungan tersebut memang ada, maka mungkin saja karakteristik formal dasar dari hukum itu sendiri dapat diturunkan dari teori ekonomi.

Hukum kadang-kadang didefinisikan secara sederhana sebagai suatu perintah yang didukung oleh kekuatan koersif dari negara. Menurut definisi ini, setiap perintah yang berasal dari kekuasaan yang berdaulat adalah hukum. Namun, definisi ini dianggap terlalu menyimpang dari pengertian umum atas istilah "hukum", sehingga disarankan agar pengertian tersebut dilengkapi dengan unsur-unsur berikut agar sesuai dengan penggunaan praktis istilah hukum:

1. Untuk dapat disebut sebagai hukum, suatu perintah harus dapat dipatuhi oleh mereka yang dituju;
2. Hukum harus memperlakukan secara setara mereka yang berada dalam keadaan yang sama dalam semua hal yang relevan dengan perintah tersebut;

3. Hukum harus bersifat publik;
4. Harus terdapat suatu prosedur untuk memastikan kebenaran fakta-fakta yang diperlukan dalam penerapan perintah tersebut sesuai dengan ketentuan hukum.¹

Unsur-unsur ini merupakan bagian dari teori ekonomi mengenai hukum.

Fungsi utama (meskipun tidak satu-satunya — mengapa?) dari hukum, menurut perspektif ekonomi, adalah untuk mengubah insentif. Implikasi dari hal ini adalah bahwa hukum tidak boleh memerintahkan sesuatu yang mustahil, karena perintah yang mustahil dipenuhi tidak akan mengubah perilaku. Perintah yang mustahil ini berbeda dari sanksi hukum yang tidak dapat dihindari hanya karena biaya untuk menghindarinya lebih besar daripada biaya dari sanksi itu sendiri, atau, sebagaimana dalam banyak kasus kontrak, karena sanksi tersebut sebenarnya hanyalah pembayaran atas hasil dari suatu bentuk polis asuransi. Tidak terdapat ketidaksesuaian apabila pihak yang melanggar kontrak diwajibkan membayar ganti rugi, meskipun biaya pelaksanaan kontrak jauh lebih besar daripada ganti rugi akibat pelanggaran, atau bahkan jika pelaksanaan menjadi secara harfiah mustahil. Hukum hanya menempatkan risiko ketidakmampuan untuk melaksanakan kontrak pada pihak yang gagal melaksanakannya.

Persyaratan bahwa hukum harus memperlakukan pihak-pihak yang setara secara setara merupakan cara lain untuk menyatakan bahwa hukum harus memiliki struktur yang rasional, sebab memperlakukan hal-hal yang sama secara berbeda adalah tidak rasional. Teori ekonomi adalah sistem logika deduktif: apabila diterapkan secara tepat, akan menghasilkan kesimpulan-kesimpulan yang saling konsisten. Sejauh hukum memiliki struktur ekonomi yang implisit, maka ia harus rasional; ia harus memperlakukan kasus-kasus yang sama secara serupa.

Dipandang dari perspektif ekonomi sebagai sistem untuk mengubah insentif dan dengan demikian mengatur perilaku, hukum juga harus bersifat publik. Apabila isi dari suatu hukum baru diketahui setelah peristiwa yang menjadi objek penerapan hukum tersebut terjadi, maka keberadaan hukum itu tidak akan berpengaruh terhadap perilaku para pihak yang tunduk padanya. Dengan kata lain, teori ekonomi tentang hukum adalah teori hukum sebagai alat pencegahan, dan suatu ancaman yang tidak dikomunikasikan tidak dapat mencegah. Pengecualian utama (meskipun masih konsisten) adalah teori pencegahan atau penahanan dalam beberapa doktrin hukum pidana.

Akhirnya, teori ekonomi mengenai hukum mengasumsikan adanya mekanisme untuk memastikan keberadaan fakta-fakta yang diperlukan bagi penerapan hukum secara tepat. Efek pencegahan dari hukum akan melemah (dan dalam batas tertentu bahkan lenyap) apabila hukum ditegakkan tanpa mempertimbangkan apakah keadaan tersebut benar-benar termasuk dalam cakupan hukum yang dimaksud. Misalnya, jika terdapat undang-undang yang melarang pengaturan harga (*price fixing*) namun tidak ada upaya untuk mengetahui siapa yang benar-benar melakukan pengaturan harga, dan sebagai gantinya, satu dari setiap 10.000 orang dihukum secara acak sebagai pelaku pengaturan harga, maka tidak akan ada efek pencegahan terhadap perilaku tersebut. Satu-satunya perbedaan antara pelaku dan bukan pelaku adalah bahwa pelaku mendapatkan keuntungan dari pengaturan harga; sedangkan ekspektasi beban hukum keduanya adalah sama.

Kriteria formal Rawls boleh jadi tampak sangat keras. Maka mari kita melangkah satu langkah lebih jauh. Sejak zaman *Aristoteles*, telah dikemukakan bahwa fungsi dasar dari sistem hukum adalah untuk melakukan keadilan korektif (*corrective justice*), yakni untuk memperbaiki perbuatan melawan hukum (*wrongful acts*); dan kita harus mempertimbangkan apakah suatu sistem hukum yang digerakkan oleh prinsip-prinsip ekonomi dapat dikatakan memenuhi fungsi keadilan korektif tersebut. Jika keadilan korektif diartikan sebagai bahwa sistem hukum harus berupaya mengkompensasi semua kerugian, maka jawabannya adalah tidak.

Namun *Aristoteles* berbicara mengenai "*rectification*" (perbaikan) alih-alih "*compensation*" (penggantian), dan mengenai tindakan melawan hukum (*wrongful acts*) bukan sekadar tindakan yang merugikan (*harmful acts*); dan dalam pengertian *Aristoteles* tersebut, *common law* merupakan sistem keadilan korektif. *Common law* menggunakan sanksi-sanksi seperti ganti rugi kompensatoris dan hukuman, perintah pengadilan (*injunction*), serta denda dan hukuman penjara untuk memperbaiki tindakan yang salah (yakni, tindakan yang tidak efisien dan memboroskan sumber daya). Hal ini berlaku bahkan ketika metode yang digunakan secara sadar membiarkan pelaku lolos tanpa hukuman dalam kasus-kasus tertentu. Misalnya, aturan bahwa kelalaian kontributif merupakan pembelaan penuh terhadap gugatan kelalaian, aturan bahwa tidak ada hak kontribusi antar pelaku *tort* bersama, dan substitusi hukuman pidana berat sebagai ganti hukuman ringan yang diterapkan dengan

probabilitas satu, semuanya menggambarkan kesediaan apparent dari *common law* untuk membiarkan kesalahan tidak dikoreksi dalam banyak kasus.

Namun kesan tersebut menyesatkan. Hal ini muncul dari kesalahan umum yang dilakukan oleh mereka yang bukan ekonom dalam gagal membedakan antara *ex ante* (sebelum peristiwa terjadi) dan *ex post* (setelah peristiwa terjadi). Secara *ex post*, pelaku *tort* yang kebetulan merugikan korban yang juga lalai (kontributif) dapat lolos dari tanggung jawab. Namun secara *ex ante*, sebagaimana dibahas dalam Bab 6, sistem kelalaian-kontributif memberikan insentif yang tepat bagi calon pelaku dan calon korban. Ancaman tanggung jawab adalah semacam harga yang dikenakan di muka dan mendorong calon pelaku (dalam banyak kasus) untuk mengambil langkah-langkah pencegahan agar tidak terjadi kerugian. Hal yang sama berlaku untuk contoh lainnya. Tentu saja, apabila kita sangat terganggu oleh kenyataan bahwa beberapa pelaku kejahatan beruntung dan lolos dari sistem, kita dapat menetapkan suatu skema hukuman yang memastikan (atau lebih memastikan daripada saat ini) bahwa setiap kesalahan akan diperbaiki. Namun tidak ada dalam gagasan *Aristoteles* tentang keadilan korektif yang menyiratkan bahwa keadilan tersebut merupakan komoditas yang layak dikejar dengan harga berapa pun oleh masyarakat.

Bacaan yang Disarankan

1. Gary S. Becker, *A Theory of Social Interactions*, 82 *Journal of Political Economy* 1063 (1974).
2. William Bishop, *The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance*, 12 *Journal of Legal Studies* 241 (1983).
3. Ronald H. Coase, *Adam Smith's View of Man*, 19 *Journal of Law and Economics* 529 (1976).
4. Herbert Hovenkamp, *The Economics of Legal History*, 67 *Minnesota Law Review* 645 (1983).
5. Nicholas Mercuro & Timothy P. Ryan, *Law, Economics and Public Policy*, hlm. 117–137 (1984).
6. Richard A. Posner, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, 10 *Journal of Legal Studies* 187 (1981).
7. Paul H. Rubin, *Business Firms and the Common Law: The Evolution of Efficient Rules* (1983).

8. *Altruism, Morality, and Economic Theory* (Edmund S. Phelps, ed., 1975).
9. *Law, Economics, and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts* (Mark Kuperberg & Charles Beitz, eds., 1983).

Masalah

1. Nilai tawar pekerja di abad ke-19 Tanggapi argumen bahwa pengusaha memiliki kekuatan tawar yang sangat besar terhadap pekerja pada abad ke-19, sehingga pekerja tidak memiliki posisi untuk menegosiasikan tindakan keselamatan kerja yang layak secara biaya. (Bandingkan dengan Bab 4.8 di atas.)
2. Distribusi kerugian antara petani dan perusahaan kereta api Apa dampak dari putusan pengadilan yang mengalihkan tanggung jawab atas kerugian akibat kecelakaan ternak dari petani ke perusahaan kereta api terhadap distribusi pendapatan dan kekayaan?
3. Kasus kecelakaan dalam hubungan kontraktual Haruskah kasus kecelakaan yang timbul dari hubungan kontraktual (misalnya antara perusahaan kereta api dan penumpangnya, atau dokter dan pasiennya) diperlakukan sebagai pelanggaran kontrak, bukan perbuatan melawan hukum? Adakah manfaat mempertahankan perbedaan antara tort dan kontrak dalam kasus semacam ini?
4. Eksperimen medis bagi narapidana Analisis pertimbangan moral dan ekonomi dalam memperbolehkan narapidana untuk mengikuti eksperimen medis dengan imbalan pengurangan masa hukuman. Sebagai latar belakang, lihat laporan *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, Staff Paper: Prisoners as Research Subjects* (31 Okt. 1975).
5. Tort: Membujuk pelanggaran kontrak Terdapat suatu bentuk perbuatan melawan hukum berupa tindakan membujuk orang lain untuk melanggar kontrak—misalnya ketika suatu perusahaan membujuk karyawan perusahaan lain untuk melanggar kontraknya dan pindah. Dapatkah Anda pikirkan rasionalitas ekonomi untuk jenis tort ini? Lihat William M. Landes & Richard A. Posner, *Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis*, 9 *J. Leg. Stud.* 517, 552–555 (1980).

6. Relokasi industri dan nilai tanah Perusahaan Ford memutuskan untuk menutup pabriknya di South Bend, Indiana, dan membuka pabrik serupa di Birmingham, Alabama. Salah satu akibatnya adalah penurunan nilai tanah di *South Bend* dan kenaikan nilai tanah di Birmingham. Dari sudut pandang efisiensi, haruskah Ford diwajibkan memberi kompensasi kepada pemilik tanah yang terkena dampak negatif?
7. Primasi kewajiban hukum atau hak hukum? Sebagian ahli hukum berpendapat bahwa kewajiban hukum adalah primer, hak adalah sekunder; sementara yang lain membalik urutan ini. Pandangan mana yang lebih sesuai dengan analisis ekonomi?

BAGIAN III
REGULASI PUBLIK
TERHADAP PASAR
(*PUBLIC REGULATION*
***OF THE MARKET*)**

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB IX

TEORI MONOPOLI

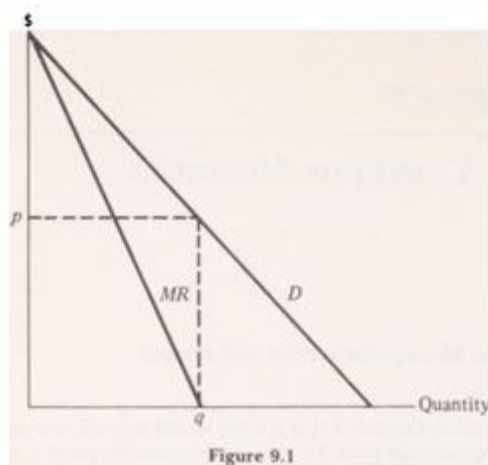
(THE THEORY OF MONOPOLY)

A. Harga dan Output dalam Praktik Monopoli

Sebagaimana telah dikemukakan dalam Bab 1, seorang penjual tidak akan menjual barangnya dengan harga yang lebih rendah dari biaya peluangnya, karena hal tersebut berarti melepaskan kemungkinan memperoleh harga yang lebih tinggi demi harga yang lebih rendah. Namun demikian, timbul pertanyaan mengenai batas atas harga yang dapat ditetapkan oleh penjual. Dengan asumsi bahwa tujuan utama penjual adalah untuk memaksimalkan laba (yaitu selisih antara total penerimaan dengan total biaya), maka pilihan harga yang dapat ditetapkannya dibatasi oleh permintaan terhadap produknya serta oleh struktur biaya produksinya.

Untuk menghubungkan harga dengan penerimaan dan selanjutnya dengan laba, maka diperlukan konsep *marginal revenue* atau penerimaan marjinal, yaitu tambahan penerimaan total yang diperoleh dari penjualan satu unit tambahan barang. Selama penerimaan marjinal bernilai positif, penerimaan total akan terus meningkat. Apabila penerimaan marjinal menurun hingga mencapai nol (atau bahkan di bawah nol), maka setiap penjualan tambahan tidak akan meningkatkan (bahkan akan mengurangi) penerimaan total.

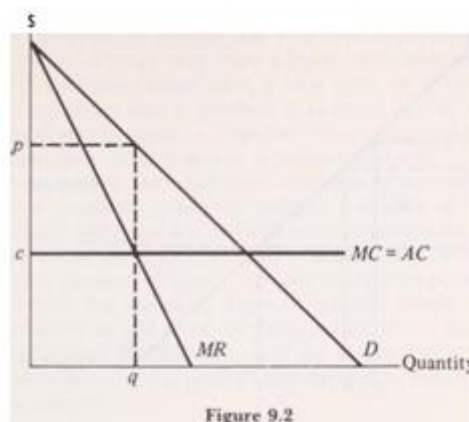
Apabila kurva permintaan diketahui, maka kurva penerimaan marjinal dapat diturunkan secara matematis dari kurva tersebut; hal ini ditunjukkan dalam Gambar 9.1. Titik di mana kurva penerimaan marjinal memotong sumbu horizontal menunjukkan tingkat output (q dalam Gambar 9.1) di mana penerimaan total berada pada tingkat maksimum. Harga yang berkorespondensi dengan tingkat output tersebut adalah p . Apabila penjual menjual dalam jumlah yang lebih sedikit, ia akan berada di sebelah kiri titik perpotongan tersebut, dan setiap tambahan output akan meningkatkan penerimaan totalnya. Sebaliknya, apabila ia menjual dalam jumlah yang lebih besar, maka penerimaannya akan berada di wilayah negatif dari kurva penerimaan marjinal, yang menunjukkan bahwa pengurangan output akan meningkatkan penerimaan totalnya.



Pengaruh harga terhadap jumlah yang diminta, dan dengan demikian terhadap penerimaan (yang merupakan hasil kali antara harga dan kuantitas), dirangkum dalam konsep yang sangat berguna, yakni elastisitas — yaitu perubahan proporsional dalam suatu variabel yang disebabkan oleh perubahan proporsional dalam variabel lain. Dalam konteks ini, yang menjadi perhatian adalah elastisitas permintaan terhadap harga, yaitu perubahan proporsional dalam jumlah yang diminta akibat dari perubahan proporsional yang sangat kecil dalam harga. Sebagai ilustrasi, apabila kenaikan harga sebesar 1 persen menyebabkan penurunan jumlah yang diminta sebesar 2 persen, maka elastisitas permintaan terhadap harga (atau untuk ringkasnya, elastisitas permintaan) adalah -2 (mengapa negatif?). Jika elastisitas permintaan adalah -1 , hal ini berarti bahwa kenaikan harga sebesar 1 persen menyebabkan penurunan jumlah yang diminta sebesar 1 persen pula, sehingga penerimaan total tidak berubah akibat perubahan harga tersebut. Titik ini, yang dikenal sebagai titik elastisitas satuan, adalah titik pada kurva permintaan di mana kurva penerimaan marjinal memotong sumbu horizontal. Pada seluruh titik di kurva permintaan yang terletak di sebelah kiri titik ini, permintaan dikatakan elastis, karena pada wilayah ini kenaikan harga akan menyebabkan penurunan kuantitas yang diminta secara proporsional lebih besar, dan dengan demikian penerimaan total menurun. Sebaliknya, di sebelah kanan titik tersebut, permintaan dikatakan inelastis karena kenaikan harga hanya menyebabkan penurunan kuantitas yang diminta secara proporsional lebih kecil, sehingga penerimaan total justru meningkat.

Karena yang menjadi perhatian penjual adalah penerimaan bersih atau laba, bukan sekadar penerimaan kotor, maka ia juga harus mempertimbangkan

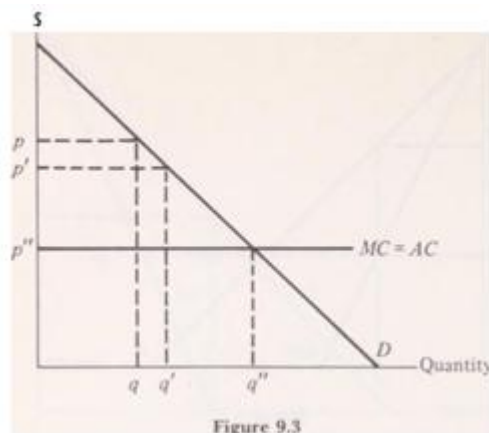
pengaruh dari pilihan harga terhadap total biayanya selain terhadap total penerimaan. Harga akan memengaruhi total biaya melalui jumlah unit yang harus diproduksi dan, apabila biaya marginal bervariasi sesuai tingkat *output*, juga melalui biaya per unit produksi. Biaya marginal adalah perubahan dalam total biaya yang timbul akibat memproduksi satu unit tambahan; secara ekuivalen, biaya ini merupakan tambahan total biaya dari unit terakhir yang diproduksi. Di samping itu terdapat pula biaya tetap (seperti biaya untuk memperoleh hak paten) — yaitu biaya yang tidak terpengaruh oleh jumlah *output* — namun biaya tetap ini tidak relevan dalam penentuan harga dan *output*. Secara definisional, biaya tetap tidak berubah oleh pilihan harga dan *output*; besarnya tetap sama, baik pada saat monopolis menetapkan harga tinggi dengan produksi yang rendah maupun harga rendah dengan produksi yang tinggi.



Penjual yang bertujuan memaksimalkan laba akan terus menambah *output* selama setiap unit tambahan yang dijual menambah penerimaan total lebih besar dibandingkan tambahan biaya totalnya, dan akan berhenti ketika penjualan unit tambahan menambah biaya total lebih besar dibandingkan penerimaan total. Dengan kata lain, *output* yang memaksimalkan laba adalah jumlah di mana penerimaan marginal sama dengan biaya marginal, sebagaimana ditunjukkan oleh titik q dalam Gambar 9.2. Pada tingkat *output* ini, total penerimaan adalah pq dan total biaya (rata-rata biaya dikalikan jumlah) adalah cq . Perlu dicermati bahwa apabila *output* lebih kecil, maka laba juga akan lebih kecil, karena penjual akan berada di sebelah kiri titik perpotongan, di mana tambahan *output* menambah penerimaan total lebih besar dibandingkan tambahan biaya total. Sebaliknya, apabila *output* lebih besar, maka laba pun akan berkurang. Penjual akan berada di sebelah kanan

titik perpotongan, yaitu wilayah di mana setiap unit tambahan yang dijual menambah biaya total lebih besar dibandingkan tambahan penerimaan total (yakni ketika biaya marjinal melebihi penerimaan marjinal).

Harga p dalam Gambar 9.2 juga disebut sebagai harga monopoli, karena merupakan harga yang akan dikenakan oleh perusahaan yang tidak menghadapi persaingan ataupun ancaman persaingan. Persaingan akan membuat harga tersebut menjadi tidak bertahan. Misalnya, A adalah satu-satunya penjual produk (misalnya widget) pada awalnya, dengan kurva biaya dan permintaan sebagaimana terlihat pada Gambar 9.1 dan 9.2, dan A menetapkan harga sebesar p serta menjual q unit widget. Apabila terdapat penjual lain, B, yang dapat memproduksi dan menjual widget dengan biaya yang sama seperti A, maka B, tertarik dengan keuntungan besar yang diperoleh A (yakni $pq - cq$), akan memutuskan untuk memproduksi dan menjual widget pada harga p .



Gambar 9.3 menggambarkan akibatnya. Apabila B menjual seperempat dari jumlah widget yang dijual oleh A (yakni output B adalah $q - q$), maka jumlah total widget di pasar (q') meningkat seperempat kali lipat dari jumlah semula. Konsumen tidak akan bersedia membayar p untuk jumlah widget yang lebih besar tersebut, melainkan hanya p' . Mungkin saja A dan B akan menurunkan jumlah output mereka — tetapi pada saat yang sama, C, D, E, dan pelaku lainnya tengah menunggu kesempatan untuk memasuki pasar demi memperoleh bagian dari keuntungan yang telah menarik B. Proses masuknya pelaku baru ini akan terus berlangsung hingga harga turun ke titik p'' , yakni harga yang setara dengan biaya peluang produksi tambahan widget. Masuknya pelaku baru masih menarik hingga titik tersebut, karena sumber daya yang

digunakan untuk memproduksi widget masih menghasilkan lebih besar daripada biaya peluangnya, dan dengan demikian lebih besar daripada yang dapat dihasilkan di pasar yang bersifat kompetitif. Namun output tidak akan ditingkatkan melebihi q (yang berkorelasi dengan harga p), karena apabila melampaui titik tersebut, maka sumber daya akan memperoleh pengembalian yang lebih rendah dibandingkan biaya peluangnya.

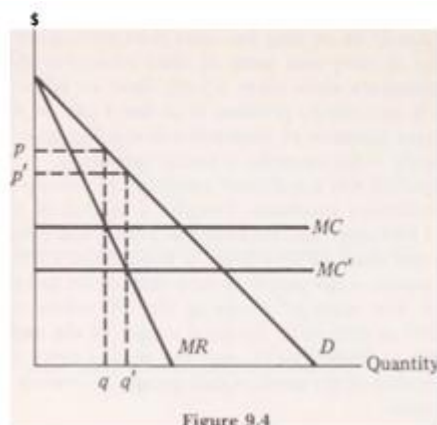
Kemungkinan masuknya pelaku baru (*entry*) ke dalam pasar seakan-akan menjadikan monopoli sebagai konsep teoritis semata. Namun kenyataannya, dalam beberapa keadaan, masuknya pelaku baru membutuhkan waktu yang lama, dilarang oleh peraturan, atau pelaku baru tidak mampu memproduksi dengan biaya serendah pelaku lama. Salah satu contoh penting dari terhambatnya masuk adalah monopoli yang dilindungi oleh hukum negara — misalnya monopoli yang diperoleh melalui paten.

Sebagaimana monopoli tidak selalu menjadi syarat cukup bagi penerapan harga monopoli, ia juga bukan merupakan syarat mutlak. Bayangkan sebuah pasar dengan 100 penjual, masing-masing memproduksi 1.000 unit, dan peningkatan produksi, baik oleh pelaku yang sudah ada maupun pelaku baru, tidak dimungkinkan. Dalam situasi ini, setiap penjual memiliki kekuatan monopoli — yakni kekuatan untuk menaikkan harga pasar di atas tingkat harga kompetitif. Sebagai ilustrasi, apabila satu dari 100 penjual tersebut mengurangi output dari 1.000 menjadi 900 unit, maka output total pasar akan turun dari 100.000 menjadi 99.900 unit, dan harga pasar akan naik — persis seperti halnya jika seorang monopolis memutuskan untuk mengurangi outputnya dalam jumlah yang sama.

B. Pengaruh Perubahan Biaya atau Permintaan terhadap Harga Monopoli

Mari kita telaah bagaimana perubahan dalam biaya atau permintaan memengaruhi harga dan output optimum dalam suatu pasar monopoli. Apabila biaya produksi monopolis menurun (dengan catatan bahwa penurunan ini bukan berasal dari biaya tetap), maka harga monopoli yang optimum akan cenderung menurun, dan output akan meningkat. Perlu diingat bahwa monopolis akan berhenti menambah *output* pada titik di mana kurva penerimaan marjinal (*marginal revenue*) berpotongan dengan kurva biaya marjinal (*marginal cost*). Apabila kurva biaya marjinal menurun, maka kurva penerimaan marjinal akan berada di atasnya, sehingga monopolis akan

memperluas produksi hingga titik perpotongan yang baru antara kurva penerimaan marjinal dan kurva biaya marjinal tercapai. Hal ini digambarkan dalam Gambar 9.4.



Sekarang, misalkan terjadi penurunan permintaan. Artinya, pada setiap tingkat harga tertentu, konsumen akan membeli dalam jumlah yang lebih sedikit — secara proporsional — dari sebelumnya (sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 9.5, yaitu sekitar 25 persen lebih sedikit). Dengan asumsi bahwa biaya marjinal tetap konstan (sebagaimana dalam Gambar 9.5), maka monopoli tidak akan mengubah harga jualnya. Hal ini disebabkan karena biaya marjinal tidak berubah, dan demikian pula responsivitas (*elasticity*) jumlah barang yang diminta terhadap perubahan harga: meskipun konsumen membeli lebih sedikit pada setiap tingkat harga, namun perubahan proporsional dalam jumlah yang diminta akibat perubahan harga tetap tidak berubah. Oleh karena itu, monopoli akan tetap mengenakan harga yang sama seperti sebelumnya, namun akan menjual dalam jumlah yang lebih sedikit karena penurunan permintaan.

Ilustrasi ini menunjukkan suatu prinsip penting, yang akan dibahas lebih lanjut dalam bab berikutnya, yaitu bahwa harga monopoli ditentukan semata-mata oleh elastisitas permintaan dan oleh biaya marjinal.

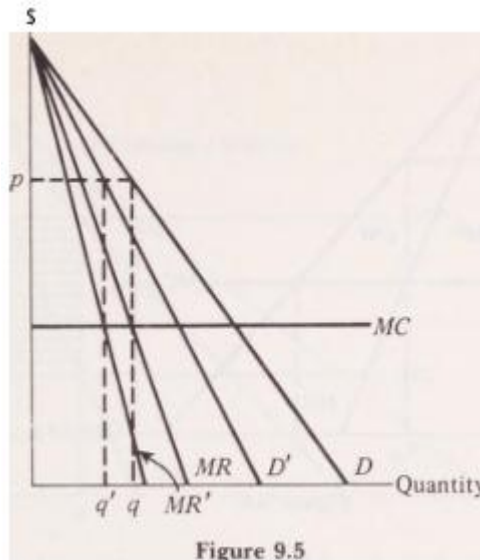
Namun, apabila permintaan menurun dan biaya marjinal yang dihadapi oleh monopoli tidak bersifat konstan, maka harga monopoli optimum akan mengalami perubahan. Kurva biaya marjinal yang tidak horizontal menyiratkan bahwa biaya marjinal akan berbeda pada setiap tingkat output. Karena perubahan permintaan akan memengaruhi jumlah *output* yang optimal, maka biaya marjinal juga akan berubah, dan oleh karena itu

(sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya), harga jual oleh monopolis pun akan berubah.¹⁷⁰

C. Konsekuensi Efisiensi dari Monopoli

Dengan melihat kembali Gambar 9.3, dapat diamati bahwa jumlah *output* dalam kondisi monopoli lebih kecil dibandingkan dengan dalam kondisi persaingan sempurna: q alih-alih q'' . Hal ini disebabkan oleh harga monopoli yang menyebabkan sebagian konsumen mengganti pilihan konsumsinya terhadap produk lain, yaitu produk-produk yang menjadi lebih menarik karena harga monopoli yang lebih tinggi. Pergeseran konsumsi ini menimbulkan kerugian nilai. Hal ini akan terlihat paling jelas apabila diasumsikan bahwa untuk setiap penggunaan produk yang dimonopoli terdapat produk substitusi yang identik namun memerlukan biaya produksi yang lebih tinggi, dan karena itu dijual dengan harga yang lebih tinggi daripada harga kompetitif produk yang dimonopoli, tetapi masih lebih rendah daripada harga monopoli. Dengan demikian, monopoli mengakibatkan sebagian konsumen memenuhi kebutuhannya melalui konsumsi produk yang lebih mahal bagi masyarakat untuk diproduksi dibandingkan produk yang dimonopoli. Biaya tambahan ini merupakan pemborosan bagi masyarakat. Biaya tersebut diperkirakan besarnya melalui segitiga yang ditandai sebagai *DW* (*deadweight loss* atau kerugian efisiensi) dalam Gambar 9.6. Bayangkan harga meningkat secara bertahap dari P_c ke P_m ; pada setiap kenaikan harga, konsumen dialihkan ke produk substitusi yang lebih mahal, dan konsumen terakhir yang beralih membeli produk yang biaya produksinya hanya sedikit lebih rendah dari harga monopoli.¹

¹⁷⁰ Lihat Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* 248-249 (1976), untuk pembahasan yang sedikit lebih formal mengenai poin-poin ini.



Konsep *deadweight loss* menggambarkan secara baik perbedaan yang telah ditekankan dalam bab sebelumnya antara kesejahteraan dalam pengertian ekonomi dengan kesejahteraan dalam pengertian utilitarian. Kesimpulan bahwa *DW* dalam Gambar 9.6 merupakan kerugian sosial bersih bergantung pada asumsi bahwa satu dolar memiliki nilai yang sama baik bagi konsumen maupun produsen, atau dengan kata lain, bahwa faktor-faktor distribusi diabaikan dalam penilaian terhadap biaya sosial. Oleh karena itu, bagian *MP*, yaitu transfer kekayaan dari konsumen kepada produsen akibat kenaikan harga dari tingkat kompetitif ke tingkat monopoli, diperlakukan sebagai netral; kerugian konsumen disetarakan dengan keuntungan produsen. Biaya sosial monopoli akan lebih tinggi dari *DW* apabila kerugian sebesar \$1 dari konsumen dianggap menghasilkan manfaat kurang dari \$1 bagi produsen, dan akan lebih rendah dari *DW* apabila diasumsikan sebaliknya.

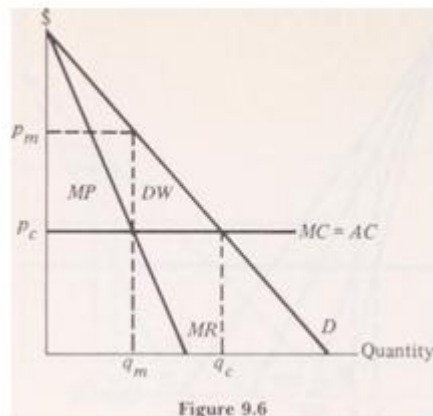


Figure 9.6

Transfer kekayaan dari konsumen ke produsen yang terjadi akibat penetapan harga monopoli adalah konversi dari *consumer surplus* (kelebihan nilai konsumen) menjadi *producer surplus* (kelebihan nilai produsen). *Consumer surplus* adalah area di bawah kurva permintaan di atas harga kompetitif; dalam Gambar 9.6 merupakan segitiga yang alasnya ditandai dengan garis $MC = AC$. Bagian MP merupakan bagian dari segitiga tersebut yang berubah menjadi *producer surplus*. DW adalah bagian yang hilang, sedangkan area sisanya tetap menjadi *consumer surplus*. *Consumer surplus* merupakan ukuran nilai agregat yang dilekatkan konsumen terhadap suatu produk yang melebihi harga yang mereka bayarkan. Ketika harga naik, konsumen yang menilai produk tersebut tidak terlalu tinggi akan beralih ke produk substitusi, sementara mereka yang tetap membeli produk tersebut mendapatkan nilai bersih yang lebih rendah karena membayar harga yang lebih tinggi.

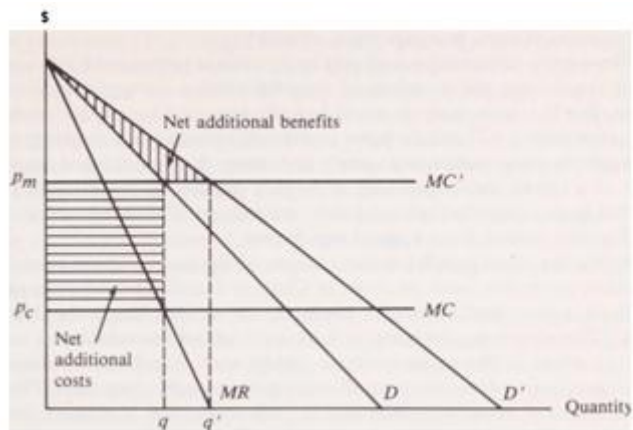


Figure 9.7

Meskipun *MP*, bagian dari *consumer surplus* yang berubah menjadi *producer surplus*, tampak sebagai bentuk transfer murni, ia tetap dapat menjadi sumber biaya sosial, bahkan jika tidak ada bobot distribusi yang diberikan terhadap transfer dari konsumen ke produsen. Misalnya, dalam Gambar 9.7 diasumsikan bahwa pasar terdiri dari banyak perusahaan namun pemerintah menetapkan harga sebesar pm dan melarang masuknya pelaku usaha baru ke dalam pasar.² Karena setiap penjualan tambahan akan memberikan keuntungan monopoli sebesar $pm - pc$ kepada penjual, maka setiap pelaku usaha akan terdorong untuk memperbesar pangsa pasarnya. Karena penurunan harga dilarang, maka upaya tersebut dilakukan dengan membuat produk lebih menarik dibandingkan produk pesaing, seperti dengan meningkatkan kualitas, menyediakan layanan yang lebih baik, dan lain sebagainya. Proses persaingan non-harga ini akan terus berlangsung, kecuali terdapat kesepakatan untuk membatasi bentuk persaingan tersebut, hingga biaya marjinal penjual meningkat sampai mencapai tingkat harga yang ditetapkan, sehingga pengeluaran tambahan untuk peningkatan produk tidak lagi menghasilkan keuntungan. Meskipun proses persaingan ini meningkatkan nilai produk bagi konsumen (misalnya permintaan meningkat), biaya peningkatan tersebut dapat melebihi manfaat konsumen sehingga menimbulkan kerugian sosial bersih sebagaimana terlihat dalam Gambar 9.7.

Sebelum deregulasi industri penerbangan baru-baru ini, *Civil Aeronautics Board* (CAB) di Amerika Serikat melarang adanya persaingan harga antar maskapai yang berada dalam pengawasannya serta melarang pendirian maskapai trunk baru. Akibatnya, harga yang dikenakan oleh maskapai melebihi harga kompetitif. Namun demikian, industri ini tidak memperoleh keuntungan monopoli dan bahkan secara periodik berada dalam ambang kebangkrutan. Potensi keuntungan monopoli telah berubah menjadi biaya melalui bentuk persaingan non-harga yang sangat intensif, terutama dalam bentuk penjadwalan penerbangan yang terlalu sering, sehingga menyebabkan tingkat utilisasi kapasitas yang rendah dan oleh karena itu biaya per penumpang menjadi tinggi.³

Ketika persaingan harga dan masuknya pelaku usaha baru tidak dilarang oleh regulasi pemerintah, persoalan persaingan layanan yang tidak efisien (*wasteful service competition*) menjadi kurang mengemuka. Namun, jika terdapat ekspektasi keuntungan monopoli dari suatu monopoli atau kartel, maka ekspektasi tersebut akan mendorong perusahaan untuk mengalokasikan

sumber daya guna membentuk dan mempertahankan monopoli atau kartel, dan setelah terbentuk (khususnya dalam kasus kartel), untuk merebut pangsa pasar sebanyak mungkin melalui persaingan non-harga. Dari sudut pandang sosial, sumber daya tersebut sebagian besar merupakan pemborosan.

Perhatikan pula adanya kemiripan yang erat dengan analisis mengenai biaya dari *transfer* koersif murni, seperti pencurian, yang dibahas dalam Bab 6 dan terutama Bab 7. Pencurian juga merupakan *transfer payment*; kerugian korban adalah keuntungan bagi pelaku.⁴ Keberatan ekonomi terhadap pencurian bukan terletak pada transfer itu sendiri, melainkan pada adanya peluang untuk memperoleh *transfer* tersebut yang mendorong alokasi sumber daya untuk mencuri dan untuk mencegah pencurian. Keberatan ekonomi yang sama juga berlaku terhadap monopoli, yang berbeda dari pengaruh monopoli terhadap *output*, dan yang tidak memiliki padanan dalam pencurian.

Di antara keberatan ekonomi lainnya terhadap monopoli, adalah bahwa pelaku monopoli mungkin mampu menggeser kurva permintaan atas produknya ke arah luar — yang menyebabkan terjadinya kelebihan produksi (*overproduction*) daripada kekurangan produksi — dengan cara memberikan informasi yang menyesatkan mengenai harga atau kualitas produk (lihat Bab 4.7 di atas), atau dengan mempengaruhi pemerintah untuk mengurangi pasokan produk pesaing atau meningkatkan permintaan atas produk komplementer.⁵ Beberapa ekonom juga meyakini bahwa monopoli mengurangi insentif perusahaan untuk berinovasi dan menggunakan *input* secara efisien. Dasar teoretis dari pandangan ini tidak sepenuhnya jelas, dan bukti empirisnya pun bercampur.⁶

Adapun keberatan terhadap monopoli dari perspektif inovasi, dapat dikemukakan bahwa:

1. Pelaku monopoli memiliki insentif yang lebih kecil untuk melakukan inovasi. Sebab ia telah menguasai sebagian besar *consumer surplus* yang tersedia; sementara pelaku dalam pasar kompetitif yang berpotensi menjadi monopolis melalui inovasi belum memilikinya. (Apakah argumen ini hanya berlaku untuk inovasi produk atau juga berlaku untuk inovasi proses?)
2. Pelaku monopoli memiliki risiko kerugian yang lebih kecil dibandingkan perusahaan dalam pasar kompetitif apabila tidak melakukan inovasi. Perusahaan dalam pasar kompetitif dapat mengalami kebangkrutan, yang merupakan kondisi lebih buruk daripada

sekadar tidak memperoleh keuntungan besar, karena terdapat biaya mati (*deadweight costs*) dalam kebangkrutan (hal ini akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 14). Namun jika hal ini diabaikan, dapat dibuktikan bahwa penalti atas kegagalan dalam memaksimalkan keuntungan, baik melalui inovasi maupun cara lain, sama besarnya antara monopoli dan perusahaan kompetitif, sejauh saham monopoli tersebut diperdagangkan secara publik (lihat Bab 15.4 di bawah).

3. Perusahaan-perusahaan memiliki kemampuan inovasi yang berbeda-beda. Oleh karena itu, apabila terdapat lebih dari satu perusahaan dalam suatu pasar, maka kemungkinan terdapat setidaknya satu pelaku dengan kemampuan inovasi di atas rata-rata akan meningkat, sehingga laju inovasi juga meningkat.

Argumen utama yang mendukung monopoli sebagai sarana untuk mendorong inovasi adalah bahwa imbalan atas inovasi yang berhasil dan efisiensi biaya sering kali lebih besar bagi pelaku monopoli, karena keberhasilan perusahaan kompetitif cenderung segera ditiru oleh pesaingnya. Kekhawatiran terhadap peniruan yang cepat inilah yang menjadi dasar pemberian perlindungan hak paten; tetapi paten sendiri memiliki keterbatasan dalam hal waktu dan ruang lingkup. Dengan kata lain, pelaku monopoli memiliki kemampuan yang lebih besar dibandingkan perusahaan kompetitif dalam menginternalisasi eksternalitas (lihat Bab 7.7 di atas), termasuk eksternalitas informasi, yang merupakan esensi dari inovasi.⁷

D. Diskriminasi Harga

Teori monopoli yang diuraikan dalam bagian-bagian sebelumnya mengasumsikan bahwa pelaku monopoli menjual produknya dengan satu harga tunggal. Asumsi tersebut pada umumnya dapat dibenarkan. Apabila pelaku monopoli menjual produknya dengan dua harga yang berbeda, maka pembeli yang memperoleh harga lebih rendah akan melakukan penjualan kembali kepada pembeli yang dikenai harga lebih tinggi. Penjualan kembali semacam ini (dikenal sebagai *arbitrage*) akan membuat pelaku monopoli tidak dapat mempertahankan perbedaan harga tersebut. Namun, *arbitrage* tidak selalu dimungkinkan. Produk yang dijual mungkin tidak dapat disimpan untuk dijual kembali di kemudian hari (sebagaimana terjadi pada banyak jenis jasa), atau mungkin terdapat pembatasan kontraktual terhadap penjualan kembali. Apabila pelaku monopoli dapat mencegah terjadinya *arbitrage*, maka besar

kemungkinan ia akan menetapkan harga yang berbeda kepada pembeli yang berbeda, bukan berdasarkan pada biaya penjualan kepada masing-masing pihak yang sejatinya sama, melainkan berdasarkan pada elastisitas permintaan masing-masing pembeli terhadap produk yang dijual. Praktik ini disebut sebagai diskriminasi harga (*price discrimination*).

Kemiringan kurva permintaan yang menurun, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, mengindikasikan bahwa konsumen (atau sebagian dari mereka) bersedia membayar harga yang jauh lebih tinggi dari biaya produksi untuk memperoleh sejumlah unit tertentu dari produk yang dimonopoli, namun hanya bersedia membayar sedikit di atas biaya produksi untuk unit-unit lainnya, bahkan sama sekali tidak bersedia membayar untuk sisanya. Tidak terdapat satu harga tunggal yang mampu menangkap seluruh nilai manfaat yang dilekatkan oleh konsumen atas kemampuannya untuk membeli sejumlah unit dari produk tersebut, tanpa mengorbankan keuntungan yang lebih kecil namun tetap positif dari penjualan unit-unit tambahan. Dalam kondisi ideal, pelaku monopoli akan lebih memilih untuk melakukan negosiasi secara individual dengan setiap konsumen atas setiap unit produk. Dengan demikian, tidak akan ada konsumen yang ditolak apabila bersedia membayar harga yang setara dengan biaya produksi; sehingga *output* yang dihasilkan akan setara dengan kondisi pasar yang bersifat kompetitif. Namun, biaya transaksi dari diskriminasi harga yang sempurna (*first-degree price discrimination*) sangat tinggi dan tidak realistis untuk diterapkan. Dalam praktiknya, strategi terbaik yang dapat dilakukan oleh pelaku monopoli diskriminatif adalah dengan membagi konsumennya ke dalam beberapa kelompok dan menetapkan satu harga (meskipun berbeda) untuk masing-masing kelompok.

Dampak diskriminasi harga yang tidak sempurna (*third-degree price discrimination*) terhadap jumlah *output* bersifat tidak pasti (*indeterminate*).¹⁷¹ Misalnya, apabila harga monopoli tunggal ditetapkan sebesar \$10, tetapi alih-alih menggunakan harga tersebut, pelaku monopoli membagi konsumen ke dalam dua kelompok dan mengenakan harga \$5 kepada kelompok pertama dan \$20 kepada kelompok kedua. Dalam hal ini, pelaku monopoli memperoleh penjualan tambahan dari kelompok pertama yang tidak bersedia membayar \$10 namun bersedia membayar \$5. Akan tetapi, ia juga kehilangan penjualan

¹⁷¹ Lihat FM Scherer, *Struktur Pasar Industri dan Kinerja Ekonomi* 316, 321 (edisi ke-2. 1980).

dari kelompok kedua yang pada awalnya bersedia membayar \$10 tetapi menolak membayar \$20. Penurunan jumlah penjualan ini bisa saja melebihi jumlah penjualan tambahan yang diperoleh. Akibatnya, *output* total dapat menjadi lebih rendah, walaupun keuntungan yang diperoleh justru lebih tinggi.

Bahkan diskriminasi harga yang sempurna sekalipun tidak akan menghapus keberatan ekonomi terhadap keberadaan monopoli. Meskipun *output* yang dihasilkan akan setara dengan *output* pasar kompetitif, namun karena potensi keuntungan dari monopoli menjadi lebih besar, maka akan semakin banyak sumber daya yang disia-siakan untuk memperoleh, mempertahankan, atau mencegah terbentuknya monopoli. Dengan demikian, biaya sosial dari monopoli justru dapat menjadi lebih tinggi.

E. Hambatan Lain terhadap Monopoli: Persaingan untuk Menguasai Pasar, Ketahanan (Durabilitas), dan Masuknya Pelaku Usaha Baru

Apabila seorang pembeli menyepakati untuk mengambil seluruh kebutuhannya atas suatu barang tertentu dari satu penjual saja, maka penjual tersebut akan memperoleh suatu bentuk monopoli atas pasokan barang tersebut. Namun demikian, pembeli tidak akan bersedia membayar harga yang melebihi harga pasar yang bersifat kompetitif apabila tiga syarat terpenuhi:

- (1) terdapat beberapa penjual lain yang berada dalam posisi untuk memasok barang tersebut kepada pembeli;
- (2) para penjual tersebut tidak bersekongkol; dan
- (3) biaya untuk menyusun kontrak yang efektif selama periode monopoli tersebut tidak bersifat prohibitif. Dalam kondisi demikian, para penjual akan saling bersaing untuk menawarkan kontrak yang menarik, dan harga dalam kontrak tersebut akan menjadi setara dengan harga pasar yang kompetitif.¹⁷²

Namun, anggaplah bahwa setelah pelaku monopoli memperoleh kontrak dan mulai melaksanakan kewajibannya, dibutuhkan waktu yang cukup lama bagi pihak lain untuk menggantikan posisi pelaku monopoli sebagai pemasok pembeli (lihat Bab 12.1 di bawah mengenai alasan mengapa hal ini dapat terjadi). Dalam situasi semacam itu, pembeli akan memerlukan kontrak jangka

¹⁷² Lihat Harold Demsetz, *Mengapa Mengatur Utilitas?*, 11 J. Law & Econ. 55 (1968).

panjang guna melindungi dirinya dari praktik penetapan harga monopoli, dan kontrak jangka panjang tersebut dapat mengakibatkan kekakuan (*inflexibility*) yang menimbulkan biaya tinggi (lihat Bab 13.7 di bawah).

Terdapat pula kesulitan khusus dalam memonopoli barang yang bersifat tahan lama (*durable goods*), yang secara dramatis tergambarkan dalam kasus kepemilikan atas tanah. Apabila seseorang memiliki seluruh tanah di Amerika Serikat dan berkehendak menjualnya dengan harga yang memaksimalkan keuntungan, maka sebagaimana layaknya pelaku monopoli lainnya, ia akan menetapkan harga yang hanya memungkinkan sebagian tanah terjual. Namun, setelah penjualan pertama selesai dilakukan, ia akan terdorong untuk menjual bagian tanah lainnya dengan harga yang lebih rendah, hingga pada akhirnya seluruh tanah terjual. Mengetahui hal ini, para pembeli tidak akan bersedia membayar harga awal yang ditetapkan, dan upaya untuk menciptakan monopoli pun akan gagal.

Berlian (*diamond*) juga merupakan barang tahan lama, namun produksi berlian selama ini dikendalikan oleh suatu kartel internasional yang membatasi jumlah produksi dan memungut harga monopoli.¹⁷³ Akan tetapi, tidak seperti tanah, berlian diproduksi secara terus-menerus. Jika pada suatu tahun, kartel berlian meningkatkan produksi dan menurunkan harga secara drastis untuk menjangkau segmen masyarakat yang sebelumnya tidak mampu membeli berlian, maka nilai seluruh berlian yang telah beredar akan menurun. Dengan demikian, kartel akan kehilangan kredibilitasnya dan tidak akan mampu lagi menetapkan harga setinggi sebelumnya setelah periode penurunan harga tersebut berlalu.

Bahkan pelaku monopoli atas tanah pun dapat secara kredibel membatasi pasokan produknya — jika ia menyewakan, bukan menjual tanah tersebut. Apabila setelah menyewakan sebagian tanahnya ia kemudian menyewakan atau menjual bagian lainnya dengan harga lebih rendah, maka ia tidak akan dapat membebaskan harga monopoli yang tinggi pada saat perpanjangan masa sewa. Karena mengetahui bahwa pelaku monopoli memiliki insentif untuk mempertahankan pembatasan awal atas jumlah

¹⁷³ Lihat Godehard Lenzen, *Sejarah Produksi Berlian dan Perdagangan Berlian 183-196* (terj. F. Bradley 1970).

output, para penyewa akan lebih berani untuk membayar harga monopoli penuh.¹⁷⁴

Teori monopoli tidak menjelaskan secara rinci bagaimana seorang pelaku monopoli mampu mempertahankan harga monopoli, mengingat harga tersebut akan sangat menarik bagi para penjual lain di pasar-pasar lain yang berpotensi untuk masuk ke pasar tersebut. Mengingat bahwa keuntungan monopoli lebih tinggi dibandingkan keuntungan dalam pasar kompetitif, para penjual dari pasar lain akan terdorong untuk memasuki pasar yang menetapkan harga monopoli. Untuk memperoleh sebagian dari keuntungan monopoli tersebut, pelaku usaha baru (pendatang) harus menjual produknya, dan penjualan tersebut akan meningkatkan jumlah output pasar, yang pada akhirnya akan menurunkan harga. Dengan demikian, sebagian besar bentuk monopoli mengandung benih kehancurannya sendiri. Namun, laju masuknya pelaku usaha baru ke dalam pasar yang mengenakan harga monopoli sangat menentukan. Apabila pelaku monopoli memiliki hak paten atau bentuk perlindungan hukum lainnya yang memberikan monopoli legal, maka laju masuk pelaku usaha baru bisa saja nol, dan harga monopoli akan bertahan hingga masa monopoli legal tersebut berakhir.

Dalam beberapa kasus, monopoli dapat bertahan tanpa adanya hambatan hukum terhadap masuknya pelaku usaha baru. Mungkin saja biaya produksi pelaku monopoli jauh lebih rendah dibandingkan dengan pelaku usaha baru, sehingga harga monopoli justru lebih rendah daripada harga yang perlu dibebankan oleh pendatang baru untuk menutup biayanya. Atau mungkin harga monopoli, meskipun lebih tinggi daripada biaya yang akan dikeluarkan oleh pendatang baru, tetap tidak menarik karena pendatang baru menyadari bahwa pelaku monopoli dapat dengan mudah menetapkan harga yang menguntungkan namun tetap lebih rendah dari biaya pendatang baru, karena pelaku monopoli merupakan produsen yang lebih efisien.¹⁷⁵ Monopoli juga dapat menjadi kondisi pasar yang berkelanjutan apabila memang hanya terdapat ruang bagi satu penjual saja (lihat Bab 12.1 di bawah). Namun, sekalipun biaya pendatang baru setara dengan biaya pelaku monopoli, tidak

¹⁷⁴ Jaminan akan lebih tinggi jika pendapatan perusahaan monopoli dari sewa ditetapkan sama dengan persentase pendapatan penyewa. Dengan demikian, setiap tindakan perusahaan monopoli yang mengurangi pendapatan penyewa akan secara langsung mengurangi pendapatannya sendiri.

¹⁷⁵ FM Scherer, *Struktur Pasar Industri dan Kinerja Ekonomi* (edisi ke-2, 1980).

berarti bahwa ancaman masuknya pelaku baru akan selalu mampu menghalangi pelaku monopoli untuk menetapkan harga monopoli. Mengingat bahwa biaya produksi berkorelasi negatif dengan waktu (misalnya, membangun pabrik baja dalam tiga bulan akan lebih mahal dibandingkan dalam tiga tahun),¹⁷⁶ maka masuknya pelaku usaha baru ke dalam pasar monopoli dengan biaya yang setara sering kali tidak dapat dilakukan secara segera. Oleh karena itu, tetap akan terdapat suatu interval waktu di mana pelaku monopoli dapat memperoleh keuntungan monopoli, sekalipun tidak terdapat hambatan masuk dalam arti adanya kerugian biaya bagi pendatang baru.¹⁷⁷

Bacaan yang Disarankan

1. Jack Hirshleifer, *Price Theory and Applications*, Bab 8 (edisi ke-3, 1984).
2. William M. Landes, *Lampiran: Pengantar Ekonomi Hukum Persaingan Usaha (Antitrust)*, dalam Richard A. Posner dan Frank H. Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials*, hlm. 1055 (edisi ke-2, 1981).
3. Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Bab 2 dan Lampiran (1976).
4. -----, *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, 83 *Journal of Political Economy* 807 (1975).
5. F.M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (edisi ke-2, 1980).

Permasalahan

1. Mengapa harga monopoli yang optimal selalu terletak pada bagian elastis dari kurva permintaan milik pelaku monopoli?
2. Apakah seorang konsumen dapat dianggap lalai secara ekonomis apabila, dengan mengetahui bahwa harga suatu produk merupakan harga

¹⁷⁶ Lihat Armen A. Alchian, Biaya dan Output, dalam *Readings in Microeconomics* 159, 165 (William Breit & Harold M. Hochman eds., edisi ke-2 1971).

¹⁷⁷ Mengapa monopoli tidak diantisipasi dan waktu masuknya tidak bertepatan dengan pembentukannya?

monopoli, ia gagal untuk secara sungguh-sungguh mencari produk substitusi?

3. Di manakah sebelumnya kita pernah membahas mengenai surplus konsumen?

BAB X

UNDANG-UNDANG ANTITRUST¹⁷⁸

A. Kartel dan *Sherman Act*

Suatu perjanjian antara para penjual yang saling bersaing untuk menetapkan harga produk yang mereka jual (atau, yang pada hakikatnya sama, untuk membatasi jumlah *output* mereka) merupakan suatu bentuk kontrak sebagaimana kontrak lainnya, dalam arti bahwa para pihak tidak akan menandatangani kecuali mereka mengharapkan bahwa kontrak tersebut akan membawa keuntungan bagi semua pihak yang terlibat. Namun demikian, kontrak tersebut merugikan pihak lain, yakni para konsumen yang tidak termasuk dalam kontrak tersebut; dan sebagaimana telah dipelajari dalam bab sebelumnya, ketika efek substitusi serta kecenderungan laba monopoli untuk berubah menjadi biaya diperhitungkan, maka kerugian yang diderita oleh konsumen melebihi keuntungan yang diperoleh oleh para pelaku kartel. Memang benar, setiap konsumen berada dalam hubungan kontraktual, baik secara langsung maupun tidak langsung, dengan para penjual yang tergabung dalam kartel. Oleh karena itu, tampaknya *Teorema Coase* dapat diterapkan dan bahwa para konsumen akan bersedia membayar kepada para penjual agar mereka meningkatkan output hingga mencapai tingkat persaingan sempurna. Namun, implikasi dari hal tersebut adalah bahwa kondisi akhir pasar akan menjelma menjadi diskriminasi harga sempurna (dapatkah Anda melihat alasannya?); dan sekalipun arbitrase dapat dicegah, biaya untuk melakukan negosiasi secara individual dengan setiap konsumen terhadap setiap unit produk akan sangat mahal. Hal ini merupakan contoh bahwa biaya transaksi dapat menjadi sangat tinggi bahkan dalam hubungan kontraktual (apa contoh lain yang telah kita pelajari?). Oleh karena itu, tidak mengherankan apabila pada akhir abad ke-19 pengadilan-pengadilan mulai menolak untuk menegakkan perjanjian kartel dengan alasan bahwa perjanjian tersebut bertentangan dengan kepentingan umum (*public policy*).

Mungkin tampak bahwa ketidakberlakuan hukum terhadap perjanjian kartel merupakan upaya yang tidak memadai, sebab sekalipun tidak ada sanksi hukum terhadap pelanggaran kontrak, pada umumnya orang akan terdorong

¹⁷⁸ Lihat Richard A. Posner 8c Frank H. Easterbrook, *Antitrust: Kasus, Catatan Ekonomi, dan Materi Lainnya* (edisi ke-2. 1981).

untuk mematuhi kontraknya karena pertimbangan keuntungan timbal balik (lihat Bab 4.1 di atas). Namun, suatu perjanjian penetapan harga (*price-fixing agreement*) memiliki stabilitas yang lebih rendah dibandingkan kontrak pada umumnya. Pihak dalam perjanjian tersebut “membeli” kesediaan pihak lain untuk tidak menjual di bawah harga tertentu, dan “produk” yang diperjualbelikan — yakni ketidaksediaan bersaing dalam harga — sulit untuk diawasi atau diperiksa. Apabila salah satu pihak dalam perjanjian mengalami penurunan penjualan, terdapat banyak kemungkinan penyebab. Salah satunya adalah bahwa pesaingnya menjual dengan harga lebih murah. Namun, bagaimana cara ia mengetahuinya? Ia bisa saja menanyakan kepada pembeli yang telah beralih, tetapi ia tidak dapat mempercayai jawaban mereka. Para pembeli mungkin saja mengatakan bahwa pesaingnya menawarkan harga yang lebih murah walaupun itu tidak benar, hanya untuk mendorongnya menurunkan harga. Di sisi lain, pesaingnya mungkin tetap menjual dengan harga yang telah disepakati dalam kartel, namun meningkatkan kualitas produknya — suatu bentuk kecurangan yang lebih halus.¹⁷⁹

Meskipun kecurangan (*cheating*) dalam konteks ini pada dasarnya berarti menjual dengan harga yang lebih rendah (jika disesuaikan dengan kualitas) (mengapa demikian?), apabila peningkatan *output* pasar yang disebabkan oleh kecurangan tersebut masih kecil, maka penurunan keuntungan akibat turunnya harga pasar mungkin lebih kecil dibandingkan peningkatan keuntungan dari tambahan penjualan produk, masing-masing masih menghasilkan laba monopoli. Misalnya, output pasar sebelum terjadi kecurangan adalah 100 unit, jatah masing-masing penjual adalah 10 unit, harga pasar \$2, dan biaya produksi \$1. Maka, masing-masing penjual memperoleh laba monopoli sebesar \$10. Apabila satu penjual memutuskan untuk berbuat curang dan menaikkan output-nya dari 10 menjadi 15 unit, maka *output* pasar meningkat menjadi 105 unit, dan harga turun — misalnya menjadi \$1,80. Dengan menjual 15 unit pada harga \$1,80, penjual tersebut memperoleh laba sebesar \$0,80 per unit. Total laba menjadi \$12, yaitu 20 persen lebih tinggi dibanding saat ia masih mematuhi perjanjian kartel. Apabila beberapa pelaku kartel melakukan hal yang sama, maka harga pasar

¹⁷⁹ Mengenai permasalahan penegakan kartel, lihat George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, dalam *The Organization of Industry* 39 (1968); John S. McGee, *Ocean Freight Rate Conferences and the American Merchant Marine*, 27 U. Chi. L. Rev. 191 (1960).

akan terus menurun hingga mencapai tingkat harga pasar yang bersifat kompetitif.

Meskipun kartel secara *inheren* tidak stabil, penolakan untuk menegakkan perjanjian kartel secara hukum tetap tidak cukup sebagai solusi. Ketika penetapan harga melalui kontrak tidak lagi efektif, para anggota kartel akan terdorong untuk melakukan konsolidasi menjadi satu perusahaan tunggal. Dalam bentuk korporasi tunggal, harga monopoli dapat diberlakukan tanpa bergantung pada perjanjian kontraktual.

Sherman Act (1890) berupaya menangani masalah monopoli melalui sanksi pidana dan perdata terhadap kontrak maupun bentuk penggabungan lainnya yang menghambat perdagangan (*restraint of trade*), tindakan monopolisasi, serta konspirasi dan upaya monopolisasi. Putusan-putusan awal menafsirkan undang-undang ini sebagai pelarangan terhadap pembentukan kartel. Meskipun sanksi atas pelanggaran awalnya sangat lemah, *Sherman Act* cukup efektif dalam mencegah para pelaku kartel untuk menggunakan metode-metode yang sangat efektif namun juga sangat mencolok dalam menghilangkan tindakan kecurangan oleh anggota kartel. Contohnya adalah *common sales agency*, yakni suatu lembaga penjualan bersama yang mengatur semua penjualan produk kartel melalui satu badan yang menetapkan harga seragam.¹⁸⁰

Namun demikian, *Sherman Act* juga menimbulkan efek lain yang tidak efisien. *Output* pasar yang dimonopoli lebih rendah dibanding *output* pasar yang bersifat kompetitif. Oleh karena itu, ketika kartel terbentuk, sebagian besar kapasitas produksi pasar menjadi berlebih dan seharusnya dihentikan untuk efisiensi penggunaan sumber daya. Namun, apabila para anggota kartel khawatir bahwa keberadaan kartel tidak akan berlangsung lama, mereka akan enggan untuk menghentikan kapasitas produksi karena khawatir tidak dapat meningkatkan *output* apabila kartel runtuh dan harga turun. *Common sales agency* dan metode “efisien” lainnya dalam menjalankan kartel yang dilarang oleh *Sherman Act* justru dapat memfasilitasi penarikan kapasitas produksi yang berlebih, dengan cara meningkatkan stabilitas dan umur panjang kartel tersebut; dan dalam aspek ini, metode tersebut dapat (mengapa “dapat”?)

¹⁸⁰ Lihat George J. Stigler, Dampak Ekonomi dari Hukum Antimonopoli, dalam *The Organisation of Industry* 259 (1968).

menjadi lebih tidak boros sumber daya dibandingkan kartel bawah tanah (*underground cartel*) atau konspirasi penetapan harga yang menggantikannya.

Dalam pelaksanaan penegakan *Sherman Act* terhadap kartel dan konspirasi, penekanan lebih banyak diberikan pada pembuktian adanya perjanjian untuk menetapkan harga — suatu isu hukum — dibandingkan pembuktian atas efek ekonomi dari tindakan para penjual terhadap harga dan *output*. Salah satu konsekuensi yang tidak diharapkan dari pendekatan ini adalah bahwa kartel-kartel yang paling mungkin ditemukan dan dituntut adalah kartel yang memiliki dampak kecil terhadap harga dan output. Umumnya, kartel semacam itu terdiri dari banyak anggota, sehingga kemungkinan adanya pihak yang kecewa dan membocorkan informasi menjadi lebih besar; dan yang bergantung pada negosiasi eksplisit dan berulang-ulang, yang menyediakan bukti utama terjadinya pelanggaran hukum; serta yang rentan terhadap kecurangan dan keruntuhan internal akibat saling menyalahkan — keadaan-keadaan ini membuka peluang untuk memperoleh saksi yang bersedia memberikan bukti adanya perjanjian. Kartel yang beroperasi secara lancar justru lebih kecil kemungkinannya menghasilkan bukti eksplisit tentang adanya kesepakatan. Dalam praktiknya, hukum lebih banyak menghukum upaya untuk menetapkan harga. Konspirasi yang telah terlaksana dengan sempurna justru sering luput dari perhatian.

Analisis ekonomi dapat digunakan untuk mengidentifikasi karakteristik-karakteristik yang mengindikasikan suatu pasar memiliki kecenderungan terhadap penetapan harga yang efektif (*effective price fixing*):

1. Jumlah pelaku usaha (utama) hanya satu atau sangat sedikit. Semakin sedikit jumlah pelaku usaha, maka semakin rendah biaya untuk mengoordinasikan aktivitas mereka—sebagaimana telah dijelaskan dalam pembahasan mengenai biaya transaksi pada Bab 3.
2. Karakteristik lain yang menjadi predisposisi adalah homogenitas produk. Semakin homogen suatu produk, maka semakin sulit bagi para pelaku usaha untuk melakukan kecurangan melalui perubahan kualitas produk, karena perubahan tersebut akan mudah dikenali.
3. Karakteristik berikutnya—meskipun sulit diukur—adalah elastisitas permintaan terhadap harga. Dalam keadaan *ceteris paribus*, semakin tidak elastis permintaan, maka semakin besar keuntungan yang dapat diperoleh dari penetapan harga monopoli, sehingga semakin besar pula insentif untuk melakukan monopoli. Secara intuitif, semakin kecil

penurunan kuantitas permintaan akibat kenaikan harga, maka semakin besar keleluasaan bagi pelaku monopoli untuk menaikkan harga.

4. Karakteristik lain (yang tidak sepenuhnya berbeda dengan karakteristik sebelumnya) yang menjadi predisposisi terhadap kartelisasi—walaupun sulit diukur—adalah kondisi masuknya pelaku baru ke pasar. Apabila pelaku baru dapat masuk pasar dengan cepat dan tidak menghadapi biaya jangka panjang yang lebih tinggi dibandingkan anggota kartel, maka keuntungan dari kartelisasi akan kecil, begitu pula insentif untuk melakukan kartelisasi.
5. Tingkat pentingnya persaingan harga dibandingkan dengan persaingan non-harga juga relevan; apabila harga ditetapkan, maka kemungkinan terjadi substitusi dalam bentuk persaingan non-harga yang dapat menghapus potensi keuntungan dari kartelisasi.
6. Faktor lain yang berpengaruh adalah dinamika pasar: apakah pasar sedang tumbuh, menurun, atau stagnan. Jika permintaan meningkat, maka kartelisasi akan sulit diawasi karena penurunan pangsa pasar suatu pelaku usaha dapat disebabkan oleh ketidakmampuan dalam menarik pembeli baru, bukan karena menjual di bawah harga kartel. Sebaliknya, kartel dapat memilih untuk menyepakati tingkat pembangunan fasilitas produksi baru, yang relatif mudah diawasi. Jika permintaan stagnan atau menurun, penurunan pangsa pasar lebih mungkin (dan lebih mudah) dikaitkan dengan pelanggaran terhadap harga kartel. Pasar yang sedang menurun secara khusus sangat kondusif bagi kartelisasi, karena risiko kebangkrutan lebih besar mengingat biaya tetap tidak dapat dikurangi dengan menurunkan output. Persaingan harga akan tampak sangat merusak (lihat Bab 12.8), karena sebagaimana dibahas dalam Bab 14, kerugian dalam jumlah tertentu yang menyebabkan kebangkrutan lebih mahal secara ekonomi dibandingkan kerugian yang masih menyisakan laba. Selain itu, dalam pasar yang menurun, ancaman masuknya pelaku baru juga cenderung kecil.
7. Terakhir, struktur sisi pembeli dalam pasar juga penting. Apabila terdapat banyak pembeli dengan ukuran yang setara, maka pelanggaran terhadap kartel memerlukan banyak transaksi, dan peluang untuk terdeteksi oleh anggota kartel lainnya akan tinggi. Namun, jika hanya terdapat sedikit pembeli (utama), maka anggota kartel dapat melakukan pelanggaran cukup dengan menarik satu atau dua pembeli dari anggota

lainnya. Transaksi yang diperlukan akan lebih sedikit, sehingga kemungkinan terdeteksi menjadi lebih rendah. Selain itu, korban dari pelanggaran tersebut mungkin kesulitan untuk mengetahui apakah kehilangan pelanggan disebabkan oleh pemotongan harga atau oleh faktor acak.

Ilmu ekonomi juga dapat menunjukkan jenis bukti seperti apa yang mengindikasikan bahwa suatu pasar telah berhasil dikartelisasi (*cartelized*) secara efektif, berbeda dari sekadar kemungkinan untuk dikartelisasi:

1. Contoh pertama adalah diskriminasi harga di seluruh pasar (mengapa ini merupakan kualifikasi yang penting?)—suatu metode, sebagaimana telah dibahas sebelumnya, dalam mengeksploitasi kekuatan monopoli.
2. Contoh lain, sebagaimana ditunjukkan oleh kartel *OPEC*, adalah penurunan pangsa pasar dari perusahaan-perusahaan terbesar dalam jangka waktu tertentu, yang dapat mengindikasikan bahwa mereka telah menetapkan harga monopoli sehingga menarik masuk pelaku usaha baru yang merebut pangsa pasar dengan menawarkan harga yang lebih rendah.
3. Jenis bukti ketiga adalah adanya praktik pemeliharaan harga jual kembali (*resale price maintenance*) secara luas dalam suatu industri, yang—kecuali dapat dibenarkan atas dasar tertentu yang akan dibahas kemudian—kemungkinan diterapkan untuk mencegah kecurangan dalam bentuk pemberian markup yang lebih rendah kepada para pengecer.
4. Jenis bukti lainnya adalah stabilitas pangsa pasar antar pelaku usaha yang terlalu tinggi untuk dapat dijelaskan oleh aktivitas persaingan normal.
5. Bukti berikutnya adalah adanya variasi harga antar wilayah yang tidak dapat dijelaskan oleh perbedaan biaya atau permintaan antar wilayah tersebut.
6. Bukti lain adalah kenaikan harga yang disertai dengan penurunan output, yang tidak dapat dijelaskan oleh hipotesis lain selain adanya praktik kartelisasi.
7. Bukti tambahan lainnya adalah elastisitas permintaan yang (relatif) tinggi pada tingkat harga pasar saat ini, yang disertai dengan tidak adanya substitusi produk yang memadai (yakni substitusi yang

sebanding dalam hal biaya dan nilai), yang mengindikasikan bahwa elastisitas tinggi tersebut merupakan akibat dari penetapan harga monopoli; hal ini akan dibahas lebih lanjut.

8. Bukti berikutnya adalah lonjakan laba secara tiba-tiba dan tidak dapat dijelaskan dalam suatu pasar, yang diikuti oleh penurunan secara bertahap (mengapa hal ini relevan?). Dugaan adanya monopolisasi akan semakin diperkuat apabila lonjakan laba awal lebih besar pada perusahaan kecil dibandingkan perusahaan besar, karena diasumsikan hanya perusahaan besar yang bergabung dalam kartel (mengapa?).
9. Terakhir, terkadang dimungkinkan untuk menyimpulkan adanya penetapan harga kartel dari korelasi negatif antara jumlah perusahaan dalam pasar dan tingkat harga di pasar tersebut. Teori persaingan menyatakan bahwa harga ditentukan semata-mata oleh biaya; jumlah perusahaan seharusnya tidak relevan. Namun, apabila harga berfungsi sebagai variabel negatif dari jumlah perusahaan—yakni harga naik ketika jumlah perusahaan menurun dan sebaliknya—hal ini mengindikasikan adanya kolusi, karena kolusi menjadi lebih efektif (dan menghasilkan harga yang lebih tinggi) jika jumlah perusahaan dalam pasar lebih sedikit.

Pengadilan tidak selalu memiliki pemahaman yang jelas mengenai tujuan ekonomi dari kebijakan persaingan usaha; pendekatan mereka tampak kurang mantap dibandingkan dengan bidang-bidang hukum *common law* lainnya (dapatkah Anda memikirkan alasannya?). Terkadang, pengadilan tampaknya beranggapan bahwa persaingan berarti sekadar rivalitas; sementara bagi seorang ekonom, persaingan berarti alokasi sumber daya yang terjadi apabila harga tidak mengalami distorsi akibat praktik monopoli.

Dalam kesempatan lain (sebagaimana akan dijelaskan kemudian dalam pembahasan tentang *resale price maintenance*), pengadilan tampak beranggapan bahwa persaingan harga lebih penting daripada persaingan non-harga. Bahkan, kadang-kadang pengadilan menganggap bahwa segala bentuk intervensi terhadap harga merupakan hal yang buruk, sehingga terjadi kekeliruan antara tingkat harga (*price levels*) dengan penyebaran harga (*price dispersions*).

Misalnya, dalam suatu pasar yang terdiri atas banyak penjual, banyak pembeli, dan produk yang homogen, produk tersebut kadang-kadang dijual dengan harga yang berbeda pada hari yang sama karena para pelaku pasar

tidak memiliki informasi yang lengkap mengenai seluruh penawaran jual dan beli. Apabila biaya untuk memperoleh informasi tersebut dapat dikurangi melalui suatu kesepakatan di antara para penjual untuk mengonsolidasikan (menggabungkan) penawaran—seperti yang dilakukan oleh bursa resmi, baik bursa saham maupun bursa komoditas—sehingga tercipta harga pasar yang lebih seragam, maka efisiensi akan meningkat (mengapa demikian?). Penyebaran harga memang akan berkurang, namun tingkat harga tidak akan meningkat; harga tidak akan mengalami distorsi akibat monopoli. Meskipun demikian, jenis kesepakatan semacam ini terkadang tetap dianggap melanggar ketentuan *antitrust* (hukum persaingan usaha).

Pengadilan seringkali salah dalam menilai bukti-bukti ekonomi dalam perkara *antitrust*. Sebagai contoh, dalam perkara monopoli U.S. *Steel*, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan untuk memenangkan tergugat dan terkesan pada kenyataan bahwa pangsa pasar U.S. *Steel* mengalami penurunan secara konsisten setelah terjadi penggabungan beberapa produsen baja menjadi satu korporasi (serta tidak adanya keluhan dari para pesaing atas taktik persaingan yang dilakukan oleh U.S. *Steel*). Pengadilan gagal mengenali perilaku monopoli yang terjadi. Penetapan harga monopoli menciptakan insentif bagi pelaku usaha baru untuk masuk ke pasar. Dalam kondisi demikian, seorang monopolis memiliki tiga pilihan: (i) menghentikan penetapan harga monopoli untuk mencegah masuknya pelaku usaha baru; (ii) tidak melakukan apa pun; atau (iii) mengurangi volume produksinya guna menyeimbangkan dampak harga dari tambahan *output* yang dihasilkan pelaku usaha baru.

Pilihan pertama sepenuhnya menggagalkan tujuan monopoli. Dalam pilihan kedua dan ketiga, monopolis tetap dapat memperoleh keuntungan monopoli, setidaknya untuk sementara waktu. Oleh karena itu, secara rasional, seorang monopolis akan memilih salah satu dari dua opsi terakhir. Keduanya akan menghasilkan penurunan pangsa pasar. (Mana yang lebih menguntungkan dari sudut pandang monopolis? Bandingkan dengan Bab 9.2 sebelumnya.)

Dalam perkara *American Tobacco* yang kedua, Mahkamah Agung menyimpulkan bahwa para produsen rokok utama telah bersekongkol untuk menghilangkan persaingan. Hal ini disimpulkan dari fakta bahwa para produsen menaikkan harga selama masa Depresi 1930-an, padahal pada periode tersebut terjadi penurunan biaya produksi sekaligus penurunan

permintaan. Namun, sebagaimana telah dijelaskan dalam bab sebelumnya, seorang monopolis (atau kartel) yang bertujuan memaksimalkan keuntungan justru akan menurunkan harga ketika biaya menurun, dan akan menurunkan harga atau mempertahankannya tetap apabila permintaan menurun—tergantung apakah biaya marjinal naik atau tetap terhadap *output*.

Seorang monopolis hanya akan menaikkan harga apabila biaya marjinal menurun terhadap *output* dalam rentang yang relevan—dan jika itu yang terjadi dalam kasus industri rokok, maka hal tersebut akan menyiratkan bahwa industri rokok merupakan monopoli alami (*natural monopoly*), yang sangat tidak masuk akal (sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut dalam Bab 12).

Kemungkinan lainnya adalah bahwa kartel rokok baru terbentuk pada masa Depresi, namun tidak terdapat bukti yang mendukung hal tersebut. Kemungkinan lain adalah bahwa permintaan, selain menurun, juga menjadi kurang elastis. Hal ini akan mendorong monopolis untuk menaikkan harga, dan efek ini mungkin lebih dominan daripada dorongan untuk menurunkan harga akibat menurunnya permintaan. Akan tetapi, secara umum, permintaan justru cenderung menjadi lebih elastis selama masa depresi ekonomi, karena masyarakat cenderung berbelanja dengan lebih cermat. Dugaan ini diperkuat dengan bukti bahwa merek rokok minor berhasil merebut pangsa pasar ketika perusahaan-perusahaan rokok besar menaikkan harga jualnya.¹⁸¹

B. Perjanjian Horizontal di Wilayah Abu-abu (*Borderline Horizontal Agreements*) — Perjanjian Paten dan Lisensi Kolektif BMI-ASCAP

Perjanjian paten antara perusahaan-perusahaan yang bersaing menimbulkan persoalan yang membingungkan. Perjanjian semacam ini tidak dapat secara otomatis dikutuk maupun disetujui begitu saja. Mari kita mulai dari poin pertama. Apabila dua perusahaan memiliki paten yang saling *blocking*, yakni bahwa tidak satu pun dari kedua paten tersebut dapat digunakan untuk menghasilkan produk atau proses yang bernilai komersial tanpa melanggar paten lainnya, maka kedua perusahaan harus diperbolehkan untuk menggabungkan atau saling memberikan lisensi atas paten-paten tersebut.

¹⁸¹ Lihat George J. Stigler, Dampak Ekonomi dari Hukum Antimonopoli, dalam *The Organisation of Industry* 259 (1968).

Demikian pula, apabila suatu perusahaan mengembangkan suatu paten yang penggunaannya secara efisien mengharuskan pemberian lisensi kepada perusahaan pesaing (mengapa hal ini dapat terjadi?), maka perusahaan tersebut tidak seharusnya dilarang untuk melisensikannya. Secara teoritis, perusahaan pemilik paten dapat menetapkan tarif royalti yang cukup untuk melindunginya dari ancaman persaingan dari perusahaan penerima lisensi (jika perusahaan pemegang paten juga memproduksi produk yang dipatenkan dan bukan hanya bertindak sebagai pemegang hak paten). Namun, dalam praktik, mungkin diperlukan penetapan harga minimum atas produk yang dipatenkan; dan hal ini sepatutnya diperbolehkan pula.

Misalkan biaya marjinal bagi A, sebagai pemilik paten, untuk memproduksi *widget* yang dipatenkan adalah konstan sebesar \$1 untuk produksi sebanyak 100.000 unit. A memperkirakan bahwa B dapat memproduksi tambahan 10.000 unit *widget* dengan biaya konstan sebesar \$0,95 per unit, dan bahwa biaya B akan menjadi sangat tinggi jika produksi melebihi angka tersebut. A juga memperkirakan bahwa pada tingkat produksi 110.000 unit, harga pasar *widget* akan menjadi \$1,10. Oleh karena itu, A menetapkan royalti sebesar \$0,15 per unit kepada B, agar B mengalami kerugian apabila menjual *widget* dengan harga di bawah \$1,10.

Namun, bayangkan ternyata B mampu memproduksi 20.000 *widget* dengan biaya hanya \$0,85 per unit. Jika B melakukannya (sementara A tetap memproduksi 100.000 unit), maka total *output* menjadi 120.000 unit dan harga pasar turun menjadi \$1,01. B tetap akan memperoleh keuntungan sebesar \$0,01 per unit setelah membayar royalti kepada A. Akan tetapi, A hanya memperoleh keuntungan \$4.000 (yakni \$0,01 dari 100.000 unit produksinya sendiri ditambah \$0,15 dari 20.000 unit yang diproduksi B), padahal sebelumnya A memperkirakan akan memperoleh \$11.500.

Memang benar bahwa jika A menurunkan produksinya menjadi 90.000 unit untuk mempertahankan harga pasar di \$1,10, maka pendapatan totalnya dari paten akan menjadi \$12.000 — bahkan lebih besar daripada ekspektasi awalnya. Ini menunjukkan bahwa selalu lebih menguntungkan melisensikan produksi kepada produsen yang lebih efisien daripada memproduksi sendiri. Namun, A mungkin tidak menyadari bahwa B memproduksi lebih banyak dari yang diharapkan sampai harga mulai turun. Selain itu, A mungkin telah mengeluarkan biaya tetap berdasarkan ekspektasi produksi 100.000 unit, yang tidak dapat dihindari apabila kemudian produksi dikurangi. Dalam

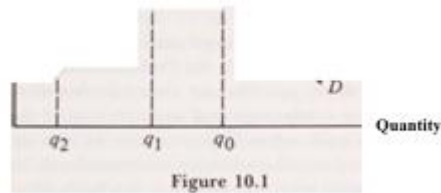
menghadapi ketidakpastian seperti ini, jika A dilarang menetapkan harga minimum (misalnya \$1,10) bagi produk B, maka A mungkin akan memutuskan untuk tidak melisensikan patennya dan memilih memproduksi seluruh *widget* sendiri, meskipun secara efisien seharusnya B tetap diberikan porsi produksi.

Meskipun beberapa paten tidak dapat dikembangkan tanpa kerja sama antara para pesaing, dalam kasus paten yang “lemah” atau *thin* (yakni paten yang kemungkinan besar akan dinyatakan tidak sah apabila diuji di pengadilan), pemberian lisensi dapat menjadi peluang emas bagi perusahaan-perusahaan untuk berkolusi dengan kedok lisensi paten yang sah. Dahulu, *General Electric* (GE) pernah melisensikan Westinghouse untuk memproduksi bola lampu di bawah paten milik GE, dengan harga minimum yang ditetapkan dalam perjanjian lisensi. Indikasi bahwa paten GE mungkin tidak sah adalah bahwa GE hanya menetapkan tarif royalti sebesar 2 persen — namun meningkat menjadi 15 persen apabila pangsa pasar Westinghouse atas bola lampu melebihi 15 persen. Dengan demikian, Westinghouse memiliki disinsentif untuk memperluas pangsa pasarnya dan bersaing dengan GE; apabila ia puas dengan pangsa pasar kecil, maka hanya perlu membayar royalti kecil dan tetap menikmati keuntungan monopoli akibat struktur harga yang tidak kompetitif. Meskipun demikian, Mahkamah Agung tetap mengesahkan pengaturan tersebut.¹⁸²

Kasus paten terkenal lainnya yang mungkin juga mengecoh Mahkamah Agung adalah perkara *cracking*, yang juga dimenangkan oleh para tergugat.¹⁸³ Beberapa produsen bensin memegang paten atas proses produksi bensin melalui metode *cracking* yang murah. Mereka menggabungkan paten-paten tersebut (meskipun bukan merupakan paten *blocking*), sehingga menghilangkan persaingan di antara mereka sendiri. Mahkamah Agung, melalui pendapat yang ditulis oleh Hakim *Brandeis* yang biasanya cermat, menganggap hal tersebut bukan masalah karena hanya 26 persen dari bensin yang dijual berasal dari metode *cracking*, dan bensin dari metode lainnya secara fisik tidak dapat dibedakan — sehingga menjadi substitusi sempurna.

¹⁸² Amerika Serikat v. General Electric Co., 272 US 476 (1926).

¹⁸³ Standard Oil Co. (Indiana) v. Amerika Serikat, 283 US 163 (1931).



Namun, Gambar 10.1 menunjukkan bahwa analisis ini belum lengkap. MC menunjukkan biaya marjinal produksi bensin melalui metode lama yang sebagian tergantikan oleh metode *cracking*, dan MC_1 adalah biaya marjinal apabila pemegang paten *cracking* bersaing dalam memberikan lisensi penggunaannya kepada para penyuling. Dalam kondisi persaingan, metode *cracking* adalah metode yang lebih murah hingga kuantitas q_1 ; selebihnya akan dipenuhi oleh metode konvensional (yakni $q_0 - q_1$). Namun, jika para pemegang paten berkolusi, mereka akan menetapkan harga lisensi lebih tinggi, menaikkan biaya marjinal metode *cracking* menjadi MC_2 . Akibatnya, bensin yang diproduksi melalui metode *cracking* menjadi lebih sedikit. Harga bensin memang tidak berubah karena metode konvensional tetap tersedia dengan biaya dan harga konstan. Namun, biaya total produksi bensin meningkat — selisih antara luas area di bawah kurva MC dan MC_1 antara q_2 dan q_1 . Selisih inilah yang menjadi *social cost* dari kolusi di antara para pemegang paten.

Dari pembahasan ini, jangan disimpulkan bahwa semua bentuk kerja sama antar-pesaing bersifat monopolistik. Sebagaimana telah dijelaskan, penggabungan paten *blocking* jelas bukan termasuk kolusi monopoli. Namun demikian, setiap bentuk kerja sama antar-pesaing menyimpan potensi timbulnya praktik monopoli; kelompok tersebut dapat saja menetapkan harga monopoli. Maka, terdapat *trade-off* antara efisiensi dan risiko monopoli.

Contoh lainnya adalah metode yang digunakan oleh organisasi hak pertunjukan musik seperti ASCAP dan BMI dalam memasarkan hak cipta untuk pertunjukan komposisi musik. Para pencipta lagu (atau pemegang hak cipta lainnya) memberikan lisensi kepada organisasi untuk memasarkan karya mereka. Organisasi kemudian memberikan lisensi kolektif (*blanket license*) kepada stasiun radio atau pelaku usaha lainnya. Lisensi ini memungkinkan pengguna memainkan lagu mana pun dalam repertoar organisasi tersebut (yang berjumlah ribuan lagu) tanpa pembayaran tambahan; satu-satunya biaya adalah biaya lisensi kolektif, yaitu persentase dari pendapatan pengguna lisensi, terlepas dari seberapa banyak lisensi tersebut digunakan.

Setiap organisasi hak pertunjukan ini pada dasarnya merupakan agen penjualan eksklusif bagi para pencipta lagu dalam kelompoknya⁴ dan mengeliminasi persaingan harga antar mereka, seperti layaknya kartel. Maka, bisa jadi para pencipta lagu memperoleh pendapatan lebih tinggi dibandingkan jika mereka bersaing satu sama lain (lihat catatan kaki 4). Namun di sisi lain, biaya bagi stasiun radio dan pengguna lainnya untuk berurusan langsung dengan tiap pencipta lagu secara individual akan sangat tinggi, sehingga struktur "kartel" melalui lisensi kolektif kemungkinan besar menghasilkan biaya yang lebih rendah dibandingkan harga pasar dalam kondisi "persaingan sempurna." (Ini merupakan ilustrasi yang baik dari kesalahan dalam menyamakan persaingan dalam arti alokasi sumber daya yang efisien dengan persaingan dalam arti rivalitas.)

Lebih lanjut, lisensi kolektif merupakan mekanisme yang cerdas dalam meminimalkan dampak pengurangan *output* akibat monopoli, karena setiap pengguna lisensi dapat memutar sebanyak mungkin lagu tanpa dikenai biaya tambahan. Dengan demikian, tidak ada insentif untuk mengurangi penggunaan musik — berbeda dengan pelanggan monopoli konvensional yang dibatasi oleh harga.⁵ Meski demikian, mekanisme ini tidaklah sempurna. Biaya lisensi kolektif mungkin akan mendorong sebagian stasiun radio untuk berhenti memutar musik — bahkan mengurangi jumlah stasiun radio yang beroperasi. Maka, jika biaya lisensi tersebut mengandung *monopoly rent* bagi pencipta lagu, hal tersebut tetap akan menimbulkan efek substitusi yang identik dengan monopoli.

Sampai sejauh mana gagasan mengenai kartel yang efisien ini dapat diterima? Misalnya, andaikan beberapa perusahaan pesaing membentuk agen penjualan eksklusif dengan alasan bahwa hal ini akan:

- (1) mengurangi biaya pencarian pembeli,
- (2) meningkatkan insentif terhadap inovasi, dan
- (3) mengurangi biaya sosial dari kebangkrutan. Apakah argumen-argumen ini tidak masuk akal? Jika tidak, bagaimana cara menyeimbangkannya terhadap biaya sosial dari pembentukan kartel?

C. Pemeliharaan Harga Eceran (*Resale Price Maintenance*)

Produsen, sejauh diizinkan oleh hukum, sering kali menetapkan harga eceran minimum di bawah mana para pengecer tidak diperbolehkan menjual

produknya. Dalam perkara *Dr. Miles*, Mahkamah Agung menyatakan bahwa karena akibat dari penetapan harga tersebut sama dengan apabila para pengecer bersekongkol untuk menetapkan harga—yang merupakan praktik penetapan harga yang melanggar hukum (*price fixing*)—maka praktik *resale price maintenance* juga dianggap melanggar hukum secara *per se*.¹ Alasan hukum tersebut mengabaikan kemungkinan bahwa *resale price maintenance* dapat menimbulkan efek tambahan yang tidak terdapat dalam kasus kartel pengecer, yaitu: penyediaan tingkat layanan pra-penjualan yang optimal atas produk produsen.

Misalnya, terdapat suatu bentuk layanan pra-penjualan yang bernilai bagi konsumen, paling efisien apabila disediakan oleh pengecer (bukan oleh produsen), dan tidak memungkinkan untuk dikenakan harga terpisah dari produk produsen; sebagai contoh, ruang pameran yang lengkap dan dilayani oleh tenaga penjual yang sopan serta berseragam.² Pengecer yang secara sukarela menyediakan layanan ini dapat dikalahkan oleh pengecer pesaing yang tidak menyediakan layanan serupa. Pengecer kedua dapat mengambil keuntungan tanpa biaya atas upaya pengecer pertama—dengan menyarankan calon pelanggan untuk terlebih dahulu mengunjungi pengecer pertama, lalu kembali kepadanya untuk memperoleh harga yang lebih murah, yang dimungkinkan karena ia tidak menanggung biaya layanan pra-penjualan yang disediakan oleh pengecer pertama.

Hal ini merupakan contoh nyata dari *external benefits* (manfaat eksternal). Dengan menyediakan layanan kepada konsumen secara cuma-cuma, pengecer pertama memberikan manfaat kepada pengecer pesaing atas merek produsen yang sama. Seorang *free rider* (penumpang gelap) pada dasarnya adalah penerima manfaat eksternal, dan menghapus *free riding* berarti menginternalisasi manfaat eksternal, yang secara *prima facie* efisien. Sebagaimana telah dijelaskan dalam Bab 3, salah satu fungsi utama dari pembentukan hak milik adalah untuk menginternalisasi manfaat eksternal tersebut.

Seorang produsen dapat mencegah *free riding* atas pengecer yang menyediakan layanan pra-penjualan dengan menetapkan harga eceran minimum pada tingkat yang menghasilkan pendapatan yang cukup di atas biaya distribusi dasar, sehingga memungkinkan pengecer menyediakan layanan pada tingkat yang diinginkan oleh produsen. Ketika dilarang untuk bersaing dalam harga namun tetap diperbolehkan bersaing dalam layanan,

masing-masing pengecer akan berinvestasi dalam layanan pra-penjualan untuk menarik konsumen dari pengecer pesaing. Persaingan ini akan berlanjut hingga layanan pra-penjualan mencapai tingkat yang diinginkan oleh produsen, dan keuntungan monopoli yang semestinya diperoleh para pengecer apabila menjual dengan harga tetap tanpa memberikan layanan, akan sepenuhnya terkikis. Ini merupakan contoh tambahan dari kecenderungan yang telah dibahas dalam bab sebelumnya, yaitu bahwa potensi keuntungan monopoli cenderung diubah melalui bentuk persaingan non-harga menjadi biaya (dalam hal ini, biaya layanan pra-penjualan).³

Meskipun sulit dipahami mengapa hukum perlu melarang suatu praktik yang justru dapat mengatasi persoalan *free rider* di antara pelaku usaha yang sah, tidaklah mudah untuk menunjukkan bahwa *resale price maintenance* benar-benar meningkatkan kesejahteraan ekonomi. Hal ini dapat dilihat dalam Gambar 10.2, di mana $MC = p$ adalah biaya distribusi eceran dasar dan oleh karena itu merupakan harga eceran ketika tidak ada layanan pra-penjualan yang diberikan; p' adalah harga eceran minimum yang ditetapkan oleh produsen; dan MC' adalah biaya distribusi baru yang mencakup layanan pra-penjualan yang didorong oleh penetapan p' . Kurva permintaan D' mencerminkan permintaan baru yang lebih tinggi sebagai akibat dari penyediaan layanan tersebut.

Produsen berada dalam posisi yang lebih menguntungkan karena ia menjual dalam jumlah yang lebih besar dengan harga yang sama. (Harga yang ia tetapkan kepada pengecer tidak, atau setidaknya tidak harus, terpengaruh oleh kebijakan penetapan harga eceran kembali ini). Beberapa konsumen juga berada dalam posisi yang lebih baik—yakni, secara definisional, semua konsumen yang membeli produk untuk pertama kalinya karena adanya layanan yang disediakan bersama produk tersebut. Namun, terdapat pula konsumen yang berada dalam posisi lebih buruk—yakni mereka yang membayar harga yang lebih tinggi daripada sebelumnya, tetapi tidak memperoleh manfaat yang sebanding dari layanan tambahan tersebut.

Manfaat dan biaya dibandingkan dalam area yang diarsir pada Gambar 10.2. Area berarsir di antara kurva permintaan menunjukkan manfaat dari *resale price maintenance*; sedangkan area berarsir di antara kurva biaya marjinal mencerminkan biayanya. Meskipun manfaatnya melebihi biayanya dalam gambar tersebut, gambar tersebut dapat dengan mudah diubah sehingga biayanya melebihi manfaatnya, bahkan jika tetap menunjukkan adanya

permintaan yang lebih tinggi pada harga yang lebih tinggi (mengapa hal ini merupakan fitur yang esensial?). Alasannya adalah bahwa manfaat yang diperoleh konsumen dari produsen karena produk dijual pada harga yang lebih rendah dari harga maksimum yang dapat dikenakan dalam sistem diskriminasi harga yang sempurna—dengan kata lain, surplus konsumen—tidak memengaruhi keputusan produsen, karena secara definisional produsen bukanlah penerima manfaat tersebut. Manfaat ini merupakan manfaat eksternal, sehingga produsen dapat mengambil tindakan yang mengurangnya selama tindakan tersebut meningkatkan keuntungan.

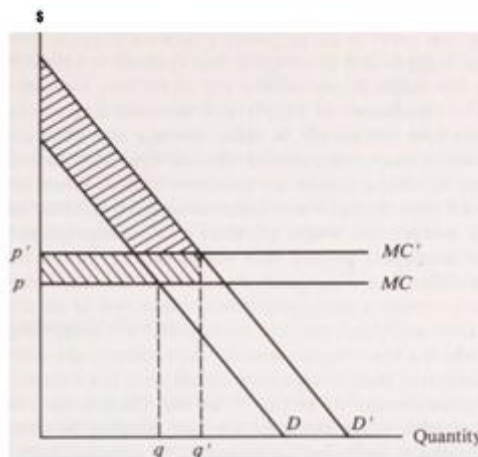


Figure 10.2

Apakah hukum persaingan usaha (*antitrust law*) perlu mengkhawatirkan hal ini? Dapatkah Anda melihat bahwa, jika memang demikian, hal itu berarti suatu perusahaan harus mendapatkan izin dari pemerintah sebelum meningkatkan kualitas produknya?

Dampak dari *resale price maintenance* yang meningkatkan harga namun juga meningkatkan kualitas (di mana kualitas mencakup layanan pra-penjualan yang disediakan bersama produk) kadang-kadang dijelaskan sebagai bentuk pertukaran antara persaingan harga dan persaingan non-harga, yang merupakan deskripsi yang akurat; atau sebagai pertukaran antara persaingan dalam merek (*intradbrand competition*) dan antar-merek (*interbrand competition*), yang keliru. *Resale price maintenance* memang membatasi persaingan harga di antara para pengecer dari merek yang harga ecerannya telah ditetapkan oleh produsen—yaitu persaingan harga *intradbrand*—dan dengan demikian mendorong persaingan antar-merek (*interbrand competition*) dengan membuat merek produsen tersebut menjadi

lebih menarik dibandingkan merek lain. (Peningkatan daya tarik ini tercermin dalam jarak antara q dan q' —dapatkah Anda melihat alasannya?)

Namun, persaingan *intrabrand* tidaklah berkurang; ia hanya berubah dari persaingan harga *intrabrand* menjadi persaingan layanan *intrabrand*. *Resale price maintenance* tidak akan berhasil bagi seorang produsen kecuali jika kebijakan tersebut mendorong para pengecernya untuk tetap bersaing secara aktif satu sama lain—meskipun dalam bentuk penyediaan layanan, bukan pemotongan harga.

D. Merger Menuju Monopoli dan Oligopoli

Fakta bahwa suatu undang-undang yang hanya menghukum praktik kartel dapat dihindari melalui konsolidasi para anggota kartel menjadi satu entitas perusahaan memberikan justifikasi ekonomi atas penolakan mayoritas Mahkamah Agung dalam perkara *Northern Securities* terhadap posisi *Justice Holmes*, yang menyatakan bahwa Undang-Undang *Sherman* tidak berlaku untuk penggabungan (*merger*).¹ Namun, *Holmes* memiliki alasan yang patut untuk merasa khawatir terhadap implikasi hukum yang mencakup tidak hanya kartel tetapi juga merger. Kondisi penawaran dan permintaan dalam suatu pasar dapat sedemikian rupa sehingga satu perusahaan mampu memenuhi seluruh permintaan pasar dengan biaya rata-rata yang lebih rendah dibandingkan jika terdapat dua atau lebih perusahaan yang memproduksi barang yang sama. Atau, dapat pula terjadi bahwa suatu perusahaan memiliki keunggulan manajerial yang sedemikian rupa sehingga aset-aset dari perusahaan lain akan memiliki nilai lebih tinggi bila berada di bawah pengelolaannya. Kedua situasi ini dapat menghasilkan monopoli melalui merger yang justru menghasilkan efisiensi biaya lebih besar dibandingkan kerugian sosial akibat praktik penetapan harga monopoli.

Sayangnya, sangat sulit untuk membedakan secara tepat situasi seperti ini dari kasus merger yang bertujuan menciptakan monopoli tanpa menghasilkan penghematan biaya yang signifikan.

Meskipun dari segi analitis monopoli memiliki daya tarik tersendiri, dalam praktiknya monopoli jarang terjadi. Sebaliknya, pasar oligopoli — yaitu pasar di mana hanya beberapa perusahaan mendominasi sebagian besar penjualan — sangat umum dijumpai, dan signifikansi kompetitif dari struktur pasar ini masih menjadi perdebatan di kalangan para ekonom. Amandemen

tahun 1950 terhadap Pasal 7 Undang-Undang *Clayton*, yang telah ditafsirkan secara ketat untuk membatasi merger antar perusahaan pesaing, kerap dibela sebagai upaya mencegah terbentuknya pasar oligopoli.

Meskipun jumlah perusahaan dalam suatu pasar memang relevan dalam konteks risiko terbentuknya kartel — karena semakin sedikit jumlah perusahaan, semakin rendah pula biaya koordinasi antar mereka — terdapat banyak faktor lain yang juga menentukan kecenderungan perusahaan untuk melakukan kolusi. Oleh karena itu, kecil kemungkinan bahwa argumen mengenai jumlah pelaku usaha saja cukup untuk membenarkan undang-undang anti-merger yang bersifat sangat ketat.

Sebaliknya, terdapat pandangan luas di kalangan ekonom bahwa struktur pasar oligopoli cenderung mengarah pada harga yang melebihi tingkat harga kompetitif, bahkan jika keputusan harga masing-masing perusahaan dilakukan secara independen. Argumennya adalah sebagai berikut: setiap perusahaan akan enggan menurunkan harga karena mengetahui bahwa penurunan harga tersebut akan berdampak langsung dan signifikan terhadap pangsa pasar pesaingnya, sehingga pesaing akan segera menyesuaikan harga mereka dan keuntungan awal perusahaan yang pertama kali menurunkan harga akan hilang. Di sisi lain, bila sebuah perusahaan menaikkan harga, para pesaingnya akan ikut menaikkan harga karena mengetahui bahwa semua pelaku akan memperoleh keuntungan lebih tinggi pada harga yang lebih tinggi.

Namun, teori tentang ketergantungan timbal balik ini memiliki sejumlah permasalahan — bahkan bisa dibilang tidak diperlukan (*otiose*). Teori ini tidak menjelaskan bagaimana para pelaku oligopoli dapat menetapkan harga awal yang lebih tinggi daripada harga kompetitif. Bila, sebagaimana diasumsikan dalam teori ini, para pelaku oligopoli sangat berhati-hati terhadap reaksi pesaing terhadap setiap perubahan harga, maka perusahaan yang mempertimbangkan untuk menaikkan harga seharusnya khawatir bahwa pesaingnya akan menunda dalam mengikuti kenaikan harga tersebut, karena dengan menunda mereka dapat memperoleh peningkatan volume penjualan dengan mencaplok pangsa pasar perusahaan pertama.

Permasalahan lain adalah bahwa strategi harga optimal bagi sebuah perusahaan yang mempertimbangkan reaksi pesaingnya menjadi tidak tentu (*indeterminate*). Perusahaan tersebut harus memperkirakan tidak hanya bagaimana pesaing akan bereaksi terhadap perubahan harga tertentu, tetapi

juga bagaimana pesaing akan bereaksi terhadap reaksinya terhadap reaksi pesaing, dan seterusnya secara tak terbatas.

Pendekatan alternatif adalah memandang praktik penetapan harga antikompetitif dalam pasar oligopoli sebagai bentuk khusus dari kolusi, di mana jumlah pelaku yang sedikit meminimalkan kebutuhan untuk komunikasi eksplisit. Dengan pendekatan ini, teori oligopoli menjadi bagian dari teori kartel, meskipun terdapat keraguan yang besar mengenai kemampuan hukum untuk mencegah kolusi yang begitu tersirat sehingga tidak diperlukan kontak sama sekali antara perusahaan-perusahaan yang berkolusi. Akan tetapi, hukum mungkin masih dapat mencegah munculnya struktur pasar oligopoli dengan melarang merger horizontal berskala besar.

E. Kekuatan Monopoli

Sejauh ini, kekuatan monopoli telah diperlakukan seolah-olah tidak menimbulkan persoalan. Jika hanya terdapat satu perusahaan dalam pasar, maka perusahaan tersebut memiliki kekuatan monopoli; jika beberapa perusahaan dalam pasar bertindak secara kolektif melalui kolusi, maka mereka secara bersama-sama memiliki kekuatan monopoli. Namun, dalam praktiknya sering kali tidak jelas apakah suatu perusahaan (atau sekelompok perusahaan yang mungkin menetapkan harga secara seragam) memiliki kekuatan monopoli, sehingga hukum persaingan usaha (*antitrust law*) menjadi penting dalam menentukan keberadaan kekuatan tersebut.

Misalnya, dua perusahaan yang bersaing melakukan penggabungan usaha (*merger*). Penggabungan tersebut kemungkinan besar akan dianggap melanggar hukum apabila perusahaan hasil penggabungan memiliki kekuatan monopoli, atau jika sekelompok perusahaan dominan, termasuk perusahaan hasil merger tersebut, secara bersama-sama memiliki kekuatan monopoli (oligopoli). Namun, penggabungan tersebut mungkin tidak dianggap ilegal jika tidak terjadi kondisi tersebut. Maka timbul pertanyaan: bagaimana menentukan apakah suatu perusahaan akan memiliki kekuatan monopoli? Dan apakah konsep "tingkatan kekuatan monopoli" merupakan sesuatu yang bermakna?

Ingat bahwa seorang monopolis menjual barang pada titik perpotongan antara pendapatan marjinal (*marginal revenue*/MR) dan biaya marjinal (*marginal cost*/MC). Misalkan MC bersifat konstan dalam rentang output

yang relevan dan dilambangkan dengan MC. Kita harus menentukan nilai MR. MR berkaitan dengan harga (P), tetapi selalu lebih kecil dari harga apabila penjual menghadapi kurva permintaan yang menurun. Dalam pasar persaingan sempurna, di mana perusahaan dapat menjual semua produksinya pada harga pasar tanpa memengaruhi harga tersebut, maka $P = MR$; setiap unit tambahan yang terjual menambah pendapatan sebesar harga unit tersebut. Namun, apabila kurva permintaan bersifat menurun, maka penjualan satu unit tambahan akan menghasilkan pendapatan tambahan yang lebih rendah daripada P karena penambahan output akan menyebabkan harga turun.

Seberapa besar penurunan harga ini bergantung pada elastisitas harga permintaan. Misalkan elastisitasnya sebesar 3 (sebenarnya -3 , tetapi tanda negatif dapat diabaikan). Ini berarti bahwa peningkatan *output* sebesar 1% akan menurunkan harga sebesar sepertiga dari 1%, sehingga pendapatan total akan meningkat sebesar dua pertiga dari 1%. Secara umum, pendapatan marjinal dapat dihitung dengan rumus: $MR = P(1 - 1/e)$, di mana e adalah elastisitas harga permintaan. Karena $MR = MC$, dan harga dalam pasar persaingan sempurna sama dengan MC, maka dengan sedikit penyesuaian, rasio harga monopoli terhadap harga kompetitif (P/MC) dapat ditulis sebagai: $P/MC = e / (e - 1)$. Semakin besar elastisitas permintaan, semakin kecil rasio harga monopoli terhadap harga kompetitif, dan semakin kecil kekuatan monopoli yang dimiliki perusahaan. (Mengapa e harus lebih besar dari 1?) Jika e tak terhingga — artinya perusahaan menghadapi kurva permintaan yang benar-benar datar (mengapa hal ini menyebabkan e menjadi tak terhingga?) — maka $P = MC$, dan perusahaan tidak memiliki kekuatan monopoli. Jika, seperti dalam contoh, $e = 3$, maka harga monopoli akan 50% lebih tinggi dari harga kompetitif; jika $e = 2$, maka harga monopoli akan dua kali lipat harga kompetitif. Rumus ini menunjukkan bahwa kekuatan monopoli:

- (1) bersifat variabel, bukan konstan, dan
- (2) sepenuhnya bergantung pada elastisitas permintaan yang dihadapi perusahaan pada tingkat harga yang memaksimalkan laba.

Rumus lain memungkinkan kita menurunkan elastisitas permintaan yang dihadapi perusahaan (e^f) dari elastisitas permintaan pasar (e^m), elastisitas penawaran perusahaan-perusahaan lain dalam pasar (e^s), dan pangsa pasar perusahaan tersebut (S), dengan rumus:

$$e^f = e^m/S + e^s(1 - S)/S.$$

Jika perusahaan menguasai 100% pasar, maka elastisitas permintaan yang dihadapinya sama dengan elastisitas permintaan pasar. Namun, semakin kecil pangsa pasar suatu perusahaan, maka semakin tinggi elastisitas permintaan yang dihadapinya dibandingkan elastisitas permintaan pasar.

Hasil ini sepenuhnya sejalan dengan logika. Mungkin tidak terdapat substitusi yang baik untuk produk "*widget*", sehingga harga produk harus naik cukup besar sebelum konsumen beralih ke produk lain. Maka e^m mungkin hanya sebesar 2, yang berarti penurunan output seluruh pasar sebesar 2% akan menaikkan harga hanya sebesar 1%. Namun, produsen yang hanya menguasai 10% pasar tidak dapat menaikkan harga sebesar 1% dengan hanya menurunkan *output*-nya sebesar 2%; ia harus menurunkan output seluruh pasar sebesar 2%, yang berarti ia harus menurunkan output sendiri sebesar 20%. Maka, e^f akan menjadi 20, meskipun pesaing tidak meningkatkan output mereka sebagai respons terhadap penurunan output tersebut.¹⁸⁴

Namun, tentu saja, mereka mungkin akan merespons, tergantung pada elastisitas penawaran (yakni, seberapa besar kuantitas penawaran berubah akibat kenaikan harga). Misalkan elastisitas penawaran pesaing sebesar 1, artinya kenaikan harga sebesar 1% akan menyebabkan mereka meningkatkan output sebesar 1%. Semakin besar pangsa pasar relatif pesaing $((1 - S)/S)$, maka semakin besar dampak dari peningkatan output mereka dalam menurunkan harga pasar apabila satu perusahaan berusaha menaikkan harga dengan menurunkan output. Dengan asumsi $e^s = 1$ dan perusahaan monopoli semu memiliki pangsa pasar 10%, maka setelah memperhitungkan respons penawaran, e^f bukan 20, melainkan 29.

F. Definisi Pasar dan Pangsa Pasar

Rumus kedua dalam bagian sebelumnya menunjukkan hal-hal penting yang harus diperhatikan dalam mengestimasi kekuatan monopoli (*monopoly power*), atau yang kadang juga disebut kekuatan pasar (*market power*), yaitu: elastisitas permintaan pasar, pangsa pasar perusahaan (atau sekelompok perusahaan) yang kekuatan monopolinya hendak diukur, dan elastisitas penawaran dari perusahaan-perusahaan lain.¹⁸⁵ Namun demikian, masih

¹⁸⁴ Untuk derivasi rumus di bagian ini, lihat William M. Landes & Richard A. Posner, *Kekuatan Pasar dalam Kasus Antimonopoli*, 94 Harv. L. Rev. 937, 983-986 (1981).

¹⁸⁵ Lihat, misalnya, HS Houthakker & Lester D. Taylor, *Permintaan Konsumen di Amerika Serikat: Analisis dan Proyeksi* 166-167 (2 Desember 1970) (Tabel 4.2); Robert

terdapat persoalan dalam memperkirakan elastisitas permintaan dan penawaran di pasar tersebut.

Meskipun telah terdapat kemajuan dalam mengestimasi elastisitas tersebut secara langsung, sebagian besar perkara persaingan usaha (*antitrust*) masih bergantung pada pendekatan tidak langsung yang bersifat sangat kasar, yang dirumuskan melalui konsep “pasar produk” dan “pasar geografis”. Apabila suatu produk tidak memiliki substitusi dekat dari sisi permintaan (yaitu, tidak ada produk lain yang memberikan jasa yang sebanding dengan harga yang kurang lebih sama), dan produsen produk lain tidak dapat dengan mudah beralih memproduksi produk tersebut, maka diasumsikan bahwa elastisitas permintaan dan penawaran pasar bersifat rendah. Dari sini dapat disimpulkan bahwa setiap perusahaan yang memiliki pangsa penjualan yang besar atas produk tersebut memiliki kekuatan pasar yang signifikan — kecuali apabila terdapat penjual produk yang identik dari wilayah geografis lain yang dapat memasuki pasar (baik lokal, regional, atau nasional) jika harga di wilayah tersebut sedikit meningkat. Dalam hal ini, pasar telah didefinisikan secara terlalu sempit dan elastisitas yang relevan telah diremehkan.

Sebagaimana dapat diduga, kesalahan sering kali terjadi dalam upaya mendefinisikan pasar untuk keperluan penegakan hukum persaingan. Salah satu contoh yang terkenal adalah perkara monopoli selofan (*cellophane*), di mana Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan bahwa selofan bukanlah pasar yang relevan karena terdapat elastisitas silang permintaan yang tinggi antara selofan dan bahan kemasan fleksibel lainnya.

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, seorang monopolis akan selalu beroperasi pada wilayah elastis dari kurva permintaannya. Salah satu alasan mengapa sebagian besar kurva permintaan memiliki wilayah elastis adalah karena semakin tinggi harga suatu produk, semakin menarik produk substitusi bagi konsumen. Oleh karena itu, tidak mengherankan jika ditemukan elastisitas silang permintaan yang signifikan antara produk monopoli dan produk lain pada tingkat harga dan output monopoli. Elastisitas silang yang tinggi dalam kasus selofan tersebut mungkin hanya menunjukkan bahwa Du Pont tidak dapat menaikkan harga selofan lebih lanjut tanpa

Archibald & Robert Gillingham, Dekomposisi Elastisitas Harga dan Pendapatan dari Permintaan Konsumen terhadap Bensin, 47 S. Econ. J. 1021 (1981); Eric A. Hanushek & John M. Quigley, Berapa Elastisitas Harga Permintaan Perumahan?, 62 Rev. Econ. & Stat. 449 (1980).

kehilangan sebagian besar pelanggannya kepada produk substitusi. Hal ini justru konsisten dengan harga yang sedang berlaku sebagai harga monopoli.

Penggunaan bukti elastisitas silang permintaan yang tinggi oleh Mahkamah Agung akan lebih masuk akal jika kasus tersebut berkaitan dengan penggabungan produsen selofan, di mana persoalan hukumnya adalah apakah penggabungan tersebut akan menciptakan atau memperkuat kekuatan monopoli. Jika elastisitas silang permintaan antara selofan dan bahan kemasan pengganti sudah tinggi sebelum penggabungan, maka perusahaan hasil penggabungan tidak akan memiliki kekuatan yang besar untuk menaikkan harga.

Karena adanya biaya transportasi yang tinggi dibandingkan nilai suatu produk, tidak semua produsen produk tersebut dapat bersaing untuk melayani pelanggan yang sama. Dengan kata lain, pasar dapat dibatasi secara geografis. Pengadilan cenderung memasukkan dalam pasar hanya penjual yang benar-benar menjual kepada kelompok pelanggan yang sama, dan mengecualikan penjual yang tidak menjual ke kelompok tersebut. Pendekatan ini sekaligus mencakup terlalu banyak dan terlalu sedikit entitas. Jika pasar sedang dalam kondisi monopoli, maka harga monopoli akan menarik penjual dari pasar lain yang sebelumnya tidak dapat menutup biaya transportasi dan biaya penjualan lainnya apabila harga yang berlaku adalah harga kompetitif (ini dikenal sebagai *cellophane fallacy*). Namun jika pasar tidak dimonopoli, bisa jadi terdapat sekelompok penjual dari wilayah jauh yang saat ini tidak mengirim produknya ke pasar tersebut, tetapi akan melakukannya jika harga naik sedikit saja (yaitu terdapat substitusi produksi yang baik). Misalkan biaya penjual dari luar pasar lebih tinggi sebesar 2% dibandingkan penjual lokal karena biaya transportasi. Maka, jika harga pasar meningkat sebesar 2% akibat monopolisasi, penjual luar tersebut akan mulai memasuki pasar, dan harga tidak dapat naik lebih lanjut.

Namun, bahkan biaya angkut yang tinggi pun tidak selalu memberikan kekuatan monopoli kepada penjual lokal. Misalnya, jika produsen dari tenggara Amerika Serikat yang menjual di wilayah timur laut menanggung biaya transportasi tambahan sebesar 6% dari total biaya mereka, tetapi biaya non-transportasi mereka 4% lebih rendah daripada produsen lokal, maka kekuatan monopoli potensial dari produsen lokal tidak akan lebih besar dibanding contoh sebelumnya.

Jika penjual dari wilayah jauh menjual sebagian produknya secara lokal dengan harga kompetitif, bagaimana pangsa pasar harus dihitung? Misalkan penjual lokal memproduksi dan menjual 90 dari 100 unit widget yang terjual di Illinois, sementara sebuah perusahaan dari Indiana menjual 10 unit sisanya. Namun, perusahaan dari Indiana menjual dua kali lipat jumlah tersebut di wilayah lain, sehingga total produksinya adalah 30 unit. Jika diasumsikan bahwa harga pasar saat ini di Illinois adalah harga kompetitif (mengapa ini relevan?), maka berapa pangsa pasar perusahaan Indiana di Illinois — 10% ($10/100$) atau 25% ($30/(30 + 90)$)? Jawabannya adalah 25% .

Karena perusahaan Indiana telah berhasil mengatasi hambatan biaya transportasi akibat jaraknya dari konsumen di Illinois, maka perusahaan tersebut dapat mengalihkan seluruh *output*-nya ke Illinois jika harga di sana sedikit meningkat — dan kemungkinan besar akan melakukannya. Perusahaan itu pasti memperoleh keuntungan yang sama dari penjualan di Illinois dibandingkan di tempat lain; jika tidak, ia sudah akan mengalihkan penjualannya sekarang. Jika terjadi kenaikan harga di Illinois yang tidak diikuti kenaikan di wilayah lain, perusahaan akan meraih keuntungan lebih besar dari penjualan di Illinois dan akan terdorong untuk mengalihkan penjualannya ke sana. Kemungkinan ini membatasi kekuatan monopoli perusahaan-perusahaan di Illinois, dan direpresentasikan melalui perhitungan pangsa pasar yang memasukkan total penjualan perusahaan Indiana — bukan hanya penjualannya di Illinois — ke dalam pasar Illinois.

Sebagaimana telah dibahas, apabila tidak tersedia pengukuran langsung terhadap kekuatan monopoli, maka pangsa pasar dalam pasar yang telah didefinisikan secara layak merupakan indikator kekuatan monopoli. Namun demikian, tanpa informasi tambahan, sangat sulit untuk menetapkan batasan yang tegas bahwa perusahaan dengan pangsa pasar tertentu merupakan monopolis.

Misalnya, diketahui bahwa jika elastisitas permintaan pasar adalah 2, dan elastisitas penawaran adalah 0, maka perusahaan dengan pangsa pasar 50% akan menghadapi elastisitas permintaan sebesar 4, yang memungkinkannya mengenakan harga 33% di atas harga kompetitif — suatu kenaikan yang cukup besar. Namun, jika pangsa pasarnya hanya 20% , perusahaan tersebut masih dapat mengenakan harga 11% lebih tinggi dari harga kompetitif. Akan tetapi, semakin tinggi elastisitas permintaan pasar atau elastisitas penawaran, maka kenaikan harga tersebut akan semakin kecil.

Dengan demikian, sulit untuk menarik kesimpulan hanya berdasarkan pangsa pasar, apalagi mengingat kemungkinan besar bahwa jika suatu perusahaan tumbuh besar bukan melalui penggabungan usaha (mengapa hal ini ditekankan?), maka besar kemungkinan perusahaan tersebut lebih efisien dibanding pesaingnya (mengapa demikian?), dan efisiensi biaya tersebut mungkin lebih besar daripada kerugian sosial akibat harga monopoli. Bahkan, harga monopoli yang dikenakan perusahaan tersebut bisa saja lebih rendah daripada harga kompetitif (dapat digambarkan secara grafis).

G. Persaingan Potensial

Persaingan potensial telah menjadi konsep yang mapan dalam hukum persaingan usaha — atau lebih tepatnya terdiri atas dua konsep: **perceived potential competition** (persaingan potensial yang dipersepsikan) dan **actual potential competition** (persaingan potensial yang aktual). Kedua konsep ini bersama-sama menjadi dasar utama — dan mungkin yang paling utama — dalam penentangan terhadap penggabungan usaha (*merger*) berdasarkan alasan hukum persaingan usaha dewasa ini.

Konsep persaingan potensial yang dipersepsikan paling tepat merepresentasikan gagasan tentang “potensial” dalam persaingan. Perusahaan yang belum menjual produk di suatu pasar, tetapi akan melakukannya apabila harga pasar meningkat, dikualifikasikan sebagai pelaku usaha pesaing potensial. Sementara itu, perusahaan yang akan memasuki pasar di masa mendatang meskipun harga tidak mengalami kenaikan — yang dalam terminologi hukum persaingan disebut sebagai *actual potential competitors* — lebih tepat disebut sebagai calon pesaing di masa depan, dan istilah tersebutlah yang akan digunakan dalam bagian ini.

Telah diketahui bahwa semakin tinggi elastisitas permintaan yang dihadapi oleh suatu perusahaan, maka semakin kecil kekuatan pasar (*market power*) yang dimilikinya; dan juga diketahui bahwa apabila kenaikan harga mendorong keluaran (*output*) baru dari perusahaan lain — yaitu apabila elastisitas penawaran bersifat positif — maka elastisitas permintaan yang dihadapi perusahaan tersebut akan lebih tinggi daripada sebaliknya. Hal ini menunjukkan bahwa sesungguhnya tidak diperlukan doktrin terpisah mengenai persaingan potensial. Yang dibutuhkan hanyalah definisi pasar yang cukup luas sehingga mencakup perusahaan-perusahaan yang meskipun belum

menjual di pasar yang bersangkutan, akan melakukannya apabila terjadi sedikit kenaikan harga.

Misalnya, apabila kawat aluminium dan kawat tembaga merupakan substitusi yang baik dalam proses produksi — karena mesin yang digunakan untuk memproduksi keduanya sama — namun merupakan substitusi yang buruk dalam konsumsi. Apabila harga tembaga naik melampaui tingkat harga kompetitif, maka produsen kawat aluminium akan beralih memproduksi kawat tembaga; dan kemampuan untuk beralih tersebut dapat diaproksimasi melalui jumlah *output* kawat aluminium yang saat ini diproduksi (mengapa demikian?). Oleh karena itu, *output* dari pasar kawat aluminium seharusnya diperhitungkan dalam menghitung pangsa pasar para pihak dalam suatu penggabungan usaha antara produsen kawat tembaga dan produsen kawat aluminium.

Namun, hal tersebut merupakan contoh di mana entri pasar tidak memerlukan pembangunan fasilitas baru; bagaimana jika entri tersebut memang mensyaratkan pembangunan fasilitas produksi? Mengingat bahwa pembangunan fasilitas produksi memerlukan waktu, maka ancaman entri dari perusahaan semacam itu lebih mungkin memengaruhi elastisitas permintaan jangka panjang yang dihadapi perusahaan dalam pasar, bukan elastisitas jangka pendek; dan karena kolusi pada dasarnya merupakan fenomena jangka pendek (mengapa demikian?), maka mungkin penghilangan ancaman semacam itu tidak cukup penting untuk menjadi perhatian dalam penegakan hukum persaingan, terutama karena akan sulit menghitung pangsa pasar dari perusahaan-perusahaan yang bahkan belum memiliki kapasitas produksi. Bahkan, akan sangat sulit untuk mengidentifikasi perusahaan mana yang kemungkinan besar akan membangun kapasitas produksi dan memasuki pasar apabila harga pasar naik melebihi tingkat harga kompetitif.

Lebih lanjut, penerapan doktrin *perceived potential competition* terhadap pelaku usaha baru yang harus membangun fasilitas produksi untuk dapat memasuki pasar mengasumsikan bahwa adalah kepentingan perusahaan-perusahaan yang berkolusi untuk menetapkan harga yang dapat mencegah masuknya pesaing bahkan dalam jangka panjang. Strategi ini disebut sebagai *limit pricing*, dan belum tentu merupakan pilihan yang masuk akal secara ekonomi. Karena biaya jangka panjang yang harus ditanggung oleh pelaku usaha baru kemungkinan tidak lebih tinggi dibandingkan biaya yang ditanggung oleh pelaku usaha yang telah ada di pasar, maka *limit pricing*

mengimplikasikan penetapan harga pada atau mendekati biaya marjinal — suatu kebijakan yang patut dipertanyakan dari sudut pandang maksimalisasi keuntungan, terutama karena kolusi kemungkinan akan runtuh dengan sendirinya dalam waktu yang relatif singkat. Strategi penetapan harga yang memaksimalkan keuntungan bagi pelaku kolusi lebih mungkin didasarkan pada elastisitas permintaan jangka pendek yang lebih tinggi dan, dengan demikian, mengabaikan para pesaing potensial yang belum memiliki fasilitas untuk segera memasuki pasar.

Meskipun demikian, masih terdapat kemungkinan mengenai *pesaing di masa depan*, yang kehadirannya dapat menurunkan harga dalam jangka panjang meskipun persepsi terhadap potensi masuknya mereka tidak berdampak dalam jangka pendek. Namun, apabila kolusi tidak mungkin bertahan melebihi jangka pendek, mengapa perlu dikhawatirkan penghilangan pesaing di masa depan melalui penggabungan usaha? Apakah sebagai tindakan preventif terhadap kartel di masa mendatang? Akan tetapi, karena manfaat persaingan di masa depan memiliki nilai sekarang (*present value*) yang lebih rendah dibanding manfaat langsung yang dapat diperoleh saat ini, seberapa besar kemungkinan bahwa manfaat tersebut akan melampaui efisiensi biaya atau penghematan yang dihasilkan oleh penggabungan usaha dalam jangka waktu yang lebih singkat?

H. Praktik Predatori

Penekanan pembahasan sejauh ini adalah pada perolehan kekuatan monopoli melalui konsolidasi atau bentuk kerja sama lainnya antara para pelaku usaha pesaing. Pertanyaan penting berikutnya adalah apakah kekuatan monopoli tersebut dapat diperoleh atau diperbesar melalui upaya dari satu perusahaan saja. Untuk itu, dapat dikesampingkan kasus di mana suatu perusahaan memperoleh posisi monopoli atau pangsa pasar besar melalui efisiensi yang unggul atau karena mendapatkan lisensi pemerintah. Fokus analisis diarahkan pada taktik-taktik yang dipandang sebagai bentuk penyalahgunaan terhadap proses persaingan usaha yang sehat. Salah satu bentuknya ialah diskriminasi harga secara predatori (*predatory price discrimination*): yaitu kondisi di mana suatu perusahaan menjual barang dengan harga di bawah biaya produksi pada pasar tertentu; setelah para pesaingnya tersingkir, perusahaan tersebut kemudian menetapkan harga monopoli.

Kasus-kasus yang secara sah terkonfirmasi sebagai diskriminasi harga predatori sangat jarang dijumpai, bahkan sebelum praktik ini dinyatakan secara tegas sebagai tindakan yang melanggar hukum. Hal ini disebabkan karena praktik tersebut sangat mahal bagi pelaku predatori. Ia harus menanggung kerugian nyata dan substansial pada saat ini demi potensi keuntungan di masa depan yang tidak hanya bersifat tertunda, tetapi juga mungkin bersifat sementara. Sebab, setelah para pesaing eksisting berhasil disingkirkan dan harga monopoli ditetapkan, kondisi tersebut akan menarik masuknya pesaing baru ke pasar, yang kemudian dapat memaksa pelaku predatori untuk mengulang strategi serupa.

Apabila hanya dengan ancaman akan melakukan diskriminasi harga predatori saja sudah cukup untuk membuat pesaing tunduk, maka taktik ini akan sering digunakan, mengingat tidak memerlukan biaya besar untuk sekadar menyampaikan ancaman (kecuali apabila terdapat risiko sanksi hukum). Namun demikian, agar suatu ancaman efektif, ia harus kredibel. Ancaman untuk menjual di bawah biaya produksi umumnya tidak kredibel, karena pihak yang diancam mengetahui bahwa pelaku ancaman akan ditahan oleh kepentingannya sendiri untuk tidak menjalankan ancaman tersebut, mengingat betapa mahalnyanya menjual barang di bawah biaya produksi. Namun, ancaman semacam itu dapat menjadi kredibel dalam situasi di mana pelaku ancaman memiliki posisi monopoli di sejumlah pasar, sementara para pesaingnya hanya beroperasi di satu pasar saja. Dalam kondisi demikian, pelaku monopoli dapat meyakinkan masing-masing pesaing bahwa ia akan menjalankan ancaman untuk menjual di bawah biaya di pasar-pasar tertentu demi meningkatkan kredibilitasnya di pasar-pasar lain. Biaya dari satu atau dua episode penjualan di bawah biaya mungkin kecil dibandingkan dengan manfaat ekonomi yang diperoleh dari kredibilitas yang telah dibangun.

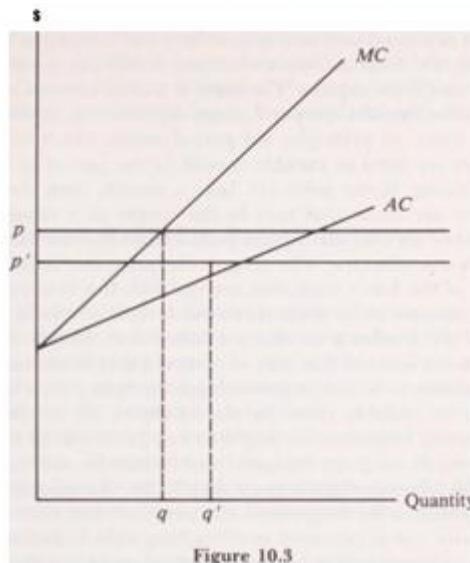
Asumsikan bahwa praktik penetapan harga predatori memang terkadang dapat dicoba, dan karena itu patut dilarang (apakah proposisi kedua ini secara logis mengikuti dari proposisi pertama?). Maka pertanyaan selanjutnya adalah: bagaimana mengoperasionalkan konsep penjualan di bawah biaya? Jika suatu perusahaan beroperasi pada kapasitas penuh dan menjual dengan harga kompetitif (yakni $P = MC$), maka secara ironis, setiap penurunan harga berarti menjual di bawah biaya. Pernyataan bahwa suatu perusahaan beroperasi pada kapasitas penuh mengandung makna bahwa perusahaan tersebut beroperasi pada wilayah kurva biaya marjinal yang meningkat — jika

tidak demikian, perusahaan dapat menjual lebih banyak dengan harga kompetitif tersebut. Maka, apabila perusahaan meningkatkan outputnya, seperti yang harus dilakukan untuk mengambil pangsa pasar dari target predatorinya, biaya marjinal akan meningkat, sedangkan harga — yang diasumsikan tidak lebih tinggi dari biaya marjinal — secara definisional telah menurun. Namun demikian, adalah sangat janggal apabila suatu aturan hukum menyatakan bahwa setiap penurunan harga harus dianggap sebagai indikasi praktik predatori! (Mengapa suatu perusahaan yang bersaing secara wajar menurunkan harga?)

Asumsikan bahwa pelaku predator telah memiliki kekuatan monopoli, sehingga ia menjual di atas, bukan setara dengan, biaya marjinal, dan kemudian ia memutuskan untuk menurunkan harga. Sepanjang harga yang diturunkan tersebut tidak lebih rendah dari biaya marjinal pada tingkat output baru akibat penurunan harga, maka secara praktis ia tidak menjual di bawah biaya: Penurunan harga tersebut tidak akan mampu menyingkirkan pesaing kecuali pesaing yang memang kurang efisien — yaitu pesaing yang memiliki kurva biaya marjinal yang lebih tinggi. Permasalahan dalam menjadikan observasi ini sebagai dasar aturan hukum adalah bahwa biaya marjinal bukan merupakan angka yang tercatat dalam pembukuan perusahaan atau mudah diturunkan dari angka-angka akuntansi yang tersedia (sebagaimana juga dibahas dalam Bab 4.8 tentang ganti rugi kontraktual). Meskipun biaya marjinal merupakan fungsi dari biaya variabel, bukan biaya tetap — karena biaya tetap, secara definisi, tidak berubah meskipun terjadi perubahan output — biaya marjinal tidak identik dengan biaya variabel.

Misalkan biaya variabel (tenaga kerja, bahan baku, dan lainnya) untuk memproduksi 100 unit barang adalah \$100, dan menjadi \$99 apabila hanya 99 unit yang diproduksi, maka biaya marjinal pada *output* ke-100 adalah \$1. Akan tetapi, apabila *output* ditingkatkan menjadi 101 unit, yang memaksa perusahaan melampaui kapasitas eksistingnya, maka total biaya variabel dapat melonjak menjadi \$110, dan rata-rata biaya variabel menjadi \$1,09 ($\$110 \div 101$). Namun, biaya marjinalnya menjadi \$10. Maka, apabila perusahaan menurunkan harga dari \$3 menjadi \$2 guna menciptakan permintaan terhadap output tambahan, tindakan tersebut merupakan penetapan harga predatori. Namun, akan sangat sulit bagi pengadilan untuk menghitung biaya marjinal tersebut. Kendati telah disarankan bahwa biaya variabel rata-rata digunakan sebagai proksi,³ dalam contoh ini, nilai biaya variabel rata-rata hanya \$1,09 —

jauh dari biaya marjinal sebenarnya (\$10) — sehingga penggunaan biaya variabel rata-rata akan menghasilkan kesimpulan yang keliru bahwa penurunan harga menjadi \$2 bukanlah tindakan predatori.



Gambar 10.3 merupakan representasi skematis atas permasalahan ini. Perusahaan dalam ilustrasi merupakan perusahaan kompetitif yang ingin menjadi monopolis. Ia menghadapi kurva biaya marjinal yang meningkat, yang menunjukkan adanya batas efisiensi terhadap ukuran optimal perusahaan. Perusahaan tersebut menurunkan harga menjadi p' dan meningkatkan output ke q' (apa yang menentukan q' ?). Pada titik ini, biaya marjinalnya melebihi harga jual. Namun, biaya variabel rata-rata, yang meningkat lebih lambat dibandingkan biaya marjinal (karena biaya tinggi dari unit terakhir diimbangi oleh biaya rendah unit-unit sebelumnya), masih lebih rendah dari harga jual, sehingga menimbulkan kesan keliru bahwa perusahaan tersebut tidak melakukan praktik predatori.

Masalah tambahan lainnya adalah bahwa perhitungan biaya variabel — dan karenanya biaya marjinal — sangat bergantung pada periode waktu yang dipakai. Dalam jangka waktu sangat pendek, sebagian besar biaya bersifat tetap; dalam jangka sangat panjang, hampir semua biaya (dengan pengecualian seperti biaya pendirian badan hukum) bersifat variabel. Sebagai contoh, sewa merupakan biaya tetap dalam jangka pendek namun bersifat variabel dalam jangka panjang; jika kebutuhan ruang perusahaan berubah, maka harga sewa yang dibayarkan setelah masa sewa berakhir juga akan

berubah. Hal yang sama berlaku terhadap asuransi, gaji eksekutif, tunjangan pensiun, pajak properti, penyusutan, biaya iklan, dan berbagai biaya lainnya. Secara prinsip, periode waktu yang relevan dalam menentukan apakah biaya bersifat tetap atau variabel adalah periode berlangsungnya dugaan penetapan harga predatori. Apabila penurunan harga hanya berlangsung selama satu bulan, maka biaya variabel yang relevan adalah biaya-biaya yang berubah dalam kurun waktu satu bulan, seperti biaya tenaga kerja per jam dan bahan baku yang dikonsumsi. Semakin lama penurunan harga berlangsung, semakin besar proporsi biaya perusahaan yang bersifat variabel. Apabila suatu perusahaan diperbolehkan menetapkan harga tanpa batas waktu setara dengan biaya variabel jangka pendek, maka ia dapat menyingkirkan pesaing yang jauh lebih efisien, semata-mata karena biaya variabel jangka panjang pesaing — yang harus dikeluarkan agar tetap bertahan dalam pasar — jauh lebih tinggi dibandingkan biaya variabel jangka pendek perusahaan predator. Dalam contoh sebelumnya, biaya variabel rata-rata jangka panjang perusahaan predator mungkin bukan \$1,09 melainkan \$2,20. Namun demikian, kemungkinan biaya marjinal jangka panjangnya tidak sebesar \$10, bahkan kemungkinan hanya sedikit lebih tinggi dari \$2,20.⁴ Untuk melengkapi simetri tersebut, perlu dicatat bahwa dalam jangka panjang — yakni periode yang relevan apabila praktik penurunan harga berlangsung lama — biaya variabel rata-rata akan menyatu dengan biaya total rata-rata (yakni gabungan biaya tetap dan biaya variabel, dibagi dengan total output perusahaan). (Mengapa?)

Pembahasan ini menunjukkan bahwa biaya variabel rata-rata merupakan proksi yang cukup baik untuk biaya marjinal dalam jangka panjang (dengan sejumlah catatan sebagaimana dibahas dalam Bab 12). Namun, benarkah masuk akal bagi suatu perusahaan untuk melakukan praktik predatori dalam jangka waktu yang lama? Sebab, hal itu akan memperpanjang periode *pay-back* ketika pelaku predator, setelah menyingkirkan korbannya, menaikkan harga ke tingkat monopoli; dan keuntungan monopoli dalam periode tersebut harus didiskonto ke nilai sekarang guna menilai apakah penjualan di bawah biaya (sebagai biaya saat ini) akan menguntungkan.

Terdapat pula persoalan tambahan. Misalkan suatu perusahaan memproduksi banyak jenis produk, dan beberapa input — misalnya waktu kerja para eksekutif — digunakan untuk semua jenis produk tersebut. Apabila perusahaan menurunkan harga hanya untuk satu produk saja, bagaimana seharusnya gaji para eksekutif diperlakukan, baik dalam jangka pendek

maupun jangka panjang, untuk menentukan apakah penurunan harga tersebut bersifat predatori?

Pertanyaan ini menggambarkan kompleksitas masalah akuntansi dalam perkara-praktik predatori. Para akuntan — yang secara patut berfokus pada pembatasan diskresi manajerial dalam mengklasifikasikan pengeluaran — tidak selalu mencerminkan realitas ekonomi dalam konvensi mereka. Ambil contoh kasus iklan. Akuntan mewajibkan agar pengeluaran iklan dicatat sebagai beban berjalan. Namun, karena efek dari iklan seringkali berlangsung lebih dari satu tahun, maka sebenarnya pengeluaran tersebut merupakan investasi modal (*capital expenditure*) yang seharusnya disusutkan selama umur manfaatnya. Kapan perbedaan antara pembebanan iklan sebagai biaya berjalan atau kapitalisasi dan penyusutan akan berdampak dalam suatu perkara penetapan harga predatori?

I. Penutupan Akses Pasar (*Foreclosure*), Penjualan Bersyarat (*Tie-Ins*), dan Hambatan Masuk Pasar (*Barriers to Entry*)

Sejumlah praktik lain selain penetapan harga predator yang diduga menciptakan kekuatan monopoli juga memiliki karakteristik membebankan biaya kepada pelaku monopoli yang biasanya setara atau bahkan lebih besar daripada beban biaya yang ditanggung oleh pihak yang menjadi sasaran. Misalnya, suatu produsen membeli seluruh jaringan ritel untuk produk dalam industrinya dengan maksud menutup akses pasar bagi para pesaingnya. Para pesaing tersebut akan merespons dengan membangun jaringan ritelnya sendiri. Hal ini tentu memerlukan biaya, tetapi tidak lebih mahal (dan mungkin lebih murah) dibandingkan dengan biaya yang harus dikeluarkan oleh calon pelaku monopoli dalam membeli jaringan ritel yang berisiko mengalami kelebihan kapasitas setelah para pesaing membangun outlet mereka sendiri.

Penutupan akses pasar (*foreclosure*) kerap dianggap sebagai metode efektif untuk memperoleh kekuatan monopoli oleh pelaku usaha yang telah memiliki monopoli dalam pasar yang terkait. Misalnya, suatu perusahaan memegang hak paten atas suatu produk, katakanlah komputer, dan menolak menjual atau menyewakan produk tersebut kecuali pihak pembeli atau penyewa setuju untuk memperoleh pasokan produk lain, misalnya disket, dari perusahaan tersebut. Dengan demikian, perusahaan tersebut memperoleh monopoli atas produk disket (produk ikutan) yang digunakan bersama komputer (produk utama). Akan tetapi, perusahaan tidak memperoleh keuntungan monopoli dari monopoli kedua tersebut. Jika perusahaan

mengenakan harga di atas harga pasar yang kompetitif untuk disket, maka pengguna akan memandang hal ini sebagai peningkatan tidak langsung dari biaya sewa komputer; tetapi jika mereka bersedia membayar lebih mahal untuk menyewa komputer, maka perusahaan seharusnya dapat mengeksploitasi kesediaan tersebut secara langsung — melalui peningkatan biaya sewa komputer.

Meskipun demikian, suatu keuntungan potensial bagi pelaku monopoli dalam menerapkan praktik penjualan bersyarat (*tie-in*) adalah kemampuannya untuk melakukan diskriminasi harga secara lebih efektif. Jika perusahaan komputer mengumpulkan keuntungan monopoli melalui harga per disket, maka secara efektif tarif sewa komputer akan berbeda-beda untuk setiap pelanggan tergantung pada intensitas penggunaannya, yang mungkin merupakan proksi yang wajar (meskipun tidak selalu tepat — mengapa?) atas elastisitas permintaan. Namun demikian, dari sudut pandang tersebut, penjualan bersyarat bukanlah metode bagi perusahaan untuk memperoleh keuntungan monopoli dalam dua pasar sekaligus, dan tidak mungkin dalam praktiknya menutup akses pasar bagi produsen pesaing dari produk ikutan. Karena pelaku monopoli atas produk utama tidak dapat mengekstraksi keuntungan monopoli dari produk ikutan, maka ia tidak berkepentingan untuk mengendalikan proses produksinya. Kepentingannya terbatas pada pengalihan distribusi produk ikutan melalui dirinya. Oleh karena itu, perjanjian penjualan bersyarat tidak harus mengganggu struktur pasar yang ada dari produk ikutan. (Namun apakah praktik ini tetap dapat dipersoalkan?)

Salah satu versi yang lebih halus dari teori penutupan akses pasar menyatakan bahwa penutupan akses pasar meningkatkan kekuatan monopoli secara tidak langsung melalui penciptaan hambatan masuk pasar. Dalam pengertian yang sempit, hambatan masuk pasar adalah kondisi yang menyebabkan biaya jangka panjang bagi pendatang baru ke dalam suatu pasar lebih tinggi dibandingkan biaya jangka panjang yang ditanggung oleh pelaku usaha yang telah ada dalam pasar tersebut; contoh yang baik adalah pembatasan regulasi terhadap masuknya pelaku baru. Namun, istilah ini juga sering digunakan sebagai sinonim untuk biaya awal yang tinggi. Oleh karena itu, suatu pasar yang memerlukan pengeluaran modal atau biaya iklan yang besar untuk memperoleh pijakan sering digambarkan sebagai pasar yang memiliki hambatan masuk, dan dalam pengertian inilah penutupan akses pasar dapat menciptakan hambatan tersebut.

Jika para pelaku usaha yang telah ada dalam pasar menguasai seluruh jaringan ritel dan bertekad menutup akses jaringan tersebut dari pendatang baru, maka pendatang baru harus membangun jaringan ritelnya sendiri, yang akan meningkatkan kebutuhan modalnya. Atau jika disket dikaitkan secara eksklusif dengan penyewaan komputer, maka pendatang baru dalam bisnis komputer harus mengatur pasokan disket kepada pelanggannya. Namun demikian, biaya modal dari pelaku usaha eksisting juga meningkat akibat integrasi vertikal, sehingga tidak jelas keunggulan apa yang diperoleh oleh pelaku eksisting tersebut. Demikian pula dengan iklan. Pasar yang didominasi oleh pengiklan besar mungkin sulit dimasuki tanpa pengeluaran iklan yang signifikan, tetapi pendatang baru dapat mengambil manfaat dari iklan para pelaku lama yang telah menciptakan penerimaan pasar terhadap produk tersebut (fenomena *free rider*), dan pendatang baru memiliki opsi untuk beriklan lebih sedikit serta menawarkan harga yang lebih murah, mengandalkan jaringan ritel besar untuk menyebarluaskan keberadaan produk substitusi yang murah.

Jika yang kita pertanyakan bukanlah seberapa besar biaya awal yang harus ditanggung pendatang baru, melainkan seberapa besar rasio antara biaya awal terhadap biaya operasional — dengan kata lain, antara biaya tetap terhadap biaya variabel — maka kita akan menemukan masalah nyata dalam masuknya pelaku baru. Rasio biaya tetap terhadap biaya variabel yang tinggi mengindikasikan bahwa pasar tersebut mungkin hanya dapat menampung sejumlah kecil pelaku usaha — bahkan mungkin hanya satu pelaku — dengan skala usaha yang efisien, sehingga menjadikan proses masuk pasar sangat berisiko (mengapa?). Inilah permasalahan monopoli alamiah (*natural monopoly*), yang akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 12.

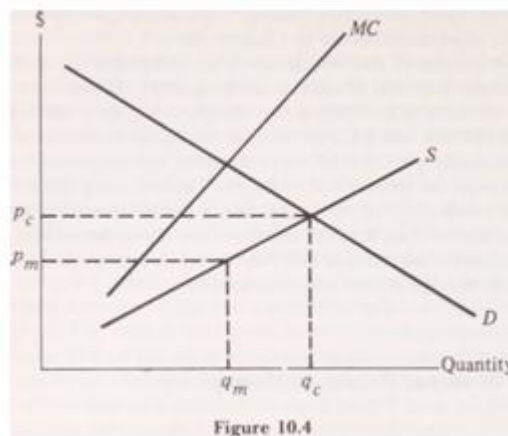
Versi lain dari teori penutupan akses pasar menggantikan konsep hambatan masuk dengan konsep faktor yang menyebabkan keterlambatan masuk. Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, biaya masuk pasar, dalam batas tertentu, merupakan fungsi negatif dari lamanya waktu yang diperlukan untuk masuk pasar (lihat Bab 9.5 supra). Dan periode optimal untuk melakukan proses masuk kemungkinan akan lebih lama apabila operasi yang harus dikordinasikan untuk memulai produksi semakin kompleks. Integrasi vertikal dapat meningkatkan kompleksitas tersebut dan, dengan demikian, memperpanjang waktu yang dibutuhkan untuk masuk pasar dengan biaya yang setara dengan pelaku yang telah ada, karena pendatang baru harus masuk

pada dua level sekaligus — ritel dan manufaktur, sebagaimana pada contoh sebelumnya.

J. Boikot; Mengenai Monopsoni

Dalam perkara *Eastern States*, sekelompok pedagang eceran kayu sepakat untuk tidak membeli kayu dari grosir mana pun yang memasuki bisnis eceran dan bersaing dengan anggota kelompok pedagang eceran tersebut. Perjanjian tersebut hanya dapat mencegah para grosir memasuki pasar eceran apabila para pedagang eceran memiliki kekuatan monopsoni terhadap para grosir. Monopsoni, secara ekonomis, merupakan kebalikan dari monopoli—yakni kekuatan pasar yang dimiliki oleh pembeli alih-alih penjual.

Dengan merujuk pada Gambar 10.4, kurva permintaan turunan atas suatu input digambarkan beriringan dengan kurva penawaran input yang berslope positif, yang mencerminkan penggunaan sumber daya yang langka dan terspesialisasi. Biaya marginal pembelian input meningkat lebih cepat dibanding harga penawaran, karena setiap kenaikan harga berlaku untuk seluruh unit pembelian, bukan hanya untuk tambahan unit marginal.



Keuntungan monopsonis dimaksimalkan pada tingkat pembelian di mana biaya marginal sama dengan nilai marginal input. Dalam kondisi ini, harga input akan lebih rendah dibandingkan dengan harga pasar kompetitif yang terbentuk jika para pembeli bersaing dan saling menaikkan harga.

Namun, praktik monopsoni hanya akan efektif bila kurva penawaran berslope positif—jika kurva penawaran horizontal, pengurangan kuantitas pembelian tidak menghasilkan keuntungan monopsoni. Ini karena sumber

daya yang digunakan tidak langka dalam penggunaan alternatifnya. Dalam jangka panjang, sumber daya akan mengalir ke pasar lain di mana nilai marginalnya lebih tinggi dan investasinya dapat dipulihkan. Oleh karena itu, monopsoni lazimnya hanya bersifat sementara.

Kembali pada kasus *Eastern States*, pertanyaan yang muncul adalah: jika para pedagang eceran memang memiliki kekuatan monopsoni, mengapa tidak digunakan secara langsung dengan menurunkan jumlah kayu yang dibeli? Kemungkinan jawabannya adalah kesepakatan pemboikotan lebih mudah dilakukan ketimbang menyepakati harga pembelian optimal secara kolektif. Alternatif lain, para grosir yang ingin masuk ke pasar eceran mungkin tidak efisien secara distribusional, dan hanya tergoda masuk karena harga eceran yang tinggi akibat kartel. Dalam hal ini, boikot justru memperkuat efisiensi kartel.

Namun, keuntungan monopsoni hanya bersifat jangka pendek, sementara peningkatan efisiensi melalui eliminasi pesaing yang kurang efisien mungkin bersifat lebih berkelanjutan.

K. Ganti Rugi dalam Hukum Antitrust

Selain pemberian perintah pengadilan (*injunction*), pemisahan usaha (*divestiture*), serta hukuman pidana berupa denda dan pemenjaraan, ganti rugi dalam perkara antitrust memberikan permasalahan ekonomi yang paling menarik. Pihak penggugat yang berhasil dalam perkara antitrust berhak atas tripel dari jumlah kerugian kompensatoris (*compensatory damages*), yang berarti dua pertiga dari ganti rugi tersebut bersifat punitif.

Dalam Bab 7 telah dijelaskan bahwa skema ini hanya masuk akal apabila peluang pelaku pelanggaran *antitrust* untuk tertangkap hanya sepertiga. Namun, untuk pelanggaran yang terbuka (seperti *merger*), peluang penegakan hukum mendekati satu. Untuk pelanggaran tersembunyi (misalnya konspirasi penetapan harga), probabilitasnya memang lebih rendah, tetapi belum tentu hanya sepertiga.

Mengenai perhitungan kerugian kompensatoris, jika konsumen menggugat (misalnya dalam gugatan kelompok), apakah kerugian yang patut diganti adalah *deadweight loss (DW)*, *monopoly profits (MP)*, $DW + MP$, atau lebih dari itu?

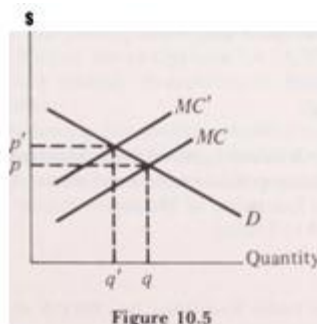
DW tidak cukup, karena hanya mencerminkan kerugian dari konsumen yang berhenti membeli produk akibat kenaikan harga. Kerugian konsumen yang tetap membeli tetapi dengan harga lebih tinggi adalah MP. Jadi, total kerugian sosial adalah $DW + MP$. Walaupun MP adalah transfer (bukan kerugian sosial murni), penetapan ganti rugi harus mencerminkan seluruh kerugian dari sudut pandang sosial untuk menciptakan efek disinsentif yang efektif terhadap monopoli.

Jika hanya MP yang diganti, maka pelaku monopoli tetap memiliki insentif apabila ada penghematan biaya kecil yang membuat keuntungan totalnya melebihi MP. Dalam kondisi di mana penghematan biaya lebih kecil dari DW, maka monopoli seharusnya tetap dicegah.

Namun, menetapkan ganti rugi lebih dari $DW + MP$ akan menciptakan risiko *overdeterrence*, yakni mencegah monopoli yang sebenarnya memberikan efisiensi neto. Oleh karena itu, batas ganti rugi yang optimal adalah $DW + MP$.

Jika kartel dibentuk oleh pelaku usaha yang hanya menguasai sebagian pasar, dan mereka menaikkan harga sebesar 10%, maka pelaku di luar kartel juga akan mendapatkan keuntungan karena menjual pada harga yang sama. Namun konsumen dari pelaku di luar kartel akan dirugikan. Apakah kerugian mereka harus ditanggung oleh kartel?

Jawabannya: tidak. Kerugian konsumen ini diimbangi dengan keuntungan yang diperoleh pelaku di luar kartel, dan dua hal tersebut saling menghapus. Prinsip ini konsisten dengan teori kerugian ekonomi dalam Bab 6.7: kerugian yang dikompensasi oleh keuntungan di pihak lain tidak termasuk dalam perhitungan ganti rugi.



Dalam praktiknya, konsumen sering membeli produk melalui distributor dan pengecer. Misalnya, jika monopolis sepatu menjual ke 10 distributor, yang

menjual ke 1.000 pengecer, lalu ke 1 juta konsumen, maka membolehkan distributor menggugat untuk seluruh *overcharge* adalah masuk akal, meskipun mereka meneruskan beban tersebut ke tingkat bawah.

Walaupun distributor bisa memperoleh keuntungan tidak wajar (*windfall*), upaya penegakan antitrust akan lebih efektif karena distributor memiliki insentif dan informasi lebih besar dibandingkan konsumen akhir. Selain itu, hak gugat konsumen bisa dikompensasi oleh harga eceran yang lebih rendah karena adanya insentif hukum bagi distributor.

Apakah pesaing juga harus diizinkan untuk menggugat? Meskipun tujuan hukum antitrust bukan untuk melindungi pesaing melainkan efisiensi alokasi sumber daya, dalam beberapa konteks pesaing bisa menjadi penegak hukum antitrust yang lebih efektif daripada konsumen.

Dalam konteks *predatory pricing*, misalnya, konsumen justru diuntungkan dalam jangka pendek. Oleh karena itu, lebih efektif jika pesaing yang dirugikan dapat menggugat, meskipun kerugian mereka tidak selalu mencerminkan kerugian sosial dari monopoli pasca-predasi.

Namun, ada batasannya. Dalam perkara *Brunswick*, perusahaan A menggugat B karena mengakuisisi pesaingnya, C, yang memungkinkan C bertahan dan bersaing lebih efektif dengan A. Gugatan A ditolak, meskipun akuisisi tersebut ilegal, karena kerugian A merupakan konsekuensi dari peningkatan efisiensi dan pilihan yang lebih baik bagi konsumen — kerugian tersebut diimbangi oleh keuntungan konsumen.

Permasalahan

1. Telaah Kasus-Kasus Antitrust Utama

Berikut ini adalah sejumlah putusan penting Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam perkara hukum persaingan usaha (*antitrust*). Bacalah masing-masing putusan, kemudian jawab pertanyaan-pertanyaan berikut:

1. Apa motif sebenarnya dari terdakwa dalam menerapkan praktik yang digugat—apakah untuk menciptakan monopoli, ataukah ada tujuan lain?
2. Sejauh mana putusan Mahkamah didasarkan pada pertimbangan terhadap konsekuensi ekonomi dari praktik tersebut?
3. Apakah Mahkamah menerapkan analisis ekonomi secara tepat?

Daftar Putusan:

1. *United States v. Reading Co.*, 253 U.S. 26 (1920)
2. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918)
3. *United States v. Container Corp. of America*, 393 U.S. 333 (1969)
4. *United States v. Sealy, Inc.*, 388 U.S. 350 (1967)
5. *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441 (1964)
6. *Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.*, 258 U.S. 346 (1922)
7. *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)
8. *United States v. Singer Mfg. Co.*, 374 U.S. 174 (1963)
9. *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936)
10. *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982)
11. *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978)
12. *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents*, 104 S. Ct. 2948 (1984)

2. Analisis Teoretis

Analisislah proposisi berikut ini:

“Kebijakan hukum antitrust secara mendasar bersifat antagonistik terhadap pencapaian tingkat optimal secara ekonomi dari (a) perlindungan lingkungan hidup dan (b) penyediaan informasi serta keselamatan produk konsumen.”

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XI

PENGATURAN HUBUNGAN KETENAGAKERJAAN

A. Perlakuan Khusus terhadap Monopoli Tenaga Kerja

Pada abad ke-19, pertanyaan utama dalam kebijakan antitrust (hukum persaingan usaha) adalah apakah serikat pekerja harus ditekan sebagai suatu bentuk perkumpulan yang melanggar hukum karena menghambat perdagangan. Para ekonom klasik berpendapat bahwa serikat pekerja tidak sepatutnya ditekan, namun mereka juga tidak meyakini bahwa perkumpulan pekerja dapat dibedakan dari perkumpulan pengusaha yang bertujuan menurunkan upah, atau dari perkumpulan penjual yang bertujuan menaikkan harga. Tujuan utama dari suatu serikat pekerja, sebagaimana diyakini oleh banyak ekonom sejak lama, adalah untuk membatasi pasokan tenaga kerja sehingga pengusaha tidak dapat memanfaatkan persaingan antar pekerja untuk mengendalikan harga tenaga kerja. Oleh karena itu, hukum kebiasaan (*common law*) berdiri pada landasan ekonomi yang kokoh ketika menolak untuk menegakkan perjanjian untuk bergabung dengan serikat pekerja, melarang aksi piket — yang merupakan upaya untuk mengganggu hubungan kontraktual antara perusahaan yang menjadi sasaran dan pelanggan, pekerja, atau pemasoknya — serta menegakkan *yellow dog contracts* (yaitu perjanjian di mana pekerja setuju untuk tidak bergabung dengan serikat pekerja selama masa kerja mereka). Terkait hal terakhir, diasumsikan bahwa pekerja akan menuntut kompensasi sebagai ganti atas pelepasan haknya untuk bergabung dalam serikat pekerja — dan jika ia tidak menerima kompensasi yang memadai, hal ini tidak dianggap sebagai kerugian sosial, karena kompensasi apa pun untuk tidak bergabung dengan pekerja lain guna membentuk monopoli tenaga kerja itu sendiri merupakan bentuk keuntungan monopoli.

Namun demikian, bisa jadi gambaran tentang hukum kebiasaan yang efisien dalam hubungan ketenagakerjaan ini bertumpu pada asumsi yang tidak realistis mengenai pasar tenaga kerja Amerika pada abad ke-19. Pengusaha dapat memiliki kekuatan monopsoni apabila para pekerja tidak mengetahui peluang kerja alternatif mereka, atau menghadapi biaya relokasi yang sangat tinggi, atau apabila pengusaha bersekongkol untuk menekan upah. Ketiga kondisi ini mungkin lazim pada abad ke-19, ketika terdapat banyak tenaga

kerja imigran, tingkat pendidikan lebih rendah dibandingkan saat ini, mobilitas tenaga kerja lebih terbatas, tingkat persaingan antar perusahaan masih rendah, dan hukum persaingan belum diterapkan terhadap persekongkolan untuk menekan upah. Sebagai pembanding atas kondisi tersebut adalah fakta-fakta (sebagaimana dicatat dalam Bab 8) bahwa era besar imigrasi ke Amerika Serikat pasca Perang Saudara merupakan respons terhadap kekurangan tenaga kerja yang akut, bahwa tingkat upah di Amerika selalu lebih tinggi dibanding negara lain, dan bahwa masyarakat Amerika secara historis memiliki mobilitas yang tinggi. Selain itu, sekalipun monopsoni tenaga kerja menjadi masalah (dan tidak diragukan bahwa hal ini memang menjadi masalah dalam batas tertentu), monopoli tenaga kerja bukanlah solusi yang memadai, setidaknya dari sudut pandang ekonomi. Situasi ini mencerminkan adanya monopoli bilateral, di mana kedua belah pihak berusaha membatasi pasokan tenaga kerja — meskipun dengan alasan yang berbeda — sehingga tidak ada jaminan bahwa pasokan akan mencapai tingkat yang kompetitif, meskipun tingkat upah akan lebih tinggi dibanding jika hanya terdapat satu pihak yang memonopoli.

Hal ini ditunjukkan secara grafis dalam Gambar 11.1 (sebagai pengembangan dari Gambar 10.4 dalam bab sebelumnya). S merupakan harga penawaran tenaga kerja sebelum serikat pekerja terbentuk, dan w_c adalah harga kompetitif tenaga kerja. Serikat pekerja, yang diasumsikan terbentuk terlebih dahulu, menaikkan harga penawaran menjadi S' (diasumsikan bahwa harga lebih tinggi secara merata diberlakukan terhadap jumlah tenaga kerja berapa pun yang ditawarkan). Tanpa adanya monopsoni, jumlah tenaga kerja yang dibeli akan turun menjadi qm_1 dan upah akan naik menjadi wm_1 . Jika pengusaha merupakan monopsonis, jumlah tenaga kerja akan lebih lanjut turun menjadi qm_2 , dan upah turun menjadi wm_2 . Bagaimana penyelesaian dalam situasi monopoli bilateral dibandingkan dengan monopsoni murni atau monopoli murni? Apakah urutan kemunculan antara monopoli dan monopsoni berdampak terhadap hasil akhirnya?

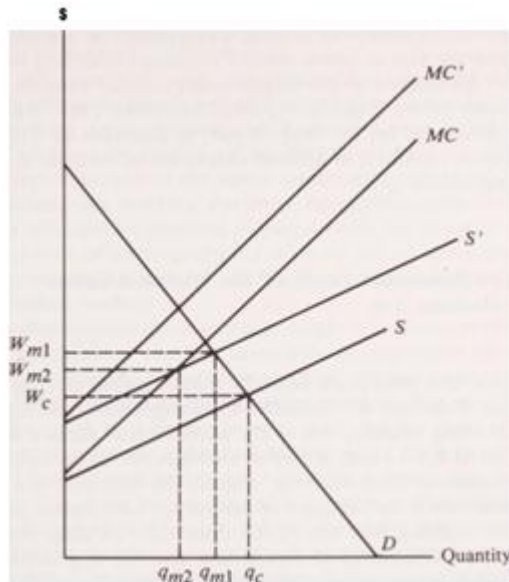


Figure 11.1

Dengan demikian, jika kita mengesampingkan monopsoni tenaga kerja — yang kemungkinan besar tidak menjadi permasalahan serius di negara ini saat ini — maka dapat dikatakan dengan tingkat keyakinan tertentu (walaupun akan dibahas pula pendapat sebaliknya) bahwa efek dari serikat pekerja adalah mengurangi pasokan tenaga kerja di sektor yang telah terorganisir. Kenaikan upah yang diperoleh oleh serikat pekerja akan mendorong pengusaha untuk berupaya menggantikan tenaga kerja mahal dengan tenaga kerja yang lebih murah (misalnya, dengan memindahkan usahanya ke daerah yang lebih lemah kekuatan serikatnya), menggantikan tenaga kerja dengan modal, serta menggantikan pekerja kerah biru dengan pekerja kerah putih. Oleh karena itu, beberapa pekerja memperoleh manfaat dari keberadaan serikat pekerja — mereka yang memperoleh upah lebih tinggi di industri yang telah terorganisir, serta mereka yang kemudian dipekerjakan oleh pengusaha yang mencari substitusi dari tenaga kerja serikat. Para pemegang saham juga bisa memperoleh manfaat: yakni dari perusahaan pesaing yang sebelumnya membayar upah lebih rendah namun kini terdorong untuk membayar upah serupa karena tekanan serikat. Sebaliknya, pihak yang dirugikan adalah konsumen yang membeli dari industri yang telah terorganisir (karena industri tersebut akan membebankan sebagian, atau seluruh, peningkatan biaya tenaga kerja mereka kepada konsumen, lihat kembali Bab 10.10), beberapa pemegang saham dan pemasok di industri tersebut, serta pekerja yang tidak dapat

memperoleh pekerjaan karena berkurangnya permintaan tenaga kerja akibat skala upah serikat.

Sebagaimana telah diprediksi oleh para ekonom klasik, Undang-Undang *Sherman* diterapkan terhadap kegiatan serikat pekerja, khususnya seperti dalam kasus pemogokan *Pullman* pada tahun 1894. Bahkan setelah Undang-Undang *Clayton* pada tahun 1914 mengecualikan tenaga kerja dari ketentuan hukum antitrust, beberapa pengadilan negara bagian tetap mengeluarkan perintah pelarangan pemogokan. Namun, pada dekade 1930-an, arah kebijakan publik mengalami perubahan signifikan. Undang-Undang *Norris-LaGuardia* pada dasarnya menghapuskan perintah pengadilan terhadap serikat pekerja (*labor injunction*), dan Undang-Undang *Wagner* tahun 1935 mengandung ketentuan-ketentuan yang secara aktif mendorong pembentukan serikat pekerja. Pengesahan Undang-Undang *Wagner* menyebabkan peningkatan yang dramatis terhadap aktivitas serikat dan tingkat upah di berbagai sektor industri. Meskipun kebijakan pro-serikat dalam Undang-Undang *Wagner* mengalami pengurangan sebagian melalui amandemen *Taft-Hartley* tahun 1947, Undang-Undang Nasional tentang Hubungan Perburuhan (*National Labor Relations Act*) — yaitu Undang-Undang *Wagner* yang telah diamendemen oleh *Taft-Hartley* dan peraturan perundang-undangan selanjutnya — tetap mencerminkan kebijakan yang mendukung eksistensi serikat pekerja.

B. Logika Ekonomi dari *National Labor Relations Act*

Apabila benar bahwa serikat pekerja pada dasarnya merupakan kartel buruh, dan bahwa *National Labor Relations Act* (NLRA) pada dasarnya mendorong pembentukan serikat pekerja, maka hal tersebut menunjukkan suatu kontras yang menarik terhadap hukum persaingan usaha (antitrust) yang telah dibahas dalam bab sebelumnya. NLRA dapat dianggap sebagai kebalikan dari *Sherman Act*, yang dirancang untuk mendorong kartelisasi pasar tenaga kerja, sedangkan *Sherman Act* (beserta hukum antitrust lainnya) dirancang untuk mencegah kartelisasi pasar produk. Dengan mempelajari bagaimana NLRA menjalankan fungsinya, kita akan memperoleh pemahaman yang lebih dalam mengenai ekonomi kartel, serta menyadari bahwa logika ekonomi dalam hukum tidak selalu berorientasi pada efisiensi.

Apabila kebijakan publik bersikap netral terhadap serikat pekerja, maka upaya untuk mengorganisasi suatu pabrik atau tempat kerja akan menghadapi

permasalahan klasik berupa *free rider*. Seorang pekerja yang membantu organisasi serikat dapat diberhentikan dari pekerjaannya. Meskipun perusahaan akan menanggung biaya dari pemutusan hubungan kerja terhadap pekerja yang memuaskan kinerjanya (mengapa asumsi ini dianggap wajar?), namun biaya tersebut mungkin lebih kecil daripada manfaat dalam menyampaikan sinyal kepada pekerja lainnya bahwa siapa pun yang mencoba menggantikan posisi pekerja yang dipecat sebagai pengorganisasi serikat akan mengalami nasib yang sama. (Perhatikan analogi dengan *predatory pricing* yang rasional, sebagaimana dibahas dalam Bab 10.7 sebelumnya.) Apabila para pekerja bersatu dan melakukan pemogokan sebagai bentuk dukungan terhadap pekerja yang dipecat, maka keseimbangan biaya akan berubah, dan perusahaan mungkin akan mundur. Akan tetapi, pekerja tetap akan menghadapi masalah *free rider* yang khas dalam menyepakati aksi mogok, mengingat bahwa pabrik tersebut — sesuai asumsi — belum terorganisir.

NLRA mendorong upaya pembentukan serikat pekerja dengan cara melarang pengusaha untuk memecat atau melakukan tindakan pembalasan terhadap pengorganisasi serikat dan simpatisannya. Undang-Undang *Norris-LaGuardia* juga melarang kontrak *yellow dog*, yang memungkinkan pengusaha mengeksploitasi insentif *free rider* para pekerja dengan biaya minimal. Setiap pekerja akan terdorong untuk menandatangani kontrak tersebut hanya dengan imbalan kecil, dengan keyakinan bahwa jika mayoritas pekerja menandatangani, maka jumlah pekerja yang tidak menandatangani akan terlalu sedikit untuk membentuk serikat secara efektif.

Jika kampanye organisasi berhasil sampai pada titik di mana 30% pekerja telah menandatangani surat kuasa yang memberikan wewenang kepada serikat untuk menjadi wakil perundingan bersama, maka *National Labor Relations Board* (NLRB), sebagai lembaga yang mengadministrasikan NLRA, akan menyelenggarakan pemungutan suara untuk memilih wakil perundingan bersama. Apabila serikat memenangkan mayoritas suara, maka serikat tersebut akan menjadi wakil eksklusif para pekerja dalam perundingan kerja bersama. Pengusaha kemudian diwajibkan untuk berunding secara itikad baik dengan serikat pekerja mengenai syarat dan ketentuan perjanjian kerja bagi seluruh pekerja dalam unit perundingan tersebut; pengusaha tidak diperkenankan melakukan perundingan secara individual dengan pekerja.

Pemilu perwakilan, prinsip perwakilan eksklusif, dan pengaturan *union shop*¹ secara bersama-sama membentuk perangkat yang cerdas (sedikit

menyerupai *unitization* pada ladang minyak dan gas, sebagaimana dibahas dalam Bab 3) untuk mengatasi permasalahan *free rider* yang lazim dalam kartel dengan jumlah anggota besar. Tanpa perangkat tersebut, strategi rasional seorang pekerja adalah tidak bergabung dan tidak mengalokasikan sumber daya apa pun untuk mendukung serikat. Harapannya adalah, apabila serikat berhasil terbentuk berkat usaha pekerja lain, maka ia tetap akan memperoleh manfaat dari upah serikat, namun memperoleh posisi yang lebih baik dibanding anggota serikat karena tidak membayar iuran serta tetap dapat bekerja lebih banyak jam dengan upah sedikit di bawah upah serikat — mirip dengan perusahaan pinggiran dalam pasar yang telah dikartelisasi (lihat Bab 10.1 sebelumnya). Cara lain hukum mencegah *free riding* — kali ini oleh pengusaha atas usaha serikat — ialah dengan melarang pengusaha menawarkan upah yang lebih tinggi atau kondisi kerja yang lebih baik selama masa kampanye pemilu serikat.

Terkait dengan satuan elektoral dalam pemilu perwakilan, yang disebut sebagai *bargaining unit*, *Labor Board* akan menetapkan kelompok pekerja yang homogen dalam hal kondisi kerja (upah, tunjangan, tugas kerja, dsb.) dan berbeda dari pekerja lain di perusahaan tersebut. Sering kali, satu fasilitas kerja dapat terdiri atas beberapa *bargaining unit* yang melakukan perundingan terpisah dengan pengusaha. Sebagai contoh, sebuah rumah sakit dapat memiliki unit dokter, perawat terdaftar, asisten perawat, dan teknisi. Konsisten dengan kebijakan hukum yang mendorong kartel pekerja, *Board* cenderung menetapkan unit yang sekecil mungkin. Biaya transaksi antarpekerja akan lebih rendah jika jumlahnya lebih sedikit dan kepentingan mereka selaras (mengapa keselarasan ini penting?), sementara manfaat dari serikat pekerja akan lebih besar apabila unit tersebut relatif kecil dibandingkan keseluruhan tenaga kerja perusahaan. Misalnya, jika unit terdiri atas 10 pekerja dalam pabrik yang mempekerjakan 100 orang dan semua memperoleh upah yang sama, maka kenaikan 10% untuk unit tersebut hanya akan meningkatkan total beban upah pengusaha sebesar 1%. Tentunya, unit tersebut harus cukup penting bagi kelangsungan usaha perusahaan agar dapat mengancam secara kredibel untuk mogok kerja. Namun, jika unit tersebut benar-benar distinktif, syarat ini dapat dipenuhi meskipun unitnya kecil.

Apabila serikat telah menjadi wakil perundingan eksklusif, sebagaimana telah disebutkan, pengusaha berkewajiban untuk berunding secara itikad baik dengan serikat terkait syarat perjanjian kerja bersama (perjanjian kerja

massal), tetapi tidak memiliki kewajiban untuk mencapai kesepakatan. Satu-satunya cara bagi serikat untuk memaksa pengusaha menerima kesepakatan adalah dengan mengancam untuk melakukan pemogokan apabila tidak tercapai persetujuan.

Kunci untuk memahami logika ekonomi dari pemogokan adalah sifat hubungan monopoli bilateral antara pengusaha dan serikat. Dalam kartel produk, memang terjadi pengurangan output, namun tidak sampai nol. Namun, jika konsumen bergabung menjadi kartel pembeli, atau jika hanya ada satu pembeli, maka mereka dapat merespons kartel penjual dengan mengancam untuk tidak membeli, dengan harapan ancaman boikot tersebut akan membuat kartel mundur. Pengusaha, secara *de facto*, adalah satu-satunya pembeli atas jasa tenaga kerja yang dikontrol serikat. Apabila serikat menuntut harga yang lebih tinggi, pengusaha dapat menolak dengan cara tidak membeli apa pun; maka serikat, demi menjaga kredibilitas, harus membuktikan ancamannya dengan benar-benar menghentikan kerja para pekerja.

Pemogokan menimbulkan kerugian bagi kedua belah pihak (kecuali pekerja mogok dapat digantikan dengan upah yang sama — kemungkinan ini akan dibahas selanjutnya) — yakni upah hilang bagi pekerja dan laba hilang bagi pengusaha — sehingga tampaknya kedua belah pihak akan lebih baik bila mencapai kesepakatan damai. Namun, permasalahannya — sebagaimana dalam pembahasan *predatory pricing* sebelumnya — adalah bahwa isi kesepakatan akan sangat bergantung pada kredibilitas dari ancaman masing-masing pihak. Kesediaan pengusaha untuk sesekali menghadapi pemogokan, dan kesediaan serikat untuk sesekali memanggil pemogokan, mungkin memberikan keuntungan jangka panjang yang lebih besar dibanding kerugian jangka pendek akibat pemogokan.

Pemogokan hanya akan merugikan pengusaha jika ia tidak dapat mengganti pekerja yang mogok. NLRA mempermudah dan mempersulit pengusaha dalam mengganti pekerja mogok melalui tiga cara masing-masing. Kemudahan diberikan dengan (1) tidak melindungi pegawai pengawas di bawah Undang-Undang ini, sehingga mereka dapat digunakan sebagai pekerja pengganti sementara, (2) memperbolehkan perekrutan pengganti permanen (padanan dalam pasar produk kartelisasi adalah penjual baru yang menggantikan output yang ditarik oleh kartelis), dan (3) melarang pekerja mogok untuk merusak properti pengusaha (misalnya, meninggalkan mesin tanpa dimatikan). Sebab, dengan merusak properti, pekerja dapat

menimbulkan kerugian besar bagi pengusaha dengan biaya yang relatif kecil bagi dirinya sendiri (dibandingkan dengan biaya besar dari pemogokan berkepanjangan), sehingga apabila diperbolehkan, tindakan ini akan sangat memperkuat posisi monopoli serikat.

Sebaliknya, Undang-Undang ini menyulitkan pengusaha untuk menggunakan pekerja pengganti dengan (1) melarang pemberian upah lebih tinggi dibanding pekerja yang diganti, (2) mengizinkan pekerja mogok untuk melakukan piket, dan (3) melarang pengusaha untuk memutus hubungan kerja dengan pekerja mogok. Pengusaha wajib mempekerjakan kembali pekerja mogok setelah pemogokan berakhir; apabila seluruh posisi mereka telah digantikan secara permanen, maka pekerja mogok harus ditempatkan dalam antrian terdepan untuk mengisi posisi yang tersedia kemudian.

Ketiga ketentuan ini bekerja secara sinergis dengan memungkinkan pekerja mogok mengidentifikasi pekerja pengganti, mengingatkan mereka bahwa saat pemogokan berakhir mereka mungkin akan bekerja berdampingan dengan para pemogok — suatu kondisi kerja yang tidak nyaman, bahkan berbahaya — yang menghalangi banyak orang untuk bersedia menjadi pengganti; dan dengan mencegah pengusaha memberikan kompensasi tambahan untuk mengganti kerugian tersebut. Sebagai catatan, ketentuan (2) dan (3) juga membantu mencegah pembelotan terhadap kartel; keduanya mendorong pekerja yang sudah ada untuk tidak mengabaikan seruan mogok.

Kesimpulannya, Undang-Undang ini memang tidak sepenuhnya mendorong kartelisasi tenaga kerja, namun jelas tidak bersikap netral; apabila hukum bersikap netral, maka serikat pekerja akan jauh lebih jarang dan kurang efektif dibandingkan kondisi yang ada saat ini.

C. Serikat Pekerja dan Produktivitas

Sejauh ini diasumsikan bahwa seluruh tindakan serikat pekerja semata-mata bertujuan untuk menaikkan upah atau—yang dalam perspektif ekonomi berarti hal yang sama—mengurangi beban kerja dengan cara mengurangi jam kerja atau memperbaiki kondisi tempat kerja agar menjadi lebih bersih, aman, atau menarik (tanpa mengurangi upah: mengapa perlu ada kualifikasi ini?). Namun, serikat pekerja juga melakukan dua hal lainnya yang mendorong beberapa ekonom berspekulasi bahwa serikat pekerja dapat meningkatkan

produktivitas, bahkan mungkin sepenuhnya meniadakan dampak monopolistiknya.¹⁸⁶

Kontrak perjanjian kerja bersama umumnya menetapkan mekanisme penyelesaian perselisihan (*grievance machinery*) untuk mengadili keluhan pekerja, serta memberikan jaminan keamanan kerja—bukan dalam arti mutlak, sebab pekerja tetap dapat diberhentikan apabila permintaan tenaga kerja oleh perusahaan menurun, namun mereka memperoleh perlindungan dari pemecatan tanpa alasan yang sah (yang ditentukan melalui mekanisme penyelesaian perselisihan), serta dari penggantian dengan pekerja lain.

Tanpa adanya mekanisme penyelesaian perselisihan, sebagaimana dikemukakan, pemberi kerja tidak akan mengetahui bahwa mandornya berlaku tidak adil terhadap pekerja sampai pemberi kerja menyadari bahwa tingkat perputaran pekerja (*turnover*) meningkat secara abnormal. Tanpa jaminan keamanan kerja, lebih lanjut dikemukakan bahwa pekerja yang lebih senior tidak akan berbagi pengalaman mereka kepada pekerja yang lebih muda karena takut digantikan.

Namun demikian, teori ini tidak menjelaskan mengapa, jika memang mekanisme penyelesaian perselisihan dan jaminan kerja dapat mengurangi biaya turnover dan meningkatkan efisiensi pekerja, para pemberi kerja tidak mengadopsinya secara sukarela sebelum keberadaan serikat pekerja. Apabila hanya satu pemberi kerja dalam suatu industri yang menyadari keuntungan dari mekanisme tersebut, persaingan akan memaksa pemberi kerja lainnya untuk mengikutinya.

Kemungkinan besar, alasan sesungguhnya serikat pekerja mendorong keberadaan mekanisme penyelesaian perselisihan dan jaminan keamanan kerja adalah untuk mempersulit pemberi kerja dalam memberhentikan para pendukung serikat pekerja. Alasan mengapa perjanjian kerja bersama umumnya mengatur bahwa pemberi kerja, jika harus melakukan pemutusan hubungan kerja akibat menurunnya permintaan tenaga kerja, wajib memberhentikan pekerja berdasarkan urutan senioritas secara terbalik juga serupa: untuk mencegah pemberi kerja menghukum pendukung serikat pekerja dengan memecat mereka lebih dahulu.

¹⁸⁶ Lihat, misalnya, Richard B. Freeman & James L. Medoff, *What Do Unions Do?* (1984).

Hal ini juga memungkinkan serikat pekerja untuk memberikan keuntungan bagi kelompok pekerja tertentu—yaitu pekerja senior—yang cenderung merupakan pendukung kuat serikat. Pekerja senior memiliki biaya relokasi yang lebih tinggi dibandingkan pekerja muda, baik karena keterikatan yang lebih besar dengan wilayah tempat tinggalnya selama bertahun-tahun, maupun karena keterampilan mereka telah terkhususkan pada perusahaan tempat mereka bekerja. Keadaan ini memberikan kekuatan monopsoni kepada pemberi kerja atas pekerja senior, sehingga keberadaan serikat pekerja menjadi lebih bernilai bagi mereka. Di samping itu, pekerja senior lebih mungkin memperoleh manfaat penuh dari keanggotaan serikat pekerja dibandingkan pekerja muda yang lebih mobile dan mungkin mengundurkan diri tak lama setelah kontrak kerja bersama ditandatangani.

D. Hubungan Kerja "At Will" (Berdasarkan Kehendak)

Salah satu indikasi bahwa jaminan kerja tidak sepenuhnya efisien adalah kenyataan bahwa di luar sektor pekerja yang tergabung dalam serikat (yang kini mempekerjakan kurang dari 20 persen tenaga kerja nasional) dan di luar pekerjaan dalam sektor pemerintah (yang memberlakukan masa jabatan tetap sebagai perlindungan terhadap pemecatan bermotif politik—yang dikenal sebagai *spoils system*), bentuk hubungan kerja yang paling umum adalah hubungan kerja *at will* (berdasarkan kehendak).

Dalam hubungan kerja ini, pekerja bebas mengundurkan diri kapan saja; demikian pula, pemberi kerja bebas memberhentikan pekerja kapan saja. Sekilas tampak bahwa hal ini menempatkan pekerja sepenuhnya dalam kekuasaan pemberi kerja, tetapi hal tersebut tidak sepenuhnya benar. Jika pemberi kerja memperoleh reputasi sering memberhentikan pekerja secara sewenang-wenang, maka ia harus menawarkan kompensasi lebih tinggi kepada calon pekerja berikutnya.

Dengan demikian, pemberi kerja tidak akan memperoleh keuntungan jangka panjang dari kebijakan pemutusan hubungan kerja yang sewenang-wenang—perilaku ini bukan bentuk strategi predator yang efektif—sehingga pada akhirnya pemberi kerja justru terdorong untuk memperlakukan pekerja secara adil.

Namun, saat ini konsep hubungan kerja *at will* tengah menghadapi tantangan di pengadilan. Gugatan perdata berdasarkan *common law* mengenai

pemutusan hubungan kerja secara tidak adil, yang awalnya berlaku untuk kasus di mana pekerja diberhentikan karena menjalankan hak hukum (misalnya, memberikan kesaksian yang benar namun merugikan terhadap pemberi kerja dalam perkara penggelapan pajak oleh pemerintah), di beberapa negara bagian telah berkembang menjadi kewajiban *de facto* untuk menunjukkan alasan yang sah dalam memberhentikan pekerja, meskipun hubungan kerjanya *at will*.

Sulit untuk memahami bagaimana ketentuan tersebut dapat memberikan manfaat umum bagi para pekerja. Apabila ketentuan tersebut optimal, niscaya akan dinegosiasikan secara sukarela; tidak terdapat persoalan informasi seperti halnya dalam isu keselamatan kerja (lihat Bab 8.2 sebelumnya, Bab 11.6 berikutnya). Jika ketentuan tersebut tidak dinegosiasikan secara sukarela, kemungkinan besar hal ini disebabkan karena biaya yang harus ditanggung pemberi kerja untuk membuktikan alasan sah dalam memberhentikan pekerja yang tidak kompeten melebihi manfaat yang diperoleh pekerja dari jaminan terhadap pemutusan hubungan kerja yang tidak adil.

Biaya tambahan ini merupakan bagian dari biaya tenaga kerja dan pada akhirnya akan mengurangi jumlah upah yang dapat dibayarkan oleh pemberi kerja, dengan cara yang sama seperti kenaikan pajak jaminan sosial pemberi kerja yang mengurangi (setidaknya dalam jangka panjang) tingkat upah yang diterima pekerja.

E. Hukum Persaingan Usaha dan Ketenagakerjaan

Meskipun kebijakan hukum ketenagakerjaan federal telah menempatkan upaya pembatasan pasokan dan peningkatan harga tenaga kerja di luar jangkauan hukum persaingan usaha, hukum persaingan tetap memiliki peran terbatas dalam ranah ketenagakerjaan: yakni untuk mencegah pemberi kerja menggunakan serikat pekerja sebagai agen dalam pembentukan kartel atau pelaksanaan praktik monopoli di pasar produk mereka.

Salah satu contoh ekstrem dan secara jelas melanggar hukum adalah apabila perjanjian kerja bersama antara serikat pekerja dan satuan perunding multi-pengusaha yang mewakili pelaku usaha utama dalam suatu industri menetapkan harga jual produk para pelaku usaha tersebut. Sekilas, tampak bahwa serikat pekerja tidak memiliki insentif untuk menyetujui perjanjian semacam ini, karena praktik penetapan harga monopoli akan mengurangi

output industri dan, akibatnya, menurunkan permintaan terhadap input termasuk tenaga kerja.

Namun demikian, keuntungan monopoli yang dihasilkan dari penetapan harga tersebut dapat digunakan untuk meningkatkan upah bagi pekerja yang masih tersisa, bahkan mungkin cukup untuk mengkompensasi pekerja yang kehilangan pekerjaan atas biaya yang mereka tanggung.

Kadang kala, sulit dipastikan apakah suatu ketentuan dalam perjanjian kerja dimaksudkan semata-mata untuk meningkatkan kesejahteraan pekerja, atau justru bertujuan menciptakan monopoli di pasar produk pemberi kerja. Misalnya, apabila serikat pekerja yang mewakili pekerja konstruksi pipa membuat perjanjian kerja bersama dengan seluruh subkontraktor pipa dalam suatu wilayah agar tidak memasang unit pendingin udara yang pipa internalnya telah dipotong dan diulir di pabrik; pekerja konstruksi pipa akan melakukan seluruh pekerjaan pemotongan dan penguliran.

Ada yang berpendapat bahwa perjanjian semacam ini seharusnya dipandang sebagai pembentukan kartel di antara para subkontraktor dan karenanya dilarang oleh *Sherman Act*, karena memungkinkan subkontraktor “memperoleh keuntungan lebih besar jika pekerjaan yang diminta serikat dilakukan oleh perusahaan mereka, bukan oleh pabrik.”¹⁸⁷

Argumentasi ini patut dipertanyakan, kecuali jika prefabrikasi memungkinkan untuk mengeliminasi keterlibatan subkontraktor secara keseluruhan. Subkontraktor menyediakan jasa instalasi dengan dua *input*: tenaga kerja dan unit pendingin udara. Ia akan mengombinasikan kedua *input* tersebut dalam proporsi yang meminimalkan total biayanya. Apabila pemotongan pipa internal lebih murah dilakukan di pabrik ketimbang oleh pekerja sendiri, dan penghematan biaya ini tercermin dalam penurunan harga, maka total biaya instalasi akan diminimalkan dengan membeli pendingin udara prefabrikasi. Insentifnya tidak akan berubah, bahkan jika terjadi kartel di antara subkontraktor; keuntungan monopoli justru akan meningkat apabila biaya produksi menurun.

Kesepakatan para subkontraktor untuk tidak memasang pendingin udara prefabrikasi merupakan upaya untuk meningkatkan permintaan atas tenaga kerja mereka. Meskipun tampak bahwa subkontraktor dapat mengkompensasi

¹⁸⁷ Douglas Leslie, Hak untuk Mengontrol: Sebuah Studi tentang Boikot Sekunder dan Antitrust Tenaga Kerja, 89 Harv. L. Rev. 904, 909 (1976).

serikat pekerja atas efek kehilangan pekerjaan akibat prefabrikasi, hal ini bergantung pada besar kecilnya penghematan biaya dari unit prefabrikasi. Misalnya, jika penggunaan unit tersebut memungkinkan subkontraktor mengurangi dua pekerja dengan penghematan \$10.000 per proyek, tetapi biaya unit tersebut \$9.500 lebih mahal dibandingkan unit rakitan di lokasi proyek, maka penghematan sebesar \$500 mungkin tidak cukup untuk mengkompensasi pekerja atas biaya pencarian pekerjaan baru yang setara.

F. Upah Minimum dan Legeslasi Perlindungan Pekerja yang Terkait

Undang-Undang Upah Minimum federal memperkuat efek dari serikat pekerja terhadap tingkat upah dengan membatasi persaingan dari tenaga kerja non-serikat. Misalnya, di suatu wilayah di negara tersebut di mana serikat pekerja lemah dan tingkat upah relatif lebih rendah dibandingkan wilayah lain, perusahaan yang berlokasi di wilayah tersebut akan memiliki keunggulan kompetitif yang memungkinkan mereka untuk berkembang dengan mengorbankan perusahaan di wilayah yang telah terserikat (misalnya, di wilayah *New England*), dan akibatnya permintaan tenaga kerja di wilayah terserikat tersebut akan menurun. Undang-undang upah minimum menanggulangi kecenderungan ini dengan menaikkan upah tenaga kerja non-serikat, sehingga menurunkan permintaan terhadap tenaga kerja tersebut, sebagaimana tergambarkan dalam Gambar 11.2, di mana w adalah upah kompetitif bagi tenaga kerja non-serikat dan w' adalah upah minimum. Dampak pengangguran akibat penetapan upah minimum cukup signifikan dan terutama dialami oleh pekerja marginal — perempuan paruh baya, pemuda, dan kelompok kulit hitam, dengan dampak paling berat dirasakan oleh remaja kulit hitam.

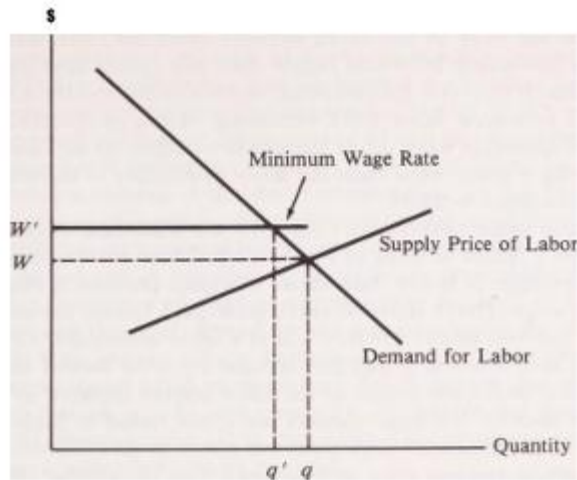


Figure 11.2

Penetapan upah minimum tidak memengaruhi permintaan terhadap pekerja yang memiliki produktivitas marjinal tinggi dan karena itu memperoleh upah pasar bebas yang lebih tinggi dari upah minimum; yang kehilangan pekerjaan adalah mereka yang produktivitas marjinalnya lebih rendah, atau dipersepsikan lebih rendah, dibandingkan upah minimum. Dengan kata lain, karena upah minimum berada jauh di bawah tingkat upah pekerja terserikat, maka hal ini tidak menaikkan upah mereka di atas tingkat yang berlaku dan dengan demikian tidak menyebabkan pengangguran di kalangan mereka. Namun, hal ini menaikkan harga relatif — dan menurunkan daya tarik — dari tenaga kerja pengganti yang terdiri dari para pekerja marjinal, yang jika bukan karena adanya upah minimum, bersedia menerima upah lebih rendah untuk mengimbangi produktivitasnya yang lebih rendah dibanding pekerja terserikat yang lebih mahal.

Tentu saja, sebagian pekerja diuntungkan oleh kebijakan upah minimum — yakni mereka yang menyediakan q jam kerja sebagaimana digambarkan dalam Gambar 11.2. Ini adalah pekerja yang dalam pasar bebas akan menerima upah di bawah, namun memiliki produk marjinal di atas, tingkat upah minimum. (Apakah pekerja ini sebelumnya dibayar di bawah kelayakan sebelum kebijakan upah minimum diterapkan? Apakah mereka masih dibayar di bawah kelayakan dalam arti tertentu? Ataukah seluruh area antara w dan kurva permintaan sebaiknya dipandang hanya sebagai potensi keuntungan monopoli dari pasar tenaga kerja sebagaimana tergambarkan dalam gambar tersebut?) Namun karena pekerja berupah rendah seringkali berasal dari

rumah tangga berpenghasilan tinggi, maka upah minimum bukanlah instrumen yang efisien untuk memberantas kemiskinan, bahkan tanpa memperhitungkan dampak buruknya terhadap pekerja marjinal.

Analisis menjadi lebih kompleks ketika upah minimum hanya berlaku untuk beberapa jenis pekerjaan sementara jenis pekerjaan lain dikecualikan (walaupun kondisi ini semakin jarang terjadi di Amerika Serikat). Dalam hal ini, upah minimum dapat mengurangi pengangguran di sektor yang dikecualikan dan meningkatkannya di sektor yang tunduk pada aturan. Pekerja terdorong berpindah dari sektor yang dikecualikan ke sektor yang tunduk, sehingga mengurangi suplai tenaga kerja di sektor yang dikecualikan dan meningkatkannya di sektor yang tunduk. Tergantung pada besar kecilnya perbedaan upah antara kedua sektor, pekerja mungkin bersedia menerima masa menganggur yang lebih lama di sektor yang tunduk sebagai harga untuk akhirnya mendapatkan pekerjaan bergaji lebih tinggi di sana. Salah satu cara menunggu lowongan pekerjaan di sektor tersebut adalah dengan melanjutkan pendidikan; sehingga, upah minimum mendorong pendidikan tinggi. Apakah hal ini juga menaikkan tingkat kriminalitas karena kriminalitas merupakan “sektor” yang tidak tunduk pada aturan? Atau justru sebaliknya, menurunkannya?

Banyak peraturan perundang-undangan lainnya juga berfungsi untuk menaikkan tingkat upah kelompok pekerja tertentu. Misalnya, pembatasan dalam kode bangunan mengenai penggunaan material prefabrikasi meningkatkan permintaan tenaga kerja, sebagaimana telah dibahas sebelumnya terkait pendingin udara prefabrikasi. Undang-undang ketenagakerjaan anak mengurangi pasokan tenaga kerja dan karena itu meningkatkan upah pekerja dewasa; hal ini bukan berarti bahwa undang-undang tersebut tidak dapat dibenarkan secara ekonomi (lihat Bab 5.4 di atas). Undang-undang yang “melindungi” pekerja perempuan memiliki efek serupa namun dengan justifikasi yang lebih lemah (lihat Bab 25.1 di bawah). Tarif (bea masuk) seringkali diajukan dan diperoleh oleh serikat pekerja sebagai sarana untuk menanggulangi keunggulan komparatif perusahaan asing yang mempekerjakan tenaga kerja murah. Undang-undang imigrasi yang ketat mencegah masuknya tenaga kerja asing murah ke Amerika Serikat yang dapat menambah pasokan tenaga kerja dan menurunkan tingkat upah.

Undang-Undang Keselamatan dan Kesehatan Kerja (*Occupational Safety and Health Act/OSHA*), yang mengatur penetapan standar minimum

federal untuk keselamatan dan kesehatan pekerja, merupakan contoh ambisius dari legislasi perlindungan pekerja. Apakah hal ini memang diperlukan? Majikan secara alami memiliki kepentingan untuk menyediakan tingkat keselamatan dan kesehatan kerja yang optimal (meskipun tidak selalu yang tertinggi). Jika suatu bahaya kecelakaan atau penyakit dapat dihilangkan dengan biaya 99 sen dan kerugian yang dicegah bernilai \$1, maka penghilangan bahaya tersebut akan menurunkan biaya gaji bersih majikan sebesar 1 sen, karena pekerja sebelumnya mengharapkan kompensasi atas risiko tersebut. Tentu saja, mungkin ada perbedaan pendapat antara majikan dan pekerja (atau wakil serikat mereka) mengenai angka-angka yang relevan, tetapi hal ini dapat diselesaikan melalui perundingan. Legislasi yang menetapkan standar keselamatan dan kesehatan kerja dapat menyebabkan tingkat perlindungan meningkat melebihi tingkat yang dikehendaki oleh pekerja maupun majikan, dan dengan demikian merugikan kedua belah pihak. Jika peraturan mewajibkan pengusaha mengeluarkan biaya \$1,05 untuk menghilangkan bahaya kesehatan yang nilai risikonya hanya \$1, maka majikan akan menurunkan tingkat upah setidaknya sebesar \$1 (karena tidak lagi harus membayar kompensasi atas bahaya tersebut) — dan kemungkinan sebesar \$1,05 (mengapa demikian?).¹⁸⁸

Barangkali argumen ini terlalu teoritis dan mengabaikan biaya informasi mengenai keselamatan kerja. Namun, sebaliknya, bisa jadi alasan utama di balik OSHA adalah untuk mengurangi persaingan dari tenaga kerja non-serikat. Jika tingkat keselamatan dan kesehatan kerja umumnya lebih rendah di perusahaan non-serikat — suatu asumsi yang masuk akal, karena semakin rendah upah pekerja maka semakin rendah biaya kehilangan akibat kecacatan — maka serikat pekerja mungkin mendorong diberlakukannya regulasi yang menaikkan standar keselamatan dan kesehatan kerja di perusahaan non-serikat agar sejajar dengan standar di perusahaan terserikat. Pengusaha non-serikat mungkin mencoba mengimbangi kenaikan biaya dengan menurunkan upah pekerjanya, tetapi jika pekerja tersebut sudah memperoleh upah minimum, maka pengusaha tidak dapat lagi menurunkan upah mereka dan biaya tenaga kerja akan meningkat relatif terhadap perusahaan terserikat. Hipotesis ini

¹⁸⁸ Analisis tidak berubah secara signifikan jika tingkat upah nominal diasumsikan tidak fleksibel karena ditentukan dalam kontrak kerja bersama. Jika serikat pekerja menuntut kenaikan upah sebesar \$2 per jam karena inflasi, peningkatan produktivitas, atau alasan lainnya, mereka hanya akan mendapatkan \$1 sebagai kompensasi kepada pemberi kerja karena telah menghilangkan bahaya kesehatan tersebut.

didukung secara tidak langsung oleh preferensi OSHA terhadap perubahan teknis (*engineering changes*) untuk mengurangi kecelakaan kerja ketimbang alat pelindung pribadi seperti penyumbat telinga dan kacamata keselamatan. Walaupun alat pelindung pribadi sering kali lebih efisien, perubahan teknis meningkatkan biaya modal, sedangkan alat pelindung pribadi meningkatkan biaya tenaga kerja.¹⁸⁹

Hipotesis tersebut juga didukung oleh bukti bahwa meskipun OSHA tanpa diragukan meningkatkan biaya pengusaha, ternyata tidak secara signifikan mengurangi jumlah kecelakaan kerja.¹⁹⁰

Mungkin pula kedua alasan di atas saling berkaitan: pekerja di pabrik non-serikat memiliki informasi yang lebih sedikit mengenai keselamatan kerja karena serikat berperan sebagai pengumpul informasi bagi anggotanya. Alasan lain yang mungkin melandasi legislasi ini adalah untuk mengoreksi ketidakefisienan yang ditimbulkan oleh program-program pemerintah dalam mendukung pekerja yang mengalami kecelakaan. Melalui program disabilitas jaminan sosial (lihat Bab 16.5 di bawah), ditambah berbagai program khusus (misalnya kompensasi bagi pekerja yang terkena penyakit paru hitam), pemerintah federal menanggung sebagian besar biaya yang timbul akibat kecelakaan atau penyakit akibat kerja. Dengan mengalihkan beban biaya kecelakaan dari pekerja dan pengusaha kepada pembayar pajak, program-program ini mengurangi insentif perusahaan untuk mempertahankan tingkat keselamatan dan kesehatan kerja yang optimal. Dalam kasus ekstrem, ketika seorang pekerja menerima kompensasi penuh dari pemerintah atas penyakit atau kecelakaan kerja (apakah hal ini realistis?), maka ia tidak memiliki insentif untuk menuntut lingkungan kerja yang aman dan sehat, dan demikian pula pengusaha tidak memiliki insentif untuk menyediakannya.

Apabila dikelola secara tepat (dengan syarat besar), OSHA mungkin hanya berfungsi menaikkan tingkat keselamatan dan kesehatan kerja ke tingkat yang akan terjadi seandainya tidak ada subsidi publik terhadap kecelakaan dan penyakit akibat kerja. Namun, permasalahan dalam menggunakan satu intervensi pemerintah di pasar (subsidi atas kecelakaan

¹⁸⁹ Lihat James C. Miller III, Apakah Tenaga Kerja Terorganisasi Rasional dalam Mendukung OSHA, 50 So. Econ. J. 881 (1984).

¹⁹⁰ Lihat Ann P. Bartel & Lacy Glenn Thomas, Dampak Langsung dan Tidak Langsung Regulasi: Pandangan Baru terhadap Dampak OSHA, 28 J. Hukum 8c Ekonomi 1 (1985); David P. McCaffrey, Penilaian Dampak Terkini OSHA terhadap Tingkat Cedera, 18 J. Sumber Daya Manusia 131 (1983);

kerja) untuk membenarkan intervensi lainnya (regulasi atas keselamatan kerja) adalah bahwa hal ini dapat memicu ekspansi pemerintah yang tidak terkendali dan tidak dibenarkan. Serangkaian langkah tambahan yang secara individual tampak masuk akal secara ekonomi jika dilihat dalam konteks sebelumnya, secara keseluruhan mungkin justru tidak rasional secara ekonomi.

G. Beberapa Isu dalam Diskriminasi Ketenagakerjaan Berdasarkan Ras, Jenis Kelamin, dan Usia

Diskriminasi rasial dalam ketenagakerjaan merupakan bagian dari isu yang lebih luas, yakni mengenai sebab-musabab dan cara-cara penyembuhan diskriminasi rasial, yang akan dibahas secara lebih mendalam dalam Bab 27. Dalam bagian ini, akan dianalisis satu topik khusus dalam diskriminasi rasial serta persoalan diskriminasi ketenagakerjaan terhadap perempuan dan kelompok usia lanjut.

1. Penolakan Serikat Pekerja terhadap Pekerja Kulit Hitam

Banyak serikat pekerja pada masa lalu enggan menerima pekerja kulit hitam sebagai anggota. Mengapa demikian? Pendekatan ekonomi memberikan penjelasan. Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, serikat pekerja berupaya menaikkan tingkat upah melebihi tingkat upah kompetitif; dan sejauh mereka berhasil, maka akan tercipta kelebihan permintaan terhadap pekerjaan yang dilindungi serikat. Terdapat berbagai cara untuk mengatasi kelebihan permintaan tersebut. Salah satunya adalah dengan melelang keanggotaan serikat, di mana pemenangnya adalah mereka yang bersedia membayar sejumlah uang yang mencerminkan nilai kini dari selisih antara upah serikat dan upah dalam pekerjaan alternatif terbaik mereka. Ini merupakan metode alokasi yang lazim jika serikat pekerja diposisikan semata-mata sebagai entitas monopoli atas tenaga kerja—yakni entitas yang membeli tenaga kerja dengan harga kompetitif dan menjualnya kembali kepada pemberi kerja dengan harga monopoli.

Namun, serikat pekerja bukanlah badan usaha, melainkan wakil (walau tidak sempurna) dari para pekerja itu sendiri. Oleh karena itu, mereka tidak akan menerapkan metode alokasi yang menghilangkan keuntungan bersih keanggotaan dari para anggotanya. Masalah dari metode alokasi non-moneter adalah bahwa metode tersebut mendorong para pelamar untuk mengeluarkan sumber daya secara riil. Apabila keanggotaan serikat didasarkan pada

keterampilan kerja, maka pelamar akan mengeluarkan biaya riil untuk memperoleh keterampilan tersebut. Persaingan dalam memperoleh keterampilan ini dapat menghilangkan surplus monopoli dari keanggotaan serikat (lih. Bab 3.2, Bab 9.3). Kriteria berbasis ras atau status tidak berubah lainnya (seperti menjadi anak dari anggota serikat) menjadi menarik karena tidak mendorong pengeluaran sumber daya dalam jumlah besar; sebab biaya untuk mengubah ras atau orang tua adalah sangat besar, bahkan mustahil.

2. Diskriminasi terhadap Perempuan dalam Ketenagakerjaan

Pertanyaan utama dalam perspektif ekonomi terkait diskriminasi ketenagakerjaan terhadap perempuan adalah: bagaimana menjelaskan perbedaan rata-rata upah antara laki-laki dan perempuan yang terus-menerus ada (rata-rata upah per jam perempuan sekitar 60 persen dari laki-laki)? Salah satu kemungkinan penjelasannya adalah diskriminasi yang irasional atau eksploitatif. Namun, kemungkinan lainnya adalah bahwa laki-laki menerima premi kompensasi atas pekerjaan yang kotor, tidak menyenangkan, atau berat—jenis pekerjaan yang didominasi laki-laki, diduga karena ketidaksukaan mereka terhadap jenis pekerjaan tersebut lebih rendah dibanding perempuan.

Kemungkinan lain (yang tidak saling eksklusif) adalah perbedaan dalam investasi terhadap modal manusia yang relevan dengan pasar. Apabila seorang perempuan mengalokasikan sebagian besar waktunya untuk pekerjaan rumah tangga, termasuk pengasuhan anak, maka ia akan memperoleh imbal hasil yang lebih rendah atas investasi modal manusia di pasar dibanding laki-laki yang berencana mengalokasikan lebih sedikit waktunya untuk pekerjaan rumah tangga. Karena pendapatan merupakan imbal hasil dari investasi modal manusia (termasuk pendidikan), maka pendapatan perempuan akan lebih rendah. Hal ini akan tercermin pula dalam pilihan jenis pekerjaan: perempuan akan lebih tertarik pada pekerjaan yang tidak membutuhkan banyak investasi modal manusia. Namun, seiring dengan menurunnya waktu yang dihabiskan perempuan untuk pekerjaan rumah tangga (sepaimana dijelaskan dalam Bab 5), maka kesenjangan upah diperkirakan akan menyempit, apabila model ekonomi ini benar.

Gerakan “*comparable worth*” (kesetaraan nilai kerja), yang kini diajukan melalui pengadilan dan lembaga legislatif, bertujuan untuk menyetarakan tingkat upah dari pekerjaan yang umumnya dilakukan perempuan (misalnya sekretaris) dengan pekerjaan yang didominasi laki-laki

(seperti sopir truk). Usulan tersebut menghendaki penentuan nilai kerja yang “setara” dan jika nilai tersebut setara, maka upah harus disetarakan (dengan menaikkan upah yang lebih rendah), tanpa memperhatikan kondisi pasar. Upaya untuk memisahkan “nilai kerja” dari “nilai pasar” menimbulkan kegelisahan di kalangan ekonom. Apabila seorang sopir truk memperoleh upah lebih tinggi dari sekretaris, walaupun mereka bekerja dengan jam kerja yang sama dan pendidikan yang serupa, maka kecenderungan seorang ekonom adalah menganggap pasar sedang mengompensasi kelangkaan keterampilan atau mengimbangi aspek pekerjaan yang tidak menyenangkan, bukan berdasarkan stereotipe usang yang mulai hilang. Oleh karena itu, bila pengukuran “comparable worth” gagal menangkap perbedaan nilai tersebut, hal itu dipandang akibat kelemahan dalam metode pengukuran, bukan karena tidak adanya perbedaan nilai riil.

Jika prinsip “comparable worth” diterapkan, maka konsekuensinya adalah sebagai berikut: apabila upah dalam pekerjaan yang didominasi perempuan dinaikkan, jumlah pekerjaan dalam bidang tersebut akan berkurang, karena pemberi kerja akan mencari input pengganti yang lebih murah (misalnya mengganti juru ketik dengan pengolah kata otomatis), dan konsumen akan beralih ke produk lain dari perusahaan yang tidak terkena dampak kenaikan biaya produksi akibat kebijakan tersebut. Di saat yang sama, laki-laki akan mulai bersaing untuk posisi tersebut karena daya tarik upah yang meningkat. Maka, tingkat partisipasi perempuan dalam klasifikasi pekerjaan yang sebelumnya dianggap cocok bagi mereka akan turun. Sebagian perempuan yang kehilangan pekerjaan akan beralih ke pekerjaan dominan laki-laki seperti sopir truk — mungkin menggantikan laki-laki yang kini menjadi sekretaris! Akan tetapi, perempuan tersebut mungkin tidak merasa lebih puas dalam pekerjaan barunya; bukankah pada dasarnya tidak ada yang menghalangi perempuan menjadi sopir truk sejak awal, jika memang itu yang mereka inginkan?

Akhirnya, bila sistem “comparable worth” diterapkan, insentif perempuan untuk berinvestasi dalam modal manusia yang berguna di pekerjaan tradisional laki-laki akan menurun, karena upah relatif dari pekerjaan tersebut menurun. Dengan demikian, segregasi pekerjaan berbasis gender kemungkinan besar tidak akan berubah secara signifikan.

3. Pembatasan Usia dalam Ketenagakerjaan

Hukum federal melarang pemberi kerja, baik di sektor publik maupun swasta, untuk mewajibkan pekerjaanya pensiun sebelum usia 70 tahun, kecuali untuk jenis pekerjaan tertentu seperti pilot maskapai penerbangan. Pendekatan ekonomi memandang intervensi pemerintah terhadap keputusan pemberi kerja dalam menggunakan usia sebagai dasar pengakhiran hubungan kerja (baik secara selektif maupun umum melalui batas usia pensiun wajib) dengan skeptis. Argumen yang diajukan adalah bahwa penggunaan usia bersifat arbitrer. Meskipun benar bahwa usia merupakan proksi yang tidak sempurna untuk mengukur produktivitas, hal ini tidak cukup menjadi dasar ekonomi bagi campur tangan negara dalam pasar tenaga kerja.

Penggunaan karakteristik tunggal dan mudah diukur seperti usia menghemat biaya informasi. Memang benar, terdapat pula ketidakefisienan: terkadang pekerja yang lebih kompeten akan digantikan oleh pekerja yang kurang kompeten. Namun hal ini tidak menjadikan penggunaan usia sebagai indikator efisiensi oleh pemberi kerja menjadi tidak efisien. Tujuan pemberi kerja adalah meminimalkan jumlah dari dua jenis biaya: biaya karena mempertahankan pekerja yang kurang optimal akibat tidak melakukan penilaian individual terhadap kemampuan, dan biaya pengumpulan informasi untuk melakukan penilaian tersebut. Bila total biaya tersebut dapat diminimalkan melalui batas usia pensiun wajib, maka pemberi kerja akan menerapkannya; jika tidak, maka ia tidak akan melakukannya. Tidak terdapat eksternalitas yang dapat membenarkan intervensi pemerintah.

Bacaan yang Disarankan

1. Thomas J. Campbell, *Labor Law and Economics*, akan terbit dalam *Stanford Law Review*, vol. 37 (1986).
2. Richard A. Epstein, *A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation*, 92 *Yale Law Journal* 1357 (1983).
3. ———, *In Defense of the Contract at Will*, 51 *University of Chicago Law Review* 947 (1984).
4. Robert H. Lande & Richard O. Zerbo, Jr., *Reducing Unions' Monopoly Power: Costs and Benefits*, 28 *Journal of Law and Economics* 297 (1985).

5. Edward P. Lazear, *A Competitive Theory of Monopoly Unionism*, 73 *American Economic Review* 631 (1983).
6. Cotton M. Lindsay & Charles A. Shanor, *County of Washington v. Gunther: Economic and Legal Considerations for Resolving Sex-Based Wage Discrimination Cases*, 1 *Supreme Court Economic Review* 185 (1982).
7. Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, hlm. 66–97 (1965).
8. Richard A. Posner, *Some Economics of Labor Law*, 51 *University of Chicago Law Review* 988 (1984).
9. Albert Rees, *The Economics of Trade Unions* (edisi revisi ke-2, 1977).
10. George J. Stigler, *The Theory of Price*, bab 16 (edisi ke-3, 1966).
11. *Symposium: The Conceptual Foundations of Labor Law*, 51 *University of Chicago Law Review* 947 (1984) (termasuk Bacaan Disarankan nomor 3 dan 8).

Permasalahan

1. *Closed Shop*, yang dilarang berdasarkan *Taft-Hartley Act*, terjadi ketika pemberi kerja menyepakati dengan serikat pekerja untuk hanya mempekerjakan pekerja yang telah menjadi anggota serikat (berbeda dengan *union shop*, di mana pekerja wajib bergabung dengan serikat setelah serikat tersebut menjadi wakil perundingan kolektif untuk unit mereka). Apa fungsi ekonomi dari keberadaan sistem *closed shop*?
2. Apakah serikat pekerja cenderung lebih kuat dalam industri jasa atau industri manufaktur? Dalam sektor publik atau sektor swasta? Secara lebih umum, faktor-faktor apa saja yang membuat suatu industri cenderung mengalami serikatisasi? (Lihat pula Bab 10.2 di atas.)
3. Apa sebenarnya yang menjadi tujuan maksimalisasi dari pimpinan serikat pekerja? Apakah mereka berupaya memaksimalkan upah per jam rata-rata anggota? Upah tahunan rata-rata? Total upah dari semua pekerja yang dipekerjakan dalam kegiatan yang diserikatkan? Apa pengaruh yang berbeda dari berbagai tujuan maksimalisasi tersebut terhadap ukuran serikat? Mengapa pimpinan serikat mungkin juga peduli terhadap ukuran serikat, selain terhadap pendapatan anggotanya? Bagaimana hal ini menjelaskan praktik *featherbedding* (yaitu

penciptaan pekerjaan yang tidak perlu demi mempertahankan lapangan kerja)?

4. Upah telah meningkat lebih cepat pada pekerjaan yang tidak diserikatkan, terutama pekerjaan rumah tangga, dibanding pekerjaan yang diserikatkan. Apakah hal ini menunjukkan bahwa serikat pekerja tidak efektif dalam menaikkan upah di atas tingkat pasar yang kompetitif?
5. Apakah serikat pekerja dapat menaikkan upah di atas tingkat pasar yang kompetitif dalam jangka panjang, jika pemberi kerja menjual produknya di pasar barang yang kompetitif? Atau jika seluruh pekerja tergabung dalam serikat?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XII

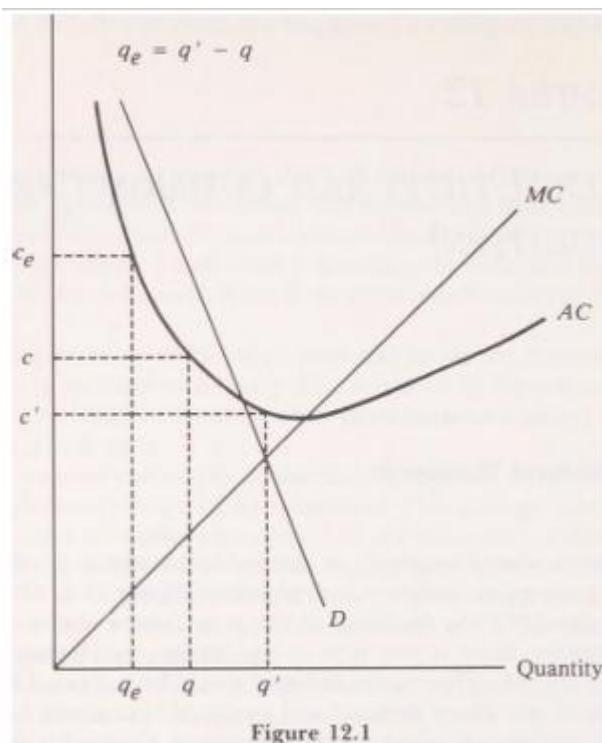
REGULASI PUBLIK ATAS UTILITAS¹⁹¹

A. Monopoli Alamiah dan Pengangkutan Umum (*Common Carrier*)

Situasi di mana monopoli tidak dapat dihindari karena merupakan cara paling murah untuk mengorganisasi suatu industri digambarkan dalam Gambar 12.1. Perhatikan bahwa biaya rata-rata (*average cost/AC*) mengalami penurunan pada titik perpotongannya dengan kurva permintaan. Misalkan terdapat satu perusahaan di pasar yang memproduksi sejumlah q unit dengan biaya rata-rata sebesar c . Jelas bahwa efisiensi akan meningkat apabila produksi ditingkatkan hingga q' , yaitu pada titik di mana permintaan dan biaya marginal saling berpotongan.

Terdapat dua cara untuk mencapai jumlah *output* yang lebih besar tersebut. Pertama, perusahaan yang ada menambah produksi sebanyak $q' - q$ unit. Kedua, perusahaan baru masuk ke pasar dan memproduksi sejumlah qe unit (sama dengan $q' - q$). Pada titik q' , biaya rata-rata perusahaan eksisting adalah c' , sedangkan perusahaan pendatang baru harus menanggung biaya rata-rata sebesar ce untuk memproduksi qe unit, di mana ce lebih tinggi daripada c' . Maka, lebih murah apabila perusahaan yang sudah ada memasok tambahan *output* tersebut, bukan karena perusahaan tersebut lebih efisien dalam arti kurva biayanya lebih rendah dibanding perusahaan lain — karena pada Gambar 12.1 biaya antara perusahaan lama dan baru adalah identik — tetapi karena satu perusahaan dapat menyediakan seluruh *output* yang diminta dengan biaya yang lebih rendah dibanding jika ada lebih dari satu perusahaan. Kondisi ini dikenal sebagai monopoli alamiah (*natural monopoly*).

¹⁹¹ Untuk pengantar yang baik mengenai pokok bahasan hukum dalam bab ini dan bab berikutnya, lihat Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform* (1982); Ernest Gellhorn & Richard J. Pierce, Jr., *Regulated Industries in a Nutshell* (1982); Thomas D. Morgan, *Economic Regulation of Business: Cases and Materials* (edisi ke-2, 1985).



Kondisi ini terjadi apabila biaya tetap (*fixed cost*) sangat besar dibanding permintaan. Jika biaya tetap tersebut dapat didistribusikan ke seluruh *output* pasar, maka satu perusahaan yang memasok seluruh *output* akan memiliki biaya rata-rata produksi yang lebih rendah daripada dua perusahaan yang sama efisien, yang masing-masing menanggung biaya tetap yang sama, namun hanya menyebarkannya ke setengah *output*. Hal ini tetap dimungkinkan meskipun biaya marginal meningkat terhadap jumlah *output* (sebagaimana dalam Gambar 12.1).

Sebagai ilustrasi, anggap biaya tetap untuk memproduksi suatu layanan adalah 10, dan biaya marginal meningkat sebagaimana ditunjukkan dalam Tabel 12.1 (yang menjadi dasar Gambar 12.1). Jika total *output* pasar adalah 6 unit atau kurang, maka satu perusahaan dapat memasok seluruh *output* tersebut dengan total biaya yang lebih rendah dibanding dua atau lebih perusahaan (misalnya, jika *output* adalah 6 unit, total biaya satu perusahaan adalah 31, sementara total biaya dua perusahaan, masing-masing memproduksi 3 unit, adalah 32). Oleh karena itu, efisiensi menuntut bahwa hanya satu perusahaan yang melayani pasar tersebut, kecuali apabila permintaan mencapai 7 unit atau lebih.

Tabel 12.1

Output	Biaya Tetap	Biaya Total Tetap Variabel	Biaya Marginal	Biaya Rata-rata
1	10	11	1	11,0
2	10	13	2	6,5
3	10	16	3	5,3
4	10	20	4	5,0
5	10	25	5	5,0
6	10	31	6	5,2
7	10	38	7	5,4
8	10	46	8	5,8

Table 12.1

Output	Fixed Costs	Total Costs		Marginal Cost	Average Total Cost
		Fixed	Variable		
1	10		11	1	11.0
2	10		13	2	6.5
3	10		16	3	5.3
4	10		20	4	5.0
5	10		25	5	5.0
6	10		31	6	5.2
7	10		38	7	5.4
8	10		46	8	5.8

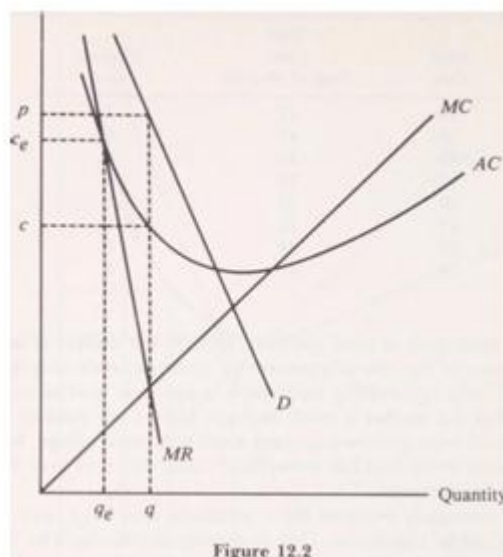
Contoh yang wajar dari monopoli alamiah adalah layanan listrik lokal; pasar ini terbatas secara geografis karena biaya penyaluran listrik jarak jauh sangat mahal, sedangkan biaya tetap (peralatan pembangkit, jaringan kabel di seluruh kota, dll.) sangat tinggi. Namun apabila pasar cukup kecil, hampir semua jenis perusahaan dapat memiliki monopoli alamiah — misalnya toko kelontong di desa terpencil — karena setiap perusahaan memiliki sejumlah biaya tetap, yang dapat mendominasi apabila *output* rendah.

Monopoli alamiah menimbulkan tiga permasalahan yang dianggap layak untuk diatur oleh otoritas publik.

Pertama adalah penetapan harga monopoli. Perusahaan yang melayani pasar monopoli alamiah memiliki insentif yang sama seperti perusahaan lain

untuk memaksimalkan keuntungan dengan cara membatasi *output*, namun perusahaan tersebut memiliki peluang lebih besar untuk mencapai tujuan tersebut karena tidak perlu menanggung biaya hukum dan administratif akibat kolusi atau akuisisi korporasi. Dalam situasi seperti ini, hukum persaingan usaha (*antitrust law*) menjadi tidak efektif (mengapa demikian?).

Permasalahan kedua (yang secara sepintas tampak bertentangan dengan yang pertama) adalah dorongan terhadap masuknya perusahaan secara tidak efisien, sebagaimana digambarkan dalam Gambar 12.2. Monopolis menjual jumlah q pada harga p , sebagaimana ditentukan oleh perpotongan antara biaya marginal dan pendapatan marginal. Pendaftar baru, setelah melihat bahwa ia dapat memasok sebagian pasar, q_e , pada biaya rata-rata (c_e) yang lebih rendah daripada harga pasar, memiliki insentif untuk masuk. Setelah ia masuk, perusahaan yang ada harus memilih antara menurunkan harga atau mengurangi *output*. Jika memilih untuk mengurangi *output*, maka biaya rata-rata produksi akan menjadi lebih tinggi daripada yang seharusnya. (Apa yang akan terjadi jika sebaliknya perusahaan tersebut memilih untuk menurunkan harga?) Ini merupakan contoh dari kecenderungan bahwa *economic rent* (keuntungan ekonomi) akan berubah menjadi biaya (lihat Bab 1.1, 3.2, 9.3 sebelumnya).



Permasalahan ketiga adalah kesulitan dalam merancang struktur harga yang efisien. Pada titik dalam Gambar 12.1 dan 12.2 di mana biaya marginal berpotongan dengan kurva permintaan, biaya rata-rata perusahaan lebih besar

daripada biaya marginalnya. Dengan kata lain, unit terakhir dari output memerlukan biaya produksi yang lebih rendah dibanding rata-rata biaya seluruh unit yang diproduksi. Maka, apabila perusahaan menjual seluruh *outputnya* pada harga sama dengan biaya marginal (*marginal cost pricing*), total pendapatan akan lebih kecil daripada total biaya. Namun apabila perusahaan kemudian menjual pada harga yang sama dengan biaya rata-rata (*average cost pricing*), maka hal itu akan mendorong pembeli marjinal untuk beralih ke produk substitusi, meskipun biaya produksinya lebih tinggi daripada apabila produksi barang pertama ditingkatkan hingga titik di mana harga sama dengan biaya *marginal*. Dalam hal ini, pembeli marjinal dihadapkan pada alternatif yang secara sosial tidak akurat (*distorsi efisiensi alokatif*).

Jawaban hukum terhadap permasalahan monopoli alamiah adalah pengaturan melalui rezim utilitas publik dan pengangkutan umum (*common carrier regulation*). Bentuk regulasi ini memiliki tiga unsur utama:

1. Pengendalian keuntungan (tarif perusahaan yang diatur tidak boleh melebihi tingkat yang diperlukan untuk menutup biaya penyediaan layanan, termasuk pengembalian yang wajar atas modal yang diinvestasikan);
2. Pengendalian terhadap masuknya perusahaan baru (suatu perusahaan tidak boleh menyediakan layanan yang diatur tanpa terlebih dahulu memperoleh sertifikat kelayakan dan kebutuhan publik dari otoritas regulator); dan
3. Pengendalian struktur harga (perusahaan dilarang melakukan diskriminasi tarif).

Ketiga bentuk pengendalian tersebut — yang akan dibahas lebih lanjut dalam bagian-bagian berikut — berkaitan langsung dengan tiga permasalahan monopoli alamiah yang telah diuraikan di atas. Pertanyaan besar yang muncul adalah: Apakah pengendalian-pengendalian tersebut benar-benar mampu menyelesaikan permasalahan tersebut?

B. Pengendalian Keuntungan dan Permasalahan Pengembangan yang Wajar

Terdapat metode standar yang lazim digunakan oleh lembaga pengatur utilitas publik untuk membatasi keuntungan perusahaan yang tunduk pada

regulasi. Lembaga tersebut pertama-tama memilih satu tahun operasional perusahaan yang terkini dan dianggap representatif, lalu menghitung seluruh biaya yang dikeluarkan oleh perusahaan pada tahun tersebut dalam rangka penyelenggaraan layanan yang diatur, dikurangi seluruh biaya modal termasuk bunga atas utang jangka panjang. Biaya-biaya yang termasuk ini disebut sebagai biaya pelayanan tahun uji (*test-year cost of service*).

Kepada biaya pelayanan tersebut, lembaga regulator menambahkan suatu tingkat pengembalian yang wajar atas modal yang diinvestasikan (yakni utang jangka panjang ditambah ekuitas). Komponen pengembalian ini dihitung dengan cara mengalikan basis tarif (*rate base*) perusahaan—yaitu estimasi nilai dari aset modal yang digunakan oleh perusahaan dalam menyelenggarakan layanan yang diatur—dengan tingkat pengembalian yang dianggap wajar oleh lembaga regulator. Tingkat pengembalian wajar tersebut dihitung sebagai rata-rata tertimbang antara tingkat bunga jangka panjang dan tingkat pengembalian kepada pemegang saham ekuitas yang dianggap sesuai dengan tingkat risiko investasi serta tingkat pengembalian yang dinikmati oleh pemegang saham perusahaan sejenis.

Komponen pengembalian ini, ketika ditambahkan ke biaya pelayanan, akan menentukan kebutuhan pendapatan (*revenue requirements*) perusahaan. Perusahaan kemudian menyerahkan kepada lembaga regulator suatu skedul tarif yang dirancang untuk menghasilkan jumlah pendapatan yang tepat sebesar kebutuhan pendapatan tersebut, dengan asumsi bahwa jumlah permintaan terhadap jasa perusahaan tetap sama dengan yang terjadi pada tahun uji. Setelah disetujui, tarif-tarif tersebut menjadi tarif maksimum yang dapat dikenakan oleh perusahaan.

Penentuan biaya pelayanan tahun uji relatif tidak rumit, meskipun sebagian keuntungan monopoli dapat disamarkan dalam pos biaya seperti gaji manajerial dan fasilitas tambahan lainnya. Akan tetapi, penentuan komponen pengembalian menimbulkan kesulitan yang signifikan. Isu yang banyak menjadi perhatian pengadilan dan para sarjana hukum adalah apakah basis tarif tersebut seharusnya diukur berdasarkan biaya perolehan awal yang telah disusutkan dari aset modal perusahaan atau berdasarkan biaya penggantinya (*replacement cost*).

Isu ini menjadi sangat penting pada masa inflasi, ketika biaya untuk mengganti suatu aset modal yang berumur panjang dapat meningkat jauh melebihi biaya perolehannya semula. Jika digunakan pendekatan biaya

penggantian, maka perusahaan utilitas berhak memperoleh tingkat pengembalian yang lebih tinggi, yang pada akhirnya akan berdampak pada meningkatnya tarif layanan.

Contoh berikut dapat menggambarkan permasalahan ini sekaligus mengarahkan kita pada solusi yang tepat secara ekonomi. Misalnya, suatu perusahaan membeli sebuah mesin seharga \$10.000 yang dapat menghasilkan 1.000 unit per tahun dan memiliki umur manfaat selama 20 tahun. Biaya operasional per unit adalah \$1, dan biaya tahunan modal (*cost of capital*) sebesar 5%. Maka, biaya rata-rata produksi adalah \$2,3. Permintaan atas produk perusahaan tersebut meningkat, dan pada tahun ke-10, perusahaan memutuskan untuk membeli mesin kedua. Namun, harga mesin telah naik menjadi \$15.000, dan walaupun biaya operasional tetap, biaya modal meningkat menjadi 6%. Dengan demikian, biaya rata-rata produksi dari mesin kedua adalah \$2,65. Maka, berapakah harga yang seharusnya ditetapkan oleh perusahaan: \$2,00, \$2,325, atau \$2,65?

Analisis ekonomi memberikan jawaban bahwa harga seharusnya adalah \$2,65. Harga yang lebih rendah dapat mendorong perusahaan untuk membuat keputusan investasi yang keliru. Misalnya, jika harga ditetapkan sebesar \$2,33, konsumen yang menilai produk tersebut antara \$2,33 hingga \$2,65 akan berusaha untuk membelinya. Menghadapi kelebihan permintaan, perusahaan mungkin akan membeli mesin ketiga. Ketika harga kemudian dinaikkan agar menutupi biaya produksi pada mesin ketiga (yang juga diasumsikan sebesar \$2,65), perusahaan akan kehilangan banyak pelanggan baru dan mengalami *overinvestment* (investasi berlebih).

Jika biaya penggantian (yaitu biaya saat ini) merupakan standar ekonomi yang benar, mengapa perdebatan antara biaya awal dan biaya penggantian masih sangat kontroversial? Terdapat tiga alasan.

Pertama, biaya penggantian tidak selalu menjadi standar ekonomi yang tepat. Jika aset modal utama suatu industri (misalnya rel kereta api, lokomotif, dan terminal) tidak akan sepenuhnya diganti karena permintaan atas produk industri tersebut terus menurun, maka penetapan harga berdasarkan biaya penggantian akan menghalangi pemanfaatan optimal atas kapasitas yang sudah ada dengan cara mengusir konsumen. Tidak ada manfaatnya membebaskan konsumen dengan biaya penggantian aset yang tidak akan diganti. Standar yang tepat dalam kasus seperti ini adalah biaya peluang dari aset yang ada; dan apabila, seperti pada kasus perkeretaapian, aset tersebut

sangat spesifik (tidak dapat dengan mudah dialihkan ke penggunaan alternatif), maka biaya peluangnya bisa jauh lebih rendah daripada biaya penggantinya (bdk. Bab 10.6 sebelumnya, Bab 12.4 berikutnya).

Kedua, jika biaya awal lebih rendah dibanding biaya penggantinya, penggunaan biaya penggantian untuk menentukan kebutuhan pendapatan perusahaan akan menyebabkan pendapatan perusahaan melebihi biaya yang tercatat dalam pembukuannya, sehingga tampak seolah-olah pemegang saham memperoleh keuntungan besar yang tidak wajar (*windfall*). Namun, keuntungan tersebut mungkin semu dan hanya disebabkan oleh inflasi⁴, dan dalam hal apa pun akan diimbangi oleh kerugian yang dialami oleh pemegang saham dan kreditur dari perusahaan lain, seperti perusahaan perkeretaapian, di mana nilai sumber daya spesifik telah jatuh karena turunnya permintaan atas produk industri tersebut. Secara *ex ante*, tidak terdapat *windfall*.

Ketiga, isu hukum antara biaya saat ini dan biaya penggantian muncul dalam bentuk yang menyamakan realitas ekonominya. Jaminan konstitusional atas kompensasi yang adil dalam peristiwa pengambilan oleh pemerintah telah diinterpretasikan bahwa pemegang saham dari perusahaan utilitas publik berhak atas tingkat pengembalian yang wajar atas investasinya. Terdapat dua pertanyaan yang relevan dalam menilai apakah penggunaan standar biaya awal dalam menetapkan batas tarif suatu utilitas publik mencegah pemegang saham memperoleh pengembalian yang wajar.

Pertama, apakah para pemegang saham memiliki pengetahuan tentang standar yang akan diterapkan saat mereka melakukan investasi? Jika mereka mengetahui bahwa lembaga regulator menerapkan standar biaya awal, maka sulit untuk mengklaim adanya tindakan perampasan (*confiscation*); karena secara logis, meskipun dengan ketentuan tersebut, investasi mereka pada perusahaan yang diatur tetap lebih menarik dibandingkan peluang investasi lainnya, atau mereka tidak akan menanamkan modal.

Kedua, apakah keuntungan tambahan yang diperoleh pemegang saham sebagai akibat penggunaan standar biaya penggantian berada dalam cakupan jaminan kompensasi yang adil? Hal ini mungkin tergantung pada apakah keuntungan tersebut dikategorikan sebagai *windfall*. Kedua pertanyaan ini justru mengalihkan perhatian dari pertanyaan pokok, yaitu apakah standar biaya awal memiliki dasar ekonomi yang sehat.

Kesulitan besar lainnya dalam menentukan komponen pengembalian dalam kebutuhan pendapatan perusahaan yang diatur adalah penentuan biaya

modal ekuitas. Namun, pembahasan mengenai persoalan ini akan ditunda hingga bab mengenai teori pasar modal (lihat Bab 15.4).

C. Beberapa Masalah Lain yang Timbul dari Upaya Pembatasan Laba Perusahaan yang Diatur

Penggunaan biaya masa lalu, alih-alih biaya saat ini, menyebabkan tarif yang disetujui oleh lembaga regulator menjadi tidak sesuai dengan kondisi aktual. Apabila biaya meningkat sejak tahun uji (*test year*), maka tarif yang ditetapkan menjadi terlalu rendah untuk menutupi biaya saat ini, dan perusahaan mungkin tidak dapat mengejar ketertinggalan tersebut dengan segera mengajukan permohonan kenaikan tarif. Sebaliknya, jika biaya menurun, tarif saat ini menjadi terlalu tinggi. Apabila permintaan meningkat, tarif juga bisa menjadi terlalu tinggi, mengingat tarif dihitung dengan membagi kebutuhan pendapatan perusahaan dengan *output* pada tahun uji, padahal biaya rata-rata untuk *output* yang lebih tinggi cenderung menurun apabila perusahaan beroperasi dalam wilayah biaya rata-rata yang menurun. Perlu pula dicermati bahwa penundaan akibat penggunaan tahun uji menciptakan peluang manipulatif: perusahaan dapat menurunkan kualitas produk atau layanannya demi menurunkan biaya aktualnya di bawah biaya pada tahun uji, sehingga meningkatkan keuntungannya secara tidak sah.

Popularitas konsep biaya historis dan tahun uji mencerminkan konflik abadi antara teori ekonomi dan keterlaksanaan (*feasibility*) dalam regulasi tarif. Kedua metode ini mempermudah penggunaan catatan keuangan internal perusahaan sebagai sumber informasi utama dalam proses penetapan tarif. Akan tetapi, keduanya juga menghasilkan penyimpangan serius dari prinsip penetapan harga yang efisien.

Dalam periode inflasi ringan dan harga *input* riil yang stabil atau menurun, regulasi utilitas publik tampaknya tidak berpengaruh signifikan terhadap tingkat harga atau laba, yang menandakan kegagalan sistem ini sebagai mekanisme pengendalian monopoli. Namun dalam periode inflasi tajam, keterlambatan regulasi dapat berdampak fatal bagi perusahaan, dengan laba yang tertekan jauh di bawah tingkat kompetitif, menunjukkan koreksi yang berlebihan (*overcorrection*). Kesalahan dalam pembatasan tarif dan laba ini tidak saling meniadakan. Jika tarif terlalu tinggi, konsumen terdorong membeli produk substitusi yang sebenarnya lebih mahal secara sosial. Jika

tarif terlalu rendah, konsumen justru menjauhi substitusi yang lebih murah secara sosial. Dalam kedua kasus, sumber daya terbuang sia-sia.

Efek Samping Regulasi Utilitas Publik:

1. Insentif Lemah untuk Efisiensi Biaya Apabila regulasi berhasil menempatkan harga utilitas publik pada basis *cost-plus*, maka insentif perusahaan untuk menekan biaya menjadi lemah. Penalti bagi monopoli yang gagal meminimalkan biaya hanyalah laba yang lebih rendah. Regulasi publik justru melemahkan penalti ini. Namun, penundaan regulasi secara paradoks dapat membatasi dampak negatif tersebut—suatu bukti bahwa kelambanan birokrasi bisa berdampak positif.
2. Pergeseran Kompensasi ke Bentuk yang Kurang Terpantau Keberhasilan lembaga regulator dalam memantau biaya perusahaan cenderung tidak merata. Karena lebih mudah mengawasi gaji daripada fasilitas tambahan (*perquisites*), manajemen perusahaan cenderung mengalihkan kompensasi ke dalam bentuk *perquisites*. Pergeseran ini menurunkan nilai apabila satu dolar yang dihabiskan untuk fasilitas lebih rendah nilainya dibandingkan satu dolar yang diberikan dalam bentuk tunai. Pertanyaan lanjutan: Bagaimana analisis ini berubah jika *perquisites* tidak dikenakan pajak?
3. Substitusi Modal Berlebihan karena Regulasi Biaya Modal Tidak Efektif Apabila biaya modal ekuitas tidak dikendalikan seefektif biaya tenaga kerja—suatu asumsi yang masuk akal mengingat kesulitan mengestimasi biaya modal ekuitas—perusahaan yang diatur cenderung menggunakan modal secara berlebihan dibanding tenaga kerja. Misalnya, perusahaan bisa membangun pabrik lebih besar dari kebutuhan sebenarnya. Perusahaan mengetahui bahwa begitu pabrik dibangun, biaya modal menjadi biaya tetap, yang mungkin tidak diperhitungkan oleh pengadilan saat menilai apakah harga jual produk lebih rendah dari biaya. Bahkan jika perusahaan gagal menyingkirkan pesaingnya, ia tetap diuntungkan apabila regulator mengizinkan perusahaan mengklaim seluruh biaya modalnya—termasuk keuntungan monopolistik.

Insentif berlebih untuk menggunakan modal dapat menjelaskan fenomena klasik dalam industri kereta api: keengganan perusahaan kereta untuk *short-haul itself*. Misalnya, perusahaan X memiliki jalur A

ke C sejauh 800 mil, dan A ke B sejauh 400 mil; perusahaan Y memiliki jalur B ke C sejauh 200 mil. Maka, secara efisien dan cepat, barang dikirim dari A ke C melalui B (kerjasama X dan Y). Tanpa regulasi, X akan memilih jalur A-B-C. Namun, dengan regulasi, memilih jalur pendek justru menurunkan biaya modal X dan mengakibatkan tarif yang dapat dibenarkan lebih rendah. Akibatnya, X mungkin lebih memilih jalur yang lebih panjang dan tidak efisien, hanya demi menjaga komponen biaya modalnya tetap tinggi.

4. Peluang Alihkan Laba ke Afiliasi Tak Diatur
Jika perusahaan memiliki afiliasi yang tidak diatur, pengawasan terhadap laba oleh lembaga regulator menjadi sulit. Perusahaan dapat mengalihkan sebagian laba ke afiliasi tersebut. Regulasi ini, secara tidak langsung, mendorong ekspansi ke pasar yang tidak diatur, meski ekspansi itu secara ekonomi tidak efisien. Satu solusi adalah melarang perusahaan yang diatur untuk beroperasi di pasar bebas, tetapi hal ini bisa mencegah ekspansi yang justru efisien.

Model kebijakan yang ambigu terlihat dalam kebijakan FCC pasca putusan *consent decree* atas AT&T, yang memisahkan perusahaan operator telepon dari perusahaan induknya. FCC mengizinkan perusahaan hasil divestasi untuk menjual peralatan terminal (misalnya, telepon) di pasar yang tidak diatur, namun hanya melalui anak perusahaan terpisah—dengan personel, fasilitas, dan lokasi terpisah pula. Kebijakan ini bertentangan dengan alasan ekonomis memperbolehkan perusahaan utilitas menjual produk di pasar bebas, yakni karena potensi efisiensi dari *joint operation*, yang justru dihambat oleh aturan pemisahan total tersebut.

Alasan utama kebijakan ini adalah untuk mencegah dua bentuk penyalahgunaan oleh perusahaan hibrida:

Predatory pricing di pasar yang tidak diatur: Perusahaan dapat mengalihkan sebagian biaya dari pasar bebas ke pasar yang diatur agar dapat menurunkan harga di pasar bebas (meski rugi secara sosial), tetapi tetap untung secara privat karena biaya tersebut diganti melalui tarif di pasar regulasi. Pertanyaan: Apakah perusahaan harus menetapkan harga predator untuk mendapatkan keuntungan ini?

Penyalahgunaan posisi monopoli di pasar regulasi untuk mendukung produk di pasar bebas: Perusahaan dapat mendorong pelanggan regulasi untuk

membeli perangkat dari afiliasi bebasnya dengan cara memberikan layanan lebih baik hanya kepada pengguna perangkat sendiri. Ini bukan strategi predator dalam arti harga rendah, tetapi strategi untuk membuat produk pesaing tampak lebih mahal dibanding kenyataan.

D. Regulasi Berbasis Insentif

Keterlambatan regulasi (*regulatory lag*) merupakan metode yang tidak sempurna dalam memberikan imbalan kepada pelaku monopoli yang efisien dan memberikan sanksi kepada pelaku monopoli yang tidak efisien dalam sektor yang diatur. Biaya-biaya yang ditanggung oleh badan usaha yang diatur dapat meningkat karena alasan-alasan yang tidak berkaitan dengan efisiensi, seperti inflasi atau kenaikan harga atas suatu input utama, atau justru menurun karena alasan-alasan yang juga tidak berkaitan dengan efisiensi, seperti peningkatan permintaan yang memungkinkan badan usaha tersebut menyebarkan biaya tetapnya secara lebih luas. Keterlambatan regulasi tersebut mengakibatkan kerugian tak terduga pada situasi pertama dan keuntungan tak terduga pada situasi kedua.

Salah satu cara untuk menyesuaikan tingkat keuntungan yang diperbolehkan secara lebih erat dengan kinerja badan usaha adalah dengan memperbolehkan perubahan tarif berdasarkan perubahan indeks biaya industri secara agregat. Misalnya, terdapat 20 perusahaan penyedia listrik yang melayani wilayah yang berbeda, tetapi memiliki ukuran dan karakteristik operasional yang sebanding, dan dalam satu periode, rata-rata biaya per kilowatt dari perusahaan-perusahaan tersebut meningkat sebesar 1%. Maka, perubahan tarif yang diperbolehkan akan mencerminkan perubahan tersebut.

Proses ini meniru mekanisme persaingan, di mana perusahaan yang memiliki biaya lebih rendah memperoleh keuntungan di atas rata-rata (*supracompetitive profits*) dalam jangka pendek. Dalam jangka panjang, ketika perusahaan yang lebih efisien meningkatkan produksi untuk mendekatkan biaya marginal dengan harga pasar, tingkat harga akan menurun, dan agar tetap dapat memperoleh keuntungan di atas rata-rata, perusahaan harus terus menemukan cara-cara baru untuk menurunkan biaya. Demikian pula, dalam pendekatan berbasis indeks ini, upaya dari badan usaha untuk melampaui rata-rata dengan pengendalian biaya yang lebih baik akan menyebabkan rata-rata tersebut menurun (baik secara langsung maupun dengan mendorong perusahaan yang terus-menerus tampil di bawah rata-rata

untuk mengganti manajemen), sehingga menciptakan tekanan yang terus-menerus untuk melakukan efisiensi biaya secara berkelanjutan.

Pendekatan ini harus dibedakan dari mekanisme *automatic pass-through* terhadap biaya bahan bakar yang menjadi populer ketika harga bahan bakar melonjak drastis pada tahun 1970-an. Mekanisme *pass-through* memungkinkan badan usaha yang diatur untuk menambahkan satu dolar pada tarifnya (tanpa melalui proses penetapan tarif secara formal) setiap kali terjadi kenaikan harga bahan bakar yang menambah satu dolar terhadap biaya jasanya. Dalam skema ini, insentif untuk melakukan penghematan dalam penggunaan bahan bakar, melakukan negosiasi harga yang lebih baik, beralih ke bahan bakar yang lebih murah, dan sebagainya, menjadi tidak memadai.

Kini sudah menjadi jelas bahwa terdapat permasalahan yang sangat kompleks, bahkan mungkin tidak terselesaikan, dalam mendorong badan usaha monopoli yang diatur untuk bertindak secara efisien tanpa memberikan keuntungan monopoli kepada mereka. Secara fungsional, permasalahan ini berakar dari *kepemilikan yang terbagi*: hak milik atas aset-aset badan usaha yang diatur pada hakikatnya terbagi antara badan usaha tersebut dan otoritas pengatur. Karena permasalahan kepemilikan yang terbagi ini merupakan persoalan yang berulang dalam ranah yang diatur oleh *common law*, maka mungkin terdapat alternatif berbasis *common law* terhadap sistem regulasi atas utilitas publik; hal ini akan dibahas lebih lanjut dalam bab berikutnya, di mana kami membandingkan metode *common law* dan metode regulasi langsung secara umum (lihat Bab 13.7 *infra*).

E. Regulasi terhadap Struktur Tarif dan Masuknya Pelaku Usaha

Perpaduan antara pengendalian keuntungan (*profit control*) dan pengaturan masuknya pelaku usaha (*entry regulation*) pada pandangan pertama tampak janggal. Bahaya dari masuknya pelaku usaha yang tidak efisien ditimbulkan oleh praktik penetapan harga monopoli. Apabila penetapan harga monopoli dihilangkan, maka bahaya tersebut turut hilang — karena pelaku usaha baru hanya akan mampu masuk ke pasar milik monopolis apabila biaya yang ditanggungnya lebih rendah dari monopolis itu sendiri. Dengan demikian, pengaturan terhadap masuknya pelaku usaha baru hanya dapat dibenarkan apabila terdapat kesadaran yang cermat bahwa pengendalian terhadap tingkat harga secara keseluruhan dari monopolis yang diatur kerap tidak efektif, atau, yang lebih masuk akal, karena pengaturan tersebut

memiliki tujuan yang sepenuhnya berbeda. Salah satu tujuannya mungkin adalah untuk menopang salah satu pilar utama dari regulasi utilitas publik dan angkutan umum (*common carrier*), yakni pengendalian terhadap struktur harga — yakni bagaimana kebutuhan pendapatan suatu badan usaha diterjemahkan menjadi tarif-tarif tertentu.

Tidak terdapat jawaban yang sepenuhnya memuaskan terhadap pertanyaan yang telah dikemukakan sebelumnya, mengenai bagaimana struktur harga yang optimal seharusnya ditentukan ketika biaya marginal berada di bawah biaya rata-rata.¹ Penetapan harga berdasarkan biaya rata-rata adalah tidak memuaskan karena alasan-alasan yang telah dibahas sebelumnya. Pendapat yang dahulu dominan menyatakan bahwa solusi terbaik adalah menjual jasa tersebut dengan harga setara biaya marginal jangka pendek, sementara defisit yang muncul akibat ketidakmampuan badan usaha untuk menutup total biayanya akan ditutup oleh pemerintah melalui penerimaan pajak umum. Namun, pendekatan ini memiliki dua kelemahan serius. Pertama, dengan menaikkan tarif pajak di sektor lain dalam perekonomian, kebijakan ini justru menimbulkan distorsi alokasi yang serupa dengan yang ingin dihindari (lihat Bab 12.7 *infra*). Kedua, pendekatan tersebut mendorong konsumen untuk menggantikan jasa yang diproduksi dalam kondisi biaya rata-rata menurun dengan jasa yang diproduksi dalam kondisi biaya rata-rata meningkat, meskipun penyediaan jasa yang pertama sesungguhnya lebih mahal.

Sebagai ilustrasi, anggaplah biaya pembangunan dan pengoperasian sebuah jembatan yang dapat menampung 1.000 mobil per hari tidak lebih besar daripada jembatan yang hanya dapat menampung 900 mobil. Permintaan harian diperkirakan sebesar 950 mobil. Biaya depresiasi dan operasional tahunan jembatan adalah sebesar \$1 juta. Selama jumlah mobil yang melintas kurang dari 1.000, maka biaya marginal (yakni biaya untuk menambah satu mobil lagi yang menggunakan jembatan tersebut) adalah nol. Sekarang, bayangkan bahwa jumlah mobil yang sama dapat diangkut dengan kecepatan yang sama menggunakan feri dengan total biaya tahunan hanya \$100.000, tetapi dengan biaya marginal sebesar \$5. Maka tidak akan ada permintaan terhadap jasa feri apabila pemerintah membangun atau membiayai pembangunan jembatan dan mengenakan tarif setara dengan biaya marginal, yaitu nol. Tentu saja, jika pemerintah memiliki pengetahuan sempurna dan mampu menahan tekanan dari konsumen, maka jembatan tersebut tidak akan

dibangun, karena terdapat metode penyediaan jasa yang lebih murah secara sosial. Namun, pemerintah tidak memiliki pengetahuan sempurna. Dan apabila jembatan tersebut telah dibangun pada saat feri belum menjadi alternatif yang layak, lalu kemudian muncul pertanyaan apakah jembatan harus diganti, maka pemerintah akan menghadapi tekanan besar dari masyarakat yang telah terbiasa menikmati layanan jembatan secara cuma-cuma.

Salah satu alternatif dari penetapan harga berdasarkan biaya marginal adalah *two-part pricing* (penetapan harga dua tahap). Pengguna jembatan dapat dikenakan (1) biaya awal satu kali yang dihitung sedemikian rupa sehingga akumulasi biaya tersebut dapat menutup biaya tetap jembatan, dan (2) tarif tol yang setara dengan biaya marginal, yang dibayarkan setiap kali pengguna melintasi jembatan. Metode penetapan harga ini memungkinkan badan usaha menutup biaya tetap sekaligus tetap mendorong keputusan penggunaan berdasarkan biaya *marginal*. Namun sayangnya, pendekatan ini tidak memungkinkan pembeli *marginal* untuk memperoleh layanan — yaitu individu yang bersedia membayar biaya marginal atas penggunaannya terhadap jembatan, tetapi tidak bersedia membayar bagian proporsional dari biaya tetap. Misalnya, biaya awal satu kali ditetapkan sebesar \$10, dan tarif tol (biaya marginal) sebesar 2¢. Pembeli marginal tersebut mungkin bersedia membayar biaya awal sebesar \$1, tetapi tidak lebih, karena ia tidak akan sering menggunakan jembatan. Jika ia tidak diperkenankan menggunakan layanan, perusahaan jembatan mengalami kerugian karena kehilangan kontribusi atas biaya tetap, dan pembeli tersebut juga mengalami kerugian.

Alternatif lainnya adalah *Ramsey pricing*, yang dalam bentuk asalnya berarti menetapkan harga yang lebih tinggi kepada pembeli yang memiliki elastisitas permintaan lebih rendah. Berbeda dengan *two-part pricing*, di mana harga rata-rata yang dibayar oleh setiap pembeli menurun seiring dengan peningkatan konsumsi, bentuk *Ramsey pricing* ini menetapkan harga yang seragam untuk setiap unit bagi masing-masing pembeli, tetapi berbeda antar pembeli, di mana pembeli dengan elastisitas rendah membayar lebih dan sebaliknya. Bentuk *Ramsey pricing* yang paling optimal — dengan mengesampingkan biaya informasi yang besar dalam mengukur elastisitas dan mencegah arbitrase — adalah sebagai berikut. Sama seperti dalam *two-part pricing*, setiap pembeli membayar biaya masuk untuk menutup biaya tetap, namun besarnya bervariasi secara terbalik dengan elastisitas permintaan

pembeli — dan pembeli marginal tidak dikenai biaya masuk. Selain itu, setiap pembeli juga membayar biaya marginal atas setiap unit yang dikonsumsi. Dengan informasi sempurna, output akan diproduksi sampai titik di mana biaya marginal bersinggungan dengan permintaan, tanpa menimbulkan defisit pada badan usaha yang diatur ataupun memungut pajak dari pihak yang tidak menggunakan jasa tersebut.

Baik *two-part pricing* maupun *Ramsey pricing* memiliki kemiripan tetapi tetap harus dibedakan dari *price discrimination* (lihat Bab 9.4 supra). (Bentuk *Ramsey pricing* yang optimal sebagaimana diuraikan di atas menyerupai *perfect price discrimination*.) Dalam *price discrimination*, harga juga bervariasi tergantung pada kesediaan untuk membayar, dan dalam arah yang sama (yakni lebih tinggi ketika elastisitas permintaan pelanggan lebih rendah). Dalam beberapa kasus, kemiripannya sangat mencolok, seperti pada contoh di mana monopoli mesin stensil mengharuskan pengguna mesin untuk membeli tinta darinya. Harga untuk membeli atau menyewa mesin tersebut setara dengan *fixed charge* dalam sistem *two-part pricing*; sedangkan harga tinta adalah *variable charge*, yang akan meningkat seiring dengan semakin seringnya mesin digunakan. Namun, tujuan dari *price discrimination* bukanlah untuk memulihkan biaya tetap dengan cara yang memungkinkan pembeli marginal dilayani, melainkan untuk memaksimalkan kelebihan penerimaan atas biaya (*excess of revenues over costs*). Oleh karena itu, kita dapat mengharapkan bahwa harga rata-rata di bawah skema *price discrimination* akan lebih tinggi daripada di bawah skema *two-part pricing*, dan *output* kemungkinan lebih rendah (mengapa kemungkinan?). Namun sebagaimana *price discrimination*, *two-part* maupun *Ramsey pricing* dapat mendistorsi persaingan antar pembeli. Bahkan ketika setiap pembeli dikenakan proporsi yang sama atas biaya tetap, harga rata-rata tetap akan bervariasi tergantung pada jumlah unit yang dibeli (semakin banyak unit dibeli, semakin rendah harga rata-ratanya), meskipun tidak ada perbedaan biaya pelayanan antar pembeli. Jika para pembeli ini bersaing satu sama lain, maka salah satu akan memiliki keunggulan kompetitif yang tidak berkaitan dengan efisiensi, meskipun fakta bahwa mereka saling bersaing akan membatasi perbedaan harga tersebut (mengapa?).

Bahkan sebelum terdapat pengukuran elastisitas permintaan, tarif dalam sektor utilitas publik dan angkutan umum terkadang secara kasar telah menerapkan prinsip *Ramsey pricing*. Contohnya adalah metode *value of*

service ratemaking dalam industri perkeretaapian sebelum munculnya angkutan truk. Tarif kereta api berdasarkan biaya rata-rata akan kurang lebih sebanding dengan berat kiriman; sedangkan tarif berdasarkan prinsip *Ramsey*, dalam kondisi tertentu, akan kurang lebih sebanding dengan nilai kiriman. Misalnya, biaya marginal untuk mengangkut dua kiriman sejauh dan secepat yang sama adalah \$1, dan perusahaan kereta api berusaha menutupi biaya tetap sebesar \$3 sambil tetap memaksimalkan output. Nilai salah satu kiriman (batubara) adalah \$10, sementara yang lainnya (tembaga) adalah \$100. Jika perusahaan mengenakan tarif yang sama, misalnya \$2,50 kepada masing-masing pengirim (sehingga separuh dari biaya tetap dibebankan ke masing-masing), maka pengirim batubara akan menganggap ini sebagai pajak 25% atas kirimannya dan akan mencari alternatif moda transportasi lain. Sebaliknya, jika tarif untuk batubara hanya \$1 dan untuk tembaga \$4, maka “pajak” terhadap pengiriman batubara berkurang menjadi 10%, sedangkan untuk tembaga hanya 4%.

Hal ini mengasumsikan bahwa pengirim tembaga tidak memiliki alternatif transportasi yang baik — hal yang benar hanya pada masa awal perkeretaapian sebelum truk tersedia. Pengirim barang yang diuntungkan dari sistem tarif berdasarkan nilai layanan — yakni pengirim barang berat bernilai rendah — secara alami menolak penyesuaian tarif untuk mencerminkan perubahan elastisitas permintaan terhadap jasa angkutan kereta. Moda transportasi pesaing juga menolak penyesuaian semacam itu atas alasan kepentingan pribadi yang jelas, meskipun alasan tersebut kerap mendapat perhatian besar dari komisi regulasi yang sensitif terhadap tekanan politik.

Contoh distorsi alokasi yang dihasilkan dapat dilihat dalam putusan Mahkamah Agung AS terkait *ingot molds*, yang menguatkan putusan *Interstate Commerce Commission* yang melarang perusahaan kereta api menetapkan tarif di bawah biaya rata-rata untuk menarik pelanggan dari jalur tongkang. Sekilas, persaingan antara kereta api dan tongkang tampak seperti contoh jembatan dan feri. Kereta api, seperti jembatan, memiliki biaya tetap tinggi (hak lintas, rel, gerbong, dan sebagainya) dan biaya marginal rendah; tongkang, seperti feri, memiliki biaya tetap rendah dan biaya marginal tinggi. Namun hal ini bukan argumen untuk mewajibkan perusahaan kereta api menggunakan penetapan harga berdasarkan biaya rata-rata (kecuali apabila kekhawatiran akan distorsi persaingan dalam pasar pembeli dianggap sangat penting); sebaliknya, ini justru merupakan argumen untuk mendorong

penggunaan *Ramsey pricing* oleh perusahaan kereta api, sehingga tarif rendah diterapkan di pasar yang kompetitif, di mana seperti yang telah kita ketahui dari Bab 10, elastisitas permintaan terhadap suatu perusahaan akan tinggi.

Faktanya, terdapat alasan kuat untuk mengizinkan perusahaan kereta api menetapkan tarif bahkan setara dengan biaya marginal. Ingat kembali contoh jembatan. Kekhawatiran terhadap sistem harga di mana pengguna tidak menanggung biaya tetap jembatan adalah bahwa sistem tersebut menciptakan sinyal yang salah dalam alokasi sumber daya yang efisien. Para pelintas memilih jembatan dibandingkan feri, sehingga diasumsikan bahwa sumber daya harus dialihkan dari pembangunan feri ke pembangunan jembatan, padahal preferensi terhadap jembatan timbul bukan karena jembatan lebih murah secara nyata, melainkan karena pengguna tidak membayar penuh biayanya. Namun masalah sinyal yang salah tersebut tidak signifikan dalam industri kereta api. Industri ini sedang mengalami penurunan, dan peralihan sebagian pelanggan dari tongkang ke kereta api tidak akan mendorong ekspansi yang tidak beralasan secara ekonomi, tetapi justru akan memastikan pemanfaatan aset kereta api secara optimal.

Kecurigaan regulator terhadap penyimpangan dari harga berbasis biaya rata-rata kemungkinan disebabkan oleh kekhawatiran terhadap praktik *predatory pricing*, yang mungkin menjadi ancaman lebih besar di pasar yang tidak diatur dibandingkan dengan pasar yang diatur (lihat Bab 12.3 supra), serta karena pada kenyataannya penyimpangan tersebut kerap dipicu oleh munculnya atau potensi munculnya persaingan — dan oleh karena itu, terlepas dari apakah itu bersifat predatoris atau tidak, akan menimbulkan protes dari para pesaing maupun pelanggan yang tarifnya meningkat. Untuk menjelaskan, apabila suatu badan usaha yang diatur melayani dua pasar dan tidak menghadapi persaingan di keduanya, dan volume serta elastisitas permintaan terhadap layanannya di kedua pasar adalah sama, dan biaya marginal pelayanan di kedua pasar juga sama, maka output akan dimaksimalkan (tanpa defisit) apabila harga yang dikenakan di kedua pasar juga sama. Harga tersebut akan setara dengan total biaya rata-rata perusahaan (yaitu biaya tetap ditambah biaya variabel); sehingga biaya tetap dibagi rata di antara dua pasar. Namun apabila muncul pesaing di salah satu pasar, maka persaingan akan membuat permintaan terhadap badan usaha yang diatur menjadi lebih elastis. Respons efisien dari badan usaha tersebut, meskipun tampak diskriminatif, adalah menurunkan harga di pasar yang kompetitif dan menaikkan harga di pasar

monopolinya. Misalnya, apabila biaya tetap perusahaan sebesar \$100, biaya marginal (yang juga kita asumsikan sebagai biaya variabel rata-rata) adalah \$2, dan jumlah unit yang diminta di masing-masing pasar adalah 50 unit (total 100), maka total biaya di dua pasar adalah \$300 (\$100 tetap dan \$200 variabel). Sebelum pesaing masuk, harga per unit akan sebesar \$3. Misalkan pesaing baru hanya memiliki biaya tetap sebesar \$40 dan biaya marginal \$2, sehingga ia menghitung bahwa ia dapat merebut pasar dari perusahaan yang sudah ada dengan menawarkan harga sedikit di bawah \$3 dan tetap meraih keuntungan signifikan. Perusahaan yang sudah ada dapat mempertahankan pasarnya dengan menurunkan harga di pasar tersebut menjadi \$2 dan menaikkan harga di pasar monopolinya menjadi \$4 sampai pesaing tersebut keluar pasar — yang pada akhirnya akan terjadi (mengapa?). Akibatnya, seluruh biaya tetap dibebankan kepada pelanggan di pasar monopoli. Hal ini tampak tidak adil baik terhadap pelanggan tersebut maupun terhadap pesaing baru. Tetapi apabila perusahaan yang diatur dipaksa untuk mempertahankan harga \$3 di pasar yang kompetitif, maka ia akan kehilangan pasar tersebut dan tetap harus menaikkan harga di pasar monopolinya menjadi \$4 agar tetap bertahan. Dan total biaya sosial untuk melayani kedua pasar akan meningkat dari \$300 menjadi \$340 (yakni sebesar biaya tetap pesaing baru).

Tidak menjadi persoalan apakah pasar-pasar yang berbeda tersebut merupakan pasar produk yang berbeda atau pasar geografis yang berbeda. Hal yang penting adalah adanya biaya-biaya yang bersifat bersama (*common costs*) antara kedua pasar tersebut, seperti biaya *overhead* perusahaan, biaya pergudangan, dan (dalam hal produk yang sama dijual di berbagai pasar geografis) biaya iklan nasional. Sepanjang menyangkut masing-masing pasar, biaya-biaya tersebut merupakan biaya tetap, karena tidak berfluktuasi terhadap perubahan *volume output* yang dijual di pasar yang bersangkutan. Tentu saja, biaya-biaya tersebut mungkin hanya bersifat tetap dalam jangka pendek, sehingga apabila suatu perusahaan meninggalkan salah satu pasar tersebut, biaya bersama tersebut pada akhirnya memang akan berkurang setelah perusahaan menyesuaikan diri terhadap kondisi barunya.

Sejauh ini kita telah mengabaikan perbedaan antara biaya marginal jangka pendek dan biaya marginal jangka panjang (meskipun telah disinggung secara singkat dalam Bab 10.7 supra). Apabila perusahaan berencana untuk tetap beroperasi di pasar, maka harga dasar (*floor price*) yang digunakan seharusnya didasarkan pada biaya marginal jangka panjang, bukan biaya

marginal jangka pendek, dengan alasan yang sama sebagaimana telah dibahas dalam konteks pemilihan antara biaya perolehan awal (*original cost*) dan biaya pengganti (*replacement cost*) dalam menghitung biaya modal perusahaan yang diatur (Bab 12.2 supra). Namun, apabila perusahaan — sebagaimana terjadi pada beberapa perusahaan kereta api — tidak memiliki rencana untuk mengganti fasilitas modalnya yang telah aus, maka harga seharusnya disamakan dengan biaya marginal jangka pendek.

F. Selingan Mengenai Televisi Berbayar

Salah satu variasi menarik dari persoalan jembatan-feri terdapat dalam kontroversi mengenai apakah layanan televisi berbayar seharusnya diizinkan, yang kini telah diselesaikan — setelah perdebatan panjang — dengan memperbolehkan layanan tersebut, meskipun masih terdapat sejumlah pembatasan. Argumen ekonomi yang menentang televisi berbayar adalah bahwa karena biaya marginal untuk menyiarkan kepada satu pemirsa tambahan adalah nol setelah pemancar dioperasikan, maka pemirsa seharusnya dapat menikmati program televisi dengan harga nol, sebagaimana dalam sistem yang berlaku saat ini, yakni televisi yang sebagian besar gratis bagi pemirsa.

Namun, sebagaimana telah kita lihat sebelumnya, apabila biaya marginal adalah nol, maka persoalan pembiayaan atas penyelenggaraan kegiatan yang dihargai berdasarkan biaya marginal menjadi sangat serius. Solusi tradisional yang digunakan dalam industri televisi adalah menjual waktu siaran kepada para pengiklan, bukan kepada pemirsa. Sekilas, hal ini tampak sebagai solusi yang ideal, karena memungkinkan biaya siaran ditanggung tanpa harus menggunakan subsidi pemerintah atau menyimpang dari prinsip penetapan harga berdasarkan biaya marginal.

Namun, karena televisi sebagai media iklan dan promosi penjualan memiliki sejumlah substitusi yang cukup baik, dan karena permintaan pemirsa atas produk yang diiklankan tidak berkorelasi dengan kesenangan yang mereka peroleh dari program televisi itu sendiri, maka para pengiklan tidak bersedia membayar lebih dari beberapa sen per pemirsa untuk membeli waktu siaran. Konsekuensinya, hal ini membuat mustahil pembiayaan terhadap program-program yang mahal kecuali dapat dihimpun jumlah pemirsa yang mencapai puluhan juta orang.

Pengiklan tidak akan mendanai siaran opera yang biaya produksinya mencapai \$400.000 apabila hanya menarik satu juta pemirsa di seluruh negeri, karena dalam hal tersebut, biaya iklan menjadi 40 sen per pemirsa, padahal pengiklan dapat menjangkau konsumen dengan biaya yang lebih rendah melalui media lainnya. Padahal, sejuta pemirsa tersebut mungkin bersedia membayar 40 sen per orang untuk menonton opera tersebut. Dengan demikian, tidak adanya televisi berbayar akan memaksa mereka untuk menggantikan pilihan hiburan mereka dengan yang kurang diinginkan atau justru lebih mahal.

G. Pemajakan melalui Regulasi (Subsidi Internal atau Subsidi Silang)

Dalam perkara *ingot molds*, struktur tarif yang tidak efisien memberikan subsidi kepada sekelompok pelaku usaha pesaing. Dalam kasus lain, struktur tarif semacam itu menyubsidi kelompok konsumen tertentu. Dalam beberapa keadaan, perusahaan yang diatur (*regulated firms*) bahkan memberikan layanan dengan harga di bawah biaya marginal; hal ini terjadi pada layanan penumpang kereta api antarkota sebelum berdirinya Amtrak. Namun, bahkan harga yang berada di atas biaya marginal sekalipun dapat tetap terlalu rendah. Misalnya, suatu perusahaan memiliki biaya tetap sebesar \$500 dan biaya *marginal* (konstan) sebesar \$1. Jika perusahaan menetapkan harga berdasarkan biaya total rata-rata, maka ia dapat menjual 1.000 unit dengan harga \$1,50 per unit. Namun jika perusahaan menggunakan sistem harga dua tingkat (*two-part pricing*), di mana setiap pelanggan menyumbang \$10 untuk menutup biaya tetap dan kemudian dapat membeli unit tambahan dengan harga \$1 per unit, maka perusahaan dapat menjual 2.000 unit.

Sistem dua tingkat ini menguntungkan pembeli besar; sebagai contoh, rata-rata harga bagi pembeli sebanyak 100 unit menjadi \$1,10, sementara di bawah sistem harga biaya rata-rata ia akan membayar \$1,50. Namun, pembeli tunggal justru dirugikan. Ia membayar \$11 alih-alih \$1,50. Ia akan jauh lebih diuntungkan dengan harga berdasarkan biaya rata-rata, meskipun sistem tersebut tidak efisien karena akan mendorong konsumen yang bersedia membayar antara \$1 hingga \$1,49 untuk mengganti produk tersebut dengan produk lain yang biaya sosialnya lebih tinggi dari \$1 untuk diproduksi.

Industri perkeretaapian kembali memberikan contoh dari bentuk penetapan harga yang tidak efisien ini. Komoditas pertanian sejak lama membayar lebih rendah dari porsi biaya tetap yang seharusnya dialokasikan

secara layak (yakni berdasarkan intensitas permintaan mereka), disebabkan oleh keberlangsungan sistem penetapan harga berdasarkan nilai layanan (*value-of-service pricing*) di tengah persaingan ketat dengan moda transportasi truk. Akibatnya, beban biaya tetap meningkat bagi komoditas lain seperti barang-barang manufaktur, yang saat ini memiliki substitusi moda transportasi yang baik — sehingga para pengirim barang-barang tersebut banyak meninggalkan moda kereta api. Dengan kata lain, keberlangsungan penetapan harga berdasarkan nilai layanan merupakan bentuk dari subsidi internal (*internal subsidization*).

Dalam kedua contoh — yakni penetapan harga di bawah biaya marginal dan kegagalan untuk membebankan biaya tetap secara terpusat pada pelanggan yang bersedia membayar — satu kelompok pelanggan secara efektif dikenakan “pajak” untuk membiayai subsidi demi kepentingan kelompok lain. Analogi perpajakan ini menunjukkan bahwa skema penetapan harga tersebut pada hakikatnya merupakan bentuk transfer pendapatan yang bersifat publik. Sebuah perusahaan yang tidak diatur tidak akan menjual di bawah biaya marginal, kecuali dalam kasus langka pemangkasan harga secara predatoris (*predatory pricing*). Perusahaan kereta api akan telah lama menghentikan layanan penumpang sebelum Amtrak didirikan, jika penghentian tersebut tidak mensyaratkan izin dari Komisi Perdagangan Antarnegara Bagian (*Interstate Commerce Commission*). Demikian pula, perusahaan tak teratur tidak akan menggunakan penetapan harga berdasarkan biaya rata-rata jika dapat meningkatkan keuntungannya dengan menerapkan variasi dari sistem penetapan harga *Ramsey*.

Subsidi internal mudah dikritik sebagai bentuk inefisiensi, karena menghasilkan penggantian konsumsi yang tidak efisien sebagaimana telah kita identifikasi sebelumnya dalam pembahasan tentang kontrol laba yang tidak akurat. Namun, jika kita mengasumsikan bahwa tujuan dari subsidi internal tersebut adalah tujuan yang layak, dan kemudian menelaah metode alternatif untuk menyediakan subsidi tersebut, maka kritik terhadap subsidi internal tampak dangkal. Misalnya, jika dana subsidi diperoleh dengan menaikkan tarif pajak penghasilan federal, hal tersebut juga akan menjadi tidak efisien dalam arti yang sama dengan subsidi internal; karena sebagaimana subsidi internal membuat nilai suatu produk tampak lebih tinggi dari yang sebenarnya dengan menekan harganya secara artifisial, pajak penghasilan membuat waktu luang dan pendapatan nonmateri seperti imbal hasil imajiner dari pekerjaan rumah

tangga tampak lebih berharga dari yang sebenarnya, karena pengganti-penggantinya dikenai pajak (lihat Bab 17.1, 17.6).

Namun demikian, subsidi internal dapat merupakan metode pemajakan yang tidak efisien secara tidak perlu. Dengan mensyaratkan perusahaan yang diatur untuk mempertahankan selisih harga dan biaya yang tinggi di beberapa pasar guna membiayai subsidi layanan di pasar lainnya, hal ini mendorong terjadinya entri yang tidak efisien. Misalnya, apabila rata-rata biaya perusahaan yang diatur di pasar dengan harga tinggi adalah \$2 tetapi harganya \$3 — bukan karena keuntungannya tidak dikendalikan secara efektif oleh regulator, melainkan karena perusahaan tersebut diwajibkan menjual layanan yang sama senilai \$2 di pasar lain hanya seharga \$1. Maka perusahaan lain yang mampu melayani pasar harga tinggi dengan biaya \$2,50 akan termotivasi untuk memasuki pasar tersebut. Untuk mencegah pemborosan sumber daya akibat entri semacam itu (yang tepat disebut *cream skimming*) serta keruntuhan skema subsidi, badan regulasi harus memberlakukan kontrol terhadap entri. Kontrol tersebut sesungguhnya tidak perlu dilakukan bila tidak ada subsidi internal — tetapi masih dapat dihindari, tanpa menghapus subsidi internal itu sendiri, dengan mengganti subsidi tersebut melalui pungutan pajak konsumsi (*excise tax*) secara eksplisit atas layanan di pasar harga tinggi, yang hasilnya dialokasikan untuk mendanai layanan di pasar harga rendah. Dengan demikian, pengaturan entri tidak lagi diperlukan, kecuali bahwa setiap perusahaan yang memasuki pasar harga tinggi harus tunduk pada pajak konsumsi tersebut. Hal ini akan menghilangkan keuntungan tidak efisien yang diperoleh oleh entitas baru dalam contoh sebelumnya.

Subsidi internal juga mengharuskan kontrol regulasi atas *exit* (keluar dari pasar), tidak hanya atas *entry* (masuk ke pasar); jika tidak, perusahaan yang diatur akan dengan mudah meninggalkan layanan yang diminta oleh regulator untuk disediakan dengan tarif yang tidak menguntungkan. Perusahaan di pasar yang tidak diatur tidak akan meninggalkan layanannya kecuali konsumennya tidak bersedia membayar harga yang menutupi biaya layanan tersebut. (Apakah mungkin ada monopoli tak teratur yang akan mengurangi output sampai-sampai meninggalkan pasar secara keseluruhan?) Prosedur penghapusan layanan yang menyakitkan bagi industri kereta api dapat dijelaskan hanya dengan asumsi bahwa perusahaan-perusahaan tersebut dipaksa untuk melayani banyak pengirim barang dengan tarif di bawah *opportunity cost* perusahaan. Dalam menafsirkan standar elastis atas

“kepentingan dan kebutuhan publik” yang mengatur penghentian layanan (*abandonment*), Komisi Perdagangan Antarnegara Bagian seringkali memaksa perusahaan kereta api untuk terus memberikan layanan kepada pengirim barang dengan tarif yang tidak menguntungkan, meskipun dalam beberapa tahun terakhir — atas dorongan Kongres (yang mencerminkan semakin parahnya kondisi keuangan perusahaan kereta api) — Komisi telah menjadi lebih permisif dalam mengizinkan penghentian layanan.

Penyebab langsung dari masalah *abandonment* adalah larangan tradisional dalam regulasi terhadap diskriminasi personal (*personal discrimination*) — yaitu mengenakan harga berbeda kepada pelanggan yang berbeda untuk layanan yang sama (yang sama dari sisi permintaan, bukan dari sisi penawaran), yang sesungguhnya merupakan alat pemajakan melalui regulasi yang sangat ampuh. Karena pengguna fasilitas dengan kepadatan tinggi lebih murah untuk dilayani dibanding pengguna fasilitas dengan kepadatan rendah, maka yang pertama seharusnya dikenakan tarif yang lebih rendah untuk layanan yang “sama”; tetapi aturan terhadap diskriminasi personal melarang hal tersebut. Misalnya, terdapat dua jalur kereta api dengan panjang yang sama, biaya pemeliharaan yang sama (mengapa kita mengabaikan biaya pembangunan jalur?), dan mengangkut komoditas yang sama. Namun, hanya terdapat satu pengirim barang di salah satu jalur, sedangkan di jalur lainnya terdapat sepuluh. Jika perusahaan kereta api, untuk menghindari diskriminasi personal, dipaksa mengenakan tarif yang sama kepada semua 11 pengirim barang, maka pengirim barang pada jalur berkapasitas rendah akan menanggung sebagian kecil dari total biaya kedua jalur — biaya yang sebenarnya dapat dihindari bila perusahaan kereta api menghentikan layanan padanya. Hukum saat ini mengizinkan perusahaan kereta api mengenakan *surcharge* atas jalur dengan kepadatan rendah. Pemberlakuan *surcharge* ini mengurangi tingkat subsidi silang — tetapi juga mengurangi tekanan untuk mengizinkan penghentian layanan.

Subsidi internal seringkali sulit dibedakan secara empiris dari penetapan harga yang efisien, khususnya dalam layanan jaringan seperti telepon. Layanan telepon menjadi lebih bernilai jika jumlah pelanggan meningkat (sistem telepon dengan satu pelanggan tidak akan memiliki nilai apa pun). Oleh karena itu, untuk mencapai jumlah pelanggan yang optimal, pelanggan yang sudah ada seharusnya dikenai biaya lebih tinggi, dan pelanggan baru dikenai lebih rendah — mungkin bahkan di bawah biaya marginal. Namun

jika perusahaan telepon melakukan hal ini, misalnya dengan tidak mengenakan biaya tambahan terhadap pelanggan yang berada jauh dari kantor pertukaran lokal, maka hal ini akan tampak sebagai bentuk subsidi silang dari pelanggan yang ada terhadap pelanggan baru. Ini membuat layanan tersebut menarik bagi pelaku *cream skimming*, yang pada dasarnya menumpang secara cuma-cuma pada layanan umum perusahaan telepon. Resistensi terhadap *cream skimming* ini akan tampak sebagai upaya mempertahankan subsidi internal, tetapi mungkin sesungguhnya merupakan bentuk pertahanan terhadap sistem penetapan harga yang efisien — yaitu sistem yang memungkinkan manfaat eksternal diinternalisasi.

Subsidi internal secara historis sangat penting dalam industri telekomunikasi, khususnya terkait dengan tarif panggilan jarak jauh yang sangat tinggi, di mana pendapatan dari layanan tersebut digunakan untuk menjadikan tarif lokal sangat murah. Tarif tinggi ini mendorong entitas baru masuk ke pasar panggilan jarak jauh, yang memaksa AT&T menurunkan tarifnya di pasar tersebut; dan dengan terjadinya pemisahan antara operasi jarak jauh AT&T dengan layanan lokalnya (*divestiture*), subsidi internal pada akhirnya tidak lagi dimungkinkan. Sejak pemisahan tersebut, tarif jarak jauh menurun dan tarif layanan lokal meningkat. Apakah dampak distribusi dari deregulasi ini? Kelompok miskin dirugikan karena harus membayar lebih mahal untuk layanan telepon dasar. Meskipun mereka jarang menggunakan layanan panggilan jarak jauh dan karenanya tidak banyak memperoleh manfaat langsung dari turunnya tarif panggilan jarak jauh, mereka tetap memperoleh manfaat tidak langsung — yakni dari turunnya harga produk-produk yang diproduksi oleh perusahaan yang banyak menggunakan layanan telepon jarak jauh. Namun demikian, mereka memperoleh sedikit manfaat dari turunnya tarif panggilan jarak jauh yang digunakan oleh pengguna perorangan (*individu*) dibanding oleh pelaku bisnis.

H. Persaingan yang Berlebihan (*Excessive Competition*)

Alasan tradisional dari pengaturan terhadap utilitas publik (*public utilities*) dan pengangkut umum (*common carriers*) adalah keberadaan monopoli alamiah (*natural monopoly*), namun seringkali dan tidak keliru, rasionalisasi tersebut disampaikan dalam istilah “persaingan yang berlebihan”. Hubungan antara monopoli alamiah dan persaingan yang berlebihan memiliki dua sisi.

Pertama, upaya dari seorang monopolis alamiah untuk memulihkan biaya tetapnya dengan mengenakan harga yang jauh di atas biaya marginal di pasar-pasar tempat ia tidak menghadapi kompetisi, dapat menjadikan pasar-pasar tersebut menarik bagi para pesaing yang mungkin memiliki biaya marginal yang justru lebih tinggi daripada si monopolis itu sendiri; persaingan yang timbul dalam kondisi ini adalah berlebihan dalam arti sosial (*socially excessive*).

Kedua, apabila perusahaan-perusahaan memiliki karakteristik monopoli alamiah dalam arti memiliki rasio biaya tetap terhadap biaya total yang tinggi, namun masih ada ruang bagi lebih dari satu perusahaan dalam pasar tersebut, maka persaingan akan menjadi lebih berisiko dibandingkan pasar pada umumnya. Hal ini dikarenakan perusahaan dengan biaya tetap yang besar lebih rentan mengalami kebangkrutan ketika menghadapi kemerosotan usaha, dibandingkan dengan perusahaan yang memiliki biaya tetap yang rendah. Biaya tetap secara definisi tidak dapat dikurangi guna meredam dampak keuangan dari penurunan permintaan yang tidak terduga atas produk perusahaan (lihat pembahasan lebih lanjut dalam Bab 14.2 dan Bab 15.2).

Namun, semua ini tidak menjelaskan mengapa pengaturan terhadap utilitas publik dan pengangkut umum sering kali ditemukan di pasar-pasar yang secara alamiah tidak bersifat monopolistik, termasuk sektor truk logistik, transportasi udara (sebelum deregulasi industri maskapai penerbangan), dan produksi gas alam—pasar-pasar yang dapat dan memang secara efisien mendukung lebih dari satu penjual. Penerapan kendali regulasi yang sama di pasar kompetitif seperti halnya di pasar monopoli dibela atas dasar bahwa tanpa regulasi yang membatasi penurunan harga dan masuknya pelaku usaha baru, akan terjadi persaingan yang berlebihan, yang menyebabkan kebangkrutan dan penurunan mutu layanan. Namun, ketika para pelaku usaha di pasar yang secara alamiah kompetitif mengeluhkan adanya persaingan yang berlebihan, biasanya maksud mereka adalah bahwa mereka akan lebih senang apabila harga jual produk mereka lebih tinggi dari biaya rata-rata produksinya.

Tidak ada contoh yang lebih aneh dari pengaturan utilitas publik terhadap pasar kompetitif selain pengaturan produksi gas alam oleh *Federal Energy Regulatory Commission* (dulunya bernama *Federal Power Commission*). Komisi ini dibentuk pada 1930-an untuk mengatur penjualan listrik dan gas alam antarnegara bagian (*interstate*). Baik penjualan listrik maupun gas alam oleh perusahaan pipa transmisi adalah contoh yang masuk

akal dari pasar dengan biaya rata-rata menurun. Namun pada 1950-an, Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan bahwa mandat Komisi mencakup pula penjualan gas oleh produsen kepada perusahaan pipa antarnegara bagian, selain dari penjualan ulang gas oleh perusahaan pipa tersebut. Padahal produksi gas pada dasarnya bersifat kompetitif secara alamiah.

Lebih jauh lagi, sulit untuk mengetahui secara tepat biaya produksi gas, dan ini disebabkan oleh dua hal:

Pertama, banyak gas diproduksi bersamaan dengan minyak (*joint production*), sehingga jika minyak memang akan diproduksi, maka gas diperoleh tanpa biaya tambahan—dan sebaliknya. Namun jelas bahwa biaya produksi minyak dan gas secara keseluruhan tidaklah nol. Para ekonom telah lama menggunakan analogi produksi gabungan ini dengan contoh produksi daging sapi dan kulit sapi. Setiap ekor sapi menghasilkan keduanya dalam proporsi yang kurang lebih tetap. Jelas bahwa memelihara sapi tidaklah tanpa biaya, tetapi tidak mungkin menetapkan biaya produksi daging sapi dan kulit sapi secara terpisah. (Bagaimana biaya ini akan dialokasikan dalam pasar yang kompetitif?)

Kedua, salah satu biaya penting tetapi tidak kasatmata dari sumber daya mineral seperti gas adalah biaya peluang yang hilang untuk menggunakannya di masa depan. Jika sumber daya tersebut akan habis atau menjadi lebih mahal untuk ditambang di masa depan, atau jika harga di masa depan akan lebih tinggi dari harga saat ini (lebih tinggi dari tingkat bunga—mengapa hal ini penting?), maka biaya peluang dari penambangan sekarang mungkin lebih besar dari biaya langsung penambangan itu sendiri. Jika biaya peluang ini diabaikan, harga akan menjadi terlalu rendah dan sumber daya akan ditambang terlalu cepat.

Menghadapi kesulitan ini, Komisi secara konsisten meremehkan biaya gas alam dan akibatnya memaksa harga berada di bawah tingkat pasar, memberikan insentif kepada produsen untuk tidak memproduksi, dan kepada konsumen untuk menggantikan konsumsi energi mereka dari sumber yang tidak diatur seperti minyak yang dihargai sesuai dengan biaya sosial aktualnya. Hasilnya adalah kekurangan gas alam yang berkepanjangan, ditandai dengan absurditas seperti pengimporan gas alam beku dari *Aljazair* dengan harga yang jauh lebih tinggi dibandingkan harga pasar gas alam jika industri tidak diatur.

Salah satu upaya Komisi untuk meredakan masalah tersebut adalah dengan mengizinkan gas dari sumur baru dihargai lebih tinggi daripada gas dari sumur lama. Gagasannya adalah bahwa harga yang lebih tinggi untuk gas dari sumur baru akan mendorong pengeboran lebih banyak, sedangkan harga lebih tinggi untuk gas dari sumur lama hanya akan menjadi keuntungan yang tidak berdasar (*windfall*) bagi pemiliknya. Masalahnya, jika harga dihitung sebagai rata-rata dari gas baru dan gas lama, konsumen tetap dihadapkan pada pilihan yang keliru (*false alternatives*, seperti pada Bab 12.2). Misalkan harga gas dari sumur baru adalah \$1 per satuan, yang mencerminkan biaya marginal, dan dari sumur lama adalah \$0.50; dan bahwa jumlah produksi dari sumur lama dan baru adalah sama, maka harga rata-rata menjadi \$0.75. Karena sebagian besar penjualan adalah campuran dari kedua jenis gas tersebut, maka \$0.75 adalah harga yang dibayar oleh sebagian besar pembeli. Jika minyak yang tidak diatur harganya \$0.85 untuk menghasilkan nilai kalor setara, konsumen akan mengira bahwa gas lebih murah. Padahal tidak demikian. Setiap tambahan permintaan gas hanya dapat dipenuhi dengan meningkatkan output dari gas sumur baru, yang hanya dapat diperoleh dengan pengeboran baru pada biaya \$1 per unit.

I. Permintaan atas Regulasi

Kekurangan dalam regulasi terhadap utilitas publik jika dipandang sebagai suatu metode untuk mengatur keuntungan, sejauh mana regulasi tersebut tampaknya secara sengaja mempertahankan struktur tarif yang tidak efisien, serta frekuensi penerapannya dalam industri yang secara alamiah bersifat kompetitif—dan penggunaannya untuk menghambat persaingan dalam industri yang memiliki karakteristik monopoli alami sebagian (contohnya perkeretaapian)—dapat menimbulkan pertanyaan mengenai apakah tujuan aktual dari regulasi utilitas publik adalah untuk menanggapi kekhawatiran para ekonom terhadap konsekuensi tidak efisien dari monopoli alami yang tidak diatur.

Mungkin saja regulasi justru merupakan suatu produk, seperti halnya produk-produk lain, hanya saja dipasok oleh pemerintah, yang diminta dan disediakan untuk kelompok-kelompok politik yang efektif. Dalam pandangan ini, tidak terdapat anggapan bahwa regulasi senantiasa dirancang untuk melindungi kepentingan umum konsumen dalam hal penyediaan jasa yang diatur secara efisien. Konsumen tertentu mungkin menginginkan suatu

struktur tarif yang, meskipun secara keseluruhan tidak efisien, memberikan manfaat yang melebihi beban biaya yang harus mereka tanggung bersama konsumen lain.

Para pelaku dalam suatu industri yang bersifat kompetitif dapat memperoleh keuntungan dari penerapan kontrol terhadap utilitas publik, karena pengaturan tarif minimum memberikan jaminan yang lebih besar atas penetapan harga kartel yang efektif dibandingkan kesepakatan privat—sekaligus menempatkan kartel tersebut di luar jangkauan hukum persaingan usaha—dan pengendalian terhadap akses masuk pasar oleh regulator dapat menghilangkan salah satu ancaman utama terhadap keberhasilan suatu kartel: masuknya penjual baru yang terdorong oleh harapan akan keuntungan monopoli.

Koalisi antara kelompok konsumen yang memiliki kepentingan khusus (seperti pengangkut komoditas tertentu) dan pelaku industri dapat menjadi sangat efektif dalam memanipulasi proses regulasi.

Namun, terdapat paradoks laten dalam hal ini. Pada Bagian II telah dijelaskan bahwa *common law* dirancang (secara keseluruhan) untuk memajukan efisiensi. Di sini, analisis ekonomi digunakan untuk menyangkal pandangan bahwa cabang hukum lainnya, yaitu regulasi utilitas publik, mengejar efisiensi dengan konsistensi yang sama, dan bahkan diusulkan bahwa regulasi tersebut seringkali mengejar tujuan yang bertentangan. Upaya untuk menjelaskan perbedaan ini (yang akan diilustrasikan lebih lanjut dalam materi pada bab berikutnya) akan dibahas pada Bab 19.

Bacaan yang Disarankan

1. William J. Baumol & David F. Bradford, *Optimal Departures from Marginal Cost Pricing*, 60 *American Economic Review* 265 (1970).
2. William J. Baumol, John C. Panzar, & Robert D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, bab 1, 12, dan 16 (1982).
3. Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform* (1982).
4. Ann F. Friedlaender & Richard H. Spady, *Freight Transport Regulation* (1981).
5. Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (1970) (2 jilid).

6. Theodore E. Keeler, *Railroads, Freight, and Public Policy* (1983).
7. Warren G. Lavey & Dennis W. Carlton, *Economic Goals and Remedies of the AT&T Modified Final Judgment*, 71 *Georgetown Law Journal* 1497 (1983).
8. Paul W. MacAvoy, *Regulated Industries and the Economy* (1979).
9. Richard A. Posner, *Taxation by Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* 22 (1971).
10. Richard Schmalensee, *The Control of Natural Monopolies* (1979).
11. Clifford Winston, *Conceptual Developments in the Economics of Transportation: An Interpretive Survey*, 23 *Journal of Economic Literature* 57 (1985).
12. Edward E. Zajac, *Fairness or Efficiency: An Introduction to Public Utility Pricing* (1978).

Permasalahan

1. Di antara aturan-aturan lain yang mengatur utilitas publik dan belum dibahas dalam bab ini terdapat ketentuan bahwa suatu utilitas publik tidak boleh secara sewenang-wenang menolak untuk melayani pelanggan; bahwa utilitas publik tidak diperkenankan memungut harga selain yang tercantum dalam daftar tarif yang telah dipublikasikan (*tariff*); serta bahwa utilitas publik tidak boleh melakukan pembangunan fasilitas tambahan tanpa izin dari otoritas regulasi. Dapatkah Anda menjelaskan fungsi dari ketentuan-ketentuan ini? Berdasarkan teori bahwa tujuan dari regulasi utilitas publik adalah untuk memajukan efisiensi ekonomi? On the theory that its real purpose is to subsidize particular groups of customers? Dengan berlandaskan pada teori bahwa tujuan sebenarnya adalah untuk memfasilitasi penetapan harga monopoli oleh badan usaha yang tunduk pada regulasi?
2. Sebagian besar rumah sakit di Amerika Serikat saat ini merupakan rumah sakit sukarela (nirlaba). Rumah sakit-rumah sakit ini secara luas diyakini mengalami salah kelola. Mereka mengalami defisit dalam jumlah besar dan, sebagaimana diargumentasikan, menghadapi persoalan kelebihan kapasitas secara kronis. Dalam upaya untuk menyelesaikan permasalahan tersebut, telah diajukan suatu usulan

agar rumah sakit diubah statusnya menjadi utilitas publik yang tunduk pada pengawasan utilitas publik sebagaimana umumnya, khususnya dalam hal pengendalian terhadap pembangunan baru (lihat persoalan 1 supra). Apa pendapat Anda mengenai usulan ini? Apakah nasionalisasi industri rumah sakit akan lebih baik atau justru lebih buruk dari sudut pandang ekonomi? Lihat *Regulating Health Facilities Construction* (Clark C. Havighurst ed. 1974); Clark C. Havighurst, *Health Planning for Deregulation: Implementing the 1979 Amendments*, 44 *Law & Contemp. Prob.* 33 (Winter 1981).

3. Apakah mungkin timbul permasalahan terkait dorongan terhadap masuknya pelaku usaha yang tidak efisien ke dalam pasar monopoli alami apabila pelaku monopoli menerapkan sistem harga multipartit? Bagaimana jika pelaku monopoli melakukan diskriminasi harga?
4. Suatu undang-undang negara bagian melarang otoritas bandar udara milik negara bagian tersebut untuk mengenakan tarif yang tidak wajar. Di satu-satunya bandar udara internasional di negara bagian tersebut, otoritas (yang merupakan pemilik bandara) mengenakan biaya pendaratan kepada masing-masing maskapai penerbangan berdasarkan proporsi luas area bandara yang digunakan oleh maskapai tersebut, di mana biaya tersebut dihitung sedemikian rupa agar secara agregat dapat menutupi seluruh biaya operasional bandara, termasuk penyusutan, kecuali biaya yang berkaitan dengan berbagai bentuk konsesi yang terdapat di dalam bandara. Selain itu, otoritas mengenakan biaya sewa kepada penyelenggara tempat parkir, penyedia jasa penyewaan mobil, serta pelaku konsesi lainnya, di mana biaya sewa tersebut menghasilkan pendapatan yang secara substansial melebihi biaya konsesi yang ditanggung oleh bandara. Apakah otoritas tersebut melanggar undang-undang negara bagian yang dimaksud? Lihat *Indianapolis Airport Authority v. American Airlines, Inc.*, 733 F.2d 1262 (7th Cir. 1984).
5. Undang-Undang Staggers memberikan kewenangan kepada *Interstate Commerce Commission* untuk mengecualikan komoditas tertentu dari pengaturan tarif maksimum apabila tidak terdapat risiko penyalahgunaan kekuatan pasar oleh perusahaan kereta api (apabila kekuatan pasar tersebut memang ada). Misalkan harga batu bara Amerika Serikat yang dijual untuk ekspor ditentukan oleh harga pasar

dunia, dan harga pasar dunia tersebut tidak terpengaruh oleh jumlah batu bara Amerika Serikat yang dijual di pasar tersebut. Apakah dengan demikian dapat disimpulkan bahwa apabila perusahaan-perusahaan kereta api sepakat untuk tidak saling bersaing dalam penetapan tarif pengangkutan batu bara menuju pelabuhan untuk tujuan ekspor, maka mereka tidak memiliki kekuatan monopoli atas jasa pengangkutan batu bara, karena tarif mereka secara efektif dibatasi oleh harga pasar dunia untuk batu bara? Lihat *Coal Exporters Assn. v. United States*, 745 F.2d 76 (D.C. Cir. 1984).

6. Berdasarkan Undang-Undang Staggers, Komisi tidak dapat membatalkan suatu tarif atas jasa angkutan kereta api dengan alasan bahwa tarif tersebut terlalu tinggi selama pendapatan yang dihasilkan oleh tarif tersebut tidak melebihi 180 persen dari biaya variabel jasa tersebut. Lihat 49 U.S.C. Bab 10709. Apa dasar rasionalitas ekonomi dari ketentuan ini, dan apakah ketentuan tersebut layak secara logis?
7. Dalam keadaan seperti apa, jika ada, suatu pelaku monopoli alami diperbolehkan untuk memasukkan pengeluaran iklan ke dalam komponen biaya pelayanannya?
8. Menanggapi peningkatan tajam pengeluaran pemerintah federal dalam program Medicare, Kongres melalui *Deficit Reduction Act of 1984* menetapkan pembekuan selama 15 bulan terhadap penggantian biaya jasa pelayanan dokter oleh pemerintah dalam skema Medicare, termasuk terhadap jumlah biaya tersebut. Jelaskan dampak yang mungkin timbul dari kebijakan pembekuan ini terhadap permintaan dan penawaran jasa pelayanan dokter, pendapatan para dokter, kesejahteraan penerima manfaat Medicare, serta defisit anggaran pemerintah federal.

BAB XIII

PILIHAN ANTARA REGULASI DAN COMMON LAW

A. Teori Regulasi yang Optimal

Monopoli, pencemaran, penipuan, kekeliruan, salah urus, serta akibat-akibat lain yang tidak diinginkan dari pasar pada umumnya dipandang sebagai kegagalan mekanisme pengaturan-diri (*self-regulatory mechanism*) pasar, dan oleh karenanya dipandang layak untuk dikenai regulasi publik. Namun, sudut pandang demikian dapat menyesatkan. Kegagalan tersebut pada hakikatnya merupakan kegagalan pasar sekaligus kegagalan aturan-aturan pasar yang ditetapkan oleh sistem *common law*. Sebagai contoh, pencemaran tidak akan dianggap sebagai persoalan serius apabila upaya hukum yang tersedia dalam *common law*, seperti gugatan *nuisance* (gangguan) dan *trespass* (perbuatan melawan hukum atas properti), mampu secara efisien meminimalisasi biaya-biaya akibat pencemaran tersebut. Oleh karena itu, pilihan kebijakan hukum jarang sekali merupakan dikotomi antara pasar bebas dengan regulasi publik. Pilihan yang sebenarnya adalah antara dua metode pengendalian publik — yakni sistem *common law* yang ditegakkan oleh individu (*privately enforced rights*) dan sistem administratif berupa pengendalian langsung oleh lembaga publik — dan pemilihannya seharusnya ditentukan berdasarkan pertimbangan atas kelebihan dan kekurangan masing-masing dalam konteks tertentu.

Ciri khas utama (yang saling berkaitan) dari metode *common law* (dengan pengecualian terhadap hukum pidana) dalam melakukan pengaturan adalah dua hal:

- (1) Metode ini meminimalkan keterlibatan pejabat publik (seperti hakim dan aparaturnya), dan lebih banyak bertumpu pada inisiatif warga negara secara perorangan — yakni korban dan kuasa hukumnya;
- (2) Insentif untuk mematuhi hukum diciptakan melalui ancaman kewajiban untuk memberikan kompensasi kepada korban atas kerugian yang ditimbulkan akibat pelanggaran terhadap norma hukum.

Sebaliknya, sistem regulasi administratif secara langsung jauh lebih bergantung pada pejabat publik (yakni aparaturnya), serta lebih

menekankan pada pencegahan terjadinya kerugian sejak awal ketimbang pemberian kompensasi atas kerugian yang telah terjadi. Dalam *common law* terkait *nuisance*, misalnya, pelaku pencemaran dapat diwajibkan melalui proses peradilan untuk membayar kompensasi kepada pihak-pihak yang dirugikan. Sebaliknya, berdasarkan *Clean Air Act* dan *Clean Water Act* pada tingkat federal, lembaga publik menetapkan dan menegakkan standar-standar yang dirancang untuk mencegah emisi polutan dalam jumlah yang membahayakan.

Dari perbedaan mendasar tersebut, dapat disimpulkan dalam konteks apa pendekatan *common law* cenderung kurang memadai dibandingkan dengan regulasi langsung. Jika kerugian yang dialami masing-masing korban terlalu kecil untuk menjadikan gugatan sebagai upaya yang sepadan secara ekonomis, maka terdapat dasar untuk diberlakukannya regulasi langsung, selama akumulasi kerugian secara keseluruhan masih lebih besar dibandingkan dengan biaya pencegahannya. Meski demikian, argumen ini tidak bersifat mutlak. Sebagaimana akan dibahas dalam Bab 21, mekanisme *class action* (gugatan kelompok) dapat digunakan untuk menggabungkan klaim-klaim kecil menjadi satu gugatan besar.

Secara paradoksal, argumen yang mendukung regulasi langsung juga berlaku dalam situasi sebaliknya — yakni ketika kerugian sangat besar. Dalam situasi ini, pelaku kerugian mungkin tidak memiliki kemampuan keuangan untuk membayar ganti rugi dalam jumlah besar, sehingga insentifnya untuk mematuhi hukum menurun. Dengan kata lain, ia mampu mengalihkan sebagian kerugian dari dirinya kepada korban, yakni dalam bentuk selisih antara kerugian aktual yang dialami korban dengan jumlah maksimal ganti rugi yang dapat dikoleksi.

Sekilas mungkin terlihat bahwa selama hukuman ganti rugi dapat menyita seluruh kekayaan pelaku, maka hal itu sudah cukup sebagai insentif. Namun, hal tersebut tidak selalu benar (lihat kembali Bab 7.2). Misalnya, dalam *Hand Formula*, jika biaya pencegahan (B) adalah \$100, probabilitas kecelakaan (P) adalah 0,001, dan besaran kerugian (L) adalah \$1 juta, maka $PL = \$1.000$. Namun, jika maksimum ganti rugi yang dapat dibayarkan oleh tergugat hanyalah \$10.000, maka nilai ekspektasi atas kewajiban ganti rugi adalah \$10 ($\$10.000 \times 0,001$). Dengan demikian, pelaku akan membandingkan biaya pencegahan sebesar \$100 dengan risiko kewajiban

ganti rugi senilai \$10, dan ia harus sangat enggan terhadap risiko (*extremely risk averse*) untuk memilih membayar \$100 tersebut.

Analisis di atas tidak menyiratkan bahwa regulasi harus menggantikan *common law* (terutama *tort law*) secara keseluruhan, melainkan bahwa regulasi perlu melengkapi di wilayah-wilayah di mana hukum perdata (khususnya hukum gugatan atas perbuatan melawan hukum) tidak mampu memberikan insentif yang memadai bagi perilaku efisien, baik karena kerugian korban terlalu kecil maupun terlalu besar.

Namun, analisis menjadi lebih kompleks ketika kita mempertimbangkan masalah lain dalam pengaturan berbasis *common law* yang dapat menjadi pembenaran diberlakukannya regulasi langsung. Sebagai contoh, *common law* mengalami kesulitan dalam menangani kasus kematian yang serupa tetapi tidak identik dengan kesulitan dalam menangani kerugian sangat besar. Kesamaannya terletak pada fakta bahwa kematian merupakan bentuk kerugian yang sangat berat dan bisa menguras kemampuan finansial pelaku. Namun, sebagaimana telah dibahas dalam Bab 6, sangat sulit untuk memberikan valuasi moneter atas kehidupan manusia. Meskipun tampaknya kesulitan tersebut tidak dapat dihindari dengan mengalihkan pengaturan dari *common law* ke regulasi langsung atas keselamatan, dalam kenyataannya tidak demikian.

Sebagai contoh, perdebatan ekonomi terkait usulan penggantian rambu penyeberangan kereta api (*cross-buck signs*) dengan lampu peringatan berkedip tidak menyangkut nilai kehidupan seseorang yang melintasi rel, melainkan nilai dari pengurangan risiko tambahan atas bahaya yang sudah kecil. Kita memiliki cukup banyak informasi tentang bagaimana masyarakat menilai langkah-langkah keselamatan yang mengurangi risiko kecelakaan atau kematian. Permasalahannya terletak pada bagaimana sistem *tort* mengekstrapolasi dari penilaian atas pengurangan risiko menuju nilai kehidupan itu sendiri. Meskipun terdapat metode yang disarankan dalam Bab 6 untuk menghindari kewajiban melakukan valuasi tersebut, sistem *tort* belum secara penuh mengadopsi metode tersebut.

Apabila diyakini bahwa sistem *tort* secara sistematis meremehkan besaran kerugian dalam perkara kematian, maka peran regulasi langsung adalah untuk melengkapi, bukan menggantikan, agar sistem *tort* dapat berfungsi secara lebih baik, khususnya pada spektrum kerugian yang paling kecil maupun paling besar. Namun, apabila diyakini bahwa sistem *tort* secara

sistematis melebihi-lebihkan atau salah memperkirakan nilai kerugian dalam sebagian besar kasus, maka terdapat argumen yang mendukung regulasi yang bersifat *pre-emptive*, kecuali jika diyakini bahwa regulator juga akan melakukan kesalahan estimasi yang sama parahnya seperti hakim dan juri.

Masalah lain dari pengaturan melalui *common law*, sebagaimana telah disinggung dalam Bab 6, adalah kaburnya hubungan kausal antara pelaku kerugian (baik individu maupun kelompok) dan korban tertentu. Misalnya, jika diketahui bahwa suatu kecelakaan reaktor nuklir akan meningkatkan kasus kanker sebesar 0,01%, tetapi tidak dapat ditentukan kanker mana yang disebabkan oleh kecelakaan tersebut, maka sangat sulit untuk membebankan biaya kecelakaan tersebut kepada pemilik reaktor melalui mekanisme hukum *tort*. Pencemaran udara memperumit hal ini dengan menambah unsur ketidakpastian atas identitas pelaku. Kerugian akibat pencemaran udara (seperti penyakit paru-paru, cucian kotor, bau tak sedap, dan sebagainya) umumnya merupakan hasil kumulatif dari emisi sejumlah pelaku pencemaran. Dalam praktiknya, hampir mustahil untuk menggabungkan semua pelaku pencemaran tersebut ke dalam satu gugatan, apalagi untuk membuktikan hubungan kausal antara satu pelaku dengan kerugian tertentu melalui metode *common law*. (Apakah hal ini merupakan justifikasi bagi regulasi langsung yang bersifat *pre-emptive* atau pelengkap?)

Fakta bahwa sistem *tort* atau metode pengaturan berbasis *common law* lainnya dapat menjadi sangat tidak efektif dalam kondisi tertentu memang merupakan argumen bagi diterapkannya regulasi langsung. Namun, argumen ini tidak bersifat final, karena regulasi langsung sendiri mungkin memiliki kekurangan yang besar. Pertama, regulasi langsung cenderung lebih mahal dibandingkan *common law*, karena bersifat berkelanjutan, sedangkan mekanisme *common law* hanya diaktifkan ketika kerugian telah terjadi. (Bandingkan dengan perdebatan mengenai apakah penyelamat harus diberi imbalan atau pelaku pembiaran harus dikenai sanksi. Lihat Bab 6.9.)

Kedua, regulasi langsung cenderung lebih sarat dengan unsur politik dibandingkan dengan *common law*, karena lebih bergantung pada sektor publik. Sementara itu, meskipun hakim merupakan pejabat publik, mereka lebih terlindungi dari pengaruh politik dibandingkan pejabat administratif. Oleh karena itu, regulasi cenderung lebih jarang didasarkan pada pendekatan *Hand Formula*. Selain itu, regulasi menghadapi tantangan informasi yang serius. Apabila korban kecelakaan tidak memiliki insentif untuk melaporkan

kondisi yang tidak aman kepada pemerintah, maka regulator dapat mengalami kesulitan dalam mengidentifikasi masalah secara tepat.

Regulasi akan lebih efektif jika terdapat beberapa variabel keselamatan yang telah dipahami dengan baik dan dapat dimanipulasi secara langsung untuk menghasilkan perubahan besar yang dapat dibenarkan dari segi biaya. Penegakan hukum terhadap pengemudi mabuk merupakan contoh yang baik. Biaya eksternal dari tindakan tersebut hampir pasti melebihi manfaat bagi pelaku, dan sulitnya mengukur kerugian akibat kecelakaan fatal menjadi dasar kuat untuk mencegah terjadinya kecelakaan dengan melarang perilaku berbahaya sebelum kecelakaan itu terjadi.

Beberapa poin di atas akan diilustrasikan lebih lanjut melalui pembahasan (yang tidak dapat dihindari akan bersifat terbatas) atas contoh-contoh spesifik dari regulasi langsung, termasuk bentuk regulasi yang berbeda dari regulasi administratif langsung, yakni pengenaan pajak sebagai instrumen regulasi (bukan sebagai alat pemungutan pendapatan negara), serta ditutup dengan peninjauan singkat atas kemungkinan penggunaan *common law* dalam mengendalikan monopoli alamiah.

B. Teori Regulasi yang Optimal

Sebagaimana telah disampaikan dalam Bab 4, terdapat kekuatan pasar yang bekerja untuk menyediakan informasi kepada konsumen terkait produk yang mereka beli. Namun, kekuatan pasar tersebut tidak selalu berfungsi secara optimal, dan upaya hukum berdasarkan *common law* terhadap penipuan (lihat Bab 4.7) juga tidak selalu efektif. Mekanisme tersebut sejatinya dapat ditingkatkan. Misalnya, konsumen yang telah menjadi korban penipuan dapat diberi hak untuk memperoleh kembali biaya perkara, ditambah dengan sanksi berupa denda sebagai insentif tambahan untuk mengajukan gugatan terhadap pelaku penipuan. Di samping itu, ketentuan mengenai gugatan kelompok (*class action*) oleh konsumen dapat dibuat lebih mudah untuk diajukan. Hak-hak badan usaha yang mengalami penurunan penjualan akibat pernyataan menyesatkan dalam materi promosi pesaing juga perlu diperjelas.

Berbagai kemungkinan perbaikan ini menjadi semakin menjanjikan apabila dibandingkan dengan permasalahan serius yang dihadapi oleh mekanisme pemulihan publik yang dikelola oleh *Federal Trade Commission* (FTC). Pada awalnya, konsumen hampir tidak memiliki insentif untuk

menggunakan mekanisme penegakan hukum dari Komisi. FTC tidak memiliki kewenangan untuk memberikan ganti rugi kepada konsumen yang dirugikan. Ancaman akan diajukannya pengaduan ke Komisi terkadang cukup untuk membuat penjual menenangkan konsumen yang marah dengan memberikan kompensasi. Namun, setelah Komisi memulai proses penegakan, penjual tidak lagi memiliki insentif untuk menyelesaikan masalah secara damai dengan konsumen, sehingga hal ini dapat mengurangi minat konsumen untuk melaporkan penjual kepada FTC. (Belakangan ini, Komisi telah menyatakan memiliki kewenangan terbatas untuk memerintahkan restitusi kepada konsumen yang ditipu.)

Para pesaing dari pelaku penipuan justru memiliki insentif untuk mengadukan tindakan tersebut kepada Komisi, karena dengan diterbitkannya perintah larangan (*cease and desist order*), praktik yang telah merugikan mereka dapat dihentikan. Namun, karena seluruh biaya penegakan hukum ditanggung oleh Komisi, pihak pengadu tidak memiliki insentif untuk menahan diri dari pengajuan pengaduan yang pada dasarnya tidak berdasar dan hanya dimaksudkan untuk mengganggu pesaing daripada untuk mengoreksi informasi menyesatkan kepada konsumen.

Kombinasi antara kurangnya insentif dari pihak konsumen dan berlebihan insentif dari pihak pesaing menimbulkan ketidakseimbangan dalam tekanan yang diterima Komisi. Komisi lebih banyak menerima laporan dari serikat pekerja yang khawatir atas dampak impor murah dari Jepang terhadap penjualan perusahaan tempat anggota mereka bekerja, dari pelaku usaha bulu asli yang terganggu oleh keberadaan bulu sintesis, atau dari pedagang berlian yang resah terhadap keberadaan berlian sintesis, dibandingkan laporan dari konsumen yang sebenarnya menjadi korban penipuan. Tidak mengherankan apabila sebagian besar keputusan dan peraturan yang dihasilkan oleh Komisi hanya memiliki kaitan yang sangat lemah, jika tidak dapat dikatakan tidak ada sama sekali, dengan persoalan nyata terkait penyesatan konsumen.

Selain itu, Komisi tidak memiliki instrumen sanksi yang memadai untuk menghadapi pelaku usaha *fly-by-night*, yaitu pelaku penipuan yang bersifat sementara dan berpindah-pindah, yang mungkin merupakan pelaku penipuan konsumen terbesar. Mereka menasar kelompok masyarakat yang paling kecil kemungkinannya untuk mengadukan penipuan kepada Komisi. Lagi pula, Komisi tidak memiliki sanksi yang cocok untuk menangani pelaku usaha yang

tidak beroperasi secara berkelanjutan, yang menyembunyikan kegiatannya, atau yang tidak bertanggung jawab secara keuangan.

Karakteristik kelembagaan FTC — yaitu ketidakmampuannya untuk menjatuhkan sanksi pidana, serta kenyataan bahwa seluruh tanggung jawab dan biaya penuntutan ditanggung oleh Komisi — merupakan sumber kelemahan dalam memberantas penipuan konsumen. Hal ini diperburuk oleh kenyataan bahwa FTC adalah lembaga federal dengan kegiatan yang sangat tersentralisasi di Washington, sementara sebagian besar kegiatan penjualan yang bersifat menipu justru dilakukan oleh pelaku usaha lokal. Komisi ini sesungguhnya dapat dibuat lebih efektif dalam menangani penipuan konsumen. Komisi dapat diberi kewenangan untuk menjatuhkan sanksi pidana, memindahkan beban biaya penegakan hukum kepada pengadu dari kalangan pesaing, serta memberikan otonomi yang lebih besar kepada kantor-kantor lapangan di daerah. Namun, perlu dicatat bahwa perubahan-perubahan tersebut akan membawa model regulasi administratif lebih mendekati model *common law*.

Satu jenis sanksi yang berbeda dan telah digunakan oleh Komisi dalam beberapa tahun terakhir layak untuk disoroti, yaitu iklan korektif (*corrective advertising*). Artinya, sebuah perusahaan yang terbukti melakukan iklan palsu dapat diperintahkan untuk menyampaikan pernyataan dalam iklan-iklan berikutnya yang ditujukan untuk memperbaiki kesan menyesatkan yang telah ditimbulkan oleh iklan sebelumnya. Iklan korektif bersifat penal (mengandung sanksi), karena pernyataan tersebut dapat mendorong konsumen untuk sepenuhnya beralih ke produk pesaing, bukan hanya sebagian pangsa pasar yang akan diberikan kepada pesaing seandainya tidak ada iklan palsu.

Contohnya dapat ditemukan dalam kasus tahun 1976, ketika Komisi mewajibkan *Johnson Products Company*, produsen lini kosmetik ternama bagi masyarakat kulit hitam, untuk mencantumkan secara jelas dan mencolok dalam semua iklan produk pelurus rambut *Ultra Sheen* peringatan berikut:

PERINGATAN: Ikuti petunjuk dengan cermat untuk menghindari iritasi kulit kepala, rambut patah, dan cedera mata.

Johnson juga diwajibkan untuk mencantumkan secara mencolok pada panel informasi kemasan atau melalui sisipan dalam kemasan sebuah peringatan terperinci bahwa penggunaan pelurus rambut dapat menyebabkan luka bakar pada kulit kepala dan rambut, kerontokan rambut, serta cedera mata.

Tampaknya, produk pelurus rambut dari perusahaan lain juga memiliki bahaya yang serupa; namun, tidak ada perintah serupa yang diberikan kepada pesaing *Johnson Products* selama lebih dari satu tahun, dan sebagai akibatnya Johnson mengalami penurunan pangsa pasar secara signifikan. Kerugian tersebut mudah dipahami jika kita mempertimbangkan bahwa konsumen pelurus rambut dihadapkan pada pilihan antara produk yang terus-menerus memperingatkan mereka akan bahayanya dengan produk-produk lain yang tampak lebih aman karena tidak memuat peringatan apapun. Sanksi penal dengan dampak seperti ini menimbulkan biaya tidak hanya pada tingkat individu, tetapi juga pada tingkat sosial; ia menghukum penyesatan di masa lalu dengan cara menciptakan penyesatan baru di masa kini.

C. Pengungkapan yang Diwajibkan

Beberapa peraturan perundang-undangan terkini, seperti *Truth in Lending Act*, serta berbagai inisiatif terbaru dari *Federal Trade Commission* (FTC), misalnya kewajiban pencantuman angka nilai oktan dan pengungkapan kandungan tar dan nikotin pada merek rokok, mencerminkan pendekatan yang berbeda terhadap persoalan informasi konsumen mengenai produk: yakni dengan mewajibkan pelaku usaha untuk menyampaikan informasi yang dianggap bernilai bagi konsumen, bukan semata-mata melarang pernyataan yang menyesatkan. Pendekatan ini, yang dikenal dengan istilah *mandated disclosure* (pengungkapan yang diwajibkan), tidak hanya berbeda dari konsep iklan korektif, tetapi juga dari kewajiban pengungkapan afirmatif yang hanya timbul apabila, tanpa adanya pengungkapan, konsumen akan secara wajar mengasumsikan hal yang sebaliknya (misalnya, bahwa pelumas daur ulang merupakan pelumas baru); pengungkapan yang diwajibkan dapat diperintahkan bahkan ketika pelaku usaha tidak dituduh telah melakukan pernyataan menyesatkan.

Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 4, terdapat dasar kekhawatiran bahwa pasar yang tidak diatur mungkin tidak menyediakan informasi yang cukup mengenai karakteristik produk tertentu yang, di satu sisi, memerlukan biaya tinggi bagi konsumen untuk mengetahuinya, dan di sisi lain, karakteristik tersebut umum terdapat pada seluruh merek produk tersebut. Karakteristik tersebut dapat bersifat positif atau negatif dari sudut pandang konsumen — misalnya, rendahnya kadar kolesterol pada margarin atau tingginya kadar kolesterol pada mentega. Seorang produsen margarin individu

mungkin enggan untuk mengiklankan rendahnya kadar kolesterol produknya karena iklan tersebut akan turut menguntungkan para pesaingnya yang tidak turut menanggung biayanya. (Bagaimana jika produksi margarin dimonopoli oleh satu entitas?)

Sebaliknya, tidak ada produsen mentega yang memiliki insentif untuk mengiklankan tingginya kadar kolesterol dalam produknya.

Masalah ini tidak terbatas pada merek-merek yang identik dari segi karakteristik yang dimaksud. Misalnya, pada masa ketika bahaya merokok belum diketahui secara luas, satu merek rokok mungkin memiliki kadar tar dan nikotin yang lebih rendah dibandingkan dengan yang lain. Sebelum mengiklankan fakta tersebut, produsen harus mempertimbangkan antara peningkatan pangsa pasar akibat meyakinkan konsumen bahwa produknya lebih aman dengan potensi penurunan penjualan karena menginformasikan kepada konsumen tentang bahaya merokok secara umum, yang dapat mendorong sebagian dari mereka untuk berhenti merokok sepenuhnya dan beralih ke produk lain. Dalam konteks ini, kondisi persaingan masuk (*ease of entry*) menjadi penting; produsen rokok rendah tar dan nikotin mungkin memiliki insentif untuk mengiklankan kandungan tersebut apabila ia memperkirakan bahwa dalam waktu dekat akan masuk pesaing baru yang menjadikan kandungan rendah tar dan nikotin sebagai keunggulan pemasaran yang layak diiklankan.

Alternatif yang lebih ringan dari pengungkapan yang diwajibkan adalah pengungkapan yang distandardisasi (*standardized disclosure*). Pemerintah dapat menetapkan standar, misalnya untuk angka nilai oktan, tetapi menyerahkan kepada masing-masing penjual untuk memutuskan apakah mereka akan menggunakannya atau tidak. Jika konsumen menilai informasi yang disampaikan melalui standar tersebut bernilai, maka sebagian pelaku usaha akan menggunakannya, dan konsumen akan menarik kesimpulan negatif terhadap pelaku usaha yang tidak menggunakannya, sehingga tercipta tekanan kompetitif agar semua pelaku usaha mengadopsi standar tersebut.

Meskipun secara teoritis terdapat dasar untuk diberlakukannya pengungkapan yang diwajibkan, atau paling tidak pengungkapan yang distandardisasi, atas informasi produk konsumen tertentu, kinerja FTC dalam menerapkannya belum memuaskan. Komisi memang mewajibkan perusahaan rokok untuk mengungkapkan kandungan tar dan nikotin dari merek-merek mereka, tetapi pada saat kebijakan ini diterapkan (tahun 1970), bahaya

merokok telah diketahui secara luas, dan disinsentif pasar untuk mengiklankan kadar tar dan nikotin yang lebih rendah — seperti yang dibahas sebelumnya — pada saat itu sudah tidak relevan lagi. Maka tidak mengherankan jika kewajiban pengungkapan ini tampaknya tidak memberikan dampak berarti terhadap kandungan tar dan nikotin dalam rokok.

Contoh lain dari pengungkapan yang diwajibkan adalah peraturan FTC yang mewajibkan pencantuman angka nilai oktan secara numerik pada pompa bensin. Komisi khawatir bahwa konsumen membeli bensin dengan oktan tinggi secara tidak perlu. Namun, Komisi mengabaikan insentif pasar bagi produsen bensin untuk meminimalkan kadar oktan guna menekan biaya, serta fakta bahwa label verbal yang digunakan oleh perusahaan — seperti “*premium*,” “*subpremium*,” “*regular*,” dan “*subregular*” — secara fungsional telah menyampaikan kisaran nilai oktan numerik yang sesuai (setiap kategori verbal merepresentasikan rentang nilai oktan tertentu).

*Truth in Lending Act*⁴ mewajibkan pengungkapan secara seragam atas syarat dan ketentuan kredit — khususnya suku bunga. Namun, tidak jelas apakah tingkat suku bunga eksplisit merupakan informasi yang perlu atau bahkan berguna bagi masyarakat berpenghasilan rendah (kalangan terdidik dan berpenghasilan tinggi seharusnya dapat melindungi kepentingannya sendiri).⁵ Pilihan realistis bagi kalangan miskin bukanlah antara (1) membeli dengan cicilan, (2) meminjam di bank dan membayar tunai, atau (3) tidak membeli dan menabung terlebih dahulu. Pilihan mereka lebih realistis adalah di antara berbagai opsi cicilan yang tersedia. Seorang pembeli dapat membandingkan beban membayar \$20 per bulan selama 40 bulan dengan membayar \$15 per bulan selama 60 bulan (atau \$25 per bulan selama 30 bulan) tanpa perlu mengetahui tingkat suku bunga efektif tahunan yang tersirat dalam skema pembayaran tersebut. Setiap orang pada dasarnya mengetahui seberapa tinggi tingkat preferensinya terhadap waktu (*personal discount rate*), meskipun tidak selalu dapat menyebutkan angka pastinya jika ditanya.

Dalam praktiknya, pengungkapan yang diwajibkan sering kali berarti bahwa pemerintah menetapkan bentuk (formulir atau format) pengungkapan, karena pada saat suatu karakteristik produk cukup terbukti untuk membenarkan intervensi pemerintah dalam bentuk kewajiban pengungkapan, besar kemungkinan bahwa informasi tersebut telah dikenal luas oleh konsumen. Namun, terdapat argumen teoretis bagi standardisasi yang tidak berkaitan dengan kekhawatiran bahwa pasar mungkin gagal menyediakan

informasi yang cukup. Manfaat bagi suatu perusahaan yang mencoba mengubah standar yang sudah ada bersifat eksternal; sedangkan biaya perubahan akan dibebankan sepenuhnya kepada perusahaan itu sendiri. Misalnya, apabila suatu perusahaan memutuskan untuk menggunakan sistem metrik sementara seluruh pesaingnya menggunakan sistem imperial (berat dan ukuran Inggris), maka konsumen kemungkinan akan berpindah ke produk pesaing yang labelnya lebih familiar, karena informasi tersebut disampaikan dengan cara yang lebih mudah dipahami oleh konsumen. Oleh karena itu, terdapat peran yang layak bagi pemerintah, dan juga asosiasi perdagangan (mengapa hanya asosiasi perdagangan?), dalam proses standarisasi informasi konsumen — sebagaimana dalam hal lebar rel kereta api, ukuran sekrup, dan contoh-contoh sejenis lainnya yang telah dikenal luas. Namun demikian, pengalaman FTC baru-baru ini dalam bidang standarisasi tidak dapat dikatakan berhasil.

D. Keselamatan dan Kesehatan

Sebagaimana telah dijelaskan pada awal bab ini, terdapat dasar argumen yang layak untuk diterapkannya regulasi terhadap aktivitas-aktivitas yang berpotensi menyebabkan kematian. Namun demikian, pelaksanaan aktual dari regulasi keselamatan dan kesehatan masih menyisakan berbagai kekurangan apabila ditinjau dari sudut pandang ekonomi.

Pertimbangkan terlebih dahulu sebuah contoh di mana terdapat nilai nyawa manusia di kedua sisi neraca sosial. Ketentuan hukum yang mewajibkan perusahaan farmasi untuk melakukan pengujian yang panjang dan mahal sebelum memperkenalkan suatu obat baru menyebabkan keterlambatan dalam peluncuran obat-obatan tersebut. Akibatnya, terjadi kematian pada orang-orang yang seharusnya dapat diselamatkan apabila obat dimaksud tersedia lebih awal. Dengan mempertimbangkan faktor ini dan faktor lainnya, sejumlah studi terhadap regulasi obat baru menyimpulkan bahwa biaya dari regulasi tersebut melebihi manfaat yang dihasilkannya.¹⁹²

Inti dari argumentasi ini adalah bahwa apabila biaya dari regulasi keselamatan itu sendiri berdampak pada keselamatan, maka dasar bagi

¹⁹² Namun, insentif yang lebih besar untuk meminimalkan biaya bahan bakar tercipta melalui rasio dolar per dolar daripada persentase yang diteruskan. Bisakah Anda mengerti alasannya?

diterapkannya regulasi sebagai alternatif dari pengembalian korban produk berbahaya kepada mekanisme pasar dan upaya hukum menjadi semakin lemah.

Masalah serius lain dari regulasi langsung terhadap keselamatan adalah bahwa regulasi yang hanya berfokus pada satu aspek input keselamatan berpotensi tidak efektif, bahkan bisa merugikan. Ketentuan hukum yang mewajibkan penggunaan sabuk pengaman dalam kendaraan bermotor dapat menjadi ilustrasi yang tepat atas permasalahan ini. Penggunaan sabuk pengaman mengurangi risiko cedera bagi pengemudi dan penumpang apabila terjadi kecelakaan. Oleh karena itu, berdasarkan Hukum Permintaan (*Law of Demand*), dapat diperkirakan bahwa para pengemudi akan bereaksi dengan mengemudi lebih cepat karena biaya (risiko) dari kecelakaan bagi mereka telah berkurang. Namun, peningkatan kecepatan tersebut akan menyebabkan meningkatnya frekuensi kecelakaan.

Meskipun biaya per kecelakaan bagi pengemudi dan penumpangnya mungkin menjadi lebih rendah karena adanya perlindungan dari sabuk pengaman, total biaya kecelakaan bagi pihak ketiga, khususnya pejalan kaki, justru dapat meningkat — karena jumlah kecelakaan bertambah dan para pejalan kaki tidak memperoleh perlindungan dari sabuk pengaman. Sebuah studi menemukan bahwa pemberlakuan undang-undang sabuk pengaman justru meningkatkan jumlah total kecelakaan serta biaya keseluruhan dari kecelakaan lalu lintas.

E. Polusi Ditinjau Kembali — Pajak sebagai Instrumen Regulasi

Permasalahan dalam penegakan hukum *common law* terkait polusi, setidaknya sebagian, serupa dengan permasalahan dalam kasus penipuan konsumen: kerugian yang dialami individu sering kali terlalu kecil untuk membenarkan biaya litigasi. Sekali lagi, perbaikan dalam mekanisme *common law* dimungkinkan, namun penekanan tetap diletakkan pada pendekatan regulasi langsung.

Di antara berbagai teknik regulasi yang tersedia, tiga pendekatan akan dibahas di sini. Pendekatan pertama adalah legislator atau badan administratif menetapkan langkah-langkah spesifik yang harus diambil oleh pelaku pencemaran untuk menghindari sanksi hukum yang berat (pengendalian *input*). Sebagai contoh, suatu pemerintah daerah dapat diwajibkan untuk

memasang instalasi pengolahan limbah jenis tertentu; pabrik baja diwajibkan membangun cerobong asap dengan tinggi tertentu; dan produsen mobil harus memasang perangkat pengendali emisi jenis tertentu. Pendekatan ini mengharuskan regulator memiliki informasi yang sangat lengkap mengenai biaya dan manfaat dari berbagai metode pengendalian polusi yang tersedia.¹⁹³ Terkait erat dengan hal ini adalah kenyataan bahwa penetapan metode tertentu untuk mengendalikan polusi cenderung menghambat pencarian metode yang paling efisien. Dalam proses perumusan standar oleh legislator atau badan administratif, industri yang terdampak memiliki insentif untuk mengusulkan metode pengendalian polusi yang paling murah, tanpa memperhatikan efektivitasnya, dan menyangkal keberadaan teknologi yang lebih mahal (meskipun lebih efisien karena mampu mengurangi lebih banyak polusi). Setelah metode tertentu ditetapkan, industri tidak lagi memiliki insentif untuk mengembangkan teknologi yang lebih baik, kecuali jika secara kebetulan juga lebih murah.

Pendekatan kedua adalah menetapkan ambang batas emisi polusi yang dianggap dapat ditoleransi, kemudian memaksa pelaku pencemaran, dengan ancaman perintah pengadilan atau denda, untuk tidak melampaui batas tersebut, sembari membiarkan pilihan metode pengendalian kepada industri yang bersangkutan (pengendalian *output*). Pendekatan ini sekilas terlihat lebih baik daripada pendekatan pertama, namun hal tersebut menyesatkan. Perusahaan akan terdorong untuk meminimalkan biaya dalam memenuhi standar emisi, tetapi standar tersebut bisa saja tidak efisien: standar tersebut bisa mengizinkan terlalu banyak atau terlalu sedikit polusi dari sudut pandang ekonomi. Solusinya adalah dengan menerapkan analisis biaya-manfaat dalam menetapkan standar. Namun hal ini mengharuskan lembaga regulator memiliki informasi tentang biaya pemenuhan berbagai standar yang setara dengan informasi yang dimiliki perusahaan, sehingga menghilangkan efisiensi utama yang seharusnya diperoleh dari pendekatan penetapan ambang emisi dibandingkan dengan penetapan alat atau metode pengendalian tertentu.

Walaupun dapat dipahami bahwa lembaga regulator lebih memilih untuk menetapkan standar emisi tanpa mempertimbangkan biaya dan manfaat, hal ini tidak dapat dipertahankan secara praktis. Sebab dalam pelaksanaan

¹⁹³ Untuk diskusi yang mencerahkan mengenai masalah ini, lihat Ronald H. Coase, *The Kontroversi Biaya Marjinal*, 13 *Economica* (ns) 169 (1946); Ronald H. Coase, *Teori Penetapan Harga Utilitas Publik dan Penerapannya*, 1 *Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.* 113 (1970).

penegakan standar tersebut, pelaku pencemaran akan berargumen bahwa biaya pemenuhan terlalu tinggi — dalam arti tidak sebanding dengan manfaat dari penurunan polusi. Argumen ini tidak dapat diabaikan kecuali masyarakat bersedia menurunkan tingkat polusi jauh di bawah tingkat efisien. Bahkan, bukan hanya efisiensi yang dipertaruhkan. Meskipun pengendalian polusi tidak membuat suatu pabrik harus berhenti beroperasi, pembatasan tersebut akan menaikkan biaya produksi pabrik tersebut; dan pemilik kemungkinan akan merespons dengan mengurangi *output* (sebagaimana ditunjukkan pada Gambar 3.2 dalam Bab 3). Hal ini akan mengakibatkan penurunan jumlah tenaga kerja dan mungkin berdampak pada penurunan pendapatan pekerja. Tentu saja dampak distributif ini akan terjadi baik pembatasan tersebut efisien maupun tidak. Suatu pembatasan yang efisien tetap dapat menyebabkan pabrik tutup jika biaya sosial secara keseluruhan (termasuk polusi) melebihi nilai *output* pabrik pada tingkat produksi apa pun. Namun, dalam pendekatan regulasi yang menetapkan teknologi tertentu untuk pengendalian polusi, dampak efisiensi dan distribusi diperhitungkan lebih awal dalam proses pengambilan keputusan regulatif.

Pendekatan ketiga, yang belum diterapkan secara luas di Amerika Serikat namun sangat digemari oleh para ekonom, adalah pengenaan pajak terhadap polusi. Tarif pajak untuk setiap jenis polutan ditetapkan sebesar estimasi biaya sosial yang ditimbulkan oleh polusi tersebut, dalam konteks wilayah yang terkena dampaknya; hal ini membedakan pajak ini dari denda yang bertujuan mencegah pencemaran dalam cara-cara yang umum diterapkan dalam sanksi pidana (lihat Bab 7.1 sebelumnya). Perusahaan yang dikenakan pajak polusi akan membandingkan biaya pajak tersebut dengan biaya untuk membeli peralatan pengendalian polusi, mengurangi *output*, atau cara-cara lain untuk mengurangi pencemaran. Apabila terdapat potensi penghematan pajak bersih melalui salah satu cara tersebut, perusahaan akan mengadopsinya; jika tidak, perusahaan akan memilih membayar pajak dan tetap mencemari.

Pendekatan ini mirip dengan pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*) dalam hukum perdata (berbeda dengan pendekatan pengendalian *input* yang menyerupai kelalaian — *negligence* — dan standar emisi yang kaku yang menyerupai sanksi pidana), dengan perbedaan bahwa penagakannya dilakukan oleh negara dan tidak terdapat pembelaan eksplisit atas dasar kelalaian korban. Pajak tersebut merepresentasikan ganti rugi yang seharusnya diterima oleh korban pencemaran. Pelaku pencemaran wajib

membayar “ganti rugi” tersebut, terlepas dari ada atau tidaknya metode pengendalian polusi yang dapat mencegah pencemaran dengan biaya lebih rendah. Hal ini memberikan insentif kepada pelaku pencemaran untuk mencari dan menerapkan pencegahan pencemaran yang berbiaya wajar secara sosial (termasuk perubahan tingkat aktivitas seperti menutup, mengurangi *output*, atau memindahkan lokasi pabrik — mungkin ke negara yang kurang ketat dalam regulasi pencemaran), tetapi tidak untuk mengadopsi metode pencegahan yang lebih mahal daripada manfaat sosial yang dihasilkan. Penentuan tingkat pencemaran yang wajar secara sosial oleh negara, yang bersifat implisit dalam pendekatan standar emisi (apalagi dalam pendekatan pengendalian *input*), dengan demikian dapat dihindari.

Namun demikian, pendekatan pajak ini jauh dari solusi yang sempurna:

1. Pendekatan ini kemungkinan akan kontraproduktif dalam situasi — yang mungkin cukup umum — di mana korban pencemaran justru merupakan pihak yang paling murah dalam menghindari pencemaran (misalnya dengan memasang pendingin udara, pindah ke lokasi yang lebih jauh dari pabrik, dan sebagainya). Pelaku pencemaran akan mengeluarkan biaya pengendalian polusi yang setara dengan potensi penghematan pajak, meskipun korban sebenarnya dapat mengurangi biaya akibat polusi dengan cara yang lebih murah.
2. Polusi bukanlah peristiwa diskret yang jarang terjadi seperti kecelakaan, tetapi mencakup miliaran emisi setiap tahun, sehingga hampir tidak mungkin untuk memperkirakan biaya sosial dari masing-masing emisi demi menetapkan tarif pajak yang tepat. (Sejauh mana standar emisi mengatasi masalah ini?) Jelas bahwa biaya sosial dari berbagai jenis polutan, atau dari jenis polutan yang sama di lokasi berbeda (bahkan dalam satu negara bagian, kabupaten, kota, atau desa), tidaklah seragam. Selain itu, biaya sosial dari pencemaran tidak selalu, atau mungkin jarang, merupakan fungsi linear dari jumlah pencemaran. Misalnya, jika 10 perusahaan masing-masing menghasilkan 100 unit pencemaran, dengan total biaya sosial sebesar \$1.000, maka tampaknya pajak sebesar \$1 per unit sudah memadai. Namun, jika semua perusahaan dapat mengurangi pencemaran sebesar 15% dengan biaya \$10, akan muncul pengurangan pencemaran sebesar 15% secara total — tetapi apakah hal ini memberikan manfaat sosial sebesar \$150 (untuk keuntungan bersih \$50)? Tidak selalu. Bisa jadi seluruh biaya sosial berasal dari 5%

pertama dari pencemaran, sedangkan sisanya tidak menyebabkan tambahan kerugian sama sekali (misalnya, jika 50 unit pertama sudah cukup untuk membunuh seluruh ikan di danau). Maka pajak tersebut hanya mendorong biaya pengendalian yang tidak memiliki nilai sosial. Pajak yang benar seharusnya setara dengan biaya sosial marginal, bukan rata-rata, dan karena itu harus bervariasi tergantung pada tingkat pencemaran. Namun informasi yang dibutuhkan untuk menyusun struktur pajak semacam itu sangat kompleks.

3. Jika diasumsikan bahwa sebagian besar pencemaran masih dapat dibenarkan secara biaya (*cost-justified*) — bahwa udara dan air yang sepenuhnya bersih tidak dapat dicapai tanpa biaya yang sangat besar — maka efek utama dari pajak pencemaran bukanlah mengurangi pencemaran, melainkan hanya menambah beban pajak bagi perusahaan pencemar. Pajak ini menyerupai pajak konsumsi (*excise tax*), karena secara kasar proporsional terhadap output. Pajak konsumsi bersifat regresif. Untuk menjaga agar sistem perpajakan secara keseluruhan tetap proporsional atau progresif, penerapan pajak pencemaran secara menyeluruh memerlukan mekanisme pembebasan, pengembalian, atau penyesuaian di sektor pajak lainnya. Fakta bahwa pajak pencemaran mungkin lebih mahal bagi perusahaan daripada pengendalian langsung, tanpa memberikan manfaat pengurangan pencemaran yang lebih besar, mungkin menjadi alasan utama mengapa pendekatan ini tidak populer.



Figure 13.1

4. Tampaknya ada keuntungan sosial besar dari sistem perpajakan karena dapat membatasi beban biaya perusahaan dalam memenuhi standar emisi yang terlalu ketat — pajak bertindak sebagai batas atas eksposur finansial. Namun, pada kenyataannya, sulit untuk mengatakan sebelumnya sistem mana yang lebih banyak menya-nyia-kan sumber daya jika regulasinya (baik berupa pajak atau standar emisi) terlalu ketat.

Hal ini digambarkan dalam Gambar 13.2 dan 13.3. T menunjukkan tarif pajak optimal, dan q menunjukkan tingkat pengendalian pencemaran optimal, baik yang diinduksi oleh pajak maupun yang ditetapkan oleh standar. T_e dan q_e adalah pajak dan standar yang lebih ketat secara proporsional. Dalam Gambar 13.2, pajak memicu perusahaan mengendalikan polusi sampai q_e , di mana biaya marginal pengendalian melampaui manfaat marginalnya, menghasilkan pemborosan sumber daya sebesar segitiga def — lebih kecil dibandingkan dengan kesalahan dalam standar emisi (segitiga dgh). Namun dalam Gambar 13.3, situasinya terbalik: pajak menghasilkan pemborosan yang lebih besar. Intuisi di balik hasil ini adalah: jika biaya marginal pengendalian meningkat tajam di kisaran tarif pajak, perusahaan akan memilih membayar pajak daripada mengurangi pencemaran; terjadi transfer pembayaran tanpa biaya sosial. Tetapi jika biaya marginal meningkat secara perlahan, perusahaan mungkin akan terdorong mengendalikan polusi terlalu jauh, menghasilkan pemborosan sosial yang signifikan.



Figure 13.2

Meskipun semua keberatan tersebut, pendekatan pajak tetap memiliki satu keunggulan besar dibandingkan pendekatan regulasi lainnya: lembaga regulator tidak perlu mengukur biaya kepatuhan terhadap kriteria pengendalian polusi yang tertanam dalam tarif pajak (asalkan efek distribusi diabaikan); lembaga hanya perlu memperkirakan manfaat dari pengurangan polusi. Hal ini membuat kesalahan dalam penetapan pajak lebih kecil kemungkinannya dibandingkan kesalahan dalam penetapan standar emisi, sehingga permasalahan seperti yang digambarkan dalam Gambar 13.3 lebih kecil kemungkinannya untuk terjadi. Dengan kata lain, standar emisi memerlukan analisis biaya-manfaat; pajak pencemaran hanya memerlukan analisis manfaat.

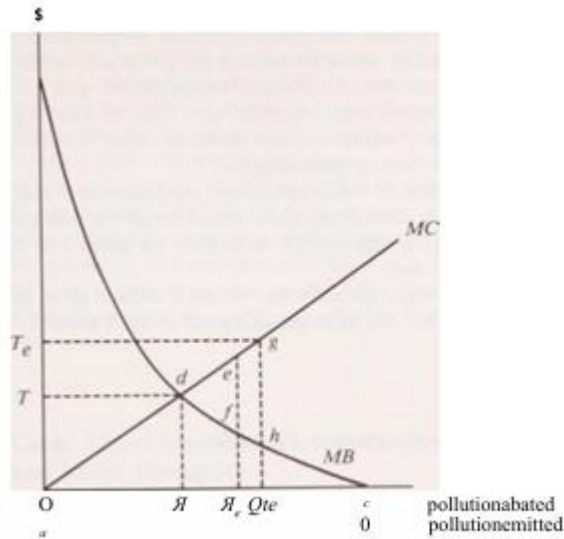


Figure 13.3

Dalam bidang yang menyangkut keselamatan dan kesehatan, baik analisis biaya-manfaat maupun analisis manfaat mengharuskan monetisasi risiko terhadap jiwa dan anggota tubuh. Namun sebagaimana telah dijelaskan, hal ini tidak berarti menetapkan “harga” atas nyawa atau anggota tubuh manusia. Yang dibutuhkan hanyalah informasi tentang jumlah uang yang bersedia diminta seseorang untuk menanggung risiko kecil — risiko dengan tingkat yang sama dengan yang diciptakan oleh polusi dan bahaya lainnya. Jumlah uang yang diminta untuk menanggung risiko inilah yang menjadi ukuran manfaat dari penghapusan risiko tersebut.

Bahkan para ekonom yang cukup simpatik terhadap keberatan atas monetisasi manfaat pengurangan polusi, secara tajam mengkritik *Clean Air Act*, yaitu program pengendalian pencemaran udara paling ambisius di Amerika Serikat. Di antara aspek-aspek program ini yang dianggap “tidak wajar” secara ekonomi (meskipun sebagian dapat dijelaskan dari sudut pandang politik) adalah:

1. Regulasi yang lebih ketat terhadap sumber pencemaran baru dibandingkan dengan sumber yang sudah ada, yang justru mendorong perusahaan untuk menunda adopsi teknologi produksi yang lebih bersih;
2. Kebijakan yang melarang bahkan penurunan kualitas udara yang sangat kecil di wilayah yang udaranya sudah bersih, meskipun biaya sosial

marjinal dari pencemaran (khususnya terhadap kesehatan) justru lebih tinggi di wilayah yang kotor;

3. Ketentuan yang mewajibkan semua sumber pencemar untuk mengurangi emisi, tanpa memperhatikan perbedaan biaya marjinal pengendalian di antara sumber-sumber tersebut.

F. Setoran Wajib atas Kemasan Minuman

Pencemaran estetika yang ditimbulkan oleh pembuangan sembarangan kaleng dan botol bir maupun minuman ringan di sepanjang jalan raya dan taman kota merupakan bentuk pencemaran yang sangat sulit dikendalikan. Biaya untuk membersihkan sampah tersebut tergolong tinggi, demikian pula dengan biaya untuk menangkap pelaku pembuangan sampah sembarangan. Meskipun denda bagi pelaku pelanggaran cukup berat — sebagai pengakuan atas rendahnya kemungkinan pelanggar tertangkap — denda tersebut harus jauh lebih besar untuk menciptakan efek jera yang berarti. Namun, seperti telah dibahas dalam Bab 7, sanksi yang terlalu berat juga menimbulkan biaya sosial yang tinggi.

Salah satu perangkat kebijakan yang dianggap menjanjikan dan telah diterapkan di beberapa negara bagian adalah kebijakan setoran wajib atas kemasan (*mandatory container deposit*). Dalam skema ini, pengecer diwajibkan untuk meminta pelanggan menyetor sejumlah uang, seperti lima atau sepuluh sen, untuk setiap kaleng atau botol yang dibeli. Uang setoran tersebut harus dikembalikan kepada pelanggan jika kemasan dikembalikan ke pengecer.

Model kebijakan ini secara prinsip tidak menghasilkan pendapatan (*revenue*) bagi negara atau pengecer, karena setiap sen yang “dipungut” sebagai “pajak” sejatinya akan dikembalikan kepada pembayar pajak, kecuali pelanggan tidak mengembalikan kemasan. Hal ini menggambarkan dengan baik perbedaan antara penggunaan pajak sebagai sumber pendapatan dan penggunaan pajak sebagai instrumen untuk mengatur perilaku (*behavioral regulation*). Dalam konteks ini, setoran kemasan menjadikan tindakan membuang sampah menjadi mahal bagi konsumen, karena mereka akan kehilangan uang setorannya apabila tidak mengembalikan kemasan tersebut.

Namun, masalah utama dari kebijakan ini adalah bahwa tidak pernah dilakukan estimasi biaya sosial dari sampah kemasan, dan karenanya tidak ada

hubungan yang jelas antara besaran setoran dengan tingkat pencemaran estetika yang dihindari. Ketidakhadiran analisis biaya semacam ini mungkin disebabkan oleh anggapan para pendukung kebijakan bahwa biaya kebijakan ini bersifat nol, karena pelanggan cukup mengembalikan kemasan untuk memperoleh kembali uangnya.

Pandangan tersebut mengabaikan biaya non-moneter yang harus ditanggung konsumen. Untuk mengembalikan kemasan, konsumen harus menyimpan kemasan bekas dan meluangkan waktu untuk membawanya kembali ke pengecer. Apabila jumlah setoran (*deposit*) lebih rendah daripada total biaya non-moneter yang dikeluarkan oleh konsumen untuk mengembalikan kemasan, maka mereka tidak akan tertarik mengembalikannya. Dalam hal ini, satu-satunya dampak kebijakan adalah peningkatan biaya administrasi dan pembukuan bagi para pengecer, tanpa pengurangan nyata dalam *volume* sampah kemasan.

(Mengapa keuntungan pengecer tidak akan meningkat, meskipun pelanggan tidak mengembalikan kemasan dan setoran tidak perlu dikembalikan? Karena pengecer akan memiliki kewajiban administratif untuk menyimpan dana setoran dalam pembukuan mereka, dan biaya operasional untuk menjalankan sistem pengembalian tetap ada, termasuk pelaporan dan pelacakan transaksi.)

Apabila tingkat setoran cukup tinggi untuk mendorong konsumen mengembalikan kemasan, maka akan terjadi biaya sosial berupa waktu dan tenaga dari konsumen. Biaya ini harus dibandingkan dengan manfaat sosial dari berkurangnya sampah kemasan. Apabila manfaatnya lebih besar, maka kebijakan setoran ini dapat dianggap efisien. Namun apabila biaya agregat dari kegiatan pengembalian kemasan lebih tinggi daripada kerugian akibat pencemaran estetika, maka regulasi ini tidak efisien secara ekonomi — sebagaimana telah dijelaskan pada Gambar 13.3 sebelumnya.

G. Televisi Kabel: Permasalahan Hak Cipta dan Monopoli Lokal

Televisi kabel merupakan metode penyampaian sinyal televisi ke rumah-rumah melalui kabel alih-alih menyiarkannya melalui udara dari pemancar. Sistem kabel memperoleh sinyalnya baik dari antena utama yang menangkap siaran dari stasiun penyiaran terdekat maupun dari sistem relay gelombang mikro atau satelit yang menerima sinyal dari antena jauh yang

menangkap siaran dari stasiun penyiaran di sekitarnya. Ketika sistem kabel membawa sinyal jauh, maka sistem tersebut menambah jumlah sinyal yang tersedia di pasar lokal tempat ia beroperasi. Stasiun penyiaran lokal tidak menyukai kondisi ini karena mereka kehilangan pemirsa dan, bersamaan dengan itu, pendapatan iklan. Pemegang hak cipta atas program yang disiarkan melalui sinyal jauh juga tidak menyukai impor (gratis) tersebut. Memang benar bahwa dengan memperluas jangkauan pemirsa atas program yang disiarkan oleh stasiun asal, pemilik hak cipta atas program tersebut dapat menarik royalti yang lebih tinggi dari stasiun tersebut, namun keuntungan ini diimbangi dengan hilangnya royalti dari stasiun yang bersaing dengan sistem kabel yang menyiarkan program yang sama. Jika pengaruh-pengaruh tersebut benar-benar saling meniadakan, maka pemilik hak cipta tidak akan mempersoalkan penyiaran sinyal jauh oleh sistem kabel. Namun demikian, penyiaran semacam itu mengakibatkan pemilik hak cipta tidak dapat memberikan hak eksklusif atas programnya kepada stasiun yang bersaing dengan sistem kabel (yang dapat menayangkan program yang sama dari stasiun penyiaran jauh); padahal, hak siar eksklusif memiliki nilai lebih karena memungkinkan sebuah stasiun membedakan jadwal siarannya dari pesaingnya. Dengan kata lain, hak siar non-eksklusif dapat menimbulkan eksternalitas berupa kepadatan (lihat Bab 3.1 di atas, khususnya pembahasan mengenai hak penggunaan eksklusif atas nama dan gambar seseorang dalam iklan, pada Bab 3.2).

Terdapat dua metode pengaturan terhadap sinyal jauh: melalui hak milik privat (yakni hak cipta) dan melalui pengaturan federal terhadap operasi televisi kabel (oleh *Federal Communications Commission* atau FCC). FCC memberlakukan pembatasan terhadap impor sinyal; Mahkamah Agung memutuskan bahwa *impor* sinyal tidak merupakan pelanggaran hak cipta. Dalam putusan tersebut, Mahkamah berpendapat bahwa pembangunan sistem televisi kabel sama halnya dengan pendirian antena tinggi oleh seorang pemirsa individu. Namun analogi ini tidak menjelaskan permasalahan ekonomi, yaitu pertukaran antara manfaat sosial berupa peningkatan produksi karya berhak cipta sebagai hasil dari perlindungan lebih terhadap pemilik hak cipta, dengan biaya sosial akibat meningkatnya biaya marjinal penggunaan karya tersebut (lihat Bab 3.2 di atas, dan perhatikan analogi dengan penetapan harga optimal oleh monopoli alami). Pertimbangan FCC terhadap aspek ekonomi dari sinyal jauh dipengaruhi oleh kenyataan bahwa para pemohon

kepada lembaga tersebut meliputi stasiun televisi lokal serta para pemilik hak cipta. Persaingan memang bukanlah suatu *tort* menurut hukum umum (*common law*), tetapi lembaga pengatur sering kali mempertimbangkan secara simpatik kepentingan suatu pelaku usaha untuk terbebas dari persaingan. Diyakini bahwa dampak utama dari persaingan oleh televisi kabel akan dirasakan oleh stasiun independen, khususnya yang menggunakan pita frekuensi ultra-tinggi (UHF) dalam spektrum elektromagnetik. Karena Komisi, dalam kebijakan alokasi dan perizinannya selama bertahun-tahun, secara tekun mendorong pertumbuhan televisi UHF, maka secara alami Komisi cenderung bersimpati terhadap keluhan dari stasiun independen UHF mengenai persaingan dari televisi kabel.

Perusahaan yang ingin menyediakan layanan televisi kabel wajib memperoleh hak waralaba (*franchise*) dari otoritas pemerintah kota setempat. Tarif layanan kepada pelanggan juga dapat tunduk pada pengaturan oleh komisi utilitas publik tingkat negara bagian. Karena distribusi sinyal televisi melalui kabel ke rumah-rumah menyerupai, secara teknis, layanan gas, air, dan listrik lokal — contoh klasik dari monopoli alamiah — maka tidak mengherankan apabila terdapat dukungan luas terhadap pengaturan tarif pelanggan. Namun demikian, terdapat pendekatan alternatif, yakni pendekatan berbasis hukum kontrak.

Untuk menjelaskan, banyak perusahaan dapat membangun dan mengoperasikan sistem televisi kabel di mana pun di negara tersebut. Jika tidak ada pembatasan masuk pasar, maka beberapa perusahaan akan bersaing untuk mendapatkan hak melayani setiap komunitas yang memiliki permintaan signifikan terhadap layanan televisi kabel. Perusahaan yang menawarkan paket harga dan layanan terbaik akan memperoleh pelanggan terbanyak, dan jika layanan televisi kabel secara lokal benar-benar merupakan monopoli alamiah, maka perusahaan tersebut akan memiliki biaya rata-rata yang lebih rendah dibandingkan para pesaingnya dan akan mengusir mereka dari pasar.

Dalam kondisi tersebut, perusahaan yang berhasil akan memegang monopoli. Apakah hal ini berarti pelanggan akan berada dalam posisi yang merugikan? Tidak, apabila tingkat harga dan layanan yang dijanjikan telah ditentukan secara kontraktual dengan setiap pelanggan potensial — dan persaingan di antara para calon penyedia layanan lokal seharusnya menjamin bahwa para pelanggan potensial menerima kontrak yang mengikat. Proses seleksi penyedia layanan juga tidak akan menimbulkan biaya besar dalam

bentuk pembangunan fasilitas ganda yang ternyata tidak diperlukan. Tidak ada perusahaan yang akan mulai membangun jaringan kabelnya sebelum masa penjajakan. Jika selama masa penjajakan tersebut terlihat preferensi kuat dari konsumen terhadap satu perusahaan, maka perusahaan lain akan menjual kontrak pelanggannya kepada perusahaan tersebut. Jika tidak terdapat preferensi kuat terhadap satu perusahaan dan masing-masing memiliki pelanggan tersebar di seluruh pasar, maka perusahaan-perusahaan tersebut dapat menukar pelanggan mereka hingga masing-masing memiliki wilayah pelayanan yang kompak.

Karena biaya pengikatan kontrak dapat sangat tinggi (mengapa?), pendekatan kontrak murni mungkin tidak memadai. Namun demikian, pendekatan regulatif dapat dirancang untuk mempertahankan unsur-unsur esensial dari pendekatan kontraktual. Pemerintah kota, bertindak sebagai agen kontraktual warga, dapat mengajukan penawaran terbuka dari para pelamar waralaba televisi kabel (atau beberapa waralaba). Pemerintah kota akan membandingkan penawaran tersebut dan membuat kontrak yang mengikat dengan pemohon yang menjanjikan kombinasi terbaik antara harga rendah dan layanan maksimal. Jika sulit memilih di antara berbagai paket harga-layanan, pemerintah dapat mengadakan jajak preferensi di antara warga setelah kampanye oleh para pelamar.

Pendekatan kontraktual yang dimodifikasi ini tampaknya serupa dengan sistem pemberian waralaba kabel saat ini, karena pemegang waralaba biasanya dipilih dari beberapa pelamar. Perbedaannya adalah bahwa dalam sistem yang ada, pemerintah kota biasanya tidak menetapkan tujuan untuk memperoleh kontrak terbaik bagi pelanggan. Sebaliknya, pendekatan yang diambil adalah meminta konsesi dari pemegang waralaba sebagai imbalan atas haknya mengenakan tarif monopoli. Sebuah waralaba kabel biasanya menetapkan bahwa pemegang waralaba harus menyetorkan persentase pendapatan kotoranya kepada pemerintah kota serta menyediakan sejumlah saluran secara cuma-cuma untuk layanan publik seperti pendidikan. Warga memperoleh manfaat sebagai wajib pajak, namun merugi sebagai konsumen. Mereka membayar tarif langganan monopoli yang lebih tinggi karena adanya konsesi tersebut, dibandingkan tarif yang akan dikenakan jika perusahaan televisi kabel adalah monopoli bebas, apalagi perusahaan yang secara kontraktual wajib memberikan layanan dengan harga yang setara dengan biaya. Hal ini digambarkan dalam Gambar 13.4, yang membandingkan harga monopoli

dengan dan tanpa pajak atas penerimaan kotor. Contoh ini memperlihatkan perbedaan antara pengenaan pajak melalui regulasi dan peningkatan kesejahteraan konsumen melalui mekanisme kontrak.

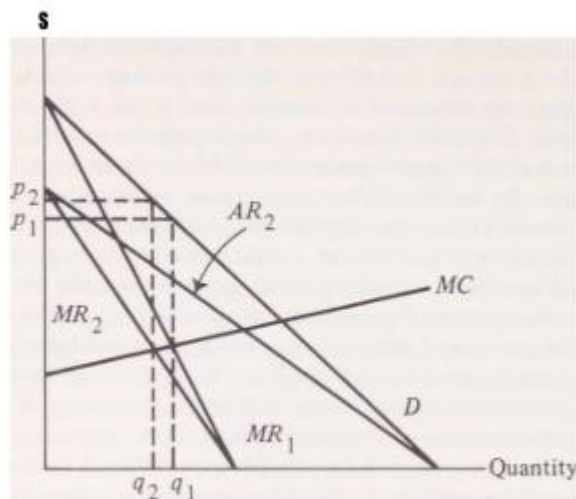


Figure 13.4

Jika pengaturan melalui kontrak menurut hukum umum (dengan kemungkinan tambahan unsur regulatif) merupakan alternatif yang layak bagi pengaturan televisi kabel, mengapa pendekatan ini tidak juga diterapkan pada bentuk monopoli alamiah lainnya dan menggantikan sistem regulatif yang kompleks sebagaimana dibahas dalam bab sebelumnya? Faktanya, pengaturan melalui waralaba adalah sistem regulasi yang digunakan pada masa awal distribusi listrik, kereta jalanan, dan layanan telepon — semua merupakan layanan berbasis jaringan seperti televisi kabel. Namun sistem ini gagal total, terutama karena otoritas pemberi waralaba tidak benar-benar mewakili kepentingan konsumen dan oleh karena itu gagal menjalankan perannya sebagai pihak pembeli dalam kontrak konvensional.

Untuk memahami pengaruh pajak, perlu diingat bahwa dari sudut pandang penjual, kurva permintaan adalah kurva pendapatan rata-rata — yaitu harga yang diterima, bukan yang dibebankan — pada berbagai tingkat *output*. Pajak atas penerimaan kotor mengubah kurva permintaan (pendapatan rata-rata) perusahaan dengan mengurangnya secara proporsional pada setiap tingkat *output* sebagaimana digambarkan dalam Gambar 13.4. Kurva pendapatan marjinal juga berubah, dan *output* yang memaksimalkan laba menjadi lebih rendah, sedangkan harga (termasuk pajak) menjadi lebih tinggi dibandingkan sebelum pajak diberlakukan.

Misalkan pemerintah kota dalam contoh tersebut, alih-alih mengenakan pajak atas penerimaan kotor, menerapkan pajak tetap per unit *output*. Apa dampaknya terhadap harga dan output dari monopoli yang memaksimalkan laba? Lihat Bab 17.3 di bawah. Sekarang misalkan pemerintah kota hanya melelang waralaba televisi kabel kepada penawar tertinggi secara sekaligus (*lump sum*). Apa dampaknya terhadap harga dan *output*? Apakah akan terdapat perbedaan antara waralaba eksklusif dan non-eksklusif?

Untuk kritik terhadap pendekatan yang diusulkan di atas, dengan penekanan pada biaya transaksi, lihat Oliver E. Williamson, *Franchise Bidding for Natural Monopolies — In General and with Respect to CATV*, 7 *Bell Journal of Economics and Management Science* 73 (1976).

Selain permasalahan politik tersebut, terdapat permasalahan ekonomi yang lebih murni yang merujuk kembali pada pembahasan kontrak pemilik-penyewa dalam Bab 3 (lihat Bab 3.9 di atas). Waralaba harus memiliki jangka waktu tertentu, karena tidak mungkin menetapkan ketentuan harga, layanan, dan sebagainya yang wajar untuk masa yang tak terbatas. Misalkan jangka waktu optimal, dengan mempertimbangkan kesulitan menetapkan ketentuan untuk masa depan yang jauh, jauh lebih pendek daripada umur manfaat berbagai aset milik pemegang waralaba (seperti hak lintas jalan, dan lain-lain). Pada akhir masa waralaba, akan timbul masalah monopoli bilateral yang cukup serius. Biaya bagi pemegang waralaba untuk mencabut asetnya akan sangat tinggi (terutama karena aset tersebut mungkin tidak memiliki nilai dalam penggunaan lain), tetapi biaya bagi pemberi waralaba untuk mengganti aset tersebut juga bisa sangat tinggi. Solusi sederhana adalah dengan mengalihkan kepemilikan aset kepada pemberi waralaba pada akhir masa kontrak. Namun, seperti halnya dengan perbaikan yang dilakukan penyewa yang kemudian menjadi milik pemilik tanah di akhir masa sewa, hal ini akan mendorong pemegang waralaba untuk berinvestasi secara suboptimal. Alternatif yang lebih baik, yang ditemukan dalam banyak peraturan daerah mengenai televisi kabel, adalah menetapkan formula penilaian atas aset pemegang waralaba pada saat masa kontrak berakhir.

Bacaan yang Disarankan

1. Stephen G. Breyer, *Regulation and Its Reform* (1982).
2. Robert W. Crandall, *Controlling Industrial Pollution* (1983).

3. Richard Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, *Boston University Law Review* (akan terbit, 1986).
4. Sam Peltzman, *An Evaluation of Consumer Protection Legislation: The 1962 Drug Amendments*, 81 *Journal of Political Economy* 1049 (1973).
5. Steven Shavell, *A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation*, 15 *RAND Journal of Economics* 271 (1984).
6. -----, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, 13 *Journal of Legal Studies* 357 (1984).
7. W. Kip Viscusi, *Regulating Consumer Product Safety* (American Enterprise Institute 1984).
8. *Consumer Protection Regulation*, 24 *Journal of Law and Economics* 365 (1981).
9. *Economic Analysis of Environmental Problems* (disunting oleh Edwin S. Mills, 1975).
10. *The Federal Trade Commission Since 1970: Economic Regulation and Bureaucratic Behavior* (disunting oleh Kenneth W. Clarkson dan Timothy J. Muris, 1981).
11. *Incentives for Environmental Protection* (disunting oleh Thomas C. Schelling, 1983).

Permasalahan

1. Apakah subsidi kepada perusahaan yang dimaksudkan untuk menutupi biaya pengurangan emisi polutan akan memiliki dampak alokatif dan distributif yang sama dengan ketentuan regulasi yang mewajibkan pengurangan emisi tanpa kompensasi apa pun? *Petunjuk*: Apa dampak subsidi terhadap output industri?
2. Terdapat ketertarikan yang cukup besar dari kalangan ekonom, serta upaya regulatif yang masih terbatas, untuk memungkinkan terbentuknya pasar dalam lisensi untuk mencemari lingkungan. Misalkan setiap perusahaan dalam suatu wilayah diberikan lisensi untuk menghasilkan 10 unit polusi, tetapi bebas untuk membeli atau menjual unit polusi tersebut dengan harga yang disepakati secara bebas. Maka, suatu perusahaan yang ingin menghasilkan 14 unit polusi dapat membeli 4 unit dari perusahaan lain yang bersedia hanya

menghasilkan 6 unit. Bandingkan efisiensi dan konsekuensi distribusi dari skema yang menggabungkan standar emisi dengan lisensi polusi yang dapat diperdagangkan, dibandingkan dengan sistem pajak polusi. Dapatkah Anda memperkirakan alasan mengapa para pegiat lingkungan tidak menyukai sistem lisensi polusi yang dapat diperdagangkan?

3. Jika biaya transaksi antara pemegang hak cipta dan perusahaan televisi kabel rendah, apakah ketentuan FCC mengenai sinyal jauh akan berdampak pada jumlah produksi materi berhak cipta? Apakah akan terdapat perbedaan apabila sebagian besar hak cipta dimiliki oleh jaringan televisi, yang masing-masing memiliki beberapa stasiun televisi?
4. Sebagaimana telah dijelaskan dalam Bab 3, produsen peralatan perekam video rumahan tidak diwajibkan membayar royalti hak cipta kepada pemegang hak cipta program televisi, karena dianggap tidak melakukan pelanggaran hak cipta secara tidak langsung (*contributory infringement*). Para pemilik hak cipta telah mengusulkan agar pemerintah federal mengenakan pajak atas penjualan perekam video dan kaset video, dan kemudian mendistribusikan hasil pajak tersebut kepada para pemegang hak cipta secara proporsional terhadap pangsa pemirsas televisi mereka, dengan perhitungan ulang secara berkala. Evaluasilah sifat-sifat ekonomi dari skema yang diusulkan tersebut dibandingkan dengan sistem tanggung jawab hak cipta (*copyright liability*).
5. Evaluasilah proposisi berikut: Kita memiliki contoh yang sangat baik tentang penerapan pajak regulatif yang layak dan efektif atas eksternalitas yang merugikan, yang dapat dijadikan model untuk pajak polusi — yaitu cukai atas minuman beralkohol.

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAGIAN IV
THE LAW OF BUSINESS
ORGANIZATIONS AND
FINANCIAL MARKETS

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XIV

PERSEROAN TERBATAS

(DENGAN SEKILAS TINJAU TERHADAP PEMBIAYAAN DAN KEPAILITAN)

A. Hakikat Perusahaan

Biaya transaksi — yaitu biaya yang timbul dalam mengatur aktivitas ekonomi melalui pertukaran sukarela — merupakan tema yang berulang dalam buku ini. Dalam bagian ini, konsep tersebut digunakan untuk menjelaskan mengapa sebagian besar aktivitas ekonomi dijalankan oleh badan usaha (perusahaan) alih-alih oleh individu.

Bandingkan dua metode dalam mengorganisasikan proses produksi. Dalam metode pertama, seorang wirausahawan mengadakan kontrak dengan satu pihak untuk menyediakan komponen, dengan pihak lain untuk merakitnya, dan dengan pihak ketiga untuk menjual produk jadi. Dalam metode kedua, ia mempekerjakan orang-orang tersebut sebagai karyawannya untuk melaksanakan tugas tersebut di bawah arahnya. Metode pertama merupakan ranah tradisional hukum kontrak (*contract law*), sedangkan metode kedua merupakan ranah hukum hubungan kerja (*master-servant law*). Inti dari metode pertama adalah bahwa wirausahawan merundingkan dengan masing-masing pelaku produksi suatu perjanjian yang menetapkan harga, kuantitas, kualitas, tanggal penyerahan, ketentuan pembayaran, dan jaminan atas pelaksanaan kewajiban oleh kontraktor. Sebaliknya, dalam metode kedua, wirausahawan membayar para pelaku produksi tersebut berupa upah — yaitu harga bukan untuk kinerja tertentu, melainkan untuk hak mengarahkan kinerja mereka.

Tentunya, tidak ada satu pun metode pengorganisasian aktivitas ekonomi yang bebas dari biaya. Metode pertama, yaitu kontrak, menuntut agar rincian pelaksanaan dari pihak pemasok ditentukan secara eksplisit pada saat penandatanganan kontrak. Hal ini dapat memerlukan negosiasi yang panjang atau prosedur lelang yang kompleks, dan apabila terjadi perubahan keadaan yang mengharuskan modifikasi terhadap salah satu klausul yang telah disepakati, maka perjanjian tersebut harus dinegosiasikan ulang.

Metode kedua, yakni perusahaan, mengandung biaya-biaya insentif, informasi, dan komunikasi. Karena pemasok (yakni karyawan atau tim karyawan) tidak dibayar secara langsung berdasarkan *output*-nya, ia memiliki insentif yang lebih kecil untuk meminimalkan biayanya. Selain itu, informasi mengenai biaya dan nilai menjadi kabur dalam konteks perusahaan karena karyawan tidak mengajukan penawaran atas berbagai sumber daya yang mereka gunakan dalam proses produksi — suatu proses yang seharusnya dapat menunjukkan di mana sumber daya tersebut dapat dimanfaatkan secara paling optimal. Dengan kata lain, informasi yang terkandung dalam harga pasar menjadi hilang. Lebih lanjut, karena kinerja dalam perusahaan diarahkan melalui perintah atasan, maka dibutuhkan suatu mekanisme untuk meminimalkan kegagalan komunikasi secara vertikal dalam rantai komando — suatu mekanisme yang tidak hanya mahal tetapi juga tidak sempurna.

Secara keseluruhan, metode kontrak dalam mengorganisasi aktivitas ekonomi menghadapi permasalahan berupa tingginya biaya transaksi, sedangkan metode perusahaan menghadapi permasalahan pengendalian (*control problem*). Permasalahan pengendalian ini — yang juga sering disebut sebagai biaya keagenan (*agency costs*), yaitu biaya yang ditanggung oleh pemberi kuasa (*principal*) untuk memperoleh kinerja agen yang setia dan efektif — menjadi faktor pembatas ukuran perusahaan yang efisien, bukan hukum hasil marjinal yang menurun (*law of diminishing returns*). Hukum hasil marginal yang menurun hanya membatasi seberapa banyak suatu jenis produk dapat diproduksi secara efisien oleh suatu perusahaan.

B. Permasalahan dalam Pembiayaan Usaha

Teori mengenai badan usaha (*theory of the firm*) menjelaskan mengapa begitu banyak aktivitas ekonomi diselenggarakan dalam bentuk suatu badan usaha, namun tidak menjelaskan mengapa sebagian besar badan usaha tersebut berbentuk perseroan. Salah satu petunjuknya adalah bahwa badan usaha yang sebagian besar inputnya berupa tenaga kerja, bukan modal, umumnya berbentuk persekutuan (kemitraan) atau usaha perseorangan, bukan perseroan. Perseroan pada dasarnya merupakan suatu mekanisme untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul dalam upaya menghimpun sejumlah besar modal.¹

Bagaimanakah seorang wirausahawan yang tidak memiliki cukup dana namun memiliki ide usaha yang menjanjikan dapat menghimpun modal yang dibutuhkan? Meminjam seluruh jumlah modal yang diperlukan hampir dapat

dipastikan bukan merupakan opsi yang realistis. Apabila tingkat bunga bebas risiko sebesar 6 persen, sedangkan peluang kegagalan usaha tersebut mencapai 50 persen dan tidak terdapat aset yang dapat digunakan untuk melunasi pinjaman jika usaha gagal, maka kreditur, jika bersifat netral terhadap risiko (*risk-neutral*), akan mengenakan tingkat bunga sebesar 112 persen.² Beban bunga yang tinggi tersebut, ditambah dengan kewajiban amortisasi, akan menimbulkan beban biaya tetap yang signifikan sejak awal usaha dijalankan. Hal ini akan meningkatkan risiko kegagalan (lihat Bab 12.8 sebelumnya)—dan pada gilirannya, menaikkan tingkat bunga.

Secara teoritis, kesulitan-kesulitan tersebut dapat diatasi melalui penyusunan perjanjian pinjaman yang cermat dan kreatif, namun biaya transaksinya kemungkinan sangat tinggi. Alternatifnya adalah wirausahawan tersebut menerima pihak lain sebagai mitra dalam usaha, yang berhak memperoleh bagian dari keuntungan usaha (jika ada) sebagai imbalan atas kontribusinya dalam bentuk modal. Imbalan kepada mitra ditentukan secara otomatis berdasarkan keberhasilan usaha. Tidak diperlukan perhitungan tingkat bunga secara eksplisit, meskipun secara implisit terkandung dalam penentuan porsi keuntungan yang akan diterimanya di masa depan sebagai kompensasi atas kontribusi modal tersebut. Yang terpenting, tidak terdapat beban biaya tetap berupa utang yang dapat menjadikan usaha tersebut lebih berisiko dari kondisi dasarnya; mitra hanya akan menerima bagiannya apabila dan sepanjang keuntungan diperoleh.

Namun demikian, tetap terdapat sejumlah permasalahan. Suatu persekutuan dapat dibubarkan oleh, dan secara otomatis dibubarkan dengan meninggalnya, salah satu mitra. Ketidakpastian keberlangsungan persekutuan ini dapat menghalangi komitmen penanaman modal dalam jumlah besar terhadap suatu usaha yang dananya dapat terikat selama bertahun-tahun. Para pihak dalam persekutuan tersebut mungkin dapat menyiasati permasalahan ini melalui pengaturan-pengaturan tertentu, tetapi tidak tanpa biaya transaksi yang kemungkinan besar tinggi. Lebih lanjut, sejauh para pihak menyepakati pembatasan hak mitra investor untuk membubarkan persekutuan dan menarik kembali modalnya, maka likuiditas investasinya akan berkurang, dan (sebagaimana akan dijelaskan lebih lanjut dalam bagian lain dari bab ini) ia dapat berada dalam posisi yang lemah di hadapan mitra aktif. (Apakah Anda melihat adanya analogi dengan permasalahan pengaturan waralaba yang telah dibahas dalam bab sebelumnya?)

Selain itu, karena setiap mitra bertanggung jawab secara pribadi atas utang persekutuan, calon investor akan terdorong untuk menilai terlebih dahulu sejauh mana potensi kewajiban usaha tersebut, atau bahkan terlibat langsung dalam manajemen perusahaan untuk memastikan agar usaha tidak menimbulkan utang yang besar yang menjadi tanggung jawabnya. Meskipun demikian, risiko tanggung jawab yang tidak terbatas masih tetap ada. Secara teoritis, usaha dapat mencantumkan klausul dalam setiap kontrak dengan pelanggan dan pemasok yang membatasi tanggung jawab hanya sampai sebatas aset usaha (sebagian bentuk *business trust* melakukan hal ini). Namun, negosiasi terhadap klausul pembatasan tersebut akan memerlukan biaya yang tinggi. Selain itu, akan sangat tidak praktis untuk membatasi tanggung jawab perdata atas perbuatan melawan hukum (*tort*) dengan cara demikian. Asuransi pun, sebagaimana akan dibahas kemudian, tidak dapat sepenuhnya menjadi solusi.

C. Perseroan sebagai Suatu Kontrak Baku

Bentuk perseroan merupakan solusi yang lazim digunakan oleh hukum dan praktik bisnis dalam mengatasi permasalahan yang telah diuraikan dalam bagian sebelumnya. Keberadaan perseroan yang bersifat terus-menerus (*perpetual existence*) menghilangkan kebutuhan akan perjanjian khusus yang membatasi penarikan diri atau pembubaran usaha, meskipun perjanjian semacam itu dapat menjadi diperlukan karena alasan lain yang akan dibahas kemudian. Tanggung jawab pemegang saham terhadap utang perseroan dibatasi hanya sampai pada nilai saham yang dimilikinya (prinsip *limited liability*). Investasi pasif semakin didorong oleh dua faktor: (1) seperangkat hak hukum terhadap manajemen dan kelompok pemegang saham pengendali, dan (2) fakta bahwa kepemilikan saham dalam suatu perseroan dibagi menjadi bagian-bagian kecil bernilai relatif rendah, yang dapat diperjualbelikan di pasar terorganisasi, khususnya dalam kasus perseroan besar.

Bentuk perseroan memungkinkan investor untuk menanamkan modal ekuitas dalam jumlah kecil, mengurangi risiko melalui diversifikasi (lihat Bab 15.1 di bawah), serta mencairkan investasinya secara cepat dan dengan biaya rendah. Perlu dicatat bahwa tanpa prinsip *limited liability*, seorang pemegang saham bahkan tidak akan diizinkan menjual sahamnya tanpa persetujuan pemegang saham lainnya, karena apabila saham tersebut dijual kepada pihak

yang secara finansial lebih lemah, maka risiko yang ditanggung oleh pemegang saham lain akan meningkat.

Namun, pembaca yang cermat akan memahami bahwa prinsip *limited liability* bukanlah sarana untuk menghilangkan risiko kegagalan usaha, melainkan untuk mengalihkan risiko tersebut dari investor individual kepada para kreditor, baik sukarela maupun tidak sukarela, dari perseroan — merekalah yang menanggung risiko wanprestasi (*default*) perseroan. Oleh karena itu, kreditor harus diberikan kompensasi atas risiko tersebut. Mengapa investor ingin mengalihkan sebagian risiko kerugian akibat kegagalan usaha kepada pihak pemberi pinjaman, padahal ia harus membayar kompensasi atas tambahan risiko tersebut? Jawabannya adalah karena pihak kreditor mungkin memiliki kemampuan lebih baik dalam menanggung risiko.

Pertama, kreditor mungkin berada dalam posisi yang lebih baik untuk menilai risiko tersebut. Bandingkan posisi seorang pemegang saham individual dengan posisi bank yang memberikan modal kerja kepada perseroan. Bisa jadi, biaya bagi bank untuk menilai risiko wanprestasi lebih rendah daripada bagi pemegang saham, yang mungkin tidak memiliki pengetahuan mengenai bisnis tersebut dan menghadapi biaya informasi yang tinggi untuk mempelajarinya.

Kedua, pemegang saham individual cenderung lebih menghindari risiko (*risk averse*) dibandingkan dengan bank. Perlu diingat bahwa yang dibahas di sini adalah bagaimana mendorong individu untuk melakukan investasi dalam suatu badan usaha. Meskipun perseroan juga dapat menjadi pemegang saham, namun investor pada akhirnya adalah individu, dan sebagian besar individu, sebagaimana telah berulang kali dijelaskan dalam buku ini, bersifat menghindari risiko. Sebaliknya, bank merupakan perseroan, dan perseroan pada umumnya kurang menghindari risiko dibandingkan individu (meskipun tidak sepenuhnya bersifat *risk neutral*), karena para pemegang saham dapat menanggulangi risiko yang diambil perseroan melalui portofolio investasi yang terdiversifikasi — dengan syarat adanya prinsip *limited liability*. (Tanpa prinsip ini, pemegang saham, bahkan jika memiliki portofolio terdiversifikasi, tetap tidak terlindungi dari risiko bahwa ia dapat diminta untuk menyerahkan seluruh kekayaannya untuk melunasi utang salah satu perseroan tempat ia memiliki saham.) Dalam hal apa pun, kreditor yang besar dapat menghapuskan atau secara signifikan mengurangi risiko kerugian dari suatu

pinjaman tertentu dengan cara memegang portofolio pinjaman yang terdiversifikasi.

Telah dikemukakan bahwa prinsip *limited liability* memungkinkan suatu usaha untuk mengalihkan eksternalitas risiko kegagalan.³ Namun, (dengan pengecualian terbatas yang akan dibahas kemudian) tidak terdapat eksternalitas dalam hal ini. Kreditor sepenuhnya dikompensasi atas risiko wanprestasi melalui tingkat bunga yang lebih tinggi yang dikenakan kepada perseroan akibat status tanggung jawab terbatas tersebut; dan kreditor juga bebas untuk mensyaratkan adanya jaminan pribadi dari para pemegang saham atas utang perseroan, atau mencantumkan ketentuan lain dalam perjanjian pinjaman yang membatasi risiko kreditor. Pengurangan risiko wanprestasi yang dihasilkan dari ketentuan tersebut tentu akan menurunkan tingkat bunga.

Tingkat bunga mencerminkan risiko wanprestasi sebagaimana diperkirakan saat perjanjian pinjaman dibuat, namun setelahnya perseroan dapat meningkatkan risiko tersebut, misalnya dengan mengambil pinjaman tambahan yang tidak memiliki subordinasi terhadap pinjaman pertama atau dengan mentransfer aset kepada pemegang saham tanpa kompensasi yang memadai. Dengan melakukan hal-hal tersebut, pihak peminjam secara sepihak menurunkan tingkat bunga efektif dari pinjaman yang telah disepakati berdasarkan estimasi risiko yang ternyata lebih rendah dari kenyataannya. Setiap tindakan yang meningkatkan rasio utang terhadap ekuitas akan meningkatkan kemungkinan terjadinya wanprestasi, karena pembayaran utang merupakan biaya tetap bagi perseroan yang tidak dapat dikurangi apabila terjadi penurunan pendapatan akibat kesulitan usaha, seperti turunnya permintaan terhadap produk perusahaan.

Namun, mengapa perseroan dengan sengaja meningkatkan risiko wanprestasi? Setiap keuntungan jangka pendek yang diperoleh dari penurunan biaya utang biasanya akan tergerus oleh hilangnya kepercayaan kreditor dalam jangka panjang, yang mengakibatkan tingkat bunga yang jauh lebih tinggi saat perseroan kembali membutuhkan pembiayaan. Akan tetapi, kreditor pertama mungkin tidak akan menyadari adanya pinjaman tambahan yang diambil oleh peminjam kecuali sampai saat terjadi kegagalan (yang mungkin saja tidak terjadi). Lebih lanjut, perseroan yang tidak memiliki ekspektasi untuk bertahan dalam jangka panjang — yang memprediksi kebangkrutan dan berusaha meminimalkan dampaknya terhadap para pemegang saham — akan mengabaikan, bahkan sepenuhnya, hilangnya kepercayaan kreditor; dan tipe

perseroan seperti ini mungkin menyumbang proporsi signifikan terhadap kejadian wanprestasi yang terjadi secara nyata.

Untuk melindungi diri dari risiko semacam itu, kreditor dapat mensyaratkan agar peminjam menyetujui pembatasan atas total utang serta jumlah dividen yang dapat dibagikan selama jangka waktu pinjaman — dengan pengertian bahwa dividen mencakup setiap bentuk transfer aset perseroan yang dilakukan di bawah nilai pasar penuh. Atau kreditor dapat mensyaratkan adanya modal minimum, memberlakukan pembatasan lain, meminta jaminan — atau memilih untuk tidak menggunakan perlindungan dan sebaliknya meminta tingkat bunga yang lebih tinggi. Akan tetapi, karena probabilitas bahwa peminjam dengan sengaja akan meningkatkan risiko pinjaman sulit untuk dikuantifikasi, maka kreditor biasanya tidak hanya mengandalkan tingkat bunga yang lebih tinggi — terlebih lagi karena tingkat bunga yang tinggi justru meningkatkan risiko wanprestasi dengan menaikkan beban biaya tetap peminjam.

Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 4, salah satu fungsi hukum kontrak adalah untuk menghemat biaya transaksi dengan menyediakan ketentuan-ketentuan standar dalam kontrak yang sebetulnya akan disepakati juga oleh para pihak secara eksplisit; dan kini jelas bahwa hal yang sama juga berlaku dalam hukum perseroan. Sebagai contoh, ketentuan dalam hukum perseroan yang membatasi pembayaran dividen hanya sampai pada surplus laba yang dibukukan oleh perseroan memberikan perlindungan bagi kreditor terhadap upaya debitur (perseroan) untuk meningkatkan risiko wanprestasi setelah pinjaman disalurkan — suatu perlindungan yang, apabila tidak terdapat ketentuan hukum, kemungkinan besar harus dicantumkan secara eksplisit dalam setiap perjanjian pinjaman. Demikian pula, dengan menetapkan prinsip *limited liability* sebagai karakteristik semua perseroan, hukum mengeliminasi kebutuhan akan perjanjian-perjanjian kontraktual yang rumit mengenai batas tanggung jawab.

Namun, analogi dengan kontrak menjadi tidak relevan dalam hal pemberian kredit yang terjadi secara tidak sukarela, seperti dalam kasus ketika seorang pejalan kaki tertabrak oleh kendaraan angkut milik perusahaan sehingga perusahaan tersebut bertanggung jawab secara delik. Karena para pihak dalam hal ini tidak memiliki kesempatan untuk menyepakati ketentuan hukum perseroan sebelumnya, maka pejalan kaki tersebut tidak akan

memperoleh kompensasi atas risiko wanprestasi yang ditimbulkan oleh prinsip *limited liability* perusahaan angkut tersebut.

Bahkan dalam konteks hubungan yang bersifat sukarela sekalipun, biaya eksplisit untuk merundingkan batas tanggung jawab dapat terlalu tinggi dibandingkan dengan nilai yang dipertaruhkan. Probabilitas rendah bahwa seorang pekerja akan mengalami kecelakaan kerja yang serius, jika dikalikan dengan probabilitas bahwa pengusaha tidak memiliki aset yang cukup untuk memenuhi klaim kompensasi tersebut, mungkin terlalu kecil untuk membenarkan adanya ketentuan eksplisit dalam kontrak kerja (misalnya dalam bentuk obligasi atau jaminan). Dalam kasus seperti ini, ketentuan hukum perseroan atau hukum kepailitan yang bersifat implisit akan tetap mengikat hubungan para pihak meskipun bertentangan dengan ketentuan yang mungkin akan mereka sepakati dalam situasi tanpa biaya transaksi. Namun terdapat perbedaan dengan kasus kecelakaan sebelumnya: dalam hal ini, tingkat upah dapat disesuaikan untuk memberikan kompensasi kepada pekerja atas risiko tidak dibayarnya klaim kompensasi di masa depan terhadap pemberi kerja. (Namun, seberapa besar kemungkinan hal ini benar-benar terjadi?).

D. Utang Perseroan — Kepailitan dan Restrukturisasi

Sampai pada titik ini, telah diasumsikan bahwa suatu perseroan akan memiliki kewajiban berupa utang selain modal sendiri — dengan kata lain, memiliki kreditor selain pemegang saham. Dalam batas tertentu, hal ini memang tidak terhindarkan; suatu perseroan tidak dapat menghindari kemungkinan menjadi debitur tidak sukarela akibat perbuatan melawan hukum (*tort*) yang dilakukan oleh pegawainya dalam rangka pelaksanaan tugas. Namun, jenis risiko ini dapat diantisipasi dengan cukup mudah melalui mekanisme asuransi (meskipun tidak sepenuhnya, sebagaimana akan dibahas kemudian). Jika utang korporasi tidak dianggap esensial, maka menjadi tidak jelas mengapa prinsip tanggung jawab terbatas (*limited liability*) diperlukan. Sebab, apabila perseroan hanya didanai dengan modal sendiri (ekuitas), sehingga tidak mungkin mengalami gagal bayar atas pinjaman, maka satu-satunya yang berisiko—kecuali apabila perseroan melakukan perbuatan melawan hukum—adalah kontribusi modal dari para pemegang saham.

Terdapat beberapa penjelasan mengapa perseroan memiliki struktur permodalan campuran antara ekuitas dan utang, meskipun satu di antaranya merupakan kekeliruan.

1. Kekeliruan tersebut adalah anggapan bahwa utang meningkatkan tingkat pengembalian bagi pemegang saham dengan menjadikan investasinya sebagai investasi ber-*leverage*. Kekeliruan ini akan dijelaskan dalam Bab 15.2 di bawah.
2. Kombinasi antara modal ekuitas dan utang memungkinkan perseroan untuk menyediakan berbagai paket risiko dan imbal hasil yang sesuai dengan preferensi investor yang beragam (dalam hal ini istilah *investor* mencakup pemberi pinjaman maupun pemegang saham). Suatu perseroan yang hanya memiliki modal ekuitas akan memberikan tingkat risiko dan imbal hasil yang seragam bagi semua investornya. Namun, setelah perseroan mulai meminjam, maka ekspektasi risiko dan imbal hasil bagi pemegang saham meningkat; investasi mereka kini menjadi investasi ber-*leverage*. Akan tetapi, bahkan dalam kondisi rasio utang terhadap ekuitas yang tinggi, kreditor tetap memiliki risiko yang lebih rendah dibandingkan pemegang saham dalam perseroan yang sepenuhnya didanai ekuitas, karena kreditor tidak akan mengalami kerugian apa pun hingga seluruh investasi pemegang saham terhapus. Kreditor yang memiliki jaminan (*secured creditors*) berada dalam posisi yang lebih baik lagi. Mereka hanya perlu memperhatikan nilai dari aset tertentu yang dijamin untuk pelunasan pinjaman; selama nilai aset tersebut tidak turun di bawah jumlah pinjaman, mereka tidak perlu khawatir bahkan jika perseroan mengalami kebangkrutan. ("Jaminan tetap berlaku dalam kepailitan" sebagaimana ungkapan para praktisi hukum.) Hal ini mengurangi biaya pemantauan terhadap kinerja perseroan. Namun tentu saja, ekspektasi imbal hasil mereka lebih rendah daripada kreditor tanpa jaminan (*unsecured creditors*) yang menanggung risiko dan biaya pemantauan yang lebih besar, serta jauh lebih rendah dibandingkan dengan pemegang saham.¹

Kelompok kreditor yang berbeda dalam hal risiko adalah kreditor dagang (pemasok yang tidak meminta pembayaran tunai). Posisi mereka kurang berisiko dibandingkan kreditor tanpa jaminan lainnya (dan kadang bahkan dibandingkan dengan kreditor dengan jaminan berjangka panjang), karena utang mereka biasanya hanya berjangka pendek, sehingga kemungkinan adanya kejadian tak terduga yang meningkatkan risiko investasi lebih kecil.

Dengan demikian, bentuk perseroan dengan struktur permodalan yang mencakup utang dan ekuitas memungkinkan berbagai preferensi investor terpenuhi secara bersamaan. Memang, pemegang saham dalam perseroan tanpa utang dapat saja meminjam secara pribadi dengan menjaminkan sahamnya untuk memperoleh leverage; namun hal ini akan mengarah pada substitusi utang korporasi menjadi utang individu. Perlu dicatat bahwa tindakan ini agak bertentangan dengan prinsip tanggung jawab terbatas, karena dalam hal ini risiko pemegang saham tidak lagi terbatas pada jumlah investasinya. Dapat diduga bahwa sebagian besar pemegang saham tidak menganggap pilihan ini lebih menarik dibanding sistem saat ini, di mana sebagian risiko wanprestasi perseroan ditanggung oleh pihak pemberi pinjaman.

3. Jumlah pemegang saham yang besar dalam suatu perseroan modern menyebabkan meningkatnya masalah *agency cost* (biaya keagenan). Tidak ada satu pun pemegang saham individual yang memiliki insentif cukup besar untuk mengeluarkan waktu dan biaya dalam memantau kinerja para manajer, karena sebagian besar manfaat dari upaya tersebut akan dinikmati oleh pemegang saham lainnya. Ini menciptakan permasalahan klasik berupa *free rider* (manfaat eksternal). Salah satu cara untuk mengawasi perilaku manajer adalah dengan menggunakan jasa pihak yang akan melakukan pengawasan. Dewan direksi dan auditor menjalankan fungsi ini, demikian pula para pemegang utang korporasi, karena dengan memberikan pinjaman kepada perseroan mereka memiliki kepentingan atas keberhasilannya, meskipun kepentingan tersebut lebih kecil dibandingkan pemegang saham.
4. Cara lain untuk menjaga agar manajer tetap bertindak hati-hati adalah dengan mempertahankan risiko kepailitan yang nyata; dan hal ini hanya dapat dilakukan jika perseroan memiliki utang (mengapa demikian?). Kepailitan akan menimbulkan beban berat bagi para manajer karena mereka akan dipersalahkan, dan dalam cara yang bersifat terbuka serta mencolok, atas setiap bentuk salah urus (*mismanagement*) yang menyebabkan perseroan berada dalam kondisi gagal. Hal ini tidak akan berarti banyak apabila posisi mereka tetap aman. Namun, kepailitan akan menyebabkan mereka kehilangan kendali atas perseroan dan bahkan mungkin kehilangan pekerjaan mereka, meskipun perseroan tidak dilikuidasi. Mereka juga mungkin akan kesulitan memperoleh pekerjaan

setara karena stigma yang melekat akibat keterlibatan dalam suatu kepailitan; dan bisa jadi tidak ada pekerjaan setara yang tersedia, terutama jika mereka telah mengembangkan keahlian spesifik yang hanya relevan dalam perseroan tersebut.

5. Utang merupakan sumber pembiayaan yang lebih murah dibandingkan ekuitas karena sistem pajak penghasilan korporasi, yang pada dasarnya merupakan pajak tambahan atas modal ekuitas (lihat Bab 17.5 di bawah).

Apa yang dimaksud dengan kepailitan perseroan? Sekilas, istilah ini tampak kontradiktif. Karena pemegang saham tidak dapat mengalami kehancuran total akibat keruntuhan perseroan — kerugian mereka terbatas pada modal yang telah ditanamkan — tampaknya tidak ada kebutuhan bagi mereka terhadap mekanisme kepailitan. Hal ini memang benar, namun terlalu menyempitkan tujuan dari hukum kepailitan. Memang, salah satu fungsi utama dari kepailitan pribadi adalah untuk mendorong kewirausahaan di kalangan individu yang menghindari risiko, melalui prinsip bahwa kepailitan membebaskan debitur dari kewajiban utangnya, atau setidaknya sebagian besar darinya. Seorang individu, seandainya tidak ada mekanisme ini, harus menanggung risiko atas seluruh kapasitas ekonominya dalam menjalankan suatu usaha, setidaknya jika usahanya memerlukan pinjaman (asuransi, sebagaimana telah disebutkan, dapat menanggulangi sebagian besar utang yang bersifat tidak disengaja). Oleh karena itu, tanggung jawab terbatas bagi wirausahawan korporat setara dengan hak untuk mengajukan kepailitan bagi wirausahawan perorangan. Akan tetapi, kepailitan juga merupakan sarana hukum bagi kreditor, selain sebagai hak bagi debitur. Alasan keberadaan mekanisme kepailitan secara sukarela maupun tidak sukarela adalah karena adanya permasalahan biaya transaksi yang muncul ketika terjadi gagal bayar besar-besaran dan banyak pihak kreditor yang terlibat.

Bayangkan pasar untuk satu-satunya produk suatu perseroan mengalami kehancuran hingga harga jual berada di bawah biaya variabelnya pada tingkat produksi apa pun, sehingga satu-satunya langkah rasional adalah menutup usaha secara langsung dan menjual seluruh aset perseroan dengan nilai jual sisa (*salvage value*) yang mungkin sangat rendah. Jika nilai sisa tersebut lebih kecil daripada total utang perseroan, maka pemegang saham tidak akan peduli dengan hasil likuidasi. Pilihan rasional mereka adalah meninggalkan perusahaan. Para kreditor tentu berkepentingan untuk menjual aset perseroan dengan nilai tertinggi yang mungkin, namun mereka dapat menghadapi

kendala eksternalitas dalam menyusun rencana likuidasi yang dapat mewujudkan tujuan tersebut. Misalnya, apabila pembayaran sewa jatuh tempo dan jika tidak dibayar maka aset perusahaan harus dipindahkan dengan biaya tinggi, siapa di antara para kreditor yang akan membayarnya? Masing-masing memiliki insentif untuk menunggu agar kreditor lain yang melakukannya. Jika dana mencukupi untuk pembayaran sewa tersedia dalam rekening bank perseroan, bisa saja salah satu kreditor menyita dana tersebut untuk membayar piutangnya, meninggalkan kreditor lain yang masih harus menghadapi beban sewa. Hukum kepailitan mengatasi permasalahan ini dengan memberikan hak istimewa (*superpriority*) kepada pihak yang memberikan pinjaman penting kepada debitur pailit atau menyediakan jasa yang esensial guna mempertahankan nilai aset debitur.

Kemungkinan lain dalam dunia tanpa hukum kepailitan adalah para kreditor berusaha membuat perjanjian dengan pemegang saham yang merugikan kreditor lain. Sebagai contoh ekstrem (yaitu pengalihan secara curang / *fraudulent conveyance*): perusahaan memiliki utang sebesar \$1 juta, dengan \$100.000 di antaranya terutang kepada kreditor A, dan total nilai aset perusahaan hanya \$200.000. Kreditor A dapat menawarkan pembelian aset seharga \$100.000, karena ia dapat menjualnya kembali senilai \$200.000 dan mendapatkan kembali piutangnya. Pemegang saham akan senang karena dapat memulihkan sebagian investasinya, tetapi kreditor lainnya tidak mendapatkan apa-apa. Kemungkinan adanya perjanjian semacam ini akan menimbulkan persaingan mahal di antara para kreditor, dan ketidakpastian posisi para kreditor dalam rezim semacam itu akan menghasilkan tingkat bunga yang lebih tinggi sebagai kompensasi atas risiko yang lebih besar.

Masalah semacam ini juga dapat timbul jika perusahaan hanya membayar lunas piutang kreditor A terlebih dahulu sebelum kreditor lainnya (misalnya karena A lebih dahulu memperoleh putusan pengadilan) — hal ini disebut sebagai *preference* dalam hukum kepailitan. Dampaknya bagi kreditor lainnya adalah menurunkan prospek pelunasan dari 20 sen per dolar (\$200.000 dari \$1 juta) menjadi 11 sen per dolar (\$100.000 dari \$900.000) dan mendorong masing-masing kreditor untuk lebih giat memperoleh *preference* serupa. Setiap kreditor akan berlomba untuk menjadi yang pertama memperoleh putusan hukum terhadap debitur, dan perlombaan ini kemungkinan akan menguras aset perusahaan terlalu cepat sebelum nilai maksimum dari aset tersebut dapat diwujudkan.

Semua permasalahan ini pada prinsipnya dapat diselesaikan melalui kesepakatan di antara para kreditor; namun jika jumlah kreditor banyak, biaya transaksi untuk mencapai kesepakatan tersebut dapat menjadi sangat tinggi. Alternatifnya adalah melalui mekanisme kepailitan, di mana seorang kurator (*trustee in bankruptcy*) yang ditunjuk oleh pengadilan membatalkan *preference* yang dilakukan secara tergesa-gesa, dan mengelola aset debitur pailit sebagai wakil dari seluruh kreditor tanpa jaminan. Seperti halnya seorang wali amanat konvensional dalam perwalian dengan banyak penerima manfaat, kurator kepailitan mengatasi persoalan ketika banyak pihak mengklaim hak atas aset yang sama. Secara analitis, persoalan kepailitan dari sudut pandang kreditor mirip dengan persoalan kepemilikan terbagi atas tanah (lihat Bab 3.9 di atas).

Penjelasan di atas telah menguraikan mengapa kepailitan secara tidak sukarela dan secara sukarela oleh individu pelaku usaha diizinkan, namun belum menjelaskan mengapa kepailitan sukarela non-bisnis (misalnya oleh konsumen yang membeli barang secara berlebihan dengan kredit) dan kepailitan sukarela oleh perseroan diperkenankan. Yang pertama dapat dijelaskan, mungkin, dengan merujuk pada prinsip penghindaran risiko; ia menyediakan semacam asuransi yang sulit dibeli di pasar. Keraguan yang tercermin dalam kata "mungkin" berasal dari dua hal. Pertama, fakta bahwa seseorang tidak dapat, pada saat meminjam uang, melepaskan haknya untuk mengajukan kepailitan atas utangnya. Hal ini bersifat paternalistik. Kedua, adalah alasan mengapa sulit untuk membeli asuransi terhadap gagal bayar utang: karena hal itu justru membuat kegagalan bayar menjadi menarik. Seseorang dapat membeli dan mengonsumsi berbagai barang mewah dengan utang, lalu gagal bayar. Masalah ini (yang merupakan bentuk serius dari masalah *moral hazard* dalam asuransi) hanya dapat diatasi dengan membedakan antara gagal bayar yang disengaja (*voluntary*) dan tidak disengaja (*involuntary*), serta membatasi hak kepailitan sukarela hanya untuk yang terakhir. Namun, pembedaan ini sangat sulit dilakukan dalam praktik. Tidak ada batas yang jelas antara gagal bayar sukarela dan tidak sukarela. Semakin besar utang yang diambil, semakin besar pula kemungkinan seseorang tidak mampu membayar kembali akibat perubahan keadaan yang tidak terduga, meskipun ia memiliki iktikad baik untuk melunasinya.

Perubahan besar-besaran terhadap undang-undang kepailitan pada tahun 1978 telah mempermudah pengajuan kepailitan pribadi; hasilnya,

sebagaimana akan diperkirakan oleh seorang ekonom, adalah peningkatan suku bunga atas pinjaman pribadi. Dan sejauh mana biaya informasi menghambat pemberi pinjaman dalam membedakan tingkat suku bunga berdasarkan probabilitas bahwa debitur akan menghindari kewajibannya dengan mengajukan kepailitan, maka dampak dari kebijakan kepailitan pribadi yang longgar adalah membebankan beban subsidi dari debitur yang berhati-hati kepada mereka yang ceroboh — suatu dasar redistribusi kekayaan yang cukup mengherankan!

Bentuk paling menarik dari kepailitan sukarela dalam korporasi adalah reorganisasi perusahaan. Dalam skema ini, manajemen biasanya tetap menjalankan perusahaan sebagai “debitur dalam penguasaan” (*debtor in possession*); tidak ada kurator yang ditunjuk dan tidak ada langkah-langkah menuju likuidasi yang diambil. Namun, dalam waktu enam bulan, perusahaan harus mengajukan rencana reorganisasi, yaitu suatu rencana untuk tetap melanjutkan kegiatan usaha dengan struktur kepemilikan yang berbeda. Inti dari rencana ini adalah usulan untuk mengkonversi utang perusahaan menjadi saham atau sekuritas lain yang akan diberikan kepada para kreditor sebagai pembayaran atas piutang mereka, sehingga para kreditor menjadi pemilik perusahaan (atau pemilik utama, karena sering kali pemegang saham lama tetap memberikan sebagian saham kepada diri mereka sendiri). Para kreditor dapat mengajukan keberatan atas syarat-syarat dalam proposal tersebut; dan pada tahap ini pengadilan kepailitan yang akan menentukan nilai wajar dari perusahaan serta bagaimana nilai tersebut harus dialokasikan dalam bentuk sekuritas perusahaan reorganisasi kepada kreditor, dan jika nilai tersebut melebihi jumlah klaim, sisanya dapat diberikan kepada pemegang saham lama.

Poin utama dalam reorganisasi adalah bahwa reorganisasi dimaksudkan untuk mempertahankan kelangsungan usaha perusahaan, bukan untuk melikuidasinya. Sekilas mungkin tampak bahwa jika keberlanjutan usaha perusahaan secara ekonomi masih layak, para kreditor tidak akan memiliki kepentingan untuk memaksakan kepailitan sejak awal.³ Namun anggapan ini keliru. Suatu perusahaan dapat berada dalam kondisi *insolven* (gagal bayar) namun tetap layak secara ekonomi. Jika permintaan terhadap produk (atau beberapa produk) perusahaan menurun secara tidak terduga, perusahaan mungkin tidak mampu menutupi total biaya termasuk biaya tetap dari utang. Namun, jika pendapatan perusahaan masih melebihi biaya variabel, maka

seharusnya perusahaan tidak segera dilikuidasi. Bahkan, dalam jangka panjang, perusahaan mungkin dapat terus beroperasi secara berkelanjutan dengan skala usaha yang lebih kecil. Dalam situasi demikian, perusahaan mungkin tidak perlu lagi mengganti seluruh utangnya ketika utang tersebut telah jatuh tempo, total biayanya akan menurun, dan kurva permintaan serta penawaran barunya yang lebih rendah mungkin kembali berpotongan. Singkatnya, perusahaan mungkin memiliki masa depan yang layak, baik dalam jangka pendek maupun panjang, yang dapat dicapai apabila utangnya saat ini dapat dihapus. Salah satu cara untuk mencapainya adalah dengan mengubah utang tersebut menjadi modal ekuitas, sehingga utang tidak lagi menjadi biaya tetap dan tidak lagi menghalangi perusahaan untuk menutupi pengeluarannya yang lain. Reorganisasi kepailitan bertujuan mewujudkan hal ini. Karena perusahaan akan tetap beroperasi, maka secara alamiah manajemen yang ada tetap diberikan kewenangan untuk mengelola perusahaan selama masa reorganisasi serta diberi inisiatif untuk menyusun rencana reorganisasi. Manajemen akan memiliki insentif kuat untuk berhasil dalam reorganisasi agar terhindar dari likuidasi (baik melalui penjualan sebagai perusahaan berjalan maupun penjualan aset secara terpisah sebagai *salvage value*). Likuidasi akan menyebabkan mereka kehilangan pekerjaan, dan jika mereka memiliki *human capital* yang spesifik terhadap perusahaan (yaitu keahlian yang nilainya jauh menurun di luar perusahaan), maka nilai ini akan hilang secara permanen dalam proses likuidasi dan hampir mustahil untuk diasuransikan. Selain itu, jika mereka kehilangan pekerjaan akibat kepailitan, sebagaimana telah dibahas sebelumnya, mereka mungkin akan kesulitan meyakinkan calon pemberi kerja bahwa kepailitan tersebut bukanlah kesalahan mereka (dan dalam banyak kasus, memang kesalahan mereka).

Namun, sebaliknya, terdapat risiko bahwa manajer akan menggunakan reorganisasi sebagai cara untuk menunda likuidasi, bahkan ketika likuidasi segera sebenarnya akan memberikan hasil yang lebih baik bagi kreditor. Pengadilan tidak selalu mampu membedakan antara rencana reorganisasi yang layak dan yang tidak memiliki harapan. Faktanya, sebagian besar reorganisasi berakhir dengan likuidasi — meskipun hal ini tidak serta merta berarti bahwa reorganisasi tersebut adalah kesalahan. Dalam contoh sebelumnya mengenai perusahaan di pasar yang menurun, bisa saja pabriknya tidak pernah diganti, melainkan hanya digunakan hingga masa pakainya habis, sementara

perusahaan tetap dapat menutupi biaya variabel hingga saat itu; dalam situasi seperti ini, likuidasi bisa dianggap terlalu dini.

Keberatan lain terhadap reorganisasi adalah bahwa tidak seperti likuidasi yang menggunakan mekanisme penilaian pasar, reorganisasi mengandalkan penilaian oleh pengadilan. Tampaknya penilaian ini secara konsisten terlalu optimistis, meskipun hal ini tidak secara otomatis berarti bahwa kreditor menerima sekuritas yang nilainya lebih rendah daripada hasil likuidasi. Reorganisasi tentu bukan solusi ajaib (*panacea*); namun memerintahkan likuidasi segera terhadap setiap perusahaan yang mengalami kebangkrutan akan menimbulkan pemborosan sosial yang besar.

Sebuah alternatif terhadap sistem reorganisasi saat ini adalah mengalihkan inisiatif dari perusahaan pailit kepada seorang kurator. Setiap kali suatu perusahaan mengalami kebangkrutan, seorang kurator ditunjuk untuk memutuskan apakah perusahaan akan dilikuidasi atau diserahkan kepada para kreditor (sebagaimana terjadi dalam reorganisasi, melalui prinsip *absolute priority rule* yang dibahas dalam Masalah 3 pada akhir Bab 15). Kurator ini dapat mempertahankan manajemen yang ada selama proses likuidasi atau reorganisasi. Sulit untuk mengetahui apakah sistem semacam ini akan lebih unggul dibandingkan sistem yang berlaku saat ini. Sistem ini akan menghilangkan insentif bagi pemegang saham dan manajemen perusahaan pailit untuk mencoba reorganisasi yang tidak memiliki harapan hanya untuk menunda likuidasi yang merugikan mereka meskipun bermanfaat bagi kreditor. Sistem ini juga akan mengurangi peran pengadilan yang rawan kesalahan dalam reorganisasi. Namun, di sisi lain, sistem ini akan melemahkan insentif bagi pemegang saham dan manajemen untuk mencoba reorganisasi yang mungkin berhasil, karena mereka kehilangan kendali atas perusahaan lebih awal. Bahkan, penilaian yang terlalu optimistis dalam proses reorganisasi mungkin dapat dibenarkan sebagai cara untuk memberikan insentif kepada pemegang saham dan manajer (yang hampir selalu juga pemegang saham) agar mau mencoba reorganisasi ketimbang menyerahkan perusahaan yang sedang tenggelam kepada kreditor. Semakin tinggi penilaian yang ditetapkan, semakin besar kemungkinan pemegang saham akan memperoleh sebagian saham dalam perusahaan hasil reorganisasi tersebut.

E. Penembusan Tirai Korporasi (*Piercing the Corporate Veil*)

Meskipun prinsip tanggung jawab terbatas (*limited liability*) memainkan peran penting dalam menjadikan investasi ekuitas menarik bagi individu, pengabaian prinsip tersebut — yang dalam terminologi hukum korporasi dikenal sebagai *piercing the corporate veil* atau penembusan tirai korporasi — dapat memajukan efisiensi dalam dua keadaan.

1. Keadaan pertama digambarkan oleh suatu usaha taksi yang mendirikan badan hukum terpisah untuk setiap unit kendaraan guna membatasi tanggung jawab delik kepada korban kecelakaan. Apabila kewajiban tersebut merupakan suatu hubungan kontraktual yang dapat dinegosiasikan, maka kreditor-korban akan mengenakan tingkat bunga yang lebih tinggi untuk mencerminkan peningkatan risiko wanprestasi; namun dalam kenyataannya hubungan ini bukanlah hubungan yang dinegosiasikan dan tidak dapat dianggap demikian. Akibat dari pendirian korporasi secara terpisah tersebut adalah eksternalisasi biaya pelayanan taksi.

Meskipun demikian, penembusan tirai korporasi belum tentu merupakan solusi yang optimal bahkan dalam kondisi seperti ini.² Mengizinkan korban delik untuk menjangkau aset milik pemegang saham akan menambah tingkat risiko yang harus ditanggung oleh pemegang saham — dan peningkatan risiko tersebut merupakan biaya nyata bagi individu yang memiliki sifat menghindari risiko (*risk-averse*). Meskipun perusahaan dapat mengasuransikan dirinya terhadap risiko delik, hal tersebut tidak sepenuhnya merupakan alternatif yang memadai terhadap tanggung jawab terbatas. Manajemen perusahaan mungkin lalai dalam menyediakan asuransi yang memadai; perusahaan asuransi dapat menolak atau tidak mampu membayar ganti rugi karena berbagai alasan (misalnya karena mengalami insolvensi); atau delik tertentu mungkin tidak tercakup dalam polis asuransi. Hal ini mungkin terdengar terlalu spekulatif — sampai ketika contoh tabrakan taksi diganti dengan kecelakaan reaktor nuklir atau penyakit paru-paru akibat paparan asbes.

Alternatif lain terhadap penembusan tirai korporasi adalah mewajibkan setiap korporasi yang melakukan kegiatan berbahaya untuk menyediakan jaminan (*bond*) senilai perkiraan tertinggi yang wajar atas potensi tanggung jawab deliknya. Dengan demikian, pemegang saham tetap terlindungi (dalam arti bahwa mereka tidak perlu menghadapi risiko kerugian di luar kontribusi modalnya) dan biaya kecelakaan akan diinternalisasi. Alternatif lainnya,

dalam kasus perusahaan taksi tersebut, adalah memperlakukan seluruh aset dari korporasi-korporasi afiliasi sebagai satu kesatuan untuk memenuhi klaim korban delik terhadap salah satu korporasi. Namun akan muncul permasalahan dalam mendefinisikan batasan yang tepat dari kumpulan aset tersebut: Haruskah mencakup aset korporasi afiliasi yang bergerak di bidang usaha berbeda, atau korporasi afiliasi yang menjalankan usaha taksi tetapi di negara bagian lain?

2. Keadaan kedua dan lebih penting di mana penembusan tirai korporasi dibenarkan adalah ketika pendirian korporasi secara terpisah menyesatkan kreditor. Apabila suatu korporasi diizinkan untuk memberikan kesan seolah-olah memiliki aset yang lebih besar daripada kenyataannya, maka hal ini akan meningkatkan biaya yang harus dikeluarkan oleh kreditor untuk menilai kesehatan keuangan sebenarnya dari perusahaan tempat mereka bertransaksi.

Dalam praktiknya, pendekatan utama yang digunakan oleh pengadilan dalam memutuskan apakah tirai korporasi dapat ditembus adalah misrepresentasi. Benar bahwa pengadilan sering kali merumuskan kriterianya dengan menanyakan apakah korporasi debitur hanyalah agen, *alter ego*, atau alat (*instrumentality*) dari pemegang saham. Namun, dalam penerapannya, pengadilan biasanya mempertimbangkan apakah pemegang saham melakukan perbuatan atau menyampaikan pernyataan yang dapat menyesatkan kreditor untuk percaya bahwa debitur memiliki aset lebih besar dari kenyataannya, atau bahwa pemegang saham sebenarnya adalah debitur yang sesungguhnya. Beberapa pengadilan secara eksplisit mengadopsi pendekatan misrepresentasi sebagai dasar untuk menentukan apakah tirai korporasi dapat ditembus.

Sering kali, pemegang saham adalah korporasi, bukan individu, dan dalam konteks ini, tampaknya prinsip pengalihan risiko yang menjadi dasar dari tanggung jawab terbatas tidak lagi relevan. Apabila suatu perusahaan induk dimintakan tanggung jawab atas utang anak perusahaannya, maka eksposur pemegang saham perusahaan induk terhadap risiko kewajiban, meskipun meningkat, tetap terbatas pada investasi mereka dalam perusahaan induk dan dapat dikurangi lagi melalui kepemilikan portofolio saham yang terdiversifikasi. Dalam hal ini, perlu dibedakan antara korporasi terbuka (*publicly held corporation*) yang sahamnya diperdagangkan secara aktif dan memiliki banyak pemegang saham, dan korporasi tertutup (*closely held corporation*) yang memiliki sedikit pemegang saham dan sahamnya tidak diperdagangkan secara publik.

Misalnya, jika Tuan A. Smith ingin berinvestasi dalam usaha pertambangan, namun seluruh kekayaan Smith (selain bagian yang hendak ia investasikan) telah diinvestasikan dalam sebuah stasiun radio yang dimiliki oleh korporasi yang sahamnya seluruhnya dimiliki oleh Smith sendiri, lalu ia membentuk korporasi baru untuk menjalankan usaha pertambangan tersebut, dan jika aset korporasi afiliasi dapat dipersatukan untuk memenuhi klaim kreditor terhadap salah satu korporasi, maka Smith sesungguhnya mempertaruhkan seluruh kekayaannya pada keberhasilan usaha tambang tersebut. Dalam situasi ini, tidak ada perbedaan antara penembusan tirai korporasi untuk menjangkau aset korporasi afiliasi dan penembusan terhadap aset pribadi pemegang saham.

Namun, dalam konteks perusahaan besar yang sahamnya dimiliki publik dan beroperasi melalui anak-anak perusahaan yang dimiliki sepenuhnya, akan tampak sangat artifisial jika anak-anak perusahaan tersebut diperlakukan sebagai entitas terpisah dalam menentukan aset mana yang dapat digunakan untuk memenuhi klaim kreditor. Pertanyaan apakah pendekatan tersebut dapat dibenarkan atau tidak dapat dievaluasi dengan membagi perusahaan afiliasi menjadi dua kategori: (i) perusahaan yang menjalankan usaha yang tidak berkaitan, dan (ii) perusahaan yang menjalankan usaha yang berkaitan erat. Dalam kelompok pertama, maksimisasi laba perusahaan induk menuntut agar masing-masing anak perusahaan dimaksimalkan labanya secara terpisah; oleh karena itu, aset, biaya, dan lain sebagainya sebaiknya diperlakukan sebagaimana jika perusahaan-perusahaan itu berdiri secara independen. Memang benar bahwa pemilik bersama dapat mengadopsi kebijakan yang menyamakan atau mendistorsi profitabilitas relatif masing-masing perusahaan, misalnya dengan menetapkan alokasi modal antarperusahaan pada tingkat bunga yang arbitrer. Namun tidak benar bahwa pemilik biasanya menerapkan kebijakan semacam ini, sebab kebijakan tersebut akan mereduksi informasi yang tersedia bagi pemilik bersama terkait efisiensi manajemen masing-masing korporasi.

Bahkan ketika perusahaan-perusahaan afiliasi menjalankan usaha yang saling berkaitan erat — misalnya menghasilkan barang yang saling melengkapi — setiap korporasi biasanya tetap dioperasikan sebagai pusat laba yang terpisah guna menjamin bahwa laba kolektif grup tersebut dapat dimaksimalkan. Memang benar bahwa dalam situasi di mana terdapat efisiensi biaya yang signifikan dari kepemilikan bersama, misalnya dalam rantai

produksi vertikal (lihat Bab 10.7 dan 14.1 sebelumnya), maka perusahaan-perusahaan afiliasi tersebut akan dikelola dengan cara yang berbeda dari perusahaan independen dalam lini usaha yang sama; kegiatan operasionalnya lebih terintegrasi. Namun akan keliru secara normatif apabila efisiensi superior tersebut justru dikenai sanksi dengan mencabut privilese tanggung jawab terbatas yang tetap dinikmati oleh pesaingnya yang tidak terintegrasi. Selain itu, dalam kasus ini pun, pemilik bersama memiliki insentif kuat untuk menghindari transfer antarperusahaan yang dapat mendistorsi profitabilitas dan mengganggu evaluasi kinerja antarunit. Itulah sebabnya harga transfer antardivisi dalam korporasi yang terintegrasi secara vertikal umumnya mengikuti harga pasar dari barang terkait (dikurangi penghematan biaya apabila transfer dilakukan secara internal), bukan ditetapkan secara arbitrer untuk meningkatkan laba satu divisi dengan mengorbankan divisi lainnya.

Perbedaan penting antara kelompok afiliasi yang menjalankan usaha terkait dan kelompok yang menjalankan usaha tidak terkait bukanlah perilaku korporasi dalam kelompok pertama berbeda dari korporasi nonafiliasi dalam industri yang sama, tetapi karena kreditor yang bertransaksi dengan grup korporasi dalam satu lini usaha lebih mungkin disesatkan dan percaya bahwa mereka berurusan dengan satu korporasi tunggal.⁵ Prinsip misrepresentasi tampaknya cukup memadai untuk menangani kasus-kasus seperti ini. Bahkan, apabila tidak terdapat misrepresentasi, suatu aturan yang mencabut tanggung jawab terbatas korporasi afiliasi tidak akan mengurangi risiko bagi kelas kreditor manapun, tetapi justru akan meningkatkan biaya informasi. Meskipun kreditor Korporasi A mengetahui bahwa jika A gagal membayar maka ia dapat menjangkau aset milik afiliasi B, ia juga akan menyadari bahwa jika B gagal bayar, kreditor B dapat mengklaim aset milik A yang pada akhirnya membuat A gagal membayar utangnya. Untuk mengetahui seberapa tinggi suku bunga yang layak dikenakan, kreditor harus menyelidiki kondisi keuangan B selain A. Dan bisa saja B menjalankan usaha yang sama sekali tidak berkaitan.

F. Pemisahan antara Kepemilikan dan Pengendalian dalam Korporasi Modern

Hukum korporasi secara luas diyakini berpihak tidak hanya terhadap kreditor korporasi, melainkan juga terhadap para pemegang saham itu sendiri (apakah kedua keyakinan ini konsisten?). Klaim terakhir tersebut dirangkum dalam konsep pemisahan antara kepemilikan (pemegang saham) dan

pengendalian (manajemen) dalam korporasi yang sahamnya dimiliki secara publik. Namun, sebagian besar kekhawatiran mengenai dugaan pemisahan ini berakar pada kegagalan untuk membedakan antara *firma* dan *korporasi* (lihat Bab 14.1 supra). *Firma* merupakan suatu metode untuk mengorganisasikan produksi, sedangkan korporasi adalah metode — sebagaimana halnya perjanjian surat utang (*bond indenture*) — untuk menarik modal ke dalam firma. Perusahaan besar yang lazim dijumpai umumnya merupakan gabungan antara firma dan korporasi. Pengendalian atas firma berada di tangan kelompok manajemen yang memberikan perintah kepada para karyawan yang secara langsung membeli *input* perusahaan dan memproduksi serta menjual *output*-nya. Kelompok manajemen ini terdiri dari orang-orang yang memiliki pengalaman dalam bidang usaha bersangkutan dan terlibat secara penuh waktu dan harian.

Sebaliknya, pemegang saham tipikal (kecuali dalam korporasi tertutup atau ketika satu pemegang saham menguasai persentase besar saham korporasi) tidak memiliki pengetahuan khusus tentang bidang usaha firma, tidak menggantungkan penghidupan utamanya dari *firma* tersebut, dan tidak memiliki ekspektasi maupun insentif untuk terlibat dalam pengelolaan perusahaan. Ia merupakan investor pasif dan, mengingat likuiditas kepemilikannya, hubungannya dengan firma bersifat kasual dan seringkali sementara. Kepentingannya, sebagaimana halnya kreditor, lebih bersifat keuangan daripada manajerial.

Oleh karena itu, tidaklah aneh apabila pemegang saham tidak mengelola atau mengendalikan “korporasi mereka” — sebagaimana halnya obligasionis tidak mengelola atau mengendalikan korporasi penerbit obligasi, atau penerima manfaat dalam suatu perwalian tidak mengelola wali amanat. Ketiga kelompok ini memiliki kepentingan sebagai investor. Perbedaannya terletak pada tingkat kerentanan yang lebih besar dari pemegang saham (sebagaimana juga penerima manfaat perwalian) dibandingkan obligasionis terhadap kelalaian (*misfeasance*) dan ketidaksungguhan (*nonfeasance*) oleh manajemen korporasi. Obligasionis memiliki suku bunga tetap (dan juga perlindungan berupa investasi ekuitas sebagai penyangga), sehingga kekhawatirannya bukanlah pada seberapa baik firma dikelola, tetapi apakah firma tersebut cukup mampu untuk tidak gagal bayar, tidak lalai dalam pembayaran pokok utang saat jatuh tempo, atau tidak memperbesar

kemungkinan gagal bayar melampaui ekspektasi awal pada saat negosiasi tingkat bunga.

Sebaliknya, tingkat pengembalian pemegang saham secara langsung terkait baik dengan seberapa baik *firma* dikelola maupun seberapa jujur manajemen mendistribusikan kepada pemegang saham bagian yang layak dari pendapatan firma — yakni seluruh pendapatan yang melebihi kompensasi kompetitif manajemen atas fungsi manajerial yang dijalankannya.

Risiko kesalahan pengelolaan (*mismanagement*) tidak sepenting risiko bahwa manajer tidak akan berlaku adil kepada pemegang saham (yakni ketidaksetiaan atau *disloyalty*). Kesalahan pengelolaan bukanlah kepentingan pribadi manajer; bahkan bertentangan dengan kepentingan mereka, karena hal itu akan mengarah pada kebangkrutan firma (dan kehancuran prospek pekerjaan masa depan para manajer tersebut), akibat dari kompetisi dengan pesaing yang lebih baik dalam mengelola. Oleh karena itu, manajer memiliki insentif kuat untuk mengelola firma dengan baik atau, apabila mereka tidak mampu, untuk menyerahkan jabatan kepada pihak yang lebih kompeten. Namun, insentif manajer untuk berlaku adil kepada pemegang saham (yakni memaksimalkan nilai saham per lembar) jauh lebih lemah. Memang benar bahwa manajer yang tidak bertindak adil terhadap pemegang saham akan menghadapi konsekuensi berupa premi apabila ingin menghimpun modal tambahan melalui penerbitan saham baru; akan tetapi, beban premi tersebut tidak ditanggung oleh manajer, melainkan oleh pemegang saham awal dalam bentuk dilusi kepemilikan mereka. Oleh karena itu, cukup terdapat potensi konflik kepentingan antara manajemen dan pemegang saham yang memungkinkan kita memperkirakan bahwa pemegang saham secara normal akan menuntut pencantuman klausul-klausul protektif dalam anggaran dasar korporasi.

Hukum korporasi menekan biaya transaksi dengan menyematkan ke dalam setiap anggaran dasar korporasi hak-hak normal yang dapat diharapkan oleh pemegang saham untuk dipertahankan, yang paling penting adalah hak untuk memberikan suara sesuai jumlah saham yang dimiliki dalam pemilihan anggota dewan direksi korporasi. Dewan direksi tidak secara langsung mengelola perusahaan. Dewan ini biasanya terdiri dari perwakilan manajemen serta pihak luar yang memiliki pekerjaan penuh waktu di tempat lain dan hanya memberikan perhatian terbatas terhadap urusan perusahaan. Dewan ini umumnya meratifikasi tindakan-tindakan manajemen. Pentingnya dewan

direksi terletak pada kewenangannya — dan melalui dewan tersebut, kewenangan pemegang saham — untuk memberhentikan manajer yang ada dan menggantikannya dengan manajer yang lebih memperhatikan kepentingan pemegang saham.

Pemisahan antara kepemilikan dan pengendalian sebenarnya merupakan isu semu. Pemisahan ini bersifat efisien dan bahkan tak terhindarkan, mengingat bagi sebagian besar pemegang saham, biaya kesempatan untuk berpartisipasi secara aktif dalam pengelolaan firma akan terlalu besar. Yang diperlukan demi kepentingan pemegang saham bukanlah demokrasi partisipatif pemegang saham, melainkan mekanisme untuk mencegah manajemen mengalihkan terlalu besar porsi pendapatan bersih firma kepada dirinya sendiri.

Dalam konteks hukum, tentunya yang menjadi perhatian utama adalah perangkat hukum untuk tujuan tersebut. Namun, kita tidak boleh mengabaikan insentif dan pengaturan privat yang bahkan tanpa perangkat hukum pun cenderung menjaga agar manajemen tetap berada pada jalur yang benar. Sebagaimana telah disinggung sebelumnya, reputasi manajer dan praktik utang korporasi memberikan tekanan tersendiri bagi manajer. Perangkat lain yang sangat penting untuk menyelaraskan kepentingan manajer dengan kepentingan pemegang saham — dan yang makin sering digunakan oleh korporasi di Amerika Serikat — adalah skema kompensasi manajer yang bergantung secara substansial pada kinerja perusahaan, yang diukur berdasarkan nilai sahamnya.³ Apakah Anda dapat memikirkan keterbatasan dari efektivitas perangkat tersebut?

Pertimbangkan sekarang praktik pembayaran dividen. Sekilas, hal ini tampak sebagai praktik yang aneh jika dikaitkan dengan struktur perpajakan. Dividen dikenai pajak sebagai penghasilan biasa; jika penghasilan tersebut dipertahankan dalam korporasi, nilai saham korporasi akan meningkat, dan pemegang saham dapat memperoleh uang tunai dengan menjual sebagian sahamnya secara berkala sebagai *capital gain* yang dikenai pajak dengan tarif yang jauh lebih rendah. Pembayaran dividen juga dapat menjadi cara untuk menekan pengembalian riil yang diterima oleh pemegang utang korporasi — sehingga dibutuhkan pembatasan terhadap jumlah dividen yang boleh dibayarkan perusahaan, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya. Pembayaran dividen juga membantu menjaga kedisiplinan manajemen, baik dengan memaksa korporasi untuk lebih sering kembali ke pasar modal guna

membiayai usaha baru (alih-alih membiayainya dari laba ditahan), maupun dengan memperbesar risiko kegagalan korporasi (karena rasio utang terhadap ekuitas akan lebih tinggi jika tidak semua laba ditahan), sebagaimana pula efek keberadaan utang korporasi itu sendiri.⁴

G. Pengalihan Kendali Korporasi

Apabila manajemen mengabaikan kepentingan para pemegang saham, harga pasar saham biasa perusahaan akan menurun. Dalam kondisi demikian, para investor yang cermat akan menyadari bahwa saham tersebut dihargai di bawah nilai wajarnya — yakni bahwa harga saham akan lebih tinggi apabila perusahaan dikelola dengan tujuan memaksimalkan keuntungan bagi para pemegang saham. Pengetahuan ini dapat dimanfaatkan dengan beberapa cara berikut:

1. Suatu korporasi lain dapat berupaya meyakinkan dewan direksi perusahaan yang ada saat ini untuk menyetujui penggabungan (*merger*) antara kedua perusahaan yang akan memberikan kendali kepada pihak pengakuisisi. Persetujuan dari para direksi dan manajemen perusahaan yang diakuisisi dapat diperoleh melalui janji kompensasi yang menggiurkan, misalnya dalam bentuk kontrak konsultasi yang menguntungkan, dan lain sebagainya. Namun demikian, para pemegang saham tetap harus memberikan suara atas usulan penggabungan tersebut.
2. Apabila manajemen dan dewan direksi menolak, pihak pengakuisisi potensial dapat mengajukan penawaran pembelian (*tender offer*) kepada para pemegang saham yang ada untuk membeli mayoritas saham beredar dengan harga yang berada di antara harga pasar saat ini dan harga yang akan tercapai jika perusahaan dikelola secara optimal. Apabila penawaran ini berhasil, pihak pengakuisisi akan memperoleh cukup suara untuk memilih dewan direksi yang baru, yang kemudian akan mengganti manajemen yang lama.
3. Investor korporasi atau perorangan dapat membeli sejumlah saham (a) sebagai landasan untuk melakukan kampanye perolehan kuasa suara (*proxy voting*) dari para pemegang saham lainnya, dan (b) untuk memperoleh keuntungan dari kenaikan harga saham biasa perusahaan setelah dewan direksi dan manajemen lama digantikan.

Para akademisi hukum korporasi tradisional cenderung memberikan penekanan yang berlebihan pada prinsip demokrasi korporasi (poin ke-3) dan kurang memperhatikan pasar atas kendali korporasi (*market in corporate control*). Perjuangan memperoleh kuasa suara yang dilakukan oleh individu tanpa kepemilikan saham yang substansial paling menyerupai proses demokrasi politik, tetapi merupakan metode pengambilalihan yang paling tidak memungkinkan, antara lain karena adanya eksternalitas yang tinggi: bagaimana mungkin individu tersebut dapat menutup biaya kampanye dengan keuntungan yang sepadan dengan risiko kegagalan? Sayangnya, hukum justru menghalangi pemanfaatan penawaran pembelian (*tender offer*) yang efektif, yang pada gilirannya juga mengurangi efisiensi mekanisme merger sukarela (mengapa demikian?). Misalnya, hukum melarang seorang investor yang berniat melakukan pengambilalihan untuk membeli sebagian besar saham perusahaan target tanpa mengungkapkan tujuan tersebut. Pengungkapan ini cenderung meningkatkan harga saham, sehingga mengurangi potensi keuntungan dari pengambilalihan, dan pada akhirnya melemahkan insentif untuk melakukannya; hal ini menyebabkan manfaat dari penawaran pengambilalihan menjadi tereksternalisasi.

Hukum persaingan usaha (*antitrust law*), sebagaimana ditafsirkan saat ini, merupakan hambatan signifikan — meskipun mulai berkurang — bagi pengambilalihan. Umumnya, perusahaan besar hanya dapat diambil alih oleh perusahaan besar lainnya, dan akuisisi oleh perusahaan besar rentan terhadap gugatan hukum antimonopoli. Saat ini, manajemen perusahaan seringkali menolak pengambilalihan dengan alasan bahwa akuisisi yang dihasilkan akan melanggar hukum persaingan usaha.

Hambatan lain akan timbul jika usulan untuk melarang pemegang saham pengendali mengenakan premi atas pengalihan kendali perusahaan disahkan. Teori dasarnya adalah bahwa pemegang saham pengendali memiliki kewajiban fidusia terhadap pemegang saham minoritas. Teori ini memang memiliki kekuatan argumentatif dalam kasus khusus (yang akan dibahas dalam bagian berikutnya), yaitu ketika terdapat konflik kepentingan antara pemegang saham mayoritas dan minoritas. Namun, dalam situasi pengambilalihan pada umumnya, pemegang saham minoritas justru lebih dirugikan daripada diuntungkan apabila terdapat ketentuan hukum yang, dengan mengurangi insentif pemegang saham pengendali untuk melepaskan kendali, memperlambat alokasi ulang aset perusahaan kepada pihak yang

dapat menggunakannya secara lebih produktif, dan pada akhirnya merugikan seluruh pemegang saham.

Masalah lainnya adalah diterapkannya berbagai mekanisme oleh perusahaan target untuk membuat pengambilalihan menjadi lebih mahal — misalnya, kontrak yang menjamin pesangon tinggi bagi manajer yang diberhentikan akibat pengambilalihan (dikenal sebagai *golden parachute*), serta *poison pill*. *Poison pill* adalah skema di mana setiap pemegang saham menerima bersama sahamnya suatu waran yang memberikan hak, apabila perusahaan diakuisisi, untuk menjual sahamnya kepada perusahaan pengakuisisi pada harga yang ditentukan dalam waran, yang umumnya merupakan kelipatan dari harga pasar saat ini. Apabila penawaran pembelian cukup menarik, maka *poison pill* tidak menjadi masalah, karena setiap pemegang saham akan dengan senang hati menjual sahamnya (berserta waran tersebut) kepada perusahaan pengakuisisi. Namun, penawaran pembelian yang optimal dari sudut pandang pengakuisisi adalah yang tidak menarik semua pemegang saham; harga tersebut terlalu tinggi. Tujuannya adalah menetapkan harga yang cukup untuk mendorong mayoritas sederhana dari pemegang saham menjual saham mereka. Setelah memperoleh kendali, pengakuisisi kemudian akan menawarkan pembelian kepada pemegang saham sisanya (dengan asumsi ia tidak ingin berurusan dengan pemegang saham minoritas), tetapi dengan harga yang lebih rendah, karena mereka tidak memiliki alternatif; selisih harga tersebut merupakan premi atas pengendalian yang disebut sebelumnya. Penawaran pembelian dua tingkat (*two-tiered tender offer*) sebenarnya menurunkan harga penawaran awal, karena para pemegang saham akan bersaing untuk masuk ke dalam tingkat pertama yang lebih tinggi harganya, yang menerima premi pengendalian. *Poison pill* merupakan penangkal yang efektif terhadap skema dua tingkat tersebut karena memaksa perusahaan pengakuisisi untuk membeli saham di tingkat kedua dengan harga yang jauh lebih tinggi daripada tingkat pertama, sehingga secara signifikan mengurangi keuntungan yang diharapkan dari pengambilalihan.

Golden parachute tidak sepenuhnya dapat dipersalahkan seperti *poison pill*. Jaminan pesangon tinggi yang diaktifkan oleh peristiwa pengambilalihan memang membuat pengambilalihan menjadi lebih mahal, tetapi juga mengurangi insentif manajemen untuk menolak pengambilalihan; efek tersebut dapat saling meniadakan.

Mekanisme anti-pengambilalihan seperti *poison pill* seringkali dibela dengan alasan mempromosikan kesetaraan di antara pemegang saham, mendorong pengakuisisi untuk meningkatkan penawarannya, dan memperbaiki undervaluation oleh pasar. Pembelaan-pembelaan ini kurang meyakinkan (terutama yang terakhir, mengingat asumsi efisiensi pasar yang akan dianalisis dalam bab selanjutnya). Efek utama dari mekanisme ini justru adalah menghambat penawaran pembelian, dan beberapa penelitian menunjukkan bahwa apabila penawaran pembelian gagal, seluruh pemegang saham perusahaan target mengalami kerugian.

Namun, perlu dicatat bahwa mekanisme anti-pengambilalihan memerlukan persetujuan dari dewan direksi perusahaan — yang pada masa kini umumnya terdiri dari mayoritas direktur independen. Apakah mungkin mereka bertindak bertentangan dengan kepentingan perusahaan? Sangat mungkin. Mereka, pada kenyataannya, memiliki konflik kepentingan, sebab apabila perusahaan diambil alih, mereka hampir pasti akan kehilangan jabatan sebagai direksi yang memberikan kompensasi besar. Para direktur internal bahkan memiliki kepentingan yang lebih besar terhadap kelangsungan kemandirian perusahaan. Yang lebih mengherankan adalah mengapa para pemegang saham menyetujui mekanisme anti-pengambilalihan — karena mekanisme tersebut seringkali memerlukan, dan mendapatkan, persetujuan mayoritas pemegang saham serta dewan direksi.

Apabila hasil penelitian yang menunjukkan bahwa mekanisme anti-pengambilalihan merugikan pemegang saham adalah benar, maka hal ini menunjukkan bahwa pasar atas kendali korporasi tidak berfungsi dengan baik, dan kegagalan ini bersifat serius. Bukankah harus diakui adanya konflik kepentingan yang serius antara manajemen dan pemegang saham dalam banyak perusahaan besar, jika manajemen kerap menolak pengambilalihan yang sebenarnya menguntungkan pemegang saham? Kecuali dilakukan upaya untuk meningkatkan efektivitas pasar pengambilalihan, akan selalu muncul argumen perlunya penguatan mekanisme perlindungan hukum bagi pemegang saham terhadap manajemen, melalui sarana *proxy*, gugatan derivatif, dan instrumen hukum lainnya.

Namun, kesimpulan ini perlu diuji ulang dengan mengajukan pertanyaan berikut: bagaimana seharusnya sikap manajemen perusahaan target dalam suatu pengambilalihan? Haruskah mereka segera menyarankan para pemegang saham untuk menerima penawaran pertama yang diajukan,

ataukah menunda penerimaan dengan harapan dapat mendorong terjadinya persaingan di antara para pengakuisisi, sehingga saham dapat dijual kepada penawar tertinggi? Dalam pasar biasa, tentu dianggap aneh apabila terdapat aturan yang mewajibkan penjual untuk menerima tawaran pertama; dan meskipun tidak ada pemegang saham yang diwajibkan menerima penawaran pembelian, ia mungkin tidak memiliki informasi yang dimiliki manajemen mengenai kemungkinan adanya penawaran yang lebih tinggi apabila ia menolak penawaran awal. Namun, pasar kendali korporasi bukanlah pasar biasa, mengingat adanya konflik kepentingan antara manajemen dan pemegang saham apabila manajer memiliki modal manusia spesifik pada perusahaan dan merasa posisinya terancam oleh tawaran pengambilalihan. Mereka mungkin berupaya mengatur lelang (*auction*) dengan harapan dapat menggagalkan seluruh penawaran pengambilalihan. Atau mereka sekadar berharap bahwa dengan mengurangi keuntungan dari informasi mengenai perusahaan yang dihargai di bawah nilai wajar (karena lelang menghambat pengakuisisi awal untuk memperoleh target secara eksklusif, serta memungkinkan pengakuisisi selanjutnya memperoleh keuntungan tanpa biaya investigasi), prospek terjadinya lelang akan mengurangi kemungkinan penawaran pengambilalihan sejak awal.

Namun demikian, terdapat bukti empiris yang menunjukkan bahwa perusahaan target yang menolak penawaran pembelian tetapi akhirnya tetap diakuisisi memperoleh hasil yang lebih baik dibandingkan target yang tidak melakukan penolakan; sebaliknya, apabila penolakan berhasil dan akuisisi tidak terjadi, perusahaan tersebut justru memperoleh hasil yang lebih buruk. Bukti ini menunjukkan bahwa permasalahan konflik kepentingan mungkin tidak terlalu serius. Keuntungan yang diharapkan dari penolakan dapat bernilai positif, meskipun sebagian dari pihak yang menolak melakukan penolakan secara berlebihan dan akhirnya tidak diakuisisi sama sekali, bukan diakuisisi dengan premi yang lebih tinggi — yang justru merupakan tujuan dari strategi penolakan apabila bukti tersebut ditafsirkan secara benar.

H. Prinsip Fidusia

Instrumen utama untuk secara langsung memastikan bahwa para manajer korporasi bertindak sebagai agen yang loyal bagi para pemegang saham adalah prinsip fidusia (lihat Bab 4.6 supra), yang menetapkan kewajiban loyalitas (*duty of loyalty*) kepada manajer dan dapat ditegakkan

melalui *gugatan derivatif* oleh pemegang saham. Gugatan derivatif adalah gugatan yang diajukan atas nama perseroan, namun oleh seorang pemegang saham, bukan oleh perseroan itu sendiri (yang berarti bukan oleh manajemen korporasi), terhadap manajer yang diduga telah bertindak tidak loyal.

Gugatan derivatif tidak hanya dapat digunakan untuk menegakkan kewajiban loyalitas, tetapi juga kewajiban kehati-hatian (*duty of care*). Apabila seorang pejabat atau karyawan lainnya telah menyia-nyiakan aset perusahaan dalam suatu usaha yang sembrono dan tidak bijak, maka ia dapat digugat, dan apabila gugatan tersebut berhasil, ia akan diperintahkan untuk mengganti kerugian yang ditanggung oleh perseroan. Akan tetapi, terdapat permasalahan yang serius dalam meminta pengadilan untuk menilai kembali (*second guess*) keputusan-keputusan bisnis, dan respons hukum terhadap hal ini adalah *business judgment rule*, yaitu suatu prinsip di mana pengadilan memberikan penghormatan yang luas terhadap keputusan-keputusan bisnis murni yang diambil oleh suatu perusahaan. Oleh karena itu, kepentingan utama dari gugatan derivatif terletak pada persoalan ketidakloyalan, yaitu konflik kepentingan, seperti mengambil peluang bisnis perusahaan untuk keuntungan pribadi.

Gugatan derivatif mencerminkan secara jelas permasalahan *agency costs*; akan tidak masuk akal apabila seorang pemegang saham diperkenankan untuk melewati manajemen korporasi dan langsung mengajukan gugatan terhadap pejabat korporasi apabila dapat diyakini bahwa manajemen selalu bertindak untuk kepentingan para pemegang saham.

Pertanyaan penting yang timbul adalah: bagaimana jika dewan direksi memutuskan untuk memberhentikan gugatan derivatif? Apakah keputusan tersebut harus mengikat pengadilan, atautkah pengadilan harus melakukan penilaian secara independen atas apakah gugatan tersebut memiliki dasar yang layak? Penilaian seperti itu merupakan perkara yang sulit bagi pengadilan, meskipun tidak secara prinsipil berbeda dari penilaian yang harus dilakukan oleh pengadilan ketika diminta menyetujui suatu penyelesaian (misalnya dalam *class action suit* — meskipun kenyataannya pengadilan seringkali tidak mahir dalam mengevaluasi penyelesaian semacam itu; lihat Bab 21.9 *infra*). Namun, apabila dewan direksi didominasi oleh manajemen, maka keputusan untuk memberhentikan gugatan derivatif dapat saja terjangkit permasalahan yang sama yang menjadi alasan diajukannya gugatan tersebut sejak awal.

Bahkan jika mayoritas dewan direksi terdiri dari direksi luar (*outside directors*), tidak serta-merta jelas bahwa dewan harus memiliki kewenangan terakhir. Sebagai pihak luar, mereka mungkin kekurangan informasi yang memadai tentang substansi gugatan, karena sangat tergantung pada manajemen dalam memperoleh informasi mengenai urusan internal perusahaan. Respons yang lemah terhadap permasalahan ini adalah menyerahkan keputusan untuk memberhentikan gugatan derivatif kepada para direksi luar, yang — kecuali mereka menguasai dewan — mungkin akan dikeluarkan dari jabatan mereka yang menguntungkan apabila menolak untuk menghentikan gugatan tersebut. Dan mungkin saja para direksi yang dikenal sebagai “keras” tidak akan banyak menerima tawaran posisi direksi di perusahaan lainnya.

Pertanyaan mengenai apakah dewan direksi harus diberikan kewenangan akhir dalam gugatan derivatif berkaitan erat dengan isu mekanisme anti-pengambilalihan (*antitakeover devices*), yang telah dibahas dalam bagian sebelumnya. Jika mekanisme tersebut — yang memerlukan persetujuan dewan direksi — ternyata bertentangan dengan kepentingan terbaik para pemegang saham, maka hal ini mengimplikasikan bahwa dewan direksi tidak seharusnya diberikan keleluasaan mutlak untuk memberhentikan gugatan derivatif, kecuali pengawasan yudisial terhadap pelaksanaan diskresi tersebut benar-benar tidak dapat diandalkan.

Apakah kewajiban fidusia dapat dikesampingkan (*waivable*)? Misalkan suatu perseroan memiliki pilihan antara merekrut seorang manajer yang berjanji untuk mencurahkan seluruh upaya dan waktunya untuk perusahaan dengan imbalan gaji tahunan sebesar \$250.000, atau merekrut manajer yang sama dengan gaji hanya \$50.000 per tahun, namun dengan memberikan kebebasan kepadanya untuk mengejar kegiatan usaha tertentu di luar yang mungkin bersaing dengan perusahaan. Apabila manajer tersebut secara penuh mengungkapkan konflik kepentingan tersebut dan dewan direksi tetap mempekerjakannya, maka tidak terdapat pelanggaran terhadap kewajiban fidusia, baik secara ekonomi maupun secara hukum; para pihak sekadar menyepakati suatu perjanjian yang berbeda, di mana manajer tersebut merupakan jenis agen yang berbeda dari seorang fiduciary murni, dan menerima gaji yang lebih rendah dari pemberi kuasanya (*principal*). Dapatkah situasi ini dianalogikan dengan pelayan restoran yang menerima tip? Atau polisi yang menerima suap?

I. Pengambilalihan Paksa Saham Minoritas dan Kompetisi Antarnegara dalam Kelonggaran Regulasi

Tidak hanya manajemen yang memiliki kewajiban fidusia terhadap para pemegang saham, namun pemegang saham mayoritas pun memikul kewajiban fidusia terhadap pemegang saham minoritas, sehingga menimbulkan kekhawatiran mengenai kewajaran tindakan *corporate squeeze-out*. Berdasarkan hukum korporasi Negara Bagian Delaware, pemegang saham mayoritas dapat memaksa pemegang saham minoritas untuk menjual sahamnya kepada perseroan tanpa harus menunjukkan alasan bisnis yang sah (*business purpose*) atas tindakan tersebut. Apabila pemegang saham minoritas tidak puas dengan harga yang ditawarkan oleh mayoritas atas saham mereka, maka mereka hanya dapat mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk melakukan penilaian (*appraisal*) atas nilai saham tersebut. Dengan demikian, secara efektif pemegang saham mayoritas memiliki kekuasaan layaknya hak pengambilalihan untuk kepentingan umum (*eminent domain*) terhadap saham milik pemegang saham minoritas.

Apakah pengalihan secara paksa semacam ini patut diperkenankan bergantung, antara lain, pada apakah terdapat dasar yang wajar bagi pemegang saham mayoritas untuk melakukan *squeeze-out* terhadap pemegang saham minoritas. Jawabannya adalah: ada. Aset-aset suatu perseroan dapat memiliki nilai yang lebih tinggi apabila saham perusahaan tersebut dimiliki secara privat, dibandingkan apabila saham tersebut didaftarkan di bawah hukum pasar modal dan diperdagangkan di bursa efek yang teregulasi, yang mengakibatkan tunduknya perseroan pada pengawasan ketat oleh pemerintah dan bursa. Tidak hanya biaya kepatuhan terhadap regulasi tersebut yang tinggi dan menjadi sumber risiko hukum, tetapi regulasi tersebut juga menyulitkan perusahaan untuk beroperasi secara tertutup — hal yang mungkin mencegah perusahaan untuk mengambil peluang usaha tertentu. Lebih jauh lagi, menjadi perusahaan tertutup (*going private*) memungkinkan tercapainya penyatuan yang lebih erat antara kepemilikan dan pengendalian, sehingga menurunkan *agency cost*. Oleh karena itu, apabila pemegang saham mayoritas (atau sekelompok pemegang saham mayoritas) memutuskan bahwa perusahaannya akan lebih bernilai jika menjadi privat, maka ia harus meyakinkan sebagian besar pemegang saham lainnya untuk menyerahkan saham mereka. Hal ini mungkin tampak sebagai suatu negosiasi yang mudah karena secara asertif, nilai perusahaan akan meningkat setelah menjadi privat. Namun, terutama

dalam hal pemegang saham minoritas berjumlah banyak, akan muncul permasalahan *holdout* yang serius — jenis permasalahan yang semestinya telah dikenal pembaca pada tahap ini.

Inilah rasionalitas ekonomi dari prosedur hukum Delaware. Tidak perlu ditunjukkan adanya alasan bisnis yang sah untuk melakukan *squeeze-out*; mekanisme penilaian oleh pengadilan seharusnya menjamin bahwa pihak yang "diambilalih secara paksa" menerima nilai pasar wajar atas saham mereka. Prosedur ini hanya akan bersifat curang secara ekonomi apabila pengadilan di Delaware tidak menjalankan tugas penilaiannya dengan sungguh-sungguh — namun tampaknya bukan demikian kenyataannya.

Kekhawatiran terhadap *squeeze-out* ini berkaitan dengan pandangan umum bahwa negara-negara bagian di Amerika Serikat saling bersaing untuk menarik perusahaan agar mendirikan korporasi di wilayah mereka dengan cara merumuskan anggaran dasar korporasi yang menawarkan perlindungan yang tidak memadai bagi kreditor serta bagi sebagian atau seluruh pemegang saham. Delaware — yang merupakan negara bagian tempat inkorporasi sekitar 40 persen perusahaan yang tercatat di Bursa Efek *New York* — disebut-sebut memenangkan kompetisi ini melalui kelonggaran hukum korporasi yang mencengangkan. Terdapat usulan-usulan yang terus menerus untuk menghapus bentuk kompetisi ini dengan cara mewajibkan perusahaan-perusahaan besar untuk tunduk pada suatu hukum korporasi federal yang seragam. Namun demikian, pemegang saham minoritas sendiri justru dapat dirugikan oleh ketentuan hukum yang memberikan mereka kekuasaan untuk memblokir *squeeze-out*, karena ketentuan demikian dapat menghalangi perusahaan — dan mereka sendiri sebagai pemegang saham — untuk memperoleh keuntungan lebih besar melalui proses *going private*.

Selain itu, perusahaan yang rasional tidak akan mendirikan badan hukum di negara bagian yang tidak menyediakan perlindungan apa pun terhadap kreditor maupun pemegang saham. Sebab jika mereka melakukannya, mereka akan dikenakan suku bunga yang sangat tinggi oleh kreditor (atau dipaksa untuk menyepakati ketentuan perlindungan yang kompleks dalam perjanjian pinjaman), dan akan menghadapi kesulitan dalam menarik minat investor terhadap saham mereka. Demikian pula, suatu perusahaan privat yang ingin menjadi perusahaan terbuka (*go public*) dengan hanya menawarkan sebagian kecil sahamnya kepada publik tidak akan ingin tunduk pada ketentuan *squeeze-out* yang tidak adil bagi pemegang saham

minoritas. Calon pemegang saham tentu akan menyadari bahwa sebagai pemegang saham minoritas dalam suatu perusahaan yang memiliki mayoritas yang solid, mereka akan rentan terhadap pengambilalihan paksa atas saham mereka, dan oleh karena itu mereka tidak akan bersedia berinvestasi dalam suatu perusahaan yang dapat secara sepihak mengekspropriasi investasi mereka tanpa kompensasi.

Sebuah kesimpulan yang lebih kuat pun dapat dikemukakan, bukan? Bahwa kompetisi antarnegara bagian untuk menarik perusahaan agar berinkorporasi seharusnya menghasilkan aturan-aturan hukum korporasi yang optimal. Sebaliknya, suatu sistem hukum korporasi federal yang bersifat preemptif tidak membawa asumsi yang serupa mengenai optimalitas (mengapa demikian?).

J. Perdagangan Orang Dalam dan Masalah Imbalan Kewirausahaan

Penerapan konsep fidusia yang paling kontroversial adalah aturan yang melarang *insider trading* — yaitu praktik di mana seorang manajer atau pihak internal lainnya menggunakan informasi material yang belum diungkapkan kepada pemegang saham lainnya maupun kepada publik untuk memperoleh keuntungan melalui transaksi atas saham perseroan. Larangan ini telah dikritik atas dasar bahwa meskipun secara tertentu dapat dikatakan sebagai bentuk penipuan terhadap pemegang saham lainnya (yang menjual saham kepada orang dalam dengan harga rendah, atau membeli dari orang dalam dengan harga tinggi, hanya karena orang dalam tersebut tidak mengungkapkan informasi yang diketahuinya), *insider trading* juga dipandang sebagai alat insentif yang penting.¹

Namun, argumen tersebut akan lebih kuat apabila diterapkan pada skema *stock option* (opsi saham), yang menciptakan kesatuan kepentingan yang nyata antara manajemen dan para pemegang saham, serta menjadikan kompensasi manajerial secara signifikan bergantung pada profitabilitas perseroan. *Insider trading* sendiri tidak memberi imbalan atas efisiensi pengelolaan perusahaan, melainkan atas kepemilikan informasi rahasia, baik informasi tersebut mengandung prospek positif maupun negatif bagi masa depan perseroan. Dapat dibayangkan terdapat situasi di mana manajer justru terdorong untuk mengambil tindakan yang mempercepat kehancuran perusahaannya, yang berpotensi menimbulkan biaya sosial yang besar.

Larangan terhadap *insider trading* juga tidak serta-merta efektif hanya dengan melarang praktik *short selling* berdasarkan informasi orang dalam. Para manajer tetap dapat memiliki insentif untuk memanipulasi pengungkapan informasi mengenai perusahaan secara sedemikian rupa untuk menghasilkan lonjakan harga saham yang tajam meskipun bersifat sementara. Akibatnya, perhatian manajer dapat teralihkan dari tugas utamanya untuk memaksimalkan nilai ekonomi perusahaan menjadi upaya mengatur persepsi publik demi meningkatkan volatilitas harga sahamnya.

Namun demikian, hal ini mungkin tidak sepenuhnya buruk. Manajer yang memiliki *human capital* spesifik terhadap perusahaan cenderung bersikap *risk averse* (menghindari risiko), sementara para pemegang saham — yang portofolio investasinya terdiversifikasi — mungkin justru menginginkan manajer yang bersikap netral atau bahkan menyukai risiko (*risk preferring*). Mengizinkan manajer untuk melakukan *insider trading* dapat mendorong mereka untuk mengambil lebih banyak risiko. Akan tetapi, fakta bahwa para manajer cenderung memusatkan investasi keuangan mereka dalam saham perusahaan sendiri (dan karenanya tidak terdiferensiasi), serta tidak adanya kontrak kerja jangka panjang, mengindikasikan bahwa mereka pada kenyataannya mungkin tidak terlalu *risk averse*.

Keberatan lain terhadap larangan *insider trading* adalah bahwa larangan ini mengurangi efisiensi pasar modal; keputusan orang dalam untuk membeli atau menjual saham mencerminkan informasi tentang prospek perusahaan yang dapat membantu pasar menilai ulang harga saham secara lebih akurat. Akan tetapi, keuntungan ini harus ditimbang dengan kerugian efisiensi yang timbul apabila manajer memiliki insentif lebih besar untuk menyembunyikan informasi atau menyebarkan informasi yang menyesatkan, sebagaimana yang mungkin terjadi jika *insider trading* diperbolehkan.

Biaya penegakan aturan terhadap *insider trading* juga tergolong tinggi. Konsep seperti “orang dalam” dan “informasi orang dalam” bersifat ambigu dan sulit untuk didefinisikan dengan presisi. Selain itu, terdapat banyak cara untuk menghindari aturan tersebut. Sebagai contoh, orang dalam dari dua perusahaan yang berbeda dapat saling bertukar informasi orang dalam mengenai perusahaan masing-masing untuk saling memperoleh keuntungan. Celah ini akan sulit ditutup, kecuali dengan melarang orang dalam dan keluarganya untuk memperdagangkan saham korporasi secara umum.

Permasalahan tambahan muncul ketika seseorang memperoleh manfaat dari informasi orang dalam bukan dengan melakukan transaksi, tetapi justru dengan *tidak melakukan transaksi* yang semestinya ia lakukan (dan yang akan menguntungkan rekan transaksinya), apabila ia tidak mengetahui informasi tersebut. Hukum tidak dapat memberikan solusi yang memadai terhadap persoalan semacam ini.

Permasalahan-permasalahan ini, serta persoalan yang lebih mendasar bahwa *insider trading* sangat mudah untuk disembunyikan, dapat menjelaskan mengapa sebagian besar perusahaan tidak secara aktif melarang praktik tersebut secara internal, dan sebaliknya menyerahkan fungsi pengawasan kepada regulator publik. Jika tidak demikian, ketidakaktifan mereka dapat menjadi bukti kuat bahwa praktik tersebut memang efisien. Namun, apabila kemungkinan untuk terdeteksinya pelanggaran sangat kecil sehingga diperlukan sanksi yang berat — yang tidak dapat dijatuhkan oleh perusahaan swasta (lihat Bab 4.10 supra) — maka akan menjadi tidak layak secara ekonomis bagi perusahaan untuk berupaya menanggulangnya sendiri.

K. Diskresi Manajerial dan Tanggung Jawab Sosial Korporasi

Apabila tidak terdapat persaingan dalam pasar produk, tidak ada pasar atas pengendalian korporasi (*market for corporate control*), tidak terdapat pengawasan oleh direksi dan pemegang saham, serta tidak diberlakukan hukum mengenai kewajiban fidusia, maka manajer korporasi tidak akan terikat untuk memaksimalkan laba perusahaan. Dalam kondisi demikian, mereka cenderung akan memaksimalkan utilitas pribadinya, kemungkinan dengan menyedot seluruh pendapatan bersih perusahaan sebagai gaji, atau bahkan melikuidasi perusahaan dan membagikan asetnya sebagai bonus pribadi. Tidak ada yang beranggapan bahwa manajer korporasi benar-benar sebebaskan itu untuk bertindak demikian, namun sejumlah ekonom meyakini bahwa dalam korporasi besar yang sahamnya dimiliki publik secara luas, para manajer hanya tunduk pada kendali yang lemah, dan pada kenyataannya memilih tujuan alternatif seperti peningkatan penjualan, pertumbuhan usaha, atau kekuasaan pribadi — tujuan-tujuan yang secara pribadi lebih mendekatkan mereka pada maksimisasi utilitas pribadi dibandingkan maksimisasi keuntungan korporasi.

Namun, apakah tujuan-tujuan tersebut benar-benar berbeda dari keuntungan? Misalnya, jika yang ingin dimaksimalkan oleh manajer adalah

pertumbuhan penjualan, maka untuk bertumbuh dengan cepat, perusahaan harus menghasilkan arus kas yang besar dari kegiatan operasional atau memperoleh pembiayaan dari pasar modal. Untuk kedua hal tersebut, perusahaan memerlukan laba (aktual maupun yang diantisipasi). Maka, tujuan pertumbuhan dengan sendirinya akan berbaur secara samar dengan tujuan memaksimalkan laba. Pertimbangkan juga tujuan kekuasaan pribadi. Eksekutif yang paling berkuasa adalah dia yang memimpin perusahaan yang sangat menguntungkan. Ia paling kecil kemungkinannya mendapat kritik dari pemegang saham, apalagi ancaman pengambilalihan. Selain itu, laba besar menghasilkan modal internal (dan mempermudah perolehan modal eksternal dengan syarat yang lebih baik), yang kemudian dapat digunakan untuk melakukan ekspansi lebih lanjut. Oleh karena itu, perdebatan mengenai apakah korporasi modern benar-benar berorientasi pada laba mungkin tidak terlalu signifikan secara praktis.

Sementara sebagian pihak mengkritik korporasi modern karena dianggap kurang giat dalam memaksimalkan laba, pihak lain justru mengkritiknya karena menjadikan laba sebagai satu-satunya tujuan. Korporasi telah lama melakukan sumbangan amal. Maka muncul pertanyaan: mengapa tidak memperluas penggunaan sebagian dari pendapatan untuk kepentingan sosial lainnya, seperti pengendalian polusi atau pelatihan bagi kelompok minoritas yang kurang beruntung?³ Namun, sumbangan amal bukanlah preseden yang kuat; khususnya apabila diberikan di sekitar lokasi pabrik atau kantor pusat korporasi, sumbangan tersebut biasanya dapat dibenarkan di hadapan pemegang saham sebagai bagian dari biaya promosi atau hubungan masyarakat yang efisien.

Terdapat pula alasan ekonomi untuk meragukan kelayakan maupun kepatutan komitmen besar korporasi terhadap tujuan sosial di luar maksimisasi laba. Dalam pasar yang kompetitif, komitmen yang berkelanjutan terhadap tujuan selain keuntungan akan menyebabkan perusahaan mengalami penyusutan — bahkan bisa sampai tidak eksis. Perusahaan yang mengalokasikan labanya untuk pengendalian polusi tidak akan dapat mengimbangi kerugiannya dengan menaikkan harga produk, karena konsumen tidak mendapatkan manfaat langsung sebagai konsumen dari pengeluaran tersebut. Lebih tepatnya, mereka akan memperoleh manfaat yang sama dengan membeli produk dari perusahaan pesaing yang tidak menanggung biaya tersebut. Akibatnya, perusahaan harus menanggung

seluruh biaya pengendalian polusi dari labanya sendiri. Namun dalam pasar kompetitif, secara ekonomi tidak ada laba korporasi selain sebagai akibat jangka pendek dari ketidakpastian (karena pemegang saham hanyalah penerima sisa atas kelebihan pendapatan perusahaan terhadap biayanya). Laba akuntansi dalam jangka panjang cenderung menyamai biaya perolehan dan pemeliharaan modal. Apabila laba ini menurun, perusahaan pada akhirnya akan terpaksa gulung tikar. Memang, apabila perusahaan memiliki kurva biaya marjinal yang naik pada tingkat output saat ini, ia mungkin masih dapat bertahan dengan mengurangi outputnya — tetapi tidak selamanya. Pada tingkat output yang lebih rendah, perusahaan tidak akan mampu membayar sumber daya yang digunakannya setara dengan nilai yang dapat diperoleh oleh pemilik sumber daya tersebut di tempat lain; *monopsoni* jarang menjadi permainan jangka panjang (lihat Bab 10.9 supra). Satu-satunya pengecualian adalah apabila pemilik sumber daya tersebut (yang bisa jadi adalah pemegang saham perusahaan) adalah seorang altruistis yang memperoleh kepuasan dari praktik tanggung jawab sosial perusahaan. Seberapa besar kemungkinan hal tersebut?

Prospek tanggung jawab sosial hanya sedikit lebih cerah dalam pasar monopoli. Apabila perusahaan tidak memiliki pesaing, maka ia dapat membebaskan sebagian biaya pengendalian polusi kepada konsumennya — tetapi hanya sebagian. Sebagaimana dijelaskan dalam Gambar 14.1, laba perusahaan akan menurun. Bagi pihak luar, hal ini merupakan pengurangan laba monopoli (dari area ABCD menjadi EFGH). Namun, bagi pemegang saham, ini adalah kerugian. Harga saham mencerminkan nilai sekarang dari pendapatan masa depan yang diantisipasi dari saham tersebut. Apabila perusahaan memiliki prospek laba monopoli yang berkelanjutan dalam jumlah tertentu, maka harga saham akan lebih tinggi dibandingkan jika laba yang diantisipasi lebih rendah. Jika perusahaan memutuskan untuk menanggung biaya pengendalian polusi yang tidak terduga sebelumnya, maka pendapatan masa depan yang diantisipasi akan menurun, dan harga saham pun akan turun. Pemegang saham akan mengalami kerugian. Dalam kasus biasa, pemegang saham tidak akan tahu dan tidak akan peduli apakah laba tersebut adalah laba monopoli atau bukan; yang mereka pedulikan hanyalah bahwa nilai kepemilikannya telah menurun. Manajer akan enggan menimbulkan konsekuensi demikian terhadap pemegang sahamnya.⁵

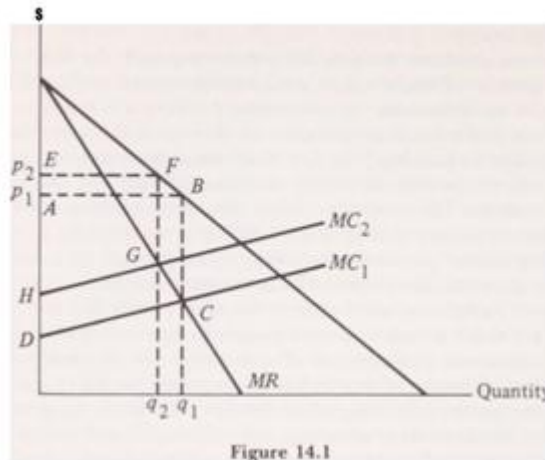


Figure 14.1

Pertimbangan tambahan adalah bahwa apabila terdapat persaingan untuk menjadi monopolis atau mempertahankan kekuatan monopolis, maka monopolis dapat saja tidak memiliki laba yang dapat digunakan untuk menutupi biaya tambahan. Area ABCD dalam Gambar 14.1 bisa saja tidak mencerminkan laba monopolis, melainkan biaya tetap untuk memperoleh status monopolis itu sendiri. Dalam hal ini, setiap tindakan yang mengurangi area tersebut dapat membawa perusahaan pada risiko kebangkrutan (lihat Bab 9.3 supra).

Dengan demikian, baik dalam pasar yang kompetitif maupun dalam pasar monopolis, tidak realistis untuk mengharapkan adanya upaya sukarela dari perusahaan untuk mengesampingkan tujuan maksimisasi laba demi tanggung jawab sosial. Apakah hal ini disesalkan? Mungkin tidak. Terdapat beberapa masalah, yaitu:

1. **Suboptimasi:** Manajer yang berusaha secara bersamaan untuk memproduksi dengan biaya terendah dan memperbaiki kondisi sosial cenderung tidak berhasil dalam keduanya.
2. **Standar:** Bagaimana manajer menentukan apa yang secara politik atau etis benar?
3. **Keadilan distributif:** Apakah patut apabila biaya dari tanggung jawab sosial ditanggung (terutama) oleh konsumen dalam bentuk harga produk yang lebih tinggi, yang merupakan bentuk pajak regresif?⁶
4. **Substitusi:** Pelaksanaan tanggung jawab sosial oleh perusahaan justru mengurangi kemampuan pemegang saham untuk menunaikan tanggung jawab sosialnya sendiri, sementara maksimisasi laba justru

meningkatkan kekayaan mereka dan dengan itu pula sumber daya yang dapat mereka gunakan untuk kontribusi politik, amal, dan sejenisnya.

L. Pertanggungjawaban Pidana Korporasi

Salah satu pertanyaan penting mengenai tanggung jawab sosial korporasi adalah apakah korporasi harus senantiasa menaati hukum, atau hanya tunduk pada hukum apabila biaya ekspektatif dari sanksi pidana melebihi manfaat ekspektatif dari pelanggaran hukum tersebut. Jika biaya hukuman tersebut ditetapkan pada tingkat efisien, maka jawabannya menjadi otomatis: korporasi hanya akan melakukan pelanggaran hukum apabila secara ekonomi efisien untuk melakukannya. Namun, jika biaya hukuman ditetapkan pada tingkat yang terlalu rendah, maka korporasi menghadapi dilema etis. Salah satu resolusi atas dilema tersebut adalah dengan mengasumsikan bahwa bukan menjadi tanggung jawab korporasi untuk memperbaiki kekurangan dalam sistem hukum dan politik; tanggung jawab korporasi hanyalah untuk memaksimalkan laba. Perlu dicatat bahwa apabila korporasi justru memilih pendekatan etis, maka hasilnya dapat menjadi kontraproduktif, yakni konsentrasi sumber daya korporasi berada di tangan para pelaku bisnis yang paling tidak etis.

Seluruh penalaran ini berasumsi bahwa korporasi dapat dimintai pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukan oleh para manajer atau pegawainya. Asumsi ini tidak jarang dipertanyakan. Ingat bahwa salah satu doktrin penting dalam tanggung jawab ketat (*strict liability*) dalam hukum perdata adalah *respondeat superior*: tanggung jawab pemberi kerja, terlepas dari kesalahan pribadinya, atas perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh karyawannya selama dalam lingkup pekerjaannya. Karena umumnya pegawai tidak memiliki kemampuan membayar ganti rugi dalam jumlah besar, maka tanggung jawab perdata hanya memiliki sedikit dampak terhadap insentif mereka. Namun, jika pemberi kerja juga bertanggung jawab, maka hal ini akan memengaruhi insentifnya secara produktif — ia akan lebih berhati-hati dalam merekrut, mengawasi, dan jika perlu memberhentikan pegawai. Mengingat bahwa hukum pidana tidak bergantung secara utama pada sanksi keuangan, bahwa pengenaan sanksi pidana terhadap pemberi kerja akan menduplikasi sanksi perdata, serta bahwa sanksi pidana yang berat dapat memicu tindakan kehati-hatian yang berlebihan, maka tidak mengherankan apabila hukum pidana tidak mengakui doktrin *respondeat superior*.

Namun demikian, terdapat satu pengecualian penting, yakni pertanggungjawaban pidana korporasi. Apabila suatu tindak pidana yang dilakukan atas nama korporasi, atau yang disetujui oleh dewan direksi maupun manajemen puncak korporasi, maka korporasi dapat dimintai pertanggungjawaban pidana. Artinya, beban sanksi berupa denda akan ditanggung oleh para pemegang saham, yang dalam konteks ini diposisikan secara analogis sebagai pihak yang mempekerjakan para pelaku langsung. Mengingat bahwa korporasi hanya dapat dijatuhi sanksi berupa denda, serta karena secara umum korporasi bersifat netral risiko (atau setidaknya lebih netral dibanding individu), dan karena hukuman pidana terhadap korporasi hampir tidak membawa stigma — mengingat tindakan korporasi selalu dilakukan melalui individu yang terus berganti — maka sanksi pidana terhadap korporasi menjadi relatif lebih murah dibanding terhadap individu. Dengan demikian, risiko terjadinya tindakan kehati-hatian yang berlebihan dari pihak pemegang saham dalam memilih, mengawasi, dan memberhentikan direksi (dan melalui direksi, para manajer) menjadi lebih kecil.

Dalam kondisi demikian, pertanggungjawaban pidana korporasi dapat memberikan manfaat bersih. Misalnya, diasumsikan bahwa para manajer korporasi bertindak sebagai agen sempurna dari pemegang saham, sehingga setiap penerimaan yang diperoleh dari tindak pidana akan dinikmati oleh pemegang saham. Maka, apabila pemegang saham tidak menanggung risiko atau tanggung jawab atas tindak pidana yang dilakukan oleh manajer, mereka akan terdorong untuk mempekerjakan manajer yang bersedia melakukan kejahatan demi kepentingan korporasi. Tentu saja, pemegang saham perlu memberikan kompensasi kepada manajer atas risiko hukuman pidana yang mereka hadapi. Namun, dengan memperhatikan keterbatasan intensitas sanksi pidana sebagaimana telah dikemukakan dalam Bab 7, bisa jadi para pemegang saham masih memperoleh keuntungan ekspektatif dari aktivitas kriminal korporasi.

Sebaliknya, jika diasumsikan bahwa manajer bukan merupakan agen sempurna dari korporasi — bahkan justru memanfaatkan posisi mereka dalam korporasi untuk melakukan tindak pidana demi kepentingan pribadi — maka tetap relevan bahwa korporasi telah menyediakan sarana dan prasarana yang digunakan dalam pelanggaran tersebut, sehingga pemilik korporasi tetap perlu diberi insentif untuk memilih dan mengawasi manajer dengan lebih cermat.

Namun demikian, pertanyaan mendasar dalam pertanggungjawaban pidana korporasi adalah mengapa harus melalui hukum pidana. Alasan utama keberadaan hukum pidana adalah karena sanksi perdata optimal dalam beberapa kasus terlalu besar untuk dapat dipaksakan pembayarannya — tetapi apakah ini juga berlaku terhadap entitas yang hanya dapat dijatuhi sanksi berupa denda tanpa unsur stigma? Perlu diingat bahwa korporasi tidak memiliki kemampuan finansial tanpa batas. Di samping itu, dua teknik fundamental dalam hukum pidana tetap relevan dan dapat diterapkan pada entitas yang hanya dapat dihukum secara finansial, yakni:

- (1) penggunaan sumber daya publik untuk meningkatkan probabilitas pengenaan sanksi, terutama dalam situasi di mana terdapat upaya untuk menyembunyikan pertanggungjawaban pidana, dan
- (2) penghukuman atas tindakan persiapan (*preparatory acts*) guna mengurangi keuntungan ekspektatif dari tindak pidana.

Namun karena sanksi pidana terhadap korporasi bersifat murni finansial, maka masih menjadi pertanyaan mengapa korporasi tetap berhak memperoleh perlindungan prosedural yang kompleks sebagaimana diatur dalam proses pidana. Perlindungan prosedural tersebut, sebagaimana akan dibahas dalam Bab 21, hanya masuk akal secara ekonomi apabila sanksi pidana benar-benar menimbulkan beban berat, bukan semata-mata memindahkan uang dari pelaku ke negara.

M. Perseroan Tertutup

Pembahasan kita sejauh ini berfokus pada perseroan besar yang sahamnya dimiliki secara luas oleh publik (*publicly held corporations*). Namun, sebagian besar kegiatan bisnis di Amerika Serikat dilakukan melalui perseroan tertutup (*closely held corporations*). Perseroan tertutup umumnya memiliki sedikit pemegang saham, yang sebagian besar bahkan seluruhnya turut aktif dalam kegiatan manajerial, serta sekuritasnya tidak diperdagangkan secara publik — bahkan sering kali tidak dapat dijual sama sekali. Daya tarik utama pendirian perseroan tertutup, selain beberapa keuntungan pajak (yang kini semakin berkurang), adalah untuk memperoleh keberlangsungan usaha tanpa batas waktu (*perpetual existence*) serta tanggung jawab terbatas (*limited liability*) — meskipun dalam praktiknya, kreditur utama biasanya tetap

mensyaratkan agar para pendiri secara pribadi menjamin utang-utang perseroan.

Walaupun banyak permasalahan yang melekat pada perseroan terbuka tidak terdapat dalam perseroan tertutup, namun jenis korporasi ini memiliki tantangan ekonominya sendiri, terutama yang berkaitan dengan masalah monopoli bilateral (*bilateral monopoly*). Misalnya, tiga orang mendirikan sebuah perseroan untuk memproduksi perangkat lunak komputer dan masing-masing menerima sepertiga saham biasa. Apabila salah satu di antara mereka ingin keluar dari usaha tersebut, kemungkinan besar ia tidak dapat menjual sahamnya kepada pihak luar selain kepada dua rekannya — sebab pihak luar akan khawatir dikucilkan atau dikalahkan suara oleh dua pemilik saham lainnya. Dalam posisi tawar yang lemah, dua rekan lainnya dapat menawarkan harga yang sangat rendah untuk sahamnya. Solusi atas situasi ini adalah membuat perjanjian jual beli saham (*buy-out agreement*) sejak awal pendirian perseroan. Namun apabila perseroan kemudian memerlukan tambahan modal dan ingin menjual saham kepada pihak keempat, maka akan timbul pertanyaan: kepentingan siapa yang harus didilusi agar memberi ruang bagi pemegang saham baru tersebut? Setiap pemegang saham eksisting tentu akan menolak jika kepemilikannya yang dikurangi.

Tampaknya, prinsip mayoritas suara dapat menyelesaikan permasalahan tersebut. Namun dalam perseroan dengan sedikit pemegang saham, mayoritas bisa sangat tidak stabil. Bila dua dari tiga pemegang saham bersekongkol melawan yang ketiga, maka pemegang saham yang disingkirkan akan terdorong untuk menarik salah satu anggota koalisi agar berpihak kepadanya. Hal ini akan meningkatkan biaya negosiasi dan menciptakan ketidakpastian sejak awal. Salah satu solusi yang memungkinkan adalah menetapkan aturan mufakat (*unanimity*) untuk transaksi yang akan mengubah struktur korporasi. Namun tentu saja, hal ini justru memperparah persoalan monopoli bilateral.

Hukum dapat — dan umumnya memang — memberikan keleluasaan bagi para pendiri perseroan tertutup untuk menyimpang dari bentuk kontrak standar yang diatur dalam undang-undang perseroan, dan memperbolehkan mereka menyusun kesepakatan yang disesuaikan (*tailor-made arrangements*), sesuatu yang tidak mungkin dilakukan dalam perseroan besar karena para pemegang saham tidak dapat dikonsultasikan secara bermakna, mengingat kepemilikan mereka sangat kecil dan tidak sebanding dengan biaya untuk memahami rincian pengelolaan perseroan.

Selain itu, hukum juga mengakui kemungkinan pemegang saham mengajukan pembubaran perseroan apabila terjadi kebuntuan (*deadlock*) yang melumpuhkan operasional. Asumsinya, nilai aset perseroan akan lebih rendah apabila dibubarkan, sehingga ancaman pembubaran dapat mendorong para pemegang saham untuk melakukan negosiasi dan keluar dari kebuntuan tersebut. Namun seperti halnya dalam perceraian — yang secara ekonomi dapat dianalogikan dengan pembubaran perseroan tertutup — maka pemberian hak untuk mengajukan pembubaran harus disertai dengan mekanisme kompensasi yang layak kepada pemegang saham lainnya. Tanpa itu, hak tersebut dapat dijadikan alat tawar oleh pemegang saham yang paling tidak memiliki sesuatu untuk dipertaruhkan dari pembubaran.

Pertimbangkan putusan dalam perkara *In re Radom & Neidorff, Inc.* Radom dan saudara iparnya menjalankan usaha yang sukses di mana mereka berdua adalah satu-satunya pemegang saham dan memiliki saham dalam porsi yang sama. Setelah saudara iparnya meninggal dunia, istrinya — yang juga saudari kandung Radom — mewarisi saham tersebut. Namun hubungan keduanya tidak harmonis. Berdasarkan anggaran dasar, setiap cek perusahaan harus ditandatangani oleh kedua pemegang saham. Akan tetapi, saudari Radom menolak menandatangani cek gaji Radom karena menganggap gajinya terlalu tinggi. Meskipun perusahaan tetap mencetak keuntungan, kebuntuan antara para pemegang saham mengakibatkan perusahaan tidak dapat membagikan dividen, bahkan tidak dapat melunasi utang-utangnya. Radom kemudian mengajukan permohonan pembubaran perusahaan, namun ditolak oleh pengadilan.

Jika permohonan Radom dikabulkan, hal itu akan berujung pada ekspropriasi secara efektif atas kepemilikan saudarinya, karena sebagai mitra aktif, Radom dapat dengan mudah melanjutkan usaha di bawah nama yang baru. Keputusan demikian dapat dianalogikan dengan perceraian sepihak terhadap seorang istri yang baru saja menyelesaikan pembiayaan pendidikan kedokteran suaminya (lihat Bab 5.3 supra). Pengadilan mungkin dapat mengkondisikan pembubaran tersebut dengan mensyaratkan Radom membayar bagian saudarinya sebesar separuh nilai perusahaan sebagai kelangsungan usaha (*going-concern value*), bukan sekadar membagi aset berwujud. Namun barangkali penolakan permohonan pembubaran oleh pengadilan telah cukup untuk menekan (meskipun kita tidak tahu seberapa

efektif) Radom agar memberikan penawaran harga saham yang lebih baik kepada saudaranya.

Apakah analisis ini memberikan alasan bagi ketentuan hukum bahwa suatu persekutuan (*partnership*) bubar dengan meninggalnya salah satu sekutu?

N. Peninjauan Kembali terhadap Regulasi Utilitas Publik

Dalam penggunaan istilah seperti *debt* (utang) dan *equity* (ekuitas) dalam bab ini, sebagaimana lazim dalam buku ini, kami secara konsisten merujuk pada makna yuridis dari istilah-istilah tersebut; dan pendekatan demikian dapat menutupi isu-isu ekonomi yang menarik. Ambil contoh entitas utilitas publik yang telah dibahas dalam Bab 12. Secara formal, entitas tersebut merupakan korporasi konvensional yang memiliki pemegang saham dan pemegang obligasi. Namun sejauh regulasi berhasil mencapai tujuan formalnya, yakni menetapkan harga produk utilitas berdasarkan pendekatan *cost-plus pricing* (penetapan harga berdasarkan biaya ditambah margin keuntungan tertentu), maka regulasi tersebut mengubah hubungan ekonomi substantif dalam korporasi tersebut. Pemegang saham tidak lagi berperan sebagai penerima sisa hasil usaha (*residual claimant*). Perubahan dalam keberhasilan atau kegagalan korporasi tercermin pada harga produk atau jasanya, bukan pada harga sahamnya. Dalam konteks ini, pemegang ekuitas yang sesungguhnya adalah konsumen.

Fakta ini mengindikasikan keberatan ekonomi mendasar terhadap pendekatan *cost-plus pricing*. Konsumen berada dalam posisi yang lebih lemah dibandingkan pemegang saham untuk melakukan pengawasan terhadap manajemen, karena konsumen tidak memiliki hak suara dan tidak dapat menjual “saham” yang dimilikinya; namun dalam sistem *cost-plus pricing*, konsumen menjadi satu-satunya pihak yang memiliki insentif ekonomi untuk mengawasi manajemen, selain dari insentif terbatas yang dimiliki kreditur jangka panjang untuk memantau debitur. Tentu saja, tidak ada sistem *cost-plus pricing* yang sepenuhnya efektif — dan mungkin salah satu alasannya adalah bahwa sistem ini memiliki dampak fatal terhadap pemberian insentif. Namun demikian, *cost-plus pricing* yang tidak sempurna pun tetap menimbulkan akibat negatif.

Dalam suatu perusahaan yang diatur seperti dijelaskan di atas, apakah kerugian modal tak terduga (misalnya akibat pembatalan pembangunan

pembangkit listrik tenaga nuklir yang belum selesai) seharusnya dibebankan kepada konsumen melalui peningkatan tarif, atau ditanggung oleh pemegang saham?

Melalui pembahasan mengenai perusahaan yang diatur secara ketat tersebut, kita mulai memasuki dunia organisasi ekonomi nonkorporatif — seperti serikat pekerja, lembaga pemerintah, perusahaan patungan (*joint venture*), dan yayasan sosial. Semua entitas tersebut dapat dianalisis dalam kerangka ekonomi umum yang telah dibahas dalam bab ini, namun pembahasan dalam buku ini tidak akan mengelaborasi lebih jauh (namun, lihat Bab 18.4 dan 23.3 terkait pembahasan tentang yayasan sosial dan lembaga administratif secara berturut-turut).

Bacaan yang Disarankan

1. Armen A. Alchian, *The Basis of Some Recent Advances in the Theory of Management of the Firm*, 14 J. Indus. Econ. 30 (1965).
2. Dennis W. Carlton & Daniel R. Fischel, *The Regulation of Insider Trading*, 35 Stan. L. Rev. 857 (1983).
3. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Corporate Control Transactions*, 91 Yale L.J. 698 (1982).
4. David L. Engel, *An Approach to Corporate Social Responsibility*, 32 Stan. L. Rev. 1 (1979).
5. Daniel R. Fischel, *The Corporate Governance Movement*, 35 Vand. L. Rev. 1259 (1982).
6. Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 Yale L.J. 857 (1982).
7. Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. Financial Econ. 305 (1976).
8. Saul Levmore, *Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings*, 92 Yale L.J. 49 (1982).
9. Richard A. Posner & Kenneth E. Scott, *Economics of Corporation Law and Securities Regulation* (1980).
10. Lawrence Shepard, *Personal Failures and the Bankruptcy Reform Act of 1978*, 27 J. Law & Econ. 419 (1984).

11. Michelle J. White, *Bankruptcy Liquidation and Reorganization*, dalam *Handbook of Modern Finance*, Bab 35 (Dennis E. Logue ed. 1984).
12. *Symposium, The Economics of Bankruptcy Reform*, 41 *Law & Contemp. Prob.* 1 (Autumn 1977).
13. *Corporations and Private Property*, 26 *J. Law & Econ.* 235 (1983).

Permasalahan

1. Andaikan bahwa pada saat kantor pos masih merupakan bagian dari departemen eksekutif, Anda diminta untuk merancang bentuk organisasi yang tepat untuk layanan pos. Apakah Anda akan mengusulkan suatu korporasi swasta? Korporasi publik? Apakah salah satu bentuk tersebut merupakan kemajuan dibandingkan departemen eksekutif?
2. *Communications Satellite Corporation (Comsat)* adalah korporasi swasta, namun Presiden Amerika Serikat mengangkat beberapa direktur (dalam jumlah minoritas). Apakah Anda memperkirakan bahwa perusahaan ini akan bertindak berbeda dari korporasi swasta lainnya karena adanya direktur publik tersebut?
3. Berdasarkan hukum Jerman, pekerja berhak untuk memilih beberapa anggota dari badan yang setara (secara kasar) dengan dewan direksi. Apakah menurut Anda ini merupakan inovasi yang layak diterapkan dalam bentuk korporasi kita? Bdk. Detlev F. Vagts, *Reforming the "Modern" Corporation: Perspectives From the German*, 80 *Harv. L. Rev.* 23 (1966). Apakah jawaban Anda tergantung pada apa yang menjadi tujuan maksimalisasi oleh pimpinan serikat pekerja (lihat masalah 6)? Misalkan pekerja diberikan saham korporasi: apakah akan berbeda jika saham tersebut adalah dari perusahaan tempat mereka bekerja atau dari perusahaan lain?
4. Bahaslah proposisi berikut: Hukum perseroan seharusnya bersifat sepenuhnya permisif terhadap pembagian kekuasaan antara pemegang saham dan direksi dalam anggaran dasar perseroan.
5. Bagaimana seorang manajer dapat mengambil manfaat dari adopsi tujuan korporasi berupa maksimalisasi penjualan? Apakah jawaban Anda tergantung pada apakah pasar untuk manajer bersifat kompetitif? Apakah pembeli dalam pasar tersebut memiliki informasi yang memadai?

6. Apakah Anda memperkirakan bahwa permasalahan manajer yang menggantikan tujuan organisasi dengan tujuan pribadi mereka akan lebih akut dalam suatu universitas, serikat pekerja, atau lembaga regulator pemerintah dibandingkan dengan perusahaan bisnis? Dapatkah diajukan argumen bahwa tujuan pribadi manajemen dari jenis organisasi apa pun umumnya akan selaras dengan tujuan memaksimalkan nilai kini organisasi tersebut?
7. Untuk keperluan penerapan larangan terhadap *insider trading*, apakah istilah “insider” hanya mencakup pejabat korporasi, keluarganya, dan pihak yang menerima informasi orang dalam dari mereka, ataukah mencakup siapa pun yang secara nyata memiliki informasi orang dalam? Mengapa perluasan definisi ini dapat menjadi sangat mahal, terlepas dari biaya administratif dan penegakan hukum?
8. *Leveraged buy-out* merupakan metode akuisisi korporasi di mana pembeli meminjam dana dari bank atau lembaga keuangan lain untuk melakukan pembelian secara tunai, dan menjaminkan pinjaman tersebut dengan aset perusahaan yang diakuisisi. Apa dampaknya terhadap risiko yang ditanggung oleh kreditur lain? Apakah perlu ada pengaturan regulatif terkait?
9. *Price-Anderson Act* pada prinsipnya menetapkan batasan (sebesar beberapa ratus juta dolar) atas tanggung jawab perdata (*tort liability*) dari produsen atau pemilik reaktor nuklir atas akibat dari kecelakaan reaktor. Apa rasionalisasi ekonominya?
10. Apakah menurut Anda diskriminasi rasial akan lebih umum terjadi dalam perseroan terbuka atau perseroan tertutup? Dalam perusahaan yang diatur atau tidak diatur? Asumsikan bahwa kebijakan publik bersifat netral terhadap diskriminasi privat. Jika menemui kesulitan, lihat Bab 27.3.

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XV

PASAR KEUANGAN

A. Perancangan Portofolio

Bab ini menelaah lebih dalam mengenai pasar sekuritas korporasi, khususnya saham biasa; dengan demikian, sudut pandang kita bergeser dari korporasi itu sendiri menuju pemegang saham dan para pengelola portofolio investasi — seperti wali amanat, pengelola dana pensiun, bank, reksa dana, perusahaan asuransi, dan investor perseorangan.

Suatu sekuritas memiliki dua dimensi utama: risiko dan tingkat pengembalian yang diharapkan (*expected return*). Tingkat pengembalian yang diharapkan dihitung dengan mengalikan setiap kemungkinan hasil pengembalian dengan probabilitas terjadinya masing-masing hasil tersebut, kemudian menjumlahkan keseluruhan hasil perkalian tersebut. Sebagai contoh, jika terdapat probabilitas sebesar 50 persen bahwa suatu saham yang saat ini bernilai \$10 akan bernilai \$12 satu tahun kemudian, probabilitas sebesar 40 persen bahwa saham tersebut akan bernilai \$15, dan probabilitas sebesar 10 persen bahwa saham tersebut akan menjadi tidak bernilai sama sekali, maka tingkat pengembalian yang diharapkan dari saham tersebut adalah sebesar \$2 $[(.5 \times \$2) + (.4 \times \$5) - (.1 \times \$10)]$.

Meskipun tingkat pengembalian yang diharapkan dari suatu kemungkinan 100 persen memperoleh \$10 adalah sama (\$10) dengan tingkat pengembalian yang diharapkan dari kemungkinan 50 persen memperoleh \$20 atau 1 persen memperoleh \$1.000, kenyataannya manusia tidak bersikap netral terhadap berbagai bentuk ketidakpastian yang menghasilkan pengembalian yang diharapkan sama. Dalam memilih antara sekuritas-sekuritas yang memiliki tingkat pengembalian yang diharapkan sama, investor yang bersikap *risk-averse* (penghindar risiko) akan selalu memilih sekuritas dengan ketidakpastian paling rendah, kecuali harga sekuritas lainnya turun sedemikian rupa sehingga meningkatkan tingkat pengembalian yang diharapkan untuk mengompensasi risiko tambahan yang harus ditanggungnya.

Kecenderungan penghindaran risiko dalam berinvestasi tercermin dalam tingkat pengembalian obligasi yang umumnya lebih rendah dibandingkan dengan saham biasa dari perusahaan yang sama. Misalnya, jika tingkat pengembalian yang diharapkan (dividen ditambah apresiasi nilai) dari saham

biasa suatu perusahaan adalah sebesar 10 persen, maka apabila para investor bersikap netral terhadap risiko — yakni memperoleh utilitas yang sama dari pengembalian yang diharapkan, berapa pun tingkat risikonya — mereka akan menuntut suku bunga sebesar 10 persen atas obligasi perusahaan tersebut. Meskipun menjadi pemegang obligasi relatif lebih aman karena adanya jaminan ekuitas dari pemegang saham biasa, yang harus mengalami kerugian total sebelum pemegang obligasi kehilangan haknya, namun hal ini dikompensasi dalam perhitungan pengembalian yang diharapkan dengan kenyataan bahwa pemegang obligasi tidak dapat memperoleh hasil lebih dari tingkat bunga yang telah ditentukan dalam surat obligasi. Selisih antara tingkat bunga obligasi suatu perusahaan dan tingkat pengembalian (yang lebih tinggi) yang diharapkan oleh pemegang saham biasa merupakan kompensasi atas risiko tambahan yang ditanggung oleh para pemegang saham.

Dari hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa harus ada pula perbedaan sistematis dalam tingkat pengembalian yang diharapkan dari saham biasa yang memiliki tingkat risiko berbeda; namun, terdapat kualifikasi penting dalam hal ini. Misalnya, jika saham A dan saham B masing-masing memiliki tingkat pengembalian yang diharapkan sebesar \$2 per saham, namun saham A terdiri atas kemungkinan 50 persen tidak memperoleh hasil apa pun dan 50 persen memperoleh \$4, sementara saham B terdiri atas kemungkinan 50 persen mengalami kerugian sebesar \$6 dan 50 persen memperoleh \$10, maka saham B lebih berisiko. Namun, misalkan ada saham ketiga (C) yang, seperti saham B, memiliki tingkat pengembalian yang diharapkan sebesar \$2 yang berasal dari kemungkinan 50 persen kerugian sebesar \$6 dan 50 persen keuntungan sebesar \$10 — dengan syarat bahwa performa saham C berbanding terbalik dengan saham B, yakni ketika saham B naik maka saham C turun dan sebaliknya. Dalam hal demikian, portofolio yang terdiri atas saham B dan C secara keseluruhan menjadi lebih tidak berisiko dibandingkan dengan portofolio yang hanya terdiri dari saham A, meskipun jika dipertimbangkan secara terpisah, saham A tampak lebih aman dibandingkan saham B maupun C. Oleh karena risiko dari B dan C saling meniadakan, portofolio tersebut menjadi bebas risiko.

Ilustrasi ini menegaskan poin mendasar bahwa perancangan portofolio dapat mengubah karakteristik risiko dari suatu sekuritas yang dilihat secara individual. Dalam dunia di mana risiko dari berbagai saham biasa berkorelasi negatif, seperti dalam contoh di atas, maka perbedaan premi risiko antar saham

akan sangat minim bahkan hampir tidak ada. Secara lebih tidak kentara, hal ini juga berlaku apabila risiko antar saham tidak berkorelasi sama sekali, yakni bersifat acak; sebab dalam portofolio yang terdiri dari banyak saham biasa berbeda, risiko acak dari masing-masing sekuritas akan saling mengimbangi, menghasilkan portofolio yang bebas risiko. Sebagai analogi, meskipun risiko kematian setiap individu dalam suatu negara cukup signifikan, tingkat kematian nasional — yakni “portofolio” dari seluruh individu — sangat stabil. Bahkan jauh lebih stabil dibandingkan pasar saham. Hal ini menunjukkan bahwa risiko antar saham biasa bukanlah berkorelasi negatif maupun acak, melainkan justru sangat berkorelasi positif.

Sejauh risiko suatu saham biasa berkorelasi positif dengan risiko saham lain — dengan kata lain, apabila saham-saham tersebut cenderung bergerak bersama-sama — maka portofolio yang terdiri dari dua saham tersebut akan sama berisikonya dengan rata-rata dari keduanya. Dan apabila memang benar bahwa risiko dari sebagian besar saham berkorelasi positif — sebagaimana tampak jelas dari fluktuasi tajam pasar saham secara keseluruhan (*market portfolio*) — maka mustahil membentuk suatu portofolio yang dapat mengeliminasi risiko yang melekat pada setiap saham secara individual.

Oleh karena itu, dalam perancangan portofolio, perlu dilakukan pembedaan terhadap dua komponen risiko. Pertama, komponen risiko yang berkorelasi positif dengan risiko pasar secara keseluruhan. Risiko ini tidak dapat dihilangkan hanya dengan menambahkan jumlah sekuritas dalam portofolio. Kedua, komponen risiko yang berkorelasi negatif atau tidak berkorelasi dengan risiko pasar secara keseluruhan, yang dengan demikian dapat dihilangkan melalui diversifikasi. Diversifikasi merupakan tujuan penting dalam perancangan portofolio karena memungkinkan eliminasi suatu bentuk risiko yang tidak dikompensasi (sebab dapat dihilangkan dengan biaya rendah melalui diversifikasi), dan karenanya merupakan beban sia-sia (*deadweight loss*) bagi investor yang bersifat penghindar risiko. Akan tetapi, diversifikasi tidak menghilangkan semua risiko; terdapat risiko yang tidak dapat didiversifikasi, dan untuk menanggung risiko tersebut, investor (yang dalam asumsi ini bersifat penghindar risiko) akan menuntut kompensasi. Karena risiko sistematis — yaitu komponen risiko yang berkorelasi positif dengan risiko pasar secara keseluruhan — adalah risiko yang dikompensasi, maka manajer portofolio yang ingin mengurangi risiko sistematis harus bersedia menerima penurunan tingkat pengembalian yang diharapkan.

Sebagai ilustrasi, bayangkan suatu sekuritas yang rata-rata naik sebesar 10 persen ketika pasar naik 10 persen dan turun sebesar 10 persen ketika pasar turun 10 persen. Risiko sistematis sekuritas tersebut setara dengan pasar. Dalam terminologi keuangan, sekuritas tersebut memiliki *beta* sebesar 1, yaitu ukuran risiko sekuritas relatif terhadap risiko pasar secara keseluruhan. Jika sekuritas tersebut naik 20 persen ketika pasar naik 10 persen dan turun 20 persen ketika pasar turun 10 persen, maka *beta*-nya adalah 2; dan jika hanya naik 5 persen saat pasar naik 10 persen dan turun 5 persen saat pasar turun 10 persen, maka *beta*-nya adalah 0,5. Tentu saja, tidak ada sekuritas yang sepenuhnya bergerak seiring dengan pasar. Namun, perhatian kita bukan pada varians saham yang tidak berkorelasi dengan pergerakan pasar — sebab varians tersebut dapat dieliminasi melalui diversifikasi. Sementara saham dengan *beta* tinggi akan memiliki pengembalian yang diharapkan tinggi, saham yang memiliki risiko keseluruhan lebih besar namun *beta* rendah — yakni saham yang bergerak sangat fluktuatif namun tidak selaras dengan pasar — justru akan memiliki pengembalian yang diharapkan rendah.

Implikasi lebih lanjut dari analisis ini adalah bahwa manajer portofolio, melalui pilihannya atas tingkat *beta* portofolio (yaitu risiko yang tidak dapat didiversifikasi), akan menentukan tingkat pengembalian yang diharapkan oleh investor. Dengan demikian, ia dapat memvariasikan pengembalian tersebut tanpa perlu melakukan seleksi terhadap saham-saham unggulan. Metode terbaik untuk mencapai kombinasi risiko dan pengembalian yang diinginkan adalah dengan menyesuaikan proporsi aset yang relatif bebas risiko yang dimasukkan ke dalam portofolio, atau dengan menggunakan dana pinjaman guna meningkatkan kepemilikan portofolio.

Pertimbangkan sebagai titik referensi suatu portofolio pasar hipotetis yang terdiri atas seluruh saham yang diperdagangkan di pasar modal, yang diberi bobot berdasarkan nilai pasar masing-masing perusahaan yang sahamnya tercakup. *Beta* dari portofolio pasar tersebut tentunya adalah 1, dan tingkat pengembalian yang diharapkan saat ini kemungkinan sekitar 12 persen. Misalkan seorang manajer portofolio bersedia menerima tingkat pengembalian yang lebih rendah dengan imbalan volatilitas yang juga lebih rendah, misalnya hanya setengah dari volatilitas pasar secara keseluruhan. Artinya, ia menginginkan suatu portofolio dengan *beta* sebesar 0,5. Bagaimana cara mencapainya?

Ia dapat saja mengeluarkan saham-saham yang lebih berisiko dari portofolio pasar sampai rata-rata *beta* saham yang tersisa menjadi 0,5. Namun dalam proses ini, portofolio tersebut menjadi kurang terdiversifikasi, dan seperti telah dijelaskan berulang kali, risiko yang sebenarnya dapat dihindari melalui diversifikasi tidak akan mendapatkan kompensasi. Alternatifnya adalah dengan menambahkan ke dalam portofolio sejumlah obligasi korporasi atau pemerintah atau sekuritas pendapatan tetap lainnya, yang pada umumnya memiliki *beta* rendah, guna menurunkan *beta* rata-rata portofolio menjadi 0,5. Strategi ini memiliki keunggulan karena tidak mengurangi tingkat diversifikasi dari komponen saham biasa dalam portofolio.

Ini merupakan strategi yang lebih baik daripada mengganti saham-saham biasa dalam portofolio dengan obligasi yang memiliki *beta* rata-rata sebesar 0,5, karena portofolio yang dihasilkan akan sangat kurang terdiversifikasi — misalnya, akan jauh lebih rentan terhadap risiko perubahan inflasi yang tidak terduga dibandingkan dengan portofolio yang mencakup saham biasa, mengingat penghasilan dari saham tidak tetap dalam nilai nominal dolar. Hal terkait lainnya adalah bahwa obligasi yang ditambahkan ke dalam portofolio saham biasa untuk menurunkan *beta* portofolio sebaiknya dipilih dengan pertimbangan untuk tetap menjaga diversifikasi portofolio secara keseluruhan. Tidaklah memadai bila portofolio terdiri dari \$1 juta dalam bentuk saham dari suatu dana pasar (*market fund*), yakni dana yang berisi portofolio pasar atau representasi wajar dari portofolio tersebut, dan \$1 juta lagi dalam bentuk obligasi dari satu perusahaan saja.

Investor yang menginginkan tingkat pengembalian lebih tinggi daripada tingkat pengembalian pasar secara keseluruhan dapat memperolehnya dengan cara meminjam uang guna membeli sekuritas tambahan untuk portofolionya. Misalnya, seorang investor dengan dana pribadi sebesar \$500.000 meminjam tambahan \$500.000, sehingga total aset yang dimilikinya menjadi \$1 juta, yang kemudian diinvestasikan dalam dana yang mereplikasi portofolio pasar. Ia membayar bunga sebesar 9 persen atas pinjamannya, dan tingkat pengembalian yang diharapkan dari portofolio pasar adalah 12 persen. Tingkat pengembalian yang diharapkan oleh investor tersebut adalah sebesar pengembalian dari portofolio ($\$120.000 = 12\% \times \$1 \text{ juta}$) dikurangi biaya bunga ($\$45.000 = 9\% \times \$500.000$), lalu dibagi dengan investasi pribadinya, yakni \$500.000. Hasilnya adalah 15 persen $[(\$120.000 - \$45.000) \div \$500.000]$

= 0,15]. Ini lebih tinggi dari tingkat pengembalian pasar; namun *beta* portofolio tersebut lebih tinggi daripada *beta* pasar.

Sebagai ilustrasi, jika pasar mengalami penurunan sebesar 10 persen, maka nilai portofolio turun menjadi \$900.000 (diabaikan dahulu biaya bunga), dan karena investor masih berutang \$500.000 kepada pemberi pinjaman, maka nilai bersih asetnya hanya \$400.000, yang berarti mengalami penurunan sebesar 20 persen dari nilai awal. Dengan demikian, *beta* portofolio tersebut adalah 2. Meskipun investor dapat memperoleh “permainan” (*play*) yang sama dengan cara mengeliminasi saham-saham berisiko rendah dari portofolio pasar hingga *beta* rata-rata dari saham-saham yang tersisa menjadi 2, namun dengan cara demikian, ia akan mengorbankan tingkat diversifikasi.

B. Diversifikasi, Leverage, dan Rasio Utang terhadap Ekuitas

Analisis dalam bagian sebelumnya berguna dalam menilai argumen bahwa keberadaan korporasi konglomerat — yaitu korporasi yang memiliki divisi-divisi atau anak perusahaan yang beroperasi di pasar-pasar yang tidak saling berkaitan, yang tampaknya mengakibatkan kerugian efisiensi karena kurangnya spesialisasi — disebabkan oleh kenyataan bahwa bentuk konglomerat dapat mengatasi inefisiensi-inefisiensi tertentu dalam struktur keuangan banyak perusahaan. Konglomerat merupakan entitas yang sangat terdiversifikasi, dan telah diajukan argumen bahwa perusahaan yang sangat terdiversifikasi, melalui pengurangan risiko terhadap investor, memungkinkan diperolehnya modal dengan biaya yang lebih rendah dibandingkan apabila perusahaan tersebut tidak terdiversifikasi.

Namun argumen tersebut mengabaikan fakta bahwa pemegang saham individu yang portofolionya terdiri dari saham-saham perusahaan yang tidak terdiversifikasi namun beroperasi di pasar yang tidak saling berkaitan tetap memperoleh manfaat diversifikasi yang sama seolah-olah perusahaan-perusahaan tersebut digabungkan ke dalam satu entitas konglomerat. Yang penting bagi seorang investor bukanlah apakah masing-masing perusahaan dalam portofolionya telah terdiversifikasi, melainkan sejauh mana portofolionya secara keseluruhan bersifat terdiversifikasi.

Aspek kedua yang berkaitan dengan struktur keuangan adalah bahwa banyak perusahaan yang diakuisisi oleh korporasi konglomerat memiliki rasio utang terhadap ekuitas yang rendah, dan bahwa korporasi konglomerat,

dengan meningkatkan rasio tersebut, dapat meningkatkan pengembalian kepada pemegang saham. Argumen ini sering kali dikaitkan dengan argumen pertama, yakni bahwa diversifikasi yang dilakukan oleh konglomerat memungkinkannya untuk meminimalkan risiko-risiko yang melekat pada rasio utang terhadap ekuitas yang tinggi. Namun demikian, kecil kemungkinan bahwa nilai ekuitas pemegang saham dapat ditingkatkan semata-mata melalui perubahan rasio utang terhadap ekuitas.

Pertimbangkan sebuah perusahaan hipotetis yang memiliki 1 juta lembar saham biasa yang beredar, tanpa memiliki utang, dan menghasilkan pendapatan operasional bersih yang stabil sebesar \$3 juta per tahun. Karena nilai suatu perusahaan merupakan nilai kini dari pendapatan yang diharapkan, maka nilai perusahaan hipotetis tersebut adalah kelipatan dari \$3 juta (apa yang menentukan kelipatan ini?). Misalkan kelipatannya adalah 10. Maka nilai perusahaan tersebut adalah \$30 juta dan harga per saham adalah \$30, dengan laba per saham sebesar \$3, dan rasio harga terhadap laba (*price-earnings ratio*) sebesar 10.

Sekarang, misalkan perusahaan tersebut meminjam \$15 juta dengan bunga sebesar 6 persen dan menggunakan dana tersebut untuk membeli kembali separuh dari saham yang beredar, lalu memensiunkan saham-saham tersebut. Pendapatan operasional bersih tidak berubah, namun kini terdapat beban bunga sebesar \$900.000. Ini mengurangi laba pemegang saham menjadi \$2,1 juta, atau \$4,20 per saham karena jumlah saham telah berkurang dari 1 juta menjadi 500.000 lembar. Apabila rasio harga terhadap laba tidak berubah, maka setiap saham akan bernilai \$42 dan total ekuitas pemegang saham menjadi \$21 juta. Nilai perusahaan secara keseluruhan dengan demikian menjadi \$36 juta (\$21 juta ekuitas ditambah \$15 juta utang); perubahan dalam rasio utang terhadap ekuitas tampaknya telah menciptakan nilai baru sebesar \$6 juta.

Namun terdapat kekeliruan. Aset bersih perusahaan semula bernilai \$30 juta karena menghasilkan pendapatan operasional bersih sebesar \$3 juta per tahun. Tidak ada hal yang terjadi yang dapat membuat aset tersebut menjadi lebih produktif, maka mengapa seorang pembeli kini bersedia membayar \$36 juta atas aset yang sama?

Ia tidak akan melakukannya. Kekeliruan dalam ilustrasi hipotetis tersebut terletak pada asumsi bahwa rasio harga terhadap laba tidak terpengaruh oleh jumlah utang yang dimiliki perusahaan. Padahal, kita

mengetahui bahwa penambahan leverage meningkatkan risiko sistematis bagi pemegang saham (mengapa bersifat sistematis?). Oleh karena sebagian besar investor bersifat penghindar risiko (*risk-averse*), maka rasio harga terhadap laba akan menurun. Bahkan, mengingat nilai produktif dari aset perusahaan tidak berubah tanpa memedulikan bagaimana perusahaan mengatur struktur modalnya, kita dapat memperkirakan bahwa rasio harga terhadap laba akan turun menjadi 7,14, yaitu rasio yang akan membuat nilai perusahaan tetap sama seperti semula.

Tidak terdapat alasan bagi seorang pembeli untuk membayar premi atas suatu perusahaan hanya karena struktur modalnya mengandung *leverage*, meskipun ia lebih menyukai pengembalian yang tinggi dari suatu investasi yang berisiko tinggi. Ia dapat menciptakan rasio utang terhadap ekuitas sesuai preferensinya dengan cara membeli saham menggunakan dana pinjaman. Atau ia dapat mengombinasikan pembelian saham dengan investasi di perusahaan yang memiliki leverage tinggi atau tingkat risiko tinggi lainnya.

Kemurnian analisis ini memang terdistorsi oleh perlakuan pajak yang berbeda terhadap bunga dan pendapatan. Pemerintah memberikan subsidi terhadap perolehan modal melalui pinjaman dengan memperkenankan perusahaan untuk mengurangi biaya bunga dari pendapatan kena pajak, namun tidak demikian halnya terhadap pengembalian atas ekuitas. Di samping itu, apabila rasio utang terhadap ekuitas suatu perusahaan terlalu tinggi, maka risiko yang timbul bagi para pemegang obligasi maupun pemegang saham dapat sedemikian besar sehingga perusahaan tersebut tidak dapat menarik investor dari kedua jenis tersebut. Oleh karena itu, tingkat *leverage* dalam struktur modal perusahaan bukanlah sesuatu yang sepenuhnya tidak relevan bagi pemegang saham (lihat juga Bab 14.4 di atas); namun tampaknya kecil kemungkinan bahwa faktor ini dapat menjelaskan banyaknya merger konglomerat.

Apabila para pemegang saham suatu korporasi dapat mendiversifikasi komponen risiko non-sistematis dari aliran pendapatan yang diharapkan oleh korporasi, mengapa dalam praktiknya kita mengamati bahwa sebagian besar korporasi — baik besar maupun kecil, baik yang berbentuk perseroan terbuka maupun tertutup — tetap membeli asuransi terhadap kerugian yang timbul akibat gugatan perbuatan melawan hukum (*tort*), kebakaran, pencurian oleh karyawan, dan berbagai kemungkinan merugikan lainnya?

Mengapa para pemegang saham dalam suatu perseroan terbuka tidak cukup terlindungi hanya dengan memiliki portofolio yang terdiversifikasi?

Berikut ini beberapa kemungkinan jawaban:

1. Manajer bersifat *risk averse* (penghindar risiko) dan menempatkan terlalu banyak kekayaan mereka (termasuk *human capital* atau modal manusia) dalam korporasi sehingga tidak memiliki kemampuan untuk mendiversifikasi risiko mereka selain melalui pembelian asuransi oleh korporasi. (Mengapa asuransi terhadap kekayaan pribadi tidak menjadi alternatif yang layak?). Dalam pandangan ini, apakah pembelian asuransi oleh korporasi menguntungkan bagi kepentingan pemegang saham, ataukah justru merupakan contoh lain dari *agency cost* (biaya keagenan)?
2. Biaya tambahan (administratif) dari premi asuransi mungkin lebih kecil daripada ekspektasi biaya sosial yang hilang akibat kebangkrutan. Dengan kata lain, kebangkrutan yang dapat dicegah oleh asuransi — setelah didiskonto dengan probabilitas terjadinya kebangkrutan apabila korporasi tidak diasuransikan — akan memakan lebih banyak sumber daya riil (dalam bentuk biaya hukum, biaya kurator, dan terutama kerugian produksi yang timbul akibat manajemen yang tidak efisien dari perusahaan yang berada di bawah pengawasan pengadilan) dibandingkan dengan selisih antara premi asuransi dan nilai yang diharapkan dari klaim yang akan dibayarkan.
3. Perusahaan asuransi merupakan pihak yang memiliki keahlian dalam memantau dan mengelola pembelaan terhadap gugatan tertentu. Misalnya, jika suatu korporasi yang tidak memiliki asuransi tanggung gugat (*liability insurance*) digugat berdasarkan doktrin *respondeat superior* karena tindakan kelalaian oleh salah satu karyawannya, maka perusahaan tersebut harus mencari firma hukum untuk membela gugatan perbuatan melawan hukum itu, dan juga harus memantau kinerja firma hukum tersebut. Semua ini akan menjadi sulit apabila korporasi tersebut tidak sering menghadapi klaim *tort*. Sebagai pihak yang memiliki spesialisasi dalam pengawasan pembelaan terhadap gugatan *tort*, perusahaan asuransi tanggung gugat kemungkinan besar dapat mengatur pembelaan tersebut dengan biaya yang lebih rendah dan dengan prospek keberhasilan yang lebih baik dibandingkan dengan jika korporasi itu menanganinya sendiri.

Analisis ini mengimplikasikan — dan hal tersebut memang dapat diamati dalam praktik — bahwa korporasi yang secara berulang menghadapi klaim *tort*, seperti perusahaan perkeretaapian, sering kali memilih untuk melakukan swakelola risiko (*self-insurance*).

C. Pemilihan Saham dan Hipotesis Pasar Efisien

Dalam menitikberatkan perhatian pada desain portofolio dan struktur modal, tampaknya kita telah mengabaikan strategi investasi yang paling langsung, yakni pembelian efek yang dinilai *undervalued* (di bawah nilai intrinsiknya) dan penjualan efek yang dinilai *overvalued* (melebihi nilai intrinsiknya) — yang pada hakikatnya merupakan hal yang sama dengan pengaturan waktu pasar (*market timing*) (mengapa demikian?). Namun, apakah strategi ini benar-benar efisien?

Sebagai permulaan, strategi ini tergolong mahal. Terdapat biaya riset yang dikeluarkan untuk memilih sekuritas tertentu yang akan dimasukkan atau dikeluarkan dari portofolio, biaya transaksi yang timbul dari kegiatan jual beli saham sesuai hasil analisis sekuritas yang terus berubah, serta pengorbanan terhadap diversifikasi karena portofolio menjadi kurang inklusif dibandingkan portofolio pasar secara keseluruhan (pemilihan saham mengimplikasikan selektivitas, sementara diversifikasi menghendaki inklusivitas). Agar seluruh biaya ini layak dikeluarkan, pemilihan saham harus menghasilkan manfaat yang lebih besar, dalam bentuk ekspektasi imbal hasil yang lebih tinggi, dibandingkan ekspektasi imbal hasil dari portofolio pasar yang telah disesuaikan untuk memikul tingkat risiko sistematis yang sama seperti portofolio hasil pemilihan saham.¹

Secara intuitif, tampaknya hampir pasti bahwa seorang investor yang terampil, yang melakukan riset secara cermat terhadap kondisi dan prospek perusahaan tertentu maupun terhadap kondisi ekonomi secara keseluruhan, akan memperoleh pengembalian yang lebih tinggi (tentu dengan mengoreksi perbedaan tingkat risiko sistematis) dibandingkan investor yang hanya membeli portofolio pasar secara membabi buta — yakni berinvestasi dalam seluruh daftar saham pasar dan tidak pernah menjual saham walaupun prospeknya mulai memburuk.

Namun demikian, karena nilai suatu saham merupakan fungsi dari laba yang diharapkan di masa depan, dan dengan demikian sangat bergantung pada

kejadian-kejadian yang akan datang, sering kali tidak mungkin untuk menentukan apakah suatu saham dinilai terlalu rendah (*undervalued*) pada harga saat ini tanpa mengetahui seperti apa masa depan akan terjadi — dan hanya sedikit orang yang benar-benar piawai dalam meramalkan masa depan.

Memang, sebuah saham bisa saja *undervalued* karena suatu karakteristik perusahaan (atau pesaingnya, pemasoknya, pelanggannya, atau lingkungan politiknya) yang telah ada hari ini namun belum diketahui luas atau belum dipahami dengan benar. Akan tetapi, persoalan pokoknya adalah bahwa informasi yang mendasari hal ini sudah berada dalam domain publik,² yang berarti bahwa informasi tersebut secara teoritis tersedia secara merata bagi seluruh analis sekuritas. Maka, satu-satunya cara untuk memperoleh keuntungan dari informasi tersebut adalah dengan menafsirkan informasi itu secara lebih baik daripada analis sekuritas lainnya.

Namun metode seperti ini bukanlah cara yang menjanjikan untuk mengungguli pasar. Sebab, metode ini mengharuskan seorang analis untuk menafsirkan informasi publik secara berbeda dari pendapat rata-rata komunitas analis, dan penafsiran yang menyimpang tersebut harus terbukti benar secara substansial lebih sering daripada terbukti salah (mengapa harus “secara substansial”?).

Temuan-temuan empiris yang mendukung poin-poin teoritis ini antara lain berasal dari studi terhadap industri reksa dana (*mutual fund*), yang menunjukkan bahwa reksa dana — walaupun mempekerjakan analis sekuritas dan manajer portofolio dalam jumlah besar untuk mengungguli pasar — justru gagal melakukan hal tersebut.³ Kinerja reksa dana secara agregat tidak lebih baik daripada portofolio pasar yang dibentuk secara acak dan pasif.

Meskipun terdapat argumen bahwa pembandingan yang tepat bukanlah seluruh reksa dana secara umum melainkan hanya reksa dana yang paling sukses, studi-studi tersebut menunjukkan bahwa tidak terdapat reksa dana yang konsisten sukses. Beberapa reksa dana memang menikmati keberhasilan dalam jangka pendek atau menengah, tetapi secara umum tingkat keberhasilan yang diamati tidak melebihi apa yang dapat diharapkan apabila keberhasilan tersebut semata-mata disebabkan oleh faktor keberuntungan, bukan keahlian.

Studi-studi tersebut bahkan mendukung kesimpulan yang lebih kuat: ketika biaya transaksi dan biaya manajemen diperhitungkan, rata-rata reksa dana atau dana kepercayaan (*common trust fund*) memberikan imbal hasil

bersih yang lebih rendah dibandingkan dengan indeks pasar yang berbasis luas, seperti S&P 500.⁴

Perbandingan ini dulunya sering dianggap tidak adil, karena S&P 500 merupakan portofolio hipotetis dan karena itu tidak memiliki biaya administratif. Namun, sejak munculnya dana indeks (*market-matching funds*) nyata (lihat Bab 15.6 infra), kritik ini dapat dievaluasi — dan ditolak. Biaya administratif dari dana indeks ternyata sangat rendah (untuk portofolio senilai \$500 juta, biayanya hanya sekitar 10 persen dari biaya manajemen konvensional), sehingga ekspektasi imbal hasil dari dana indeks yang dikonstruksi dengan tepat hanya sedikit sekali berbeda dari ekspektasi imbal hasil S&P 500 itu sendiri

.

D. Monopoli Sekali Lagi

Dalam Bab 9 telah disinggung argumen dari sejumlah ekonom bahwa kekuasaan monopoli dapat melemahkan insentif pelaku usaha untuk menekan biaya input dan melakukan inovasi. Seperti yang pernah dikemukakan oleh seorang ekonom terkemuka dari Inggris, “keuntungan terbaik dari semua keuntungan monopoli adalah hidup yang tenang.” Namun, baik ekonom tersebut maupun para ekonom sesudahnya belum memberikan dasar teoretis ataupun empiris yang kokoh bagi proposisi tersebut (lihat kembali Bab 9.3 supra). Berikut ini adalah argumen teoretis yang justru bertentangan dengan proposisi tersebut.

Begitu suatu kekuasaan monopoli diperkirakan akan terjadi, harga saham biasa perusahaan tersebut akan meningkat — sebagai bentuk diskonto atas ekspektasi keuntungan monopoli — hingga rasio antara ekspektasi laba terhadap harga pasar mencapai tingkat imbal hasil normal untuk saham dalam kelas risiko yang sama. Apabila kemudian manajer perusahaan menjadi malas atau tidak produktif, harga saham perusahaan tersebut akan turun dibandingkan dengan saham-saham lain — kecuali apabila kemalasan tersebut telah diperhitungkan sebelumnya oleh pasar! Dalam hal demikian, para pemegang saham mungkin tidak akan merasa dirugikan — namun perusahaan tersebut justru akan menjadi target akuisisi yang menarik bagi pihak lain yang meyakini bahwa mereka dapat meningkatkan keuntungan monopoli perusahaan dengan menurunkan biaya operasionalnya.

Teori pasar modal dapat membantu menyelesaikan persoalan pengendalian laba perusahaan monopoli yang diatur (*regulated monopolists*). Persoalan ini menjadi kompleks karena sulitnya menentukan secara tepat biaya nyata dari modal saham (*cost of equity capital*), yang pada gilirannya disebabkan oleh ketiadaan harga yang dapat diamati secara langsung di pasar.

Pendekatan regulasi yang berlaku saat ini umumnya bersifat sirkular, yaitu dengan menetapkan tingkat pengembalian yang diperbolehkan berdasarkan tingkat pengembalian perusahaan-perusahaan regulasi lainnya. Sebagai alternatif, regulator dapat memulai dengan mengukur *beta* saham perusahaan monopoli yang bersangkutan. Berdasarkan nilai *beta* tersebut, regulator dapat menetapkan tingkat laba yang diperbolehkan sedemikian rupa sehingga tingkat pengembalian yang diharapkan oleh investor perusahaan setara dengan tingkat pengembalian investor di perusahaan-perusahaan yang tidak diregulasi namun memiliki *beta* yang sama. Dengan cara ini, regulator akan menetapkan *cost of equity capital* secara lebih akurat — yakni sebesar biaya yang harus dikeluarkan perusahaan untuk menarik modal saham tanpa mengurangi nilai saham milik pemegang saham yang sudah ada. (Namun, patut dipertanyakan apakah fakta bahwa perusahaan tersebut tunduk pada regulasi justru telah menurunkan volatilitas sahamnya — dan jika demikian, apakah hal tersebut relevan?)

Selanjutnya, teori pasar modal juga dapat berguna untuk mengalihkan perhatian lembaga regulator (dan para pengkritiknya) dari isu-isu yang keliru namun sering kali menjadi perdebatan, seperti soal rasio utang terhadap modal sendiri (*debt-equity ratio*) yang optimal. Dalam konteks perusahaan yang diregulasi dan memiliki rasio utang yang rendah, sering kali dikemukakan argumen bahwa apabila perusahaan tersebut meningkatkan rasio utangnya, maka biaya modal perusahaan akan menurun — sebab tingkat bunga biasanya lebih rendah daripada tingkat pengembalian atas saham biasa — dan oleh karena itu harga barang atau jasa yang ditawarkan perusahaan dapat diturunkan. Akan tetapi, argumen ini secara implisit menyatakan bahwa perusahaan yang diregulasi seharusnya didorong untuk lebih banyak berutang.

Padahal, utang meningkatkan volatilitas ekuitas, sehingga perusahaan yang memperbesar proporsi utang dalam struktur modalnya akan mengalami peningkatan *cost of equity capital*-nya. Maka, tidak ada alasan untuk meyakini bahwa total biaya modal perusahaan (*overall cost of capital*) akan lebih rendah

— atau lebih tinggi — hanya karena rasio utangnya meningkat (lihat juga Bab 15.2 supra).

E. Hukum Investasi Kepercayaan dan Dana Pasar

Prinsip dasar dari keseluruhan kerangka hukum yang mengatur tugas wali amanat (*trustee*) dalam mengelola dana kepercayaan adalah bahwa wali amanat harus bertindak secara hati-hati dan bijaksana, dengan tujuan utama menjaga kelestarian pokok (*principal*) dari harta kepercayaan tersebut. Asumsi yang mendasarinya ialah bahwa sebagian besar penerima manfaat (*beneficiaries*) dari kepercayaan bersifat sangat menghindari risiko (*risk averse*), dan oleh karenanya lebih memilih tingkat pengembalian yang lebih rendah asalkan risiko yang dihadapi juga rendah. Asumsi ini cukup masuk akal untuk banyak, meskipun tidak semua, kepercayaan.

Sebagai contoh, jika penerima manfaat adalah seorang janda dan anak-anak di bawah umur yang tidak memiliki sumber penghasilan lain, serta daya hasil (*earning power*) mereka terbatas, maka penurunan tajam dalam pendapatan dari kepercayaan akibat investasi yang berisiko tinggi akan menempatkan mereka dalam posisi yang sangat sulit. Sebaliknya, investasi yang berisiko lebih tinggi akan lebih menarik bagi mereka yang memiliki penghasilan tetap atau sumber pendapatan dasar yang stabil, yang akan melindungi standar hidup mereka jika investasi tersebut mengalami kegagalan — dan memang, sebagian penerima manfaat berada dalam posisi seperti ini.

Pendirian suatu kepercayaan yang menghendaki agar wali amanat melakukan investasi yang berisiko dapat menyatakan kehendak tersebut melalui klausul eksplisit dalam dokumen kepercayaan. Kaidah *prudent man rule* (*kaidah orang bijaksana*) menjalankan fungsi umum hukum kebiasaan (*common law*) dalam mengurangi biaya transaksi dengan menyisipkan suatu ketentuan dalam setiap dokumen (kecuali jika terdapat klausul yang menyatakan sebaliknya) yang pada dasarnya akan dimasukkan oleh sebagian besar pihak melalui klausul eksplisit.

Meskipun prinsip umum dari *prudent man rule* masuk akal secara ekonomi, beberapa aturan turunannya yang bersifat tradisional — khususnya yang menerapkan standar tersebut terhadap setiap investasi secara individual dan bukan terhadap keseluruhan portofolio — tidaklah demikian. Wali amanat tetap dapat dimintai pertanggungjawaban atas kinerja buruk dari satu

instrumen investasi dalam portofolio, meskipun secara keseluruhan portofolio tersebut menunjukkan hasil yang baik, apabila ia gagal memverifikasi kelayakan instrumen tersebut sebelum melakukan investasi.

Pendekatan ini menimbulkan tiga konsekuensi buruk:

1. Pemborosan waktu dan biaya untuk evaluasi per saham. Wali amanat terdorong untuk menghabiskan waktu dan dana dalam meneliti prospek masing-masing efek, padahal menurut analisis ekonomi tentang *stock picking*, biaya pencarian dan transaksi yang terlibat dalam upaya memperoleh sekuritas yang undervalued serta memantau portofolio untuk menjual sekuritas yang overvalued hampir selalu melebihi manfaat yang diperoleh.
2. Penghindaran terhadap saham yang sebenarnya layak, hanya karena prospek perusahaan buruk. Tidak ada dalil dalam teori ekonomi yang menyatakan bahwa harga saham perusahaan yang sedang menurun atau bahkan bangkrut secara umum adalah overvalued. Harga-harga tersebut akan ditekan hingga tingkat di mana ekspektasi laba perusahaan — berapapun besarnya — menghasilkan pengembalian yang normal berdasarkan volatilitas saham tersebut. Namun, seorang wali amanat yang secara sadar membeli saham perusahaan bangkrut dapat dianggap bertindak tidak bijaksana.
3. Mendorong portofolio yang kurang terdiversifikasi. Jika wali amanat diharuskan untuk menyelidiki dan memantau setiap efek yang ia pegang, maka jumlah saham yang dapat dimasukkan dalam portofolio akan sangat terbatas. Hal ini mengakibatkan keterbatasan diversifikasi, dan menimbulkan risiko yang sebenarnya dapat dihilangkan dengan biaya rendah melalui diversifikasi. Ironisnya, hukum juga mengharuskan wali amanat untuk mendiversifikasikan portofolio mereka; namun putusan-putusan pengadilan tidak menjelaskan sejauh mana diversifikasi tersebut harus dilakukan.

Salah satu wujud dari obsesi hukum tradisional terhadap kehati-hatian dalam pemilihan masing-masing investasi adalah konsep yang termuat dalam banyak undang-undang negara bagian dan putusan pengadilan, yang menyatakan bahwa seluruh kategori investasi adalah tidak sah bagi wali amanat kecuali jika secara tegas diizinkan dalam instrumen kepercayaan. Selama bertahun-tahun, wali amanat tidak diizinkan berinvestasi dalam saham biasa, dan hal ini membuat mereka banyak berinvestasi dalam obligasi. Yang

luput dari perhatian adalah bahwa obligasi jangka panjang justru menimbulkan risiko yang tidak timbul dalam investasi saham (atau surat utang jangka pendek): risiko meningkatnya inflasi. Obligasi memang melindungi terhadap tingkat inflasi yang diharapkan karena tingkat bunga obligasi akan mencerminkan tingkat inflasi tersebut sebagai salah satu komponennya. Namun jika tingkat inflasi meningkat secara tak terduga selama masa berlaku obligasi, maka penurunan nilai riil dari obligasi tersebut sepenuhnya akan ditanggung oleh pemegang obligasi. Investor yang menghindari risiko tidak akan memilih untuk menanggung risiko seperti itu — dan sebenarnya tidak perlu menanggungnya.

Hingga saat ini pun, sebagian hukum negara bagian masih membatasi kewenangan wali amanat untuk membeli unit penyertaan pada reksa dana (*mutual funds*). Padahal, jika nilai kekayaan dalam kepercayaan kecil, maka satu-satunya cara untuk mencapai diversifikasi yang wajar adalah dengan berinvestasi dalam reksa dana. Alasan pembatasan tersebut adalah asumsi bahwa dengan membeli reksa dana, wali amanat telah menyerahkan tugas utamanya — yakni memilih investasi — kepada manajer reksa dana. Asumsi ini keliru, karena didasarkan pada anggapan bahwa wali amanat dapat mengungguli pasar melalui pemilihan efek secara cermat, padahal sebagaimana telah dibahas sebelumnya, hal tersebut sangat tidak mungkin dicapai.

Dengan hukum yang demikian jauh tertinggal dari realitas ekonomi, dapat diprediksi bahwa para penyusun instrumen kepercayaan modern akan lazimnya menyertakan klausul yang meniadakan pembatasan-pembatasan tersebut. Dan memang, sebagian besar instrumen kepercayaan masa kini memberikan keleluasaan yang luas kepada wali amanat — inilah sebabnya mengapa dalam beberapa tahun terakhir hampir tidak ada gugatan yang dilaporkan terkait kewajiban investasi dari wali amanat.

Hukum investasi kepercayaan memperoleh relevansi baru sejak diberlakukannya *Employees Retirement Income Security Act* (ERISA), yang tidak hanya mewajibkan pengelola dana pensiun untuk tunduk pada *prudent man rule*, tetapi juga melarang pelepasan kewajiban tersebut melalui klausul pengesampingan (*waiver*). Di samping itu, terdapat tanda-tanda bahwa teori pasar modal modern sedang mempengaruhi evolusi hukum investasi kepercayaan, dengan menurunkan penekanan terhadap evaluasi sekuritas individual dan meningkatkan fokus pada kinerja portofolio secara keseluruhan

dan pada kewajiban untuk mendiversifikasikan investasi. Sebagai contoh, peraturan terkini dari *Department of Labor* mengenai kewajiban investasi para fiduciary dalam kerangka ERISA mendefinisikan *prudent man rule* secara konsisten dengan teori pasar modal modern — dengan menekankan desain portofolio dan diversifikasi, tanpa mewajibkan fiduciary untuk memantau masing-masing sekuritas dalam portofolio.

Perkembangan ini — yang mencerminkan keterbukaan hukum terhadap pendekatan ekonomi — telah mendorong sejumlah wali amanat untuk menempatkan sebagian besar dana kepercayaan dalam dana pasar (*market funds*). Dana pasar umumnya membeli dan menahan portofolio berisi 200 hingga 500 saham yang dirancang untuk mencerminkan kinerja Bursa Efek *New York* (atau mungkin rata-rata tertimbang dari pasar sekuritas domestik dan internasional), tanpa melakukan analisis sekuritas dan hanya melakukan transaksi seperlunya untuk menjaga diversifikasi, memenuhi permintaan penjualan kembali (*redemption*), dan menginvestasikan kas dari para pemegang unit.

Konsep dana pasar memunculkan sejumlah pertanyaan penting. Pertama, bagaimana jika setiap investor mengadopsi strategi pasif seperti yang diusung oleh dana pasar? Dalam hal demikian, pasar akan berhenti menjadi efisien (mengapa?). Namun jauh sebelum hal itu terjadi, sebagian investor akan meninggalkan strategi pasif untuk memanfaatkan peluang — yang kini sangat jarang — guna memperoleh keuntungan melalui analisis dan perdagangan aktif. Pertanyaan tentang berapa banyak pelaku aktif yang dibutuhkan untuk menjaga efisiensi pasar memang sulit dijawab — namun mungkinkah pertanyaan ini perlu dijawab? Pengamatan terhadap pasar lain — misalnya pasar perumahan, di mana transaksi jarang terjadi dan objek yang diperjualbelikan tidak homogen (tidak ada dua rumah yang benar-benar sama seperti dua lembar saham kelas yang sama dalam satu perusahaan) — menunjukkan bahwa pasar saham akan tetap efisien meskipun sebagian besar investornya pasif.

Pertanyaan kedua berkaitan dengan implikasi dana pasar terhadap mekanisme kontrol korporasi (*corporate control*) dan tata kelola perusahaan (*corporate governance*) secara umum, sebagaimana dibahas dalam bab sebelumnya. Jika mayoritas pemegang saham dalam suatu korporasi adalah investor pasif yang tidak pernah menjual sahamnya, sekalipun ditawari harga premium, karena mereka berasumsi bahwa saham mereka selalu dihargai

secara benar oleh pasar, maka bagaimana mungkin suatu perusahaan dapat diambil alih melalui penawaran tender (*tender offer*) atau bahkan melalui *proxy fight*? Apa yang akan dilakukan dana pasar terhadap bahan-bahan *proxy* yang diterimanya? Apakah ini merupakan masalah nyata yang serius? Jika ya, bagaimana masalah ini dapat diselesaikan secara konsisten dengan asumsi dasar teori pasar modal modern?

F. Regulasi atas Pasar Modal

Sejauh ini, efisiensi pasar modal telah diasumsikan sebagai sesuatu yang sudah ada. Namun demikian, regulasi yang luas atas pasar modal oleh *Securities and Exchange Commission* (SEC) didasarkan pada premis bahwa tanpa adanya regulasi tersebut, pasar ini tidak akan berfungsi secara memadai.

Regulasi pasar modal sebagian didasarkan pada kesalahpahaman mengenai *Great Depression* pada tahun 1930-an. Adalah hal yang wajar apabila diasumsikan bahwa krisis pasar saham tahun 1929 merupakan akibat dari kecurangan, demam spekulatif, serta berbagai bentuk penyimpangan lainnya, dan pada gilirannya menyebabkan depresi ekonomi: *post hoc ergo propter hoc*. Namun, penurunan tajam harga saham lebih mungkin merupakan akibat dari ekspektasi penurunan aktivitas ekonomi, bukan sebagai penyebab dari penurunan tersebut. Hal ini mengisyaratkan bahwa krisis tersebut kemungkinan besar bukan disebabkan oleh penyimpangan dalam pasar modal, melainkan merupakan antisipasi terhadap datangnya depresi. Apabila hal ini benar, maka dapat dikemukakan alasan yang kuat untuk bersikap skeptis terhadap beberapa aspek regulasi pasar modal yang dirancang untuk mencegah terulangnya krisis seperti tahun 1929, seperti misalnya ketentuan bahwa penerbitan saham baru hanya dapat dilakukan melalui prospektus yang harus terlebih dahulu diajukan kepada SEC untuk ditinjau, guna memastikan bahwa dokumen tersebut memuat seluruh informasi yang dianggap relevan dan material bagi investor, termasuk informasi yang bersifat merugikan.

Pasar modal bersifat kompetitif, dan dalam pasar yang kompetitif, informasi mengenai produk yang diperjualbelikan akan muncul secara alami tanpa dorongan dari pemerintah. Meskipun, seperti telah dibahas dalam Bab 4, informasi mengenai produk konsumen tidak selalu lengkap atau akurat, namun secara logis dapat diasumsikan bahwa pasar modal mampu menghasilkan informasi yang melimpah dan pada umumnya akurat mengenai emisi saham baru. Hal ini disebabkan oleh keberadaan: (1) perantara yang

cakap — yaitu penjamin emisi (*underwriters*) yang memasarkan saham baru — antara penerbit dan pembeli; (2) pembeli yang cakap seperti perusahaan perwalian, reksa dana, dan dana pensiun; serta (3) para analis keuangan yang bekerja pada perusahaan pialang dan jasa penasihat investasi independen.

Namun, prospektus yang ditulis dalam bahasa hukum dan akuntansi yang rumit tidak memiliki nilai praktis langsung bagi investor yang tidak berpengalaman. Selain itu, tidak ada bukti yang jelas bahwa kewajiban pengungkapan yang ditetapkan oleh SEC benar-benar meningkatkan arus informasi. Dengan membatasi aktivitas pemasaran hanya pada prospektus dan dengan mengambil pandangan yang restriktif mengenai informasi yang dapat dimuat dalam prospektus (misalnya, SEC untuk waktu yang lama tidak memperkenankan proyeksi pendapatan), SEC justru membatasi jumlah informasi yang dapat dikomunikasikan oleh penerbit.

Dalam sebuah studi yang terkenal, *George Stigler* menunjukkan bahwa sebelum sistem registrasi diberlakukan pada tahun 1933, kinerja rata-rata pembeli saham baru tidak lebih buruk daripada saat ini. Meskipun rincian studi tersebut masih menjadi perdebatan, namun kesimpulan dasarnya — bahwa regulasi atas emisi saham baru tidak membantu investor — kini diterima secara luas oleh para ekonom.

Aspek utama lainnya dari hukum pasar modal adalah untuk mengurangi kegiatan spekulatif dalam perdagangan saham. Namun sebagaimana dalam konteks lainnya, spekulasi dalam perdagangan saham memiliki manfaat positif, yakni memungkinkan penyesuaian harga secara cepat terhadap nilai yang sesungguhnya. Spekulan adalah pihak yang secara aktif mencari saham yang dinilai terlalu rendah atau terlalu tinggi. Informasi yang diperoleh spekulan tersebut akan menyebar secara cepat ke seluruh pasar (kecepatan penyebaran informasi di pasar modal merupakan alasan utama mengapa sangat sulit untuk secara konsisten mengungguli pasar), sehingga memungkinkan pelaku pasar lainnya untuk segera menyesuaikan diri terhadap perubahan kondisi yang telah ditemukan oleh spekulan tersebut.

Hukum menunjukkan sikap diskriminatif terhadap mereka yang berspekulasi atas penurunan pasar. Misalnya, hukum melarang penjualan saham secara *short selling* pada harga yang lebih rendah dari harga terakhir saham tersebut diperdagangkan. Sikap hukum ini menyerupai praktik kuno yang menghukum pembawa kabar buruk. Seseorang yang melakukan *short selling* — yaitu setuju untuk menjual saham pada harga pasar saat ini, dengan

harapan bahwa harga saham akan turun sehingga ia dapat membelinya kembali dengan harga yang lebih rendah saat jatuh tempo — akan mengalami kerugian kecuali jika prediksinya mengenai penurunan harga saham tersebut terbukti benar. Namun, ia tidak dapat menyebabkan penurunan harga saham tersebut secara langsung. Sikap hukum terhadap *short selling* tampak aneh, terutama mengingat kekhawatiran akan terjadinya kepanikan pasar. Semakin *short selling* ditekan, semakin tajam pula kemungkinan terjadinya penurunan harga pasar. Transaksi *short selling* merupakan sinyal bahwa sebagian pelaku pasar percaya bahwa saham tersebut dinilai terlalu tinggi. Sinyal ini justru memfasilitasi penyesuaian harga yang cepat dan berkesinambungan terhadap kondisi pasar yang menekan harga saham tersebut.

Upaya lain untuk membatasi spekulasi adalah dengan membatasi pembelian saham secara *margin*, yaitu pembelian saham dengan memanfaatkan pinjaman (*leverage*). Namun upaya ini kecil kemungkinan akan berhasil. *Leverage* hanyalah salah satu metode untuk meningkatkan risiko dan potensi imbal hasil dari suatu investasi. Alternatif lain yang tidak dijangkau oleh pembatasan margin adalah kepemilikan portofolio dengan sekuritas berisiko tinggi. Permintaan terhadap sekuritas tersebut akan mendorong korporasi untuk meningkatkan *leverage* dalam struktur permodalannya, yang pada akhirnya akan meningkatkan *beta* saham mereka. Hasil akhirnya adalah peningkatan risiko yang justru melebihi tingkat risiko yang mungkin terjadi bila pembelian saham secara margin tidak diatur. (Mengapa demikian?)

Hukum pasar modal federal juga menjadi sarana untuk memberikan yurisdiksi kepada pengadilan federal terhadap kasus-kasus penipuan dalam transaksi efek. Aturan SEC 10b-5, yang diinterpretasikan sebagai memberikan hak kepada investor untuk menggugat ganti rugi, melarang penipuan dalam transaksi jual beli efek dan dengan demikian memungkinkan investor untuk membawa gugatan ke pengadilan federal. Oleh karena itu, serta karena adanya kewajiban registrasi, sangat penting untuk menentukan apakah suatu instrumen keuangan dikualifikasikan sebagai efek atau bukan. Misalnya, apabila perusahaan asuransi menjual anuitas yang menjamin pengembalian minimal atas investasi peserta, tetapi potensi pengembalian tambahan tergantung pada kinerja portofolio efek tempat dana diinvestasikan, maka apakah anuitas tersebut merupakan efek? Pengadilan menyatakan bahwa itu

merupakan efek, karena pengembalian investor sangat bergantung pada kinerja sekuritas yang tidak terbantahkan merupakan efek.

Sekarang bayangkan pemilik suatu badan usaha berbadan hukum menjual seluruh usahanya kepada korporasi lain. Pembeli membeli seluruh saham sebagai bagian dari proses penggabungan (*merger*). Jika pembeli merasa bahwa penjual memberikan informasi yang menyesatkan dalam proses penjualan, dapatkah ia menggugat berdasarkan Rule 10b-5 sebagai korban penipuan efek? Jawabannya: dapat. Hasil ini secara ekonomi tampak tidak masuk akal. Meskipun benar bahwa pembeli secara sah membeli efek, ia bukanlah investor pasif yang menjadi subjek perlindungan dalam hukum pasar modal, karena ia memiliki kepentingan serta keahlian untuk melindungi dirinya sendiri dengan biaya yang wajar. Tidak seorang pun membeli seluruh bisnis tanpa melakukan investigasi menyeluruh. Dalam hal ini, pembeli tidak membutuhkan perlindungan hukum di luar hukum umum mengenai penipuan (*common law of fraud*).

Beralih pada masalah ganti rugi dalam perkara penipuan efek. Menurut prinsip umum dalam hukum penipuan, suatu pernyataan yang menyesatkan hanya dapat dituntut apabila benar-benar diandalkan oleh pihak yang merasa dirugikan; jika tidak, maka penipuan tersebut dianggap tidak merugikan. Misalnya, suatu pernyataan yang menyesatkan dalam prospektus menyebabkan para pialang membeli saham dalam jumlah besar dan merekomendasikan kliennya untuk melakukan hal yang sama. Akibatnya, harga saham meningkat. Seorang pembeli yang tidak mengetahui isi prospektus tersebut — bahkan tidak mengetahui alasan kenaikan harga — kemudian membeli saham tersebut pada harga yang lebih tinggi. Jika kemudian penipuan terungkap dan harga saham jatuh, haruskah pembeli tersebut diberi hak untuk menuntut penerbit? Pengadilan mulai menerima bahwa jawabannya adalah: ya. Dan ini merupakan hasil yang benar secara ekonomi. Penipuan tersebut telah "tertanam" dalam harga pasar, sehingga pembeli yang tidak mengetahui isi prospektus sebenarnya bertindak atas dasar informasi yang salah, sama seperti mereka yang membeli dengan dasar isi prospektus tersebut.

Pertanyaannya kemudian, bagaimana seharusnya besaran ganti rugi ditentukan? Sekilas tampaknya jelas: kerugian yang diderita oleh pembeli yang membeli pada harga yang dinaikkan oleh informasi palsu, dengan terlebih dahulu mengeliminasi (dengan menggunakan *capital asset pricing*

model dalam Bab 15.1) penyebab penurunan harga lainnya. Namun bagaimana dengan pihak-pihak yang tidak bersalah namun justru memperoleh keuntungan dari penipuan tersebut? Misalnya, seorang investor membeli saham selama kenaikan harga akibat penipuan dan menjualnya sebelum harga jatuh. Kecuali jika investor tersebut diwajibkan untuk mengembalikan keuntungan tersebut (*disgorgement*), maka perusahaan penerbit akan dipaksa membayar ganti rugi melebihi kerugian riil yang dialami para pembeli. Karena tidak terdapat dasar hukum maupun praktis untuk memaksa restitusi dari para pemegang saham yang secara tidak adil namun tidak sengaja diuntungkan, maka terdapat risiko terjadinya efek jera (*overdeterrence*) yang berlebihan (lihat juga Bab 6.7 dan 10.11 mengenai masalah serupa dalam hukum delik dan antitrust).

Sebuah pernyataan yang lebih kuat bahkan dapat diajukan. Sering kali keuntungan dari penipuan saham adalah nihil, setidaknya bila diukur dengan standar ganti rugi dalam kasus penipuan. Misalnya, manajemen suatu korporasi menunda pengumuman kabar buruk mengenai prospek usaha, dengan harapan tidak realistis bahwa keadaan akan membaik. Dengan demikian, mereka hanya menunda kejatuhan harga saham selama dua minggu. Investor yang membeli dalam jangka waktu tersebut akan menderita kerugian; namun penjualnya justru memperoleh keuntungan, karena jika mereka menahan saham lebih lama, merekalah yang akan menanggung kerugian tersebut. Jika manajemen memperoleh keuntungan dengan menjual saham mereka sebelum berita buruk diumumkan, maka tidak ada masalah untuk mewajibkan mereka mengembalikan keuntungan tersebut. Namun jika tidak, apa dasar pemberian ganti rugi atas kerugian sebagian pemegang saham?

Dasar pragmatismenya adalah sebagai berikut. Jika korporasi dipaksa membayar kerugian pemegang saham yang dirugikan akibat penundaan pengumuman, maka korporasi akan terdorong untuk mengawasi manajemennya dengan lebih ketat. Hal ini berlaku meskipun biaya ganti rugi tersebut ditanggung oleh para pemegang saham, yang sebagian besar tidak bersalah. Kewajiban ganti rugi tersebut akan mempengaruhi insentif dewan direksi yang mereka pilih.

Keseluruhan argumen ini mengasumsikan bahwa terdapat biaya sosial atas suatu tindakan penipuan, meskipun biaya tersebut tidak sebanding dengan kerugian para pemegang saham yang dirugikan oleh tindakan penutupan informasi oleh manajemen. Terdapat dua jenis biaya sosial yang mungkin

muncul, meskipun sulit untuk dihitung secara pasti. Pertama, manajemen mungkin telah mengalokasikan sumber daya riil dalam upaya menyembunyikan informasi buruk. Kedua, dan terkait, beberapa investor akan terdorong untuk mengeluarkan lebih banyak sumber daya untuk menggali kebenaran mengenai kondisi korporasi, karena mereka harus mengatasi usaha disinformasi dari pihak manajemen. (Namun, apakah ini akan membuat investasi di pasar modal menjadi lebih berisiko?)

G. Regulasi terhadap Perbankan

Bab ini diakhiri dengan tinjauan singkat mengenai regulasi perbankan oleh pemerintah federal, mengingat bank merupakan sumber penting permodalan. Dasar dari sistem regulasi perbankan federal yang ada saat ini (meskipun sedang mengalami disintegrasi dengan cepat) tampaknya berasal dari keputusan yang diambil setelah terjadinya depresi ekonomi pada tahun 1930-an untuk memberikan jaminan pemerintah atas simpanan nasabah bank. Kegagalan sistemik perbankan yang meluas pada masa tersebut dipandang — meskipun mungkin secara keliru — sebagai penyebab utama tingkat keparahan kontraksi bisnis pada saat itu. Salah satu alasan utama pemberian asuransi simpanan oleh pemerintah adalah bahwa dalam hal terjadi lagi kegagalan bank secara masif seperti pada tahun 1930-an, perusahaan asuransi swasta mungkin tidak akan mampu memenuhi seluruh klaim para penabung.

Perlu dicermati adanya paralel antara sistem asuransi simpanan dan hukum kepailitan. Karena simpanan merupakan klaim yang dapat dibayarkan sewaktu-waktu, maka tanpa adanya asuransi simpanan, seorang nasabah akan menarik dananya segera setelah terdapat indikasi bahwa kondisi keuangan bank bersangkutan tidak stabil. Upaya para nasabah untuk secara serentak menarik dananya justru dapat menyebabkan bank tersebut kolaps, sebab aset bank tidak seluruhnya bersifat likuid, walaupun secara agregat nilainya melebihi liabilitasnya. Fenomena ini dikenal sebagai “*rush*” atau “*bank run*”, yang merupakan contoh klasik dari eksternalitas yang merugikan; setiap penabung yang berupaya menarik simpanannya akan merugikan penabung lainnya, namun tidak memperhitungkan kerugian tersebut dalam keputusannya untuk menarik dana.

Keputusan untuk mengasuransikan simpanan perbankan membuat adanya pengawasan regulatif atas bank menjadi sesuatu yang tidak terelakkan. Setiap entitas penjamin, baik publik maupun swasta, tentu berkepentingan

untuk mengendalikan — sejauh dimungkinkan — risiko yang ditanggungnya. Salah satu cara memandang keberadaan lembaga pengawasan perbankan federal adalah sebagai wakil dari para penabung, yang menuntut bentuk perlindungan kreditur sebagaimana yang akan diminta oleh para penabung bila mereka tidak sepenuhnya dilindungi oleh asuransi. Banyak regulasi perbankan memang menyerupai bentuk perlindungan yang sering kali menjadi syarat dari kreditur swasta. Contohnya termasuk persyaratan minimum modal bagi bank yang diasuransikan dan pembatasan atas tingkat risiko dari portofolio pinjaman bank tersebut. Persyaratan minimum modal bertujuan untuk mengurangi risiko kreditur dengan memastikan tersedianya bantalan ekuitas yang memadai; sementara pembatasan atas risiko yang dapat ditanggung oleh aset peminjam bertujuan mencegah peminjam secara sepihak menurunkan tingkat bunga yang telah disepakati.

Namun, tidak sedikit regulasi perbankan yang melampaui apa yang lazimnya akan diminta oleh kreditur swasta demi kepentingan kehati-hatian, dan oleh karena itu dipandang meragukan (mungkin justru karena alasan tersebut). Sebagai contoh, kewajiban bank untuk menempatkan dana di *Federal Reserve* tanpa memperoleh bunga (yang dikenal sebagai persyaratan cadangan) merupakan metode yang tidak lazim dan tidak efisien (mengapa?) dalam upaya mengurangi risiko dari portofolio pinjaman bank (sebab surat utang pemerintah federal pada dasarnya bebas risiko). Metode yang lebih baik adalah dengan melarang bank untuk memiliki struktur permodalan yang memuat utang sama sekali. Meskipun terdengar sebagai ketentuan yang ketat, pada kenyataannya hal ini mungkin tidak akan menimbulkan biaya berarti bagi bank, dan akan meningkatkan tingkat keamanan dana simpanan nasabah.

Undang-Undang *Glass-Steagall* melarang bank untuk terlibat dalam kegiatan penjaminan emisi (*underwriting*) surat berharga, yang dianggap sebagai kegiatan yang berisiko tinggi. Solusi yang jelas terhadap masalah bank yang mencoba mendiversifikasi ke dalam aktivitas-aktivitas berisiko guna meningkatkan eksposur atas jaminan asuransi federal (dengan demikian menurunkan beban riil dari premi asuransi) adalah dengan mewajibkan agar kegiatan tersebut dilakukan melalui badan hukum yang terpisah, di mana perusahaan induk tidak bertanggung jawab atas utang dari anak perusahaannya (dalam ketentuan umum mengenai tanggung jawab korporasi induk terhadap utang anak perusahaan, kecuali terdapat tindakan pemalsuan atau pengelabuan; lihat Bab 14.5 supra, catatan 5). Undang-Undang *Bank*

Holding Company mengadopsi pendekatan ini dan telah memungkinkan bank untuk menghindari banyak pembatasan tradisional atas diversifikasi ke bidang non-perbankan; namun demikian, Undang-Undang *Glass-Steagall* tetap melarang keterlibatan bank dalam bisnis penjaminan emisi sekuritas.

Kecurigaan pun muncul bahwa tujuan utama dari ketentuan dalam Undang-Undang tersebut bukanlah untuk melindungi fungsi asuransi simpanan oleh pemerintah federal, melainkan untuk melindungi bisnis penjaminan emisi dari persaingan yang ditimbulkan oleh bank. Hal serupa juga mencuat terhadap pembatasan atas pembukaan kantor cabang dan perbankan lintas negara bagian — bukan demi melindungi bank dari risiko kompetisi yang dapat berdampak pada beban keuangan lembaga asuransi simpanan federal, tetapi semata-mata demi melindungi bank dari kompetisi itu sendiri. Namun, undang-undang seperti *Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act of 1980* dan *Depository Institutions Deregulation Act of 1982* telah membuka industri perbankan terhadap tingkat persaingan yang jauh lebih tinggi, terutama dengan memungkinkan asosiasi simpan pinjam (*savings and loans associations*) untuk menawarkan rekening giro yang bersaing langsung dengan bank-bank komersial. Sebelumnya, hukum tersebut memberikan monopoli atas rekening giro kepada bank komersial, dan dengan melarang pembayaran bunga atas rekening tersebut, bank komersial dapat mengeksploitasi kekuasaan monopsoni mereka atas para penabung (apa sumber dari kekuasaan tersebut?).

Bacaan yang Disarankan

1. William F. Baxter, Paul H. Cootner, & Kenneth E. Scott, *Retail Banking in the Electronic Age: The Law and Economics of Electronic Funds Transfer* (1977).
2. Fischer Black, Merton H. Miller, & Richard A. Posner, *An Approach to the Regulation of Bank Holding Companies*, 51 J. Bus. 379 (1978).
3. R.A. Brealey, *An Introduction to Risk and Return from Common Stocks* (edisi ke-2, 1983).
4. Thomas E. Copeland & J. Fred Weston, *Financial Theory and Corporate Policy* (edisi ke-2, 1983).
5. John C. Cragg & Burton G. Malkiel, *Expectations and the Structure of Share Prices* (1982).

6. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Mandatory Disclosure and the Protection of Investors*, 70 Va. L. Rev. 669 (1984).
7. _____, *Optimal Penalties for Securities Offenses*, 52 U. Chi. L. Rev. 611 (1985).
8. Daniel R. Fischel, *Use of Modern Finance Theory In Securities Fraud Cases Involving Actively Traded Securities*, 38 Bus. Lawyer 1 (1982).
9. _____ & Sanford J. Grossman, *Customer Protection in Futures and Securities Markets*, 4 J. Futures Mkts. 273 (1984).
10. Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, *Corporate Finance, Structure and Managerial Incentives*, dalam *The Economics of Information and Uncertainty* 107 (John J. McCall, ed. 1982).
11. John H. Langbein & Richard A. Posner, *Market Funds and Trust-Investment Law*, Parts I dan II, 1976 Am. Bar Foundation Research J. 1; 1977 id. at 1.
12. _____, *Social Investing and the Law of Trusts*, 79 Mich. L. Rev. 72 (1980).
13. James H. Lorie & Mary T. Hamilton, *The Stock Market: Theories and Evidence* (1973).
14. Susan M. Phillips & J. Richard Zecher, *The SEC and the Public Interest* (1981).

Permasalahan

1. Evaluasilah pernyataan-pernyataan berikut ini:

"Karena bobotnya, portofolio indeks S&P [yaitu portofolio pasar] cenderung berkinerja lebih baik dibanding reksa dana konvensional dalam kondisi pasar yang menurun, namun tidak sebaik itu dalam kondisi pasar yang sedang naik. Mengingat periode kenaikan harga cenderung lebih panjang dibandingkan periode penurunan, maka dana indeks merupakan formula untuk kinerja yang solid namun konsisten sebagai 'pecundang' jangka panjang. Siapa yang membutuhkan itu? Mengapa hal tersebut dianggap bijaksana?"

"Akan tampak sebagai tindakan kehati-hatian yang nyaris mendasar untuk mengurangi volatilitas portofolio saham ketika pasar berada

pada tingkat yang tinggi, dan meningkatkannya ketika pasar berada pada tingkat yang rendah."

Pertanyaan: Bagaimana Anda menilai logika di balik pernyataan-pernyataan tersebut? Apakah pernyataan-pernyataan tersebut secara ekonomi dan hukum dapat dipertanggungjawabkan?

2. Apakah seorang wali amanat (*trustee*) seharusnya diizinkan (dalam ketiadaan ketentuan eksplisit dalam instrumen trust) untuk berinvestasi pada: Saham di sektor properti (*real estate equities*)? Hipotik atau surat utang atas properti (*real estate mortgages*)? Mengoperasikan suatu bisnis menggunakan dana trust, alih-alih hanya melakukan investasi secara pasif?

Pertanyaan ini menyentuh prinsip kehati-hatian dalam hukum perwalian, serta batasan investasi yang dapat dilakukan oleh wali amanat tanpa perintah eksplisit.

3. Aturan prioritas mutlak (*absolute priority rule*) dalam hukum kepailitan federal dirancang untuk memastikan bahwa klaim dari kreditur senior dipenuhi sepenuhnya sebelum kreditur junior dan pemegang saham menerima pembayaran apa pun dari korporasi.

Misalkan suatu korporasi sedang menjalani reorganisasi dalam proses kepailitan setelah wanprestasi atas obligasi yang dimilikinya, dengan jumlah utang pokok sebesar \$100 ditambah bunga yang telah jatuh tempo. Jika korporasi dilikuidasi segera, maka hanya akan diperoleh hasil sebesar \$50 dari penjualan asetnya. Namun jika korporasi tetap menjalankan usahanya selama satu tahun ke depan, maka seluruh asetnya akan habis digunakan, dengan kemungkinan pendapatan dari operasi selama satu tahun sebagai berikut:

Tabel 15.1

Pendapatan (\$)	Probabilitas
0	-
110	-
220	-

Nilai harapan (*expected earnings*) — yakni rata-rata tertimbang dari seluruh hasil pendapatan yang mungkin terjadi — adalah \$110. Jika

tingkat diskonto yang sesuai untuk risiko tersebut adalah 10%, maka nilai wajar perusahaan sebagai *going concern* saat ini adalah hasil diskonto dari pendapatan sebesar \$110 selama satu tahun, yaitu $\$110/1,10 = \$100$.

Pertanyaan: Apakah suatu rencana reorganisasi yang memberikan kepada para pemegang obligasi obligasi baru dengan hak menerima maksimal \$110 dari pendapatan yang tersedia pada akhir tahun operasional, dan kepada para pemegang saham saham biasa baru dengan hak atas sisa hasil setelah pembayaran obligasi, telah sejalan dengan semangat dari aturan prioritas mutlak? Ataukah seharusnya seluruh saham biasa dari perusahaan diberikan kepada para pemegang obligasi?

BAGIAN V
LAW AND THE DISTRIBUTION
OF INCOME AND WEALTH

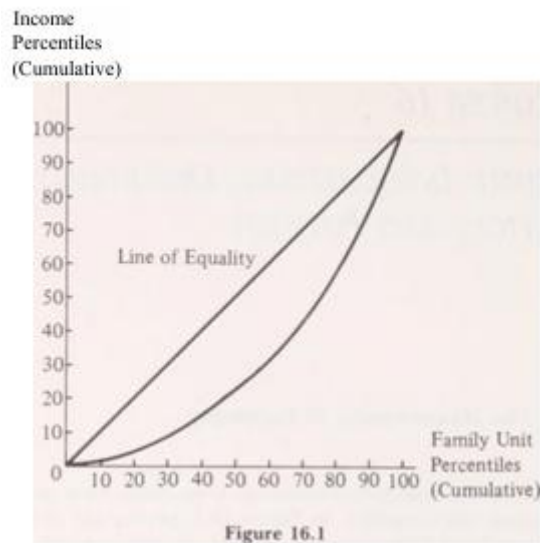
[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XVI

KETIMPANGAN PENDAPATAN, KEADILAN DISTRIBUSI, DAN KEMISKINAN

A. Pengukuran Ketimpangan

Pendapatan dalam bentuk uang tidak terdistribusi secara merata. Para ekonom memiliki berbagai metode untuk mengukur ketimpangan ini. Pada Gambar 16.1, persentase pendapatan yang diterima, yang dikumulasi dari rumah tangga berpendapatan terendah hingga tertinggi, dinyatakan sebagai fungsi dari persentase unit rumah tangga, juga dikumulasi dari yang terendah hingga tertinggi. Apabila pendapatan terdistribusi secara merata di antara seluruh unit rumah tangga di suatu negara, maka kurva tersebut akan membentuk garis lurus yang diberi label sebagai *garis kesetaraan (line of equality)*. Pada setiap titik garis tersebut, bagian pendapatan yang diterima oleh sejumlah persen rumah tangga akan sama besar dengan persentasenya: 20 persen rumah tangga menerima 20 persen pendapatan, 55 persen rumah tangga menerima 55 persen pendapatan, dan seterusnya. Semakin melengkung kurva distribusi aktual, semakin tinggi tingkat ketimpangannya. Pada tahun 1982, 20 persen keluarga termiskin di Amerika Serikat hanya memperoleh kurang dari 5 persen dari pendapatan keluarga nasional, sedangkan 5 persen keluarga terkaya memperoleh 16 persen. Distribusi pendapatan berubah secara perlahan dan tampak cukup serupa di antara negara-negara yang berada pada tingkat perkembangan ekonomi yang sama, seperti Swedia dan Amerika Serikat, meskipun Swedia cenderung lebih sosialis.



Statistik mengenai ketimpangan pendapatan tidak memberikan pedoman yang pasti dalam merumuskan kebijakan sosial. Salah satu penyebabnya adalah karena statistik tersebut mengambil “cuplikan” pendapatan pada satu tahun tertentu, sehingga membandingkan individu pada tahapan siklus hidup yang berbeda (sebuah distorsi yang hanya sebagian dapat dikoreksi dengan tidak menghitung anak-anak, yang sebagian besar tidak memiliki pendapatan). Misalnya, seorang pengacara muda yang baru bergabung dengan firma hukum dan seorang mitra senior dalam firma yang sama akan diklasifikasikan dalam dua kelas pendapatan berbeda, padahal keduanya mungkin akan memiliki pendapatan total seumur hidup yang setara (bahkan pengacara muda tersebut kemungkinan akan memperoleh lebih banyak).

Lebih lanjut, karena hanya terbatas pada pendapatan dalam bentuk uang, statistik mengenai distribusi pendapatan mengabaikan banyak faktor yang sangat penting bagi kesejahteraan ekonomi — bahkan dalam pengertian yang sempit — tetapi sulit untuk diukur secara kuantitatif. Bandingkan dua rumah tangga: dalam rumah tangga pertama, suami dan istri masing-masing bekerja dan memperoleh \$10.000 per tahun; dalam rumah tangga kedua, hanya suami yang bekerja dan memperoleh \$20.000. Secara nominal, pendapatan keduanya sama. Namun, pendapatan riil rumah tangga kedua lebih tinggi. Istri tinggal di rumah karena kontribusinya dalam mengurus rumah tangga dinilai lebih besar daripada pendapatan yang akan ia peroleh dari bekerja. Apabila ia cerdas, energik, dan berpendidikan tinggi, pendapatan alternatifnya di pasar tenaga

kerja mungkin sangat tinggi — sama atau lebih tinggi dari suaminya. Namun, kualitas-kualitas ini juga menjadikannya seorang ibu rumah tangga yang sangat kompeten, sehingga nilai pengabdianya di rumah mungkin melebihi nilai pasarnya di luar rumah.

Bahkan dalam pekerjaan yang menghasilkan pendapatan uang, bagian penting dari kompensasi yang diterima kerap kali berbentuk non-materiil. Sebagai contoh, guru menerima sebagian besar dari penghasilan mereka dalam bentuk libur panjang; dengan demikian, pendapatan riil mereka lebih tinggi daripada yang tercermin dalam data pendapatan. Statistik tidak hanya mengabaikan kompensasi non-materiil, tetapi juga mencatat sebagai pendapatan uang pembayaran yang sejatinya merupakan penggantian biaya. Kita tahu, misalnya, bahwa pekerja dalam pekerjaan berbahaya atau tidak nyaman umumnya menerima upah lebih tinggi daripada mereka yang bekerja dalam kondisi lebih menyenangkan; namun, pendapatan riil kedua kelompok tersebut mungkin saja sama. Risiko dalam pengertian ketidakpastian ekonomi juga berperan penting. Misalkan seorang penemu yang sukses memperoleh \$200.000 per tahun, sedangkan penemu yang gagal tidak memperoleh apa pun, dan kemungkinan keberhasilan penemu adalah satu dari sepuluh (abaikan kemungkinan di antaranya). Maka pendapatan yang diharapkan (*expected income*) dari profesi penemu adalah \$20.000, setara dengan pegawai negeri yang pasti memperoleh \$20.000 setiap tahun. Jika diberlakukan batasan maksimum pendapatan sebesar \$20.000 bagi penemu yang sukses, tidak akan ada yang memilih karier sebagai penemu, karena pendapatan yang diharapkan hanya akan sebesar \$2.000. Dalam contoh ini, 90 persen dari pendapatan tinggi yang tampak itu sebenarnya merupakan kompensasi atas risiko kerugian. (*Bagaimana Anda akan memasukkan preferensi terhadap risiko dan keengganan terhadap risiko ke dalam analisis ini? Apakah dengan menggunakan tingkat diskonto pribadi yang berbeda?*)

Kini pertimbangkan distribusi pendapatan sederhana berikut ini: seorang tukang kayu berusia 20 tahun yang berpenghasilan \$15.000; seorang mahasiswa berusia 20 tahun yang tidak berpenghasilan; tukang kayu berusia 30 tahun dengan penghasilan \$15.000; dan seorang akuntan berusia 30 tahun lulusan perguruan tinggi dengan penghasilan \$20.000. Secara sepintas, gambaran tersebut menunjukkan adanya ketimpangan yang signifikan, namun sesungguhnya bisa jadi tidak ada ketimpangan nyata. Pendapatan nol yang diterima oleh mahasiswa mencerminkan suatu bentuk investasi dalam

pendidikan, yang nantinya akan menghasilkan pendapatan lebih tinggi sepanjang masa kerja. Tambahan \$5.000 yang diperoleh sang akuntan pada usia 30 tahun dibandingkan dengan tukang kayu yang telah bekerja sejak usia muda tersebut dapat dianggap sebagai bentuk pengembalian (dengan bunga) atas kontribusi modal berupa biaya kuliah dan pendapatan yang tidak diperoleh ketika masih menjadi mahasiswa.

Faktor penting lainnya dalam menilai kesetaraan pendapatan riil adalah distribusi manfaat ekonomi — baik dalam bentuk uang maupun bukan — yang umumnya tidak tercakup dalam pengukuran pendapatan. Pemerintah federal dan negara bagian, serta beberapa lembaga lain (seperti rumah sakit dan yayasan), memberikan berbagai macam manfaat seperti pendidikan, perlindungan kepolisian, layanan kesehatan, pensiun, bantuan sosial, dan fasilitas rekreasi tanpa pungutan langsung. Manfaat-manfaat ini dapat berdampak berbeda terhadap kesejahteraan kelompok pendapatan yang berbeda. Maka penting tidak hanya untuk mengukur dampak tersebut, melainkan juga untuk mengetahui bagaimana beban pembiayaannya (khususnya pajak) didistribusikan di antara kelas-kelas pendapatan. Jika, misalnya, beban pembiayaan pendidikan publik bagi anak-anak dari keluarga miskin justru lebih banyak ditanggung oleh keluarga miskin itu sendiri, maka tidak ada transfer kekayaan bersih dari kelas atas kepada kelas bawah yang terjadi melalui mekanisme pendidikan publik. Namun pada kenyataannya, kelompok masyarakat miskin — meskipun membayar pajak lebih besar (sebagian besar secara tidak langsung) dari yang umum diperkirakan — menerima transfer lebih besar daripada jumlah pajak yang mereka bayarkan, meskipun mungkin hanya sedikit lebih banyak.

Oleh karena itu, interpretasi yang tepat terhadap ketimpangan pendapatan dalam bentuk uang sebagaimana diungkap dalam Gambar 16.1 tidaklah jelas. Ketimpangan pendapatan riil bisa saja lebih besar dari yang ditunjukkan oleh grafik, tetapi kemungkinan besar justru lebih kecil. Yang lebih sulit lagi adalah memperkirakan ketimpangan pendapatan dalam suatu kondisi pasar bebas yang murni, yaitu tanpa adanya kebijakan perpajakan, pengeluaran, atau regulasi yang bersifat redistributif.

B. Apakah Ketimpangan Itu Tidak Efisien?

Apakah penerapan kebijakan yang dirancang untuk membawa masyarakat menuju kondisi yang lebih setara akan meningkatkan kesejahteraan ekonomi? Prinsip *diminishing marginal utility of money* (penurunan kegunaan marginal uang) mungkin menggoda kita untuk menyimpulkan bahwa suatu transfer kekayaan dari individu yang lebih makmur ke individu yang kurang makmur cenderung akan meningkatkan jumlah kegunaan (*utility*) kedua individu tersebut. Kehilangan satu dolar akan berdampak lebih kecil terhadap seorang jutawan dibandingkan dengan tingkat kepuasan yang diperoleh seorang miskin ketika menerima satu dolar. Pernyataan ini, secara tidak terbantahkan, memang benar dalam konteks ekstrem tersebut. Namun, menyimpulkan secara umum bahwa redistribusi kekayaan dalam jumlah besar dari individu berpendapatan tinggi ke individu berpendapatan rendah pasti akan meningkatkan utilitas total adalah suatu kesimpulan yang berbahaya, bahkan jika diasumsikan bahwa redistribusi tersebut tidak menimbulkan biaya — sebuah asumsi yang tidak realistis.

Dalam **Gambar 16.2**, utilitas ditunjukkan pada sumbu vertikal dan pendapatan dalam bentuk uang pada sumbu horizontal. Kurva di sisi kiri menunjukkan utilitas individu A sebagai fungsi dari pendapatan uangnya. Pendapatan A saat ini adalah \$70.000, dan luas area di bawah kurva hingga titik \$70.000 mencerminkan total utilitasnya. Kurva tersebut menurun secara marginal, mencerminkan prinsip *diminishing marginal utility*: Jika pendapatan A meningkat dari \$70.000 menjadi \$80.000, kenaikan utilitasnya (yang diukur dari luas area di bawah kurva antara dua titik tersebut) akan lebih kecil dibandingkan dengan apabila pendapatannya meningkat dari \$60.000 menjadi \$70.000.

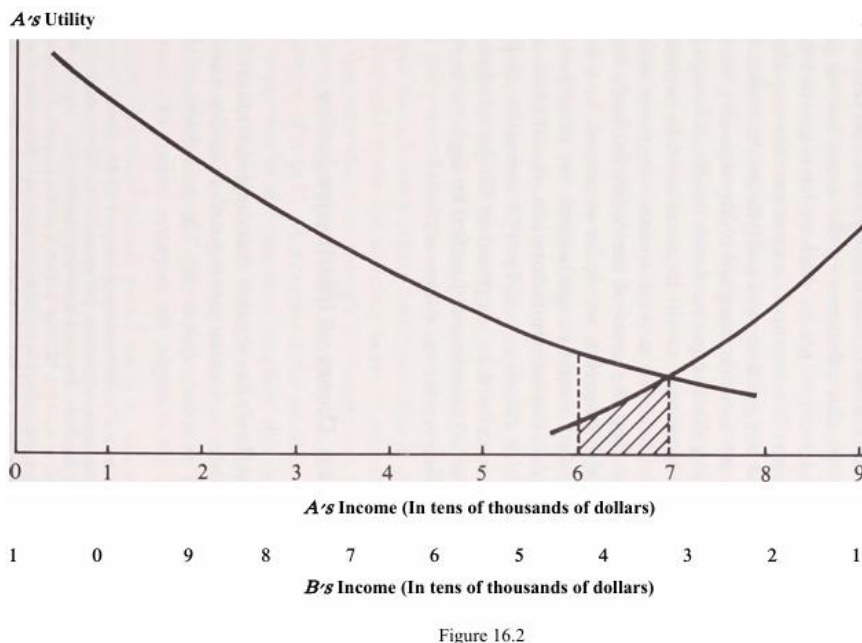


Figure 16.2

Pendapatan individu B adalah \$30.000. Total utilitasnya merupakan luas area di bawah kurva di sisi kanan diagram dari titik \$30.000 pada skala pendapatannya. Jika dilakukan transfer sebesar \$10.000 dari A ke B, utilitas A akan berkurang sebesar area di bawah kurva utilitas marginalnya antara \$70.000 dan \$60.000, sementara utilitas B akan meningkat sebesar area di bawah kurva utilitas marginalnya antara \$30.000 dan \$40.000. Area terakhir, yang ditandai arsiran dalam diagram, lebih kecil daripada area yang mewakili penurunan utilitas A akibat transfer tersebut. Dengan demikian, transfer tersebut justru mengurangi total utilitas. Alasannya adalah meskipun baik A maupun B mengalami *diminishing marginal utility*, dalam wilayah pendapatan tersebut A memperoleh lebih banyak utilitas dari satu dolar dibandingkan B.

Karena bentuk dan ketinggian kurva utilitas marginal setiap individu tidak diketahui, dan mungkin memang tidak dapat diketahui, maka kemungkinan bahwa kurva utilitas marginal orang kaya secara rata-rata lebih tinggi daripada orang miskin tidak dapat diabaikan. Beberapa pihak berpendapat bahwa asumsi paling masuk akal, mengingat ketidaktahuan ini, adalah bahwa kurva utilitas marginal bersifat seragam di seluruh kelompok pendapatan; dari sudut pandang ini, penyetaraan pendapatan akan cenderung meningkatkan utilitas total. Namun, setidaknya sama masuk akalanya untuk mengasumsikan bahwa pendapatan dan utilitas marginal dari pendapatan memiliki korelasi positif — bahwa orang-orang yang bekerja keras untuk

memperoleh uang dan berhasil menghasilkannya adalah, secara rata-rata, mereka yang paling menghargai uang, karena mereka mengorbankan hal-hal lain seperti waktu luang untuk mendapatkannya.

Selain itu, kita belum memperhitungkan biaya-biaya dari proses redistribusi pendapatan. Apabila biaya-biaya ini besar — suatu isu yang akan dibahas pada bagian selanjutnya — maka biaya tersebut dapat menyamai bahkan melampaui keuntungan utilitas total yang dihasilkan oleh redistribusi tersebut.

Perlu dicatat bahwa suatu asumsi bahwa utilitas marginal dari pendapatan uang tidak berkorelasi atau justru berkorelasi negatif dengan tingkat kekayaan memang dapat menunjukkan bahwa kebahagiaan agregat masyarakat akan dimaksimalkan dengan mendistribusikan kembali pendapatan dari mereka yang berpenghasilan di atas rata-rata ke mereka yang berpenghasilan di bawah rata-rata (dengan mengabaikan biaya redistribusi). Namun, hal ini tidak membuktikan bahwa kekayaan masyarakat secara keseluruhan akan meningkat. Pada kenyataannya, kekayaan masyarakat akan tetap sama — atau, lebih realistis, jika biaya redistribusi diperhitungkan, akan berkurang — sebagai akibat dari redistribusi tersebut. Oleh karena itu, redistribusi tidak dapat dibenarkan atas dasar efisiensi apabila efisiensi didefinisikan sebagaimana dijelaskan dalam Bab 1. Redistribusi secara paksa merupakan bentuk transfer yang dilakukan secara koersif dan tidak dapat dibenarkan oleh tingginya biaya transaksi pasar; dari perspektif efisiensi, hal ini setara dengan tindakan pencurian.³

C. Teori Kontrak dalam Keadilan Distributif

Filsuf *John Rawls* berpendapat bahwa distribusi pendapatan dan kekayaan adalah adil apabila tidak terdapat alternatif distribusi lain yang dapat membuat pihak yang paling kurang beruntung dalam masyarakat menjadi lebih baik keadaannya. Suatu distribusi dapat dikatakan adil meskipun secara substantif sangat tidak merata, apabila misalnya dampak negatif dari distribusi yang lebih merata terhadap insentif untuk bekerja sedemikian besar sehingga porsi yang lebih besar yang diterima oleh kelompok paling kurang beruntung justru lebih kecil secara absolut dibandingkan dengan porsi yang mereka terima dalam sistem distribusi yang kurang merata.

Menempatkan kepentingan kelompok yang paling kurang beruntung sebagai hal yang utama mungkin tampak bertentangan dengan prinsip yang dianut oleh hampir seluruh ekonom modern, yaitu bahwa perbandingan utilitas (tingkat kebahagiaan) antarindividu bersifat arbitrer. Pembeneran yang dikemukakan oleh *Rawls* adalah bahwa secara masuk akal dapat diasumsikan bahwa, apabila dimungkinkan untuk melakukan jajak pendapat terhadap seluruh individu yang pernah dan akan pernah menjadi bagian dari suatu masyarakat, dalam "posisi asal" mereka (yaitu sebelum mengetahui posisi mereka dalam masyarakat), maka hasilnya akan menunjukkan bahwa mereka lebih memilih suatu tatanan yang memaksimalkan posisi pihak yang paling kurang beruntung. Asumsi ini mengandaikan bahwa seluruh individu bersifat *risk-averse* (menghindari risiko), yang masih dapat diterima, meskipun kurang masuk akal apabila diasumsikan bahwa mereka sangat ekstrem dalam menghindari risiko.

Bandingkan dua bentuk tatanan sosial, yaitu X dan Y. Dalam sistem X, distribusi pendapatan menghasilkan rata-rata pendapatan tahunan sebesar \$10.000 bagi 10 persen kelompok termiskin, dan rata-rata pendapatan seluruh populasi juga sebesar \$10.000. Sementara dalam sistem Y, 10 persen kelompok termiskin menerima pendapatan rata-rata sebesar \$9.000 per tahun, namun rata-rata pendapatan seluruh populasi adalah \$40.000. Orang-orang dalam posisi asal, bahkan jika mereka *risk-averse*, kemungkinan besar tidak akan memilih sistem X. Namun, yang ditunjukkan oleh perbandingan ini hanyalah bahwa bentuk spesifik dari prinsip keadilan *Rawls* (yakni prinsip *maximin*) belum dapat dibuktikan. Pendekatan dasarnya tetap tidak terganggu, dan secara cerdas mengatasi kebuntuan yang timbul dalam bagian sebelumnya ketika kita mencoba membandingkan utilitas antarindividu setelah "tiket undian kehidupan" dibagikan. Utilitas individu mungkin berkurang apabila tiket kemenangan yang telah diperolehnya diambil dan diberikan kepada orang lain, meskipun proses undian tersebut tidak dilakukan secara adil. Jika A memotong kue dan memberikan potongan terbesar kepada B, B mungkin enggan membagi sebagian kue tersebut kepada C, yang menerima potongan terkecil. Namun, keengganan B tersebut tidak relevan dalam menilai apakah metode pemotongan kue dilakukan secara adil. Pendekatan *Rawls* mencerminkan prinsip keadilan yang intuitif dan menarik, yaitu bahwa apabila seseorang memotong kue dan orang lain yang memilih bagian pertama, maka pembagian tersebut akan adil meskipun tidak sama besar.

Rawls meminta kita untuk melakukan hal yang sering dilakukan dalam pembahasan dalam buku ini: Membayangkan isi suatu kontrak yang tidak dapat dilaksanakan dalam pasar karena tingginya biaya transaksi. Orang-orang dalam posisi asal mengetahui bahwa kekayaan suatu masyarakat dapat dibagi dalam berbagai cara. Jika mereka risk-averse, secara logis mereka menginginkan perlindungan dari risiko menerima porsi yang sangat kecil (kecuali apabila ukuran kuenya sangat besar) atau bahkan tidak memperoleh bagian sama sekali. Prinsip Rawls, yang menyerupai aturan dalam membagi kue, memberikan perlindungan semacam itu.

Sayangnya, teori keadilan distributif *Rawls* hampir tidak memiliki kandungan operasional. Selain persoalan tentang sejauh mana tingkat *risk-aversion* dapat diasumsikan, terdapat pula persoalan mengenai siapa yang harus dianggap sebagai pihak yang paling kurang beruntung, yang memang diakui oleh Rawls namun tidak ia selesaikan. Apabila pihak yang paling kurang beruntung ditentukan sebagai satu orang, maka kebijakan tertentu akan dinilai tidak adil, padahal kebijakan tersebut akan dianggap adil apabila pihak paling kurang beruntung ditentukan sebagai desil pendapatan terbawah. Apakah ruang lingkup yang dimaksud adalah satu negara atau seluruh dunia juga merupakan hal yang krusial (mengapa demikian?), sebagaimana pentingnya pula apakah ketertinggalan dinilai semata-mata berdasarkan pendapatan moneter—dengan segala permasalahan yang melekat pada ukuran tersebut—atau dinilai secara lebih luas. Selain itu, terdapat pula permasalahan mengenai ketidakjelasan kebijakan mana yang akan menghasilkan hasil tertentu. Semua permasalahan ini menyebabkan teori keadilan *Rawls* tampak dapat dibenarkan baik oleh sistem sosialisme mutlak maupun oleh sistem kapitalisme *laissez-faire*, tergantung pada: seberapa tinggi tingkat risk-aversion yang diasumsikan dimiliki oleh individu dalam posisi asal; seberapa sempit definisi kelompok yang paling kurang beruntung yang menjadi acuan kebijakan; serta seberapa besar efektivitas lembaga-lembaga publik dibandingkan dengan mekanisme pasar bebas. Jawaban “sangat tinggi,” “sangat sempit,” dan “sangat efektif,” masing-masing akan membawa pada kesimpulan yang mendukung sosialisme; sedangkan jawaban sebaliknya akan mendukung kapitalisme.

D. Biaya Kemiskinan dan Keterbatasan Amal Swasta

Terdapat beberapa argumen ekonomi yang kuat untuk mendukung intervensi pemerintah dalam upaya mengurangi ketimpangan ekstrem (dalam masyarakat yang makmur) yang kita sebut sebagai kemiskinan. Definisi kemiskinan bersifat sulit dirumuskan secara pasti, meskipun identifikasinya relatif lebih mudah. Kemiskinan merupakan konsep relatif: kemiskinan di Ethiopia dan Bangladesh memiliki makna yang berbeda dengan kemiskinan di Amerika Serikat. Bahkan dalam budaya yang sama, konsep tersebut dapat berubah seiring waktu. Apabila kita membandingkan estimasi dari berbagai periode dalam sejarah mengenai pendapatan minimum yang diperlukan agar suatu keluarga dengan ukuran tertentu berada di atas garis kemiskinan, maka akan ditemukan bahwa standar tersebut terus meningkat, bahkan setelah disesuaikan dengan penurunan nilai dolar akibat inflasi. Meskipun ambang batas pendapatan minimum yang dianggap layak terus meningkat, tingkat kemiskinan di Amerika Serikat telah menurun secara signifikan dari waktu ke waktu. Namun, kemiskinan masih tetap menjadi masalah yang signifikan.

Kemiskinan menimbulkan biaya bagi kelompok yang tidak miskin, yang secara ekonomi murni (yakni berdasarkan pertimbangan maksimalisasi kekayaan) tanpa memperhatikan pertimbangan etis atau politik, dapat membenarkan timbulnya biaya tertentu untuk menguranginya. Misalnya, keberadaan kemiskinan di tengah masyarakat yang secara umum sejahtera dapat meningkatkan angka kriminalitas. Potensi pendapatan yang hilang dari pekerjaan legal bagi seseorang yang memiliki kapasitas penghasilan rendah sangat kecil, sementara kedekatannya dengan kekayaan meningkatkan potensi imbal hasil dari tindakan kriminal.

Namun, kemungkinan besar biaya terbesar dari kemiskinan adalah ketidaknyamanan (*disutility*) yang ditimbulkannya terhadap pihak kaya yang memiliki sifat altruistik. Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 5, peningkatan pendapatan A akan meningkatkan pendapatan B apabila kesejahteraan A masuk ke dalam fungsi kesejahteraan B (utilitas yang saling bergantung secara positif). Altruisme lebih kuat di antara anggota keluarga dibandingkan dengan orang asing, tetapi bahkan perasaan altruisme yang lemah pun dapat menimbulkan insentif untuk mentransfer pendapatan jika terdapat kesenjangan pendapatan yang besar. Jika A sangat kaya dan B sangat miskin, maka pengurangan satu dolar dari pendapatan A mungkin hanya menurunkan utilitas A secara sangat kecil, sementara penambahan satu dolar pada

pendapatan B secara signifikan meningkatkan utilitas B — misalnya, 100 kali lebih besar. Dalam hal ini, A akan memperoleh manfaat bersih dari memberikan satu dolar kepada B selama ia menghargai kesejahteraan B, pada margin, lebih dari seper-seratus dari nilai kesejahteraannya sendiri (apa yang dimaksud “pada margin”?).

Meskipun tampaknya pihak kaya memperoleh manfaat dari pengurangan kemiskinan, sehingga pengentasan kemiskinan dapat diserahkan kepada amal swasta, dan bahwa altruisme tidak serta-merta memberikan dasar bagi intervensi publik, pihak altruistik tetap menghadapi persoalan *free rider*. Dalam contoh di atas, A akan tetap memperoleh manfaat dari peningkatan kesejahteraan B, terlepas dari apakah A adalah sumber peningkatan tersebut atau bukan. Maka, secara alami, A akan ingin "membeli" peningkatan kesejahteraan tersebut dengan harga serendah mungkin, sehingga ia memiliki insentif untuk menahan diri dalam memberikan sumbangan, dengan harapan bahwa pihak lain akan menyumbang. Mungkin terlihat bahwa berapa pun kontribusi pihak lain, kontribusi A akan tetap menambah jumlah total sumber daya yang digunakan untuk tujuan yang ia hargai. Namun hal ini tidak pasti. Kontribusi A dapat membuat pihak lain mengurangi kontribusi mereka, karena dengan adanya kontribusi baru dari A, kontribusi mereka yang lebih kecil sudah cukup untuk menghasilkan pengurangan kemiskinan yang sama. Akibatnya, A akan menerima manfaat kurang dari satu dolar atas setiap dolar yang ia kontribusikan, dan hal ini akan mengurangi jumlah kontribusi secara keseluruhan.

Setiap kali terdapat masalah *free rider*, terdapat argumen ekonomi untuk intervensi pemerintah: yaitu, argumen untuk memaksa masyarakat berkontribusi dalam upaya pengentasan kemiskinan agar mereka tidak mengambil keuntungan dari sumbangan amal swasta tanpa turut berkontribusi. Tentu saja, argumen ini tidak bersifat konklusif; biaya intervensi juga harus diperhitungkan. Efek disinsentif dari program kesejahteraan dapat sangat besar. Misalnya, program disabilitas dalam sistem jaminan sosial telah terbukti menciptakan disinsentif kerja yang signifikan, meskipun ketidakmampuan untuk bekerja secara formal merupakan syarat utama untuk memperoleh manfaat disabilitas. Program kesejahteraan seperti *Aid for Dependent Children* (AFDC) juga diketahui memiliki dampak negatif yang mengejutkan terhadap partisipasi dalam angkatan kerja — dalam kasus AFDC, partisipasi para ibu.

Secara keseluruhan, diperkirakan bahwa dari setiap \$1 yang ditransfer oleh pemerintah, sekitar 23 sen hilang (*dissipated*) jika seluruh biaya sosial dari transfer diperhitungkan. Hal lain yang juga perlu diperhatikan adalah dampak transfer pemerintah terhadap amal swasta. Transfer dari pemerintah menggantikan kontribusi amal swasta, sehingga dapat menyebabkan penurunan kontribusi swasta — dampak ini diperburuk oleh kenyataan bahwa pajak yang diperlukan untuk membiayai transfer mengurangi pendapatan setelah pajak yang tersedia bagi pembayar pajak untuk disumbangkan secara sukarela. Secara keseluruhan, dampaknya terhadap penurunan amal swasta tampaknya cukup besar.

Perlu juga dicatat bahwa argumen efisiensi untuk bantuan publik kepada kaum miskin memiliki cakupan yang lebih terbatas dibandingkan dengan argumen utilitarian yang lebih umum. Kembali ke contoh sebelumnya, di mana B menghargai dolar marginal 100 kali lebih tinggi daripada A, dan kini anggap nilainya hanya 10 kali lebih tinggi, serta A menghargai kesejahteraan B sebesar satu-per-dua puluh dari kesejahteraannya sendiri. Maka dalam hal ini tidak terdapat argumen *free rider* untuk memaksa A memberikan transfer satu dolar kepada B; namun tetap ada argumen utilitarian untuk hal tersebut.

Argumen efisiensi lain yang mendukung bantuan terhadap kaum miskin didasarkan pada sifat penghindaran risiko (*risk aversion*). Seseorang yang kaya namun bersifat risk averse akan menginginkan asuransi terhadap kemungkinan jatuh miskin di masa depan, baik karena kegagalan usaha, masalah kesehatan, perubahan pasar tenaga kerja, atau kemalangan lainnya. Meskipun beberapa penyebab kemiskinan dapat diasuransikan melalui pasar asuransi swasta, asuransi yang benar-benar komprehensif terhadap kemiskinan sulit diperoleh, antara lain karena masalah serius *moral hazard*: apabila benar-benar memungkinkan untuk mengasuransikan diri dari kemiskinan, maka setiap orang yang membeli asuransi semacam itu akan terdorong untuk mengambil risiko ekonomi yang sangat tinggi. Oleh karena itu, asuransi sosial menjadi alternatif yang menarik. Kontribusi pajak yang kita bayarkan untuk membiayai program kemiskinan dapat secara kasar dianalogikan dengan premi yang kita bayarkan dalam asuransi swasta; program-program tersebut akan tersedia untuk membantu kita apabila kita jatuh miskin.

Kontribusi amal swasta tidak dapat menjamin adanya perlindungan yang memadai terhadap kemiskinan. Donatur tidak dapat memastikan bahwa

lembaga amal swasta akan bersedia dan mampu membantu dirinya apabila ia jatuh miskin, apalagi pada tingkat yang cukup untuk memaksimalkan utilitasnya. Harus diingat bahwa para donatur amal swasta menghargai kesejahteraan kaum miskin jauh lebih rendah dibandingkan dengan bagaimana kaum miskin menilai kesejahteraan mereka sendiri (dalam arti utilitas, bukan efisiensi).

Meskipun terdapat dasar ekonomi untuk bantuan pemerintah kepada kaum miskin, tidak berarti bahwa pemerintah harus terlibat langsung dalam pelaksanaan program tersebut. Permasalahan ekonomi yang membuat amal swasta tidak memadai dapat diatasi melalui skema *matching grants* dari pemerintah kepada lembaga amal. Kita saat ini telah memiliki bentuk awal dari skema tersebut dalam bentuk pengurangan pajak atas sumbangan amal, yang akan dibahas dalam bab berikutnya.

E. Transfer Tunai Tanpa Pembatasan Versus Bantuan dalam Bentuk Barang/Jasa

Penyebab dan solusi kemiskinan belum sepenuhnya dipahami. Pandangan paling sederhana menyatakan bahwa kemiskinan disebabkan oleh kekurangan pendapatan dan karenanya paling efektif ditanggulangi melalui pemberian tunai tanpa pembatasan kepada masyarakat miskin. Pendekatan ini—sering dikenal dengan istilah *negative income tax* (pajak penghasilan negatif)—semakin mendapatkan dukungan dari kalangan akademisi. Namun demikian, terdapat tiga argumen ekonomi yang menentangnya, yang sedikit banyak dapat menjelaskan mengapa pendekatan ini belum diadopsi secara luas.

1. Bertentangan dengan anggapan sebelumnya, golongan mampu tidak selalu peduli terhadap *utility* (kegunaan subjektif) yang dirasakan oleh masyarakat miskin, tetapi lebih memperhatikan pola konsumsi mereka. Golongan mampu mungkin menghendaki agar masyarakat miskin memperoleh tempat tinggal yang layak, gizi yang cukup, serta akses terhadap pendidikan, meskipun masyarakat miskin itu sendiri lebih memilih hal lain seperti pakaian mewah, kendaraan mahal, atau bahkan tiket lotere. Harapannya, apabila masyarakat miskin diarahkan (atau dipaksa) untuk mengonsumsi barang dan jasa tertentu, maka dalam jangka panjang kemiskinan dapat dikurangi. Sebagai contoh, keluarga miskin yang tinggal di rumah layak huni, mendapat makanan bergizi,

dan memperoleh pendidikan yang memadai, cenderung tidak mewariskan kemiskinan kepada generasi berikutnya. Dalam sudut pandang ini—dan khususnya apabila golongan mampu memiliki informasi yang lebih baik daripada golongan miskin—maka bantuan yang diberikan secara bersyarat memberikan hasil yang lebih efektif dalam pengentasan kemiskinan, baik dalam jangka pendek maupun panjang.

2. Sebagian orang miskin tidak cakap dalam mengelola keuangan; sehingga, apabila mereka menerima bantuan dalam bentuk tunai tanpa pembatasan, uang tersebut dapat diboroskan tanpa memberikan pengaruh nyata terhadap pengurangan kemiskinan.
3. Transfer tunai tanpa pembatasan juga menimbulkan persoalan insentif yang serius. Sebagai ilustrasi, apabila setiap keluarga beranggotakan empat orang dijamin memperoleh pendapatan minimum sebesar \$5.000 per tahun, kepala keluarga tersebut akan kehilangan insentif untuk bekerja, bahkan jika ia memperoleh pekerjaan dengan upah lebih tinggi. Misalnya, pekerjaan dengan upah \$110 per minggu hanya akan menambah penghasilan kotor sebesar \$10 per minggu, dan penghasilan bersihnya bisa jadi justru menurun. Bekerja menimbulkan biaya—transportasi, pakaian kerja, pajak penghasilan, dan lain-lain—belum termasuk disutilitas kerja itu sendiri (terutama apabila pekerjaan tersebut kotor, berat, atau berbahaya), sehingga tidak ada biaya peluang dari kehilangan waktu luang ketika menganggur.

Suatu skema transfer tunai bertingkat (*graduated scale of transfer*) dapat mempertahankan sebagian insentif kerja. Sebagai contoh, apabila untuk setiap satu dolar yang diperoleh dari bekerja, bantuan pemerintah dikurangi hanya sebesar 50 sen, maka total pendapatan (gabungan dari upah kerja dan subsidi) bisa melebihi batas minimum \$5.000. Namun demikian, tarif pajak marginal sebesar 50% masih cukup tinggi dan dapat menimbulkan efek disinsentif. Seseorang yang memperoleh pendapatan \$5.000 setahun hanya akan menyisakan \$2.500 setelah subsidi dikurangi—dan itu belum dikurangi biaya kerja lainnya—sehingga hasil bersihnya sangat kecil. Bahkan, pekerja dengan upah rendah yang tidak tergolong penerima bantuan sosial bisa terdorong untuk keluar dari angkatan kerja. Hal ini akan meningkatkan beban biaya program sekaligus mengurangi suplai tenaga kerja untuk pekerjaan bergaji rendah. Meski penurunan permintaan akan pekerjaan tersebut akan

mendorong kenaikan upah yang ditawarkan (dan sedikit banyak mengimbangi efek disinsentif), hal ini juga akan menaikkan biaya dan harga barang/jasa yang bergantung pada tenaga kerja murah, layaknya pajak konsumsi (*excise tax*), yang secara umum bersifat regresif.

Tingkat pajak penghasilan marginal dapat diubah sewaktu-waktu untuk mengurangi efek disinsentif sebagaimana dijelaskan, namun penurunan tarif pajak secara signifikan akan meningkatkan beban biaya program. Jika tarif marginal diturunkan menjadi 25%, keluarga beranggotakan empat orang dengan penghasilan \$12.000 setahun masih akan menerima subsidi sebesar \$2.000 dari pemerintah, dan mereka baru tidak memenuhi syarat ketika penghasilannya mencapai \$20.000 per tahun.

Namun sebelum mengecam pendekatan *negative income tax* karena efek disinsentif terhadap kerja, perlu disadari bahwa subsidi bersyarat pun dapat menimbulkan efek serupa. Sebagai contoh, jika hak atas subsidi sewa rumah tergantung pada pendapatan tidak melebihi batas tertentu, maka penghasilan tambahan yang melebihi batas tersebut akan dikenai “pajak efektif” sebesar nilai subsidi sewa yang hilang.

Selain efek disinsentif terhadap kerja, masalah paling serius dari sistem bantuan saat ini—yang berbentuk subsidi bersyarat dan bantuan dalam bentuk barang/jasa seperti perumahan publik, kupon makanan, layanan hukum dan medis gratis, pelatihan kerja, dan sebagainya—adalah masalah informasi. Kemauan konsumen, termasuk konsumen miskin, untuk membayar harga pasar atas suatu barang merupakan bukti tentang nilai relatif barang tersebut bagi mereka. Bagaimana cara mereka memperoleh uang tidak relevan. Namun, ketika harga suatu barang menjadi nol (misalnya karena disediakan gratis oleh negara), maka sulit untuk memperkirakan nilai riil barang tersebut bagi penerima. Meskipun pejabat kemiskinan memiliki gambaran umum tentang preferensi masyarakat miskin, informasi ini hanya menghasilkan rata-rata yang belum tentu mencerminkan kebutuhan riil tiap individu atau keluarga, yang dapat menyebabkan kelebihan pada sebagian pihak dan kekurangan pada pihak lain. Program transfer tunai yang lebih terbatas bisa saja menghasilkan kesejahteraan bersih yang lebih tinggi bagi golongan miskin dan menekan beban biaya bagi pembayar pajak.

Akan tetapi, masalah informasi tidak hanya ada di pihak pemerintah. Banyak masyarakat miskin juga kurang memiliki informasi tentang cara keluar dari kemiskinan. Program transfer tunai tanpa pembatasan mungkin

akan lebih efektif dalam mengurangi kemiskinan secara statis (jangka pendek), tetapi kurang efektif dalam pengurangan secara dinamis (jangka panjang).

Kinerja aktual dari sistem bantuan bersyarat saat ini pun masih jauh dari memuaskan. Salah satu contoh yang relevan dalam konteks hukum adalah program bantuan hukum gratis oleh pemerintah melalui *Legal Services Corporation* dalam perkara perdata. Metode ini justru dapat menghalangi masyarakat miskin untuk mencapai pola konsumsi yang efisien. Karena dana pemerintah yang dialokasikan untuk bantuan hukum tidak tersedia untuk program bantuan lain, maka biaya yang ditanggung seseorang karena memperoleh bantuan hukum senilai \$100 bisa jadi adalah hilangnya manfaat dari barang atau jasa lain—atau uang tunai—sebesar nilai yang sama. Banyak orang miskin mungkin dapat hidup tanpa bantuan pengacara, baik karena tidak menghadapi masalah hukum atau karena cukup cakap untuk menanganinya sendiri. Namun, karena jasa pengacara gratis, mereka akan tetap menggunakannya kecuali jika nilai jasa tersebut benar-benar lebih rendah daripada waktu mereka. Karena permintaan terhadap layanan hukum gratis melebihi kapasitas, pengacara akan cenderung membatasi pelayanannya hanya untuk kasus-kasus yang tampak paling membutuhkan. Penilaian ini bersifat subjektif dan tidak sempurna, sehingga bisa terjadi seseorang menerima bantuan hukum senilai \$100 yang sebenarnya hanya bernilai \$50 baginya, atau sebaliknya, gagal memperoleh bantuan yang nilainya jauh lebih besar. Pemborosan ini akan dapat dihindari jika orang miskin menerima uang tunai \$100, yang kemudian hanya akan digunakan untuk menyewa pengacara jika memang nilainya setara atau lebih besar, dan mereka akan tetap memiliki dana tersebut saat benar-benar membutuhkannya. (Apakah keberadaan asuransi hukum relevan dalam konteks ini?)

Lebih lanjut, layanan hukum biasanya digunakan dalam konteks sengketa—misalnya dengan pemilik rumah, pasangan, pedagang, lembaga kesejahteraan, perusahaan pembiayaan, dan sebagainya. Upaya hukum oleh satu pihak dalam sengketa akan meningkatkan beban biaya pihak lainnya, yang harus meningkatkan upaya hukumnya atau menyerah. Biaya ini biasanya merupakan biaya marginal—berdasarkan *volume* layanan—dan karenanya sebagian (atau seluruhnya) akan dibebankan kepada konsumen akhir. Jika sebagian besar konsumen tersebut adalah masyarakat miskin lainnya, maka penggunaan layanan hukum oleh satu individu miskin berpotensi

menimbulkan beban biaya terhadap kelompok miskin yang lebih luas. Apabila sengketa melibatkan lembaga pemerintah, biaya tambahan (baik dalam bentuk beban hukum atau peningkatan dana bantuan) mungkin tidak langsung ditanggung oleh masyarakat miskin, kecuali jika lembaga tersebut dibiayai melalui pajak yang sangat regresif. Namun, mereka tetap bisa menanggung beban tersebut secara tidak langsung, misalnya melalui pengurangan cakupan manfaat dari program tersebut. Dengan kata lain, biaya yang ditanggung banyak orang miskin bisa jadi lebih besar daripada manfaat yang diperoleh oleh sebagian kecil penerima layanan hukum.

F. Redistribusi Kekayaan Melalui Aturan Tanggung Gugat: Studi Kasus Penegakan Kode Hunian

Perumahan merupakan salah satu kebutuhan dasar yang secara tradisional dibantu pemenuhannya oleh pemerintah bagi masyarakat miskin. Berbagai metode bantuan digunakan untuk tujuan ini. Salah satunya adalah dengan menyewa kontraktor untuk membangun rumah susun yang kemudian dimiliki dan dioperasikan oleh pemerintah, lalu disewakan kepada masyarakat miskin dengan harga sewa nol atau sangat rendah. Alternatif lainnya adalah dengan memberikan bantuan tunai kepada masyarakat miskin yang hanya dapat dibelanjakan untuk kebutuhan perumahan. Metode subsidi ini memiliki keunggulan dari perspektif ekonomi karena mempertahankan keberadaan pasar perumahan swasta—subsidi ini hanya meningkatkan daya beli masyarakat miskin terhadap perumahan yang tersedia di pasar tersebut.

Memang benar bahwa dalam jangka pendek, efek yang ditimbulkan kemungkinan hanya berupa kenaikan harga sewa, yang pada akhirnya membuat penyewa lain menjadi lebih miskin dan pemilik rumah menjadi lebih kaya sebagai akibat dari subsidi tersebut. Hal ini merupakan respons pasar jangka pendek yang lazim terhadap lonjakan permintaan, karena kapasitas produksi dalam jangka pendek bersifat tetap (lihat Bab 21.12 untuk penjelasan lebih lanjut). Namun, dalam jangka panjang, pasokan perumahan akan meningkat dan harga sewa akan kembali turun mendekati—atau bahkan kembali sepenuhnya ke—tingkat sebelum subsidi diberikan. Bahkan, program perumahan publik dapat menimbulkan efek jangka pendek yang lebih buruk: sebelum bangunan perumahan selesai dibangun dan disewakan, masyarakat miskin tidak memperoleh manfaat apa pun dari program tersebut. Sebaliknya, sistem subsidi sewa atau kupon perumahan (*housing vouchers*) lebih fleksibel

dan memberikan bantuan secara lebih cepat kepada pihak-pihak yang menjadi sasaran program.

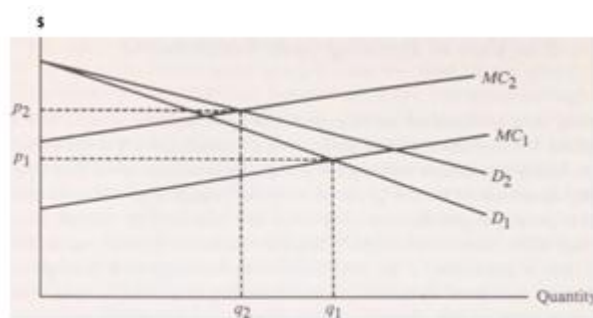


Figure 16.3

Baik program perumahan publik maupun subsidi sewa melibatkan cabang eksekutif (pajak dan belanja), bukan lembaga peradilan. Namun, terdapat suatu metode bantuan (yang diklaim) bertujuan membantu masyarakat miskin memenuhi kebutuhan perumahan yang justru sangat bergantung pada lembaga peradilan: yaitu melalui penegakan kode hunian. Kode-kode ini menetapkan standar minimum untuk kondisi tempat tinggal—meskipun tujuan sebenarnya, apakah untuk menjamin tingkat keamanan dan sanitasi yang layak atau justru untuk mendukung industri konstruksi, masih menjadi perdebatan. Kalangan akademisi hukum telah secara kreatif mengusulkan berbagai mekanisme agar pelanggar kode hunian dapat dikenai sanksi yang cukup berat untuk secara signifikan mengurangi tingkat pelanggaran. Penanganan masalah perumahan substandar melalui sanksi hukum memiliki daya tarik tambahan, yaitu memungkinkan—atau setidaknya terkesan memungkinkan—penghapusan manifestasi utama kemiskinan tanpa perlu mengeluarkan anggaran negara.

Dampak dari penegakan kode hunian dijelaskan dalam Gambar 16.3. Kurva D_1 menunjukkan kurva permintaan pasar terhadap perumahan berpenghasilan rendah sebelum adanya penegakan hukum. Kurva ini menurun karena tidak semua penyewa akan meninggalkan unitnya apabila harga sewa meningkat akibat kenaikan biaya marjinal yang ditanggung pemilik. Kurva MC_1 menunjukkan kurva biaya marjinal sebelum penegakan hukum, yang berslope positif karena penyediaan perumahan sewa murah menggunakan sumber daya khusus—khususnya tanah—yang nilainya lebih rendah jika digunakan untuk tujuan lain.

Penegakan kode hunian menimbulkan dua dampak utama terhadap pasar sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 16.3: pertama, peningkatan kualitas unit hunian menyebabkan peningkatan permintaan; kedua, peningkatan biaya pemeliharaan bagi pemilik properti (yang merupakan biaya marginal karena bervariasi tergantung jumlah unit hunian) menyebabkan kurva biaya marginal bergeser ke atas. Pergeseran kurva biaya yang ditunjukkan dalam Gambar 16.3 diasumsikan lebih besar dibandingkan dengan pergeseran kurva permintaan, karena secara logis, apabila permintaan sangat responsif terhadap peningkatan kualitas hunian, pemilik properti akan secara sukarela meningkatkan kualitas tanpa perlu adanya penegakan hukum. Baik permintaan maupun penawaran dalam Gambar 16.3 diasumsikan cukup elastis, dengan asumsi bahwa penduduk daerah kumuh tidak memiliki cukup sumber daya untuk membayar sewa yang jauh lebih tinggi dan bahwa tarif sewa saat ini sudah sangat rendah dibandingkan dengan biaya, sehingga penurunan lebih lanjut akan mendorong banyak pemilik untuk keluar dari pasar perumahan berpenghasilan rendah (misalnya dengan membiarkan properti mereka ditelantarkan oleh kota).

Berdasarkan asumsi tersebut, penegakan kode hunian akan menyebabkan pengurangan yang signifikan dalam pasokan perumahan berpenghasilan rendah (dari q_1 ke q_2) dan peningkatan harga sewa atas pasokan yang tersisa (dari p_1 ke p_2). Pengaruh terhadap kuantitas sebenarnya diremehkan dalam Gambar 16.3 (dan sebaliknya pengaruh terhadap harga dilebih-lebihkan), karena sebagian dari pasokan perumahan berkualitas yang muncul akibat penegakan hukum mungkin akan disewakan kepada penyewa yang bukan golongan miskin. Efek-efek ini sebenarnya dapat diimbangi dengan subsidi sewa, tetapi hal itu akan menghilangkan daya tarik politik dari program yang tampaknya tidak membutuhkan pembiayaan publik.

Memang benar bahwa besarnya dampak sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 16.3 sangat bergantung pada letak kurva yang bersifat arbitrer. Bahkan ada pendapat bahwa permintaan bisa saja bersifat elastis sempurna dalam wilayah relevan tersebut (yang berarti tidak ada efek harga dari penegakan kode hunian), karena sedikit saja kenaikan harga sewa dapat menyebabkan banyak penyewa tinggal bersama orang lain (*doubling up*). Namun, karena tinggal bersama menimbulkan biaya (yaitu hilangnya ruang dan privasi), penyewa pasti bersedia membayar sesuatu untuk menghindari kondisi tersebut—sesuatu itu adalah kenaikan harga sewa dalam jumlah tertentu. Hal ini menyiratkan bahwa permintaan tidaklah bersifat elastis

sempurna. Bukti empiris menunjukkan bahwa Gambar 16.3 lebih mendekati kondisi aktual pasar perumahan kumuh daripada model yang mengasumsikan elastisitas permintaan sempurna.

Hak atas sidang sebelum penggusuran, sebagaimana diatur dalam undang-undang perlindungan terhadap penggusuran semena-mena (*unjust eviction laws*), juga dapat dianalisis dengan cara yang sama seperti penegakan kode hunian. Peraturan tersebut meningkatkan biaya bagi pemilik properti, yang pada gilirannya menyebabkan kenaikan harga sewa dan pengurangan pasokan perumahan untuk penyewa berpenghasilan rendah. Selain efek harga langsung, karena hak untuk mendapatkan sidang sebelum penggusuran lebih mungkin digunakan oleh penyewa miskin dibandingkan penyewa kaya (karena penyewa kaya cenderung tidak menunggak sewa), penciptaan hak tersebut akan mengurangi insentif pemilik properti untuk menyewakan unit kepada masyarakat miskin (bandingkan dengan Bab 4.7).

Pembaca mungkin mengingat kembali analisis pada Bab 4 mengenai dampak ekonomi dari pelarangan metode penagihan utang yang efisien tetapi terkadang menindas. Kedua analisis tersebut menunjukkan bahwa penggunaan aturan tanggung gugat (*liability rules*) atau sanksi hukum lainnya untuk redistribusi pendapatan dari orang kaya kepada orang miskin sangat mungkin tidak mencapai tujuannya. Aturan tanggung gugat dapat disamakan dengan pajak konsumsi: ia mendorong kontraksi output dan peningkatan harga (lihat Bab 17.3).

Pihak yang dibebani tanggung gugat, bahkan apabila dirinya bukan tergolong miskin (yang, sebagaimana telah dibahas, juga mungkin terjadi), tetap dapat mengalihkan sebagian besar biaya tersebut kepada masyarakat miskin melalui peningkatan harga. Akibatnya, redistribusi pendapatan dan kekayaan yang dihasilkan bisa bersifat arbitrer dalam kalangan masyarakat miskin itu sendiri dan secara keseluruhan justru menurunkan tingkat kesejahteraan mereka.

G. Bantuan dalam Bentuk Barang/Jasa yang Tidak Terbatas

Memberikan bantuan kepada masyarakat miskin dalam bentuk pemenuhan kebutuhan perumahan, nutrisi, dan bahkan pendidikan melibatkan biaya yang besar, namun pada umumnya dapat diperkirakan karena semuanya merupakan komoditas yang relatif standar. Namun dalam konteks layanan

kesehatan, tidak ada batas yang pasti terhadap potensi pengeluaran—pengeluaran dapat membumbung tinggi hingga tak terhingga. Misalnya, apabila seseorang miskin dianggap berhak memperoleh segala bentuk perawatan kesehatan yang “dibutuhkan” secara medis, tanpa mempertimbangkan biayanya, maka ia akan berhak atas dialisis apabila mengalami gagal ginjal; atau berhak atas operasi *bypass* jantung, transplantasi jantung, bahkan mungkin jantung buatan mekanik. Jika hal-hal tersebut ditolak, maka dapat dikatakan bahwa keputusan mengenai siapa yang hidup dan siapa yang mati didasarkan pada uang—suatu kriteria yang dapat diterima dari sudut pandang efisiensi ekonomi, namun sangat ditentang oleh banyak pihak dari sudut pandang moral.

Pertimbangkan ketentuan hukum federal, *Education for All Handicapped Children Act*, yang mensyaratkan bahwa setiap anak penyandang disabilitas berhak memperoleh "pendidikan publik yang layak dan gratis". Maksudnya adalah agar anak tersebut memperoleh pendidikan yang mampu memaksimalkan kemampuannya, dengan biaya ditanggung oleh negara, tanpa memperhatikan besarnya. Apabila anak tersebut mengalami disabilitas fisik atau medis yang berat, biaya pendidikannya bisa sangat besar. Program ini juga tidak terbatas hanya bagi masyarakat miskin. Memang dapat diperdebatkan bahwa bantuan pendidikan bagi penyandang disabilitas merupakan suatu bentuk asuransi sosial yang efisien terhadap musibah besar, dan bentuk bantuan ini tidak terlalu menimbulkan masalah *moral hazard* (mengapa demikian?). Namun, secara nyata dapat disimpulkan bahwa pengeluaran optimal untuk pendidikan anak penyandang disabilitas tidak mungkin tanpa batas, meskipun pengeluaran yang tak terbatas mungkin diperlukan untuk menyamakan kemampuan anak tersebut dengan anak normal.

Bacaan yang Disarankan

1. Martin Anderson, *Welfare: The Political Economy of Welfare Reform in the United States* (1978).
2. Milton Friedman, *Price Theory*, bab 12 (1976).
3. Harold M. Hochman, *Contractarian Theories of Income Redistribution*, dalam *Social Policy Evaluation: An Economic*

- Perspective* 211 (Elhanan Helpman, Assaf Razin & Efraim Sadka eds. 1983).
4. ----- & James D. Rodgers, *Pareto Optimal Redistribution*, 59 Am. Econ. Rev. 542 (1969).
 5. Lars Osberg, *Economic Inequality in the United States* (1984).
 6. Benjamin I. Page, *Who Gets What From Government* (1983).
 7. Amartya K. Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, bab 9 (1970).
 8. Henry C. Simons, *Personal Income Taxation*, bab 1 (1938).
 9. George J. Stigler, *Director's Law of Public Income Redistribution*, 13 J. Law & Econ. 1 (1970).
 10. Ralph K. Winter, Jr., *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, 1972 S. Ct. Rev. 41.
 11. *Economic Transfers in the United States* (Marilyn Moon ed. 1984).
 12. *The Economics of Charity* (Inst. of Econ. Affairs 1973).

Permasalahan untuk Dikaji

1. Apabila prinsip *diminishing marginal utility of money* diterima, apakah hal ini berarti bahwa suatu korporasi yang memperoleh monopoli dan meningkatkan labanya akan menjadi kurang peduli terhadap efisiensi biaya? Sejauh mana prinsip ini berlaku untuk organisasi?
2. Anda adalah asisten legislatif dari seorang Senator AS. Ia meminta Anda memberi nasihat apakah ia harus memberikan suara mendukung sejumlah rancangan undang-undang yang sedang dipertimbangkan. Ia menghendaki pandangan Anda murni berdasarkan substansi, bukan pertimbangan politik. Berikan pertimbangan Anda terhadap:
 - (a) RUU yang bertujuan meningkatkan keselamatan tambang batu bara dengan mensyaratkan pemasangan perangkat peringatan dini terhadap ledakan tambang serta inspeksi keselamatan yang lebih sering. Biaya tahunan diperkirakan sebesar \$500.000 dan akan ditanggung melalui pajak khusus terhadap perusahaan tambang.
 - (b) RUU yang memberikan subsidi tahunan sebesar \$10 juta dari pendapatan pajak umum untuk layanan kereta penumpang pada rute kurang dari 80 mil.

3. Tanggapi pernyataan berikut:

"Distribusi kekayaan... semata-mata merupakan hasil dari institusi sosial... Aturan-aturan yang menentukan distribusi tersebut bergantung pada pandangan dan perasaan kelompok penguasa dalam masyarakat, yang bervariasi antar zaman dan negara; dan bahkan bisa lebih bervariasi lagi apabila umat manusia menghendaknya."

— John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, buku II, bab I, Bab 1, hlm. 200 (ed. W.J. Ashley, 1926)

4. Apakah program kupon makanan (*food stamps*) cenderung meningkatkan gizi masyarakat miskin? Pertimbangkan ilustrasi berikut: Sebelum adanya program, sebuah keluarga miskin membelanjakan \$700 per tahun untuk makanan. Mereka menerima kupon senilai \$500. Apakah menurut Anda hal ini akan lebih mempengaruhi pola konsumsi mereka dibandingkan pemberian uang tunai senilai yang sama? Apakah jawaban Anda akan berubah tergantung pada batasan penggunaan kupon (misalnya makanan apa yang boleh atau tidak boleh dibeli)?
5. Bandingkan dari sudut ekonomi beberapa metode untuk meningkatkan kesempatan kerja masyarakat miskin: program pelatihan kerja bersubsidi pemerintah; subsidi kepada pemberi kerja yang mempekerjakan orang miskin; sistem *negative income tax* dengan tarif marginal yang rendah.
6. Apakah pengendalian sewa (seperti di Kota *New York*) cenderung membantu atau justru merugikan masyarakat miskin secara keseluruhan? Apa dampaknya terhadap pasokan perumahan apabila pengendalian sewa dikombinasikan dengan penegakan ketat terhadap kode hunian? Bandingkan dengan Edgar O. Olsen, *An Econometric Analysis of Rent Control*, 80 J. Pol. Econ. 1081 (1972).
7. Profesor Ackerman (Bab 16.6, catatan 6) menyatakan bahwa membangun perumahan untuk masyarakat berpenghasilan rendah pada masa kini tidaklah ekonomis tanpa subsidi pemerintah. Jika benar, apakah ini mendukung kesimpulannya bahwa penegakan ketat terhadap kode hunian tidak akan mempengaruhi pasokan perumahan kumuh, kecuali mendorong penelantaran terhadap properti marginal?

8. Dalam perkara *Javins v. First National Realty Corp.*, 428 F.2d 1071 (D.C. Cir. 1970), pengadilan menyatakan bahwa terdapat *implied warranty of habitability* (jaminan kelayakan huni secara implisit) dalam setiap perjanjian sewa yang mengacu pada standar kode hunian di Distrik *Columbia*. Kasus tersebut bermula dari gugatan pemilik properti untuk pengosongan karena tunggakan sewa. Pengadilan menyatakan bahwa juri harus menentukan sejauh mana kewajiban penyewa untuk membayar sewa ditanggguhkan akibat pelanggaran oleh pemilik. Dalam opininya (hlm. 1079), pengadilan menyatakan:

Ketimpangan posisi tawar antara pemilik dan penyewa telah didokumentasikan secara luas. Penyewa memiliki sedikit daya tawar untuk menuntut kondisi hunian yang lebih baik. Berbagai hambatan terhadap persaingan di pasar sewa—seperti diskriminasi ras dan kelas serta penggunaan perjanjian standar—menyebabkan penyewa hanya dapat menerima atau menolak penawaran yang ada. Kekurangan perumahan layak yang semakin parah juga memperkuat posisi tawar pemilik dan meningkatkan urgensi untuk memelihara dan meningkatkan pasokan perumahan yang ada.

Apa yang dimaksud oleh pengadilan dengan "kekurangan" dan "posisi tawar"? Apabila pernyataan tersebut dianggap akurat dan koheren, apakah Anda memperkirakan putusan tersebut akan meningkatkan atau menurunkan kesejahteraan penyewa secara umum? Bagaimana dengan penyewa yang menjadi pihak dalam gugatan tersebut?

9. Bahaslah pernyataan berikut: Kebijakan yang bertujuan memaksimalkan tingkat pertumbuhan ekonomi suatu masyarakat merupakan kebijakan yang paling mungkin memenuhi kriteria keadilan distributif menurut Rawls.
10. Misalkan teori keadilan umum Rawls dipenuhi dengan mengasumsikan bahwa individu dalam *original position* ingin memaksimalkan *expected utility* mereka. Apakah kebijakan publik yang dapat diturunkan dari asumsi ini akan sejalan dengan prinsip maksimisasi kekayaan? Lihat Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, hlm. 99–101 (1981).

BAB XVII

PERPAJAKAN

A. Perpajakan dan Efisiensi

Perpajakan terkadang digunakan untuk mengubah alokasi sumber daya (ingat kembali pembahasan kita mengenai pajak atas polusi) atau untuk mengubah distribusi kekayaan. Namun pada dasarnya, pajak digunakan untuk membiayai penyelenggaraan layanan publik. Pajak yang efisien dari segi penerimaan negara adalah pajak yang mengharuskan pengguna layanan publik membayar biaya peluang dari penggunaan layanan tersebut. Akan tetapi, pendekatan ini menyamakan layanan publik dengan barang privat, padahal suatu layanan dikategorikan sebagai layanan publik justru karena dinilai tidak layak atau tidak praktis untuk diperjualbelikan secara individual.

Dalam hal layanan publik tertentu seperti pertahanan nasional, terdapat persoalan *free rider* (penikmat gratisan) yang menghalangi penggunaan mekanisme pasar untuk menyediakan jumlah layanan yang optimal. Seorang individu yang menolak membayar bagian biayanya atas sistem pertahanan nuklir, tetap akan menerima perlindungan yang sama sebagaimana yang dibayar oleh warga lainnya. Dalam hal layanan publik lain seperti pendidikan, penyediaan layanan oleh pemerintah lebih didasarkan pada penilaian bahwa ketidakmampuan atau ketidakbersediaan seseorang untuk membayar tidak seharusnya membuatnya kehilangan hak untuk memperoleh layanan tersebut.¹

Fokus besar terhadap pertimbangan distributif dalam diskusi kebijakan pajak menjelaskan mengapa bab mengenai perpajakan ditempatkan dalam bagian buku ini. Namun demikian, pertimbangan efisiensi juga sangat penting. Pengenaan pajak atas suatu kegiatan menciptakan insentif bagi individu yang terlibat di dalamnya untuk beralih ke kegiatan lain yang dikenakan pajak yang lebih rendah. Padahal, dapat diasumsikan bahwa sebelumnya mereka lebih produktif dalam kegiatan pertama; jika tidak demikian, pajak tidak akan diperlukan untuk mendorong mereka beralih ke kegiatan kedua. Oleh karena itu, pajak dapat mengurangi efisiensi dalam pemanfaatan sumber daya.

Ketidakefisienan ini seharusnya dapat dihindari atau setidaknya dikurangi tanpa mengurangi penerimaan negara, jika desain pajak dibuat sedemikian rupa untuk meminimalkan efek substitusi. Efisiensi alokatif dalam perpajakan akan maksimal apabila tarif pajak berbanding terbalik dengan

elastisitas permintaan terhadap barang atau aktivitas yang dikenakan pajak.² Sayangnya, upaya untuk meminimalkan inefisiensi alokatif ini sering bertentangan dengan tujuan distribusi dalam kebijakan pajak. Misalnya, pajak kepala (*head tax*) federal yang dikenakan secara merata kepada seluruh orang dewasa akan berdampak minimal terhadap efisiensi (meskipun tidak nol, karena dapat mendorong sebagian orang untuk emigrasi), tetapi akan sangat memberatkan bagi orang miskin — kecuali tarifnya dibuat sangat rendah, yang pada gilirannya akan menghasilkan penerimaan yang sangat kecil.

Bab ini akan membahas konsekuensi distribusi dan efisiensi dari berbagai bentuk pajak. Pajak atas warisan akan dibahas secara singkat dalam bab berikutnya, sementara masalah kebijakan pajak yang timbul dari struktur federal pemerintahan akan dibahas dalam Bab 26.

B. Wajib Militer (*Conscription*)

Banyak pajak bersifat implisit. Salah satunya adalah sistem wajib militer — *conscription*. Keberatan ekonomi terhadap penerapan wajib militer adalah bahwa hal tersebut memberikan insentif bagi pemerintah untuk menggunakan tenaga manusia secara berlebihan sebagai input pertahanan, karena harga tenaga militer bagi pemerintah lebih rendah dibandingkan dengan biaya peluang waktu para wajib militer. Keberatan ini bersifat sangat kuat (setidaknya dari sudut pandang ekonomi) dalam masa damai, ketika permintaan akan personel militer dan tingkat bahayanya relatif rendah, sehingga jumlah pengeluaran pemerintah yang diperlukan untuk merekrut personel masih dapat ditekan.

Namun, dalam masa perang, biaya yang harus dikeluarkan untuk merekrut angkatan bersenjata berbasis sukarela sepenuhnya akan sangat besar. Untuk itu, diperlukan kenaikan tarif pajak yang signifikan, atau peningkatan inflasi (yang pada dasarnya juga merupakan bentuk pajak tersembunyi), yang — seperti akan kita lihat — menimbulkan efek substitusi yang tidak efisien.

Sebaliknya, penerapan wajib militer pada masa perang yang tidak terantisipasi (karena perang itu sendiri tidak diprediksi sebelumnya), kecil kemungkinannya menimbulkan efek substitusi semacam itu.² Dalam hal ini, wajib militer menyerupai pajak kepala (*head tax*).³

Perimbangan antara inefisiensi berupa insentif bagi militer untuk menggunakan terlalu banyak tenaga manusia dengan efek substitusi yang

inefisien akibat pajak yang sangat tinggi masih belum pasti. Namun kemungkinan besar, inefisiensi dari sisi militer ini relatif tidak signifikan dalam kondisi perang total, ketika anggaran militer tidak dibatasi secara ketat dan dianggap optimal untuk mengalokasikan hampir seluruh laki-laki muda yang sehat secara fisik ke dalam dinas militer.⁴

C. Pajak Cukai (*Excise Taxes*)

Kita memulai pembahasan mengenai pajak eksplisit dengan pajak penjualan eceran: Untuk setiap unit barang (disebut *widget*) yang dijual, produsen wajib menyeter 30% dari harga jual kepada pemerintah.¹ Industri *widget* diasumsikan bersifat kompetitif, yang berarti bahwa sebelum pajak diberlakukan, harga *widget* sama dengan biaya marginalnya. Pengenaan pajak tersebut mengakibatkan terjadinya pergeseran kurva permintaan industri (dalam hal ini dipahami sebagai kurva penerimaan rata-rata industri, bukan sebagai kurva biaya rata-rata bagi konsumen) sebagaimana ditampilkan dalam Gambar 17.1.

Harga jual industri akan ditentukan oleh titik temu antara kurva biaya marginal dengan kurva penerimaan rata-rata yang baru. Harga baru tersebut adalah p_2 , yang lebih tinggi dari harga awal p_1 . Pada harga yang lebih tinggi ini, jumlah barang yang diminta oleh konsumen turun menjadi q_2 , lebih rendah dari kuantitas sebelum pajak. Kenaikan harga mendorong sebagian konsumen untuk beralih ke produk lain yang tampak lebih murah, meskipun kenyataannya produk tersebut bisa jadi lebih mahal untuk diproduksi atau kualitasnya lebih rendah dibanding *widget* — yang menjelaskan mengapa sebelumnya mereka belum beralih sebelum harga *widget* naik akibat pajak. Efek substitusi ini mirip dengan dampak penetapan harga monopoli atas *widget*.

Besar kecilnya efek ini tergantung pada elastisitas harga permintaan. Jika permintaan bersifat sangat elastis, maka kenaikan harga yang relatif kecil akibat pajak akan menyebabkan penurunan output yang besar. Dengan demikian, penerimaan pajak (yang bergantung pada *volume* penjualan) juga akan lebih kecil dibanding jika pajak dikenakan atas produk yang permintaannya tidak elastis. Oleh karena itu, tujuan untuk meminimalkan efek substitusi sekaligus memaksimalkan penerimaan pajak mengarah pada prinsip *Ramsey*, yaitu pajak yang paling tinggi dikenakan pada industri atau aktivitas yang elastisitas permintaannya rendah.

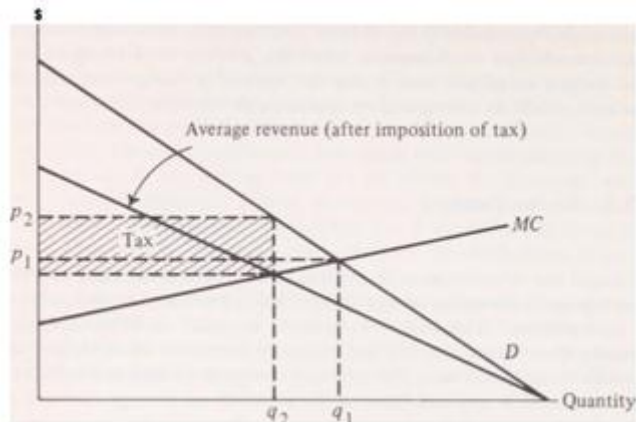


Figure 17.1

Namun, bagaimana dengan dampak distribusi dari pajak tersebut? Penerimaan pemerintah dari pajak ditunjukkan oleh area arsiran pada Gambar 17.1. Perlu diperhatikan bahwa sebagian besar beban pajak, yaitu $q_2 \times (p_2 - p_1)$, ditanggung oleh konsumen widget.² Pajak atas konsumsi cenderung bersifat regresif, yakni mengambil persentase pendapatan yang lebih besar dari kalangan berpenghasilan rendah dibanding yang berpenghasilan tinggi, karena kelompok tidak mampu menghabiskan proporsi lebih besar dari pendapatannya untuk konsumsi. Tentu saja, jenis produk juga berperan — apakah lebih banyak dikonsumsi oleh orang kaya atau miskin. Pajak atas kapal pesiar misalnya, mungkin bersifat progresif (dengan beberapa pengecualian). Namun, produk yang banyak dikonsumsi oleh orang kaya umumnya tidak memiliki permintaan yang tidak elastis, sehingga pajak cukai yang efisien sering kali regresif, sedangkan pajak cukai yang progresif cenderung tidak efisien.

Telah disebutkan bahwa sebagian besar beban pajak dialihkan ke konsumen; sisanya diambil dari rente ekonomi (*economic rents*) yang diterima oleh pemilik faktor produksi yang digunakan dalam pembuatan widget. Pajak yang seluruhnya dikenakan atas rente memiliki keunggulan tersendiri. Secara definisi, rente merupakan keuntungan di atas biaya peluang, sehingga pengurangan rente tidak akan mendorong alih fungsi sumber daya ke penggunaan alternatif. Pajak atas rente juga terdengar progresif — bukankah penerima rente biasanya orang kaya? Jawabannya, tidak selalu.

Perhatikan bahwa salah satu dampak dari pajak atas widget adalah menurunnya output industri tersebut, yang berarti juga penurunan permintaan

akan input produksi, termasuk tenaga kerja. Jika pekerja yang diberhentikan dapat segera memperoleh pekerjaan lain yang setara dan tanpa biaya relokasi, maka mereka tidak dirugikan oleh pajak ini. Namun jika tidak, mereka dirugikan karena kehilangan rente dari pekerjaan sebelumnya.³

Apabila keuntungan monopoli dapat dideteksi dan diukur, maka pajak langsung atas keuntungan tersebut dapat dikenakan, dan karena merupakan rente, pajak ini tidak menimbulkan efek substitusi. Namun dalam praktiknya, pajak cukai atas barang-barang monopoli menimbulkan efek substitusi dan distribusi yang sama dengan pajak atas barang kompetitif. Sebagaimana diperlihatkan dalam Gambar 17.2, pajak cukai menciptakan kurva permintaan (penerimaan rata-rata) baru bagi monopoli, yang membuatnya menghitung ulang kurva penerimaan marginalnya. Harga baru yang ditetapkan berada di titik pertemuan antara biaya *marginal* dan penerimaan marginal baru, yang lebih tinggi dari sebelumnya, dengan output yang lebih rendah. Beban pajak (area arsiran) ditanggung oleh konsumen, oleh monopoli dalam bentuk penurunan laba monopoli, dan oleh pemilik sumber daya yang pasokannya tidak elastis.

Satu catatan akhir dalam analisis ekonomi atas pajak cukai:⁴ Selama ini kita mengasumsikan bahwa pajak dihitung sebagai persentase dari harga barang (*ad valorem*). Tetapi sistem ini justru memberikan insentif bagi produsen untuk menurunkan kualitas (dan dengan demikian harga) barang. Misalnya, bila pajak atas mobil dikenakan berdasarkan harga eceran berikut semua opsi (AC, stereo, dll.), dan opsi tersebut bila dibeli terpisah tidak dikenakan pajak atau dikenakan pajak lebih rendah, maka produsen akan terdorong untuk mengurangi fitur yang ditawarkan dalam paket standar.

Sebaliknya, jika pajak bersifat spesifik (misalnya, \$100 per mobil), maka produsen terdorong untuk meningkatkan kualitas, karena tambahan kualitas tidak dikenakan pajak. Maka timbul pertanyaan: Distorsi manakah yang lebih mungkin terjadi? Dan bentuk pajak cukai mana yang menurut Anda akan lebih umum digunakan?

D. Pajak atas Properti (*Real Estate Taxes*)

Usulan terkenal dari Henry George untuk mengganti seluruh jenis pajak dengan satu pajak tunggal atas tanah merupakan upaya untuk membatasi pemajakan hanya pada rente murni.¹ Namun, dalam praktiknya, rente atas

tanah tidak cukup besar untuk memenuhi seluruh kebutuhan penerimaan negara modern. Selain itu, terdapat masalah pengukuran, karena tanah dapat digunakan sendiri oleh pemilik maupun disewakan kepada pihak lain.

Sebagai contoh, apabila saya memiliki sebidang tanah, membangun rumah susun di atasnya, lalu menyewakan unit-unit apartemen, maka sebagian dari pendapatan sewa yang saya peroleh merupakan rente atas tanah, namun sebagian lainnya merupakan pendapatan dari perbaikan atau pengembangan fisik atas tanah, yang mungkin tidak mencakup rente ekonomi sama sekali. Jika saya tinggal di rumah milik saya sendiri di atas tanah tersebut, maka saya menerima rente imputasi sebesar nilai sewa yang seharusnya bisa saya dapatkan jika saya menyewakan tanah dan bangunan itu.

Masalah lainnya adalah bahwa banyak pemilik tanah bukanlah orang kaya. Pengenaan pajak yang berat atas rente tanah berpotensi memiskinkan para petani, buruh, dan pensiunan, yang telah membeli tanah dengan harga yang mengkapitalisasi nilai rente masa depan. Misalnya, seorang petani membeli tanah pertanian yang baik seharga \$1.000 menggunakan dana pinjaman, dan tanah itu menghasilkan rente tahunan \$100 setelah dikurangi pajak properti. Jika kemudian dikenakan pajak baru sebesar \$90 per tahun, maka hasil bersihnya tinggal \$10. Jika ia menjual tanah tersebut, besar kemungkinan ia tidak dapat mengembalikan sebagian besar dana yang telah dibayarkannya.

Dalam praktiknya, pajak atas properti (*real estate tax*) memang mengenakan pajak atas rente tanah, namun juga mencakup banyak hal lain. Faktanya, pengembangan fisik tanah (*improvements to land*) biasanya dikenakan pajak lebih besar daripada tanah itu sendiri. Konsekuensinya, pemilik tanah memiliki insentif artifisial untuk menunda atau menghindari pengembangan terhadap tanah mereka.

Lebih jauh, pajak atas pengembangan tanah secara ekonomi menyerupai pajak cukai (*excise tax*). Contohnya, dalam pengembangan apartemen, jika pajak properti ditetapkan secara proporsional terhadap total pendapatan sewa, maka pemilik akan memperlakukannya seperti produsen widget yang dikenai pajak penjualan: yaitu, sebagai pengurangan penerimaan rata-rata dalam persentase yang sama pada seluruh tingkat output. Untuk memaksimalkan keuntungan, pemilik akan menaikkan harga sewa dan mengurangi jumlah unit yang disewakan. Dengan demikian, beban pajak tersebut akan dibagi antara konsumen (penyewa apartemen) dan pemilik tanah (*rentier*).

Pajak properti juga dapat melemahkan sistem hak milik. Misalnya, saya adalah seorang petani di daerah yang semakin berkembang menjadi kawasan perumahan. Nilai tanah saya hanya \$100 jika digunakan untuk bertani, namun seorang pengembang menawarkan \$200 untuk membelinya. Saya menolak, karena saya memiliki ikatan emosional dengan tanah tersebut dan tidak ingin pindah. Lalu, berapa nilai yang seharusnya digunakan oleh penilai pajak properti (*assessor*) untuk menetapkan pajaknya?

Jika penilai menggunakan nilai yang lebih tinggi, yaitu \$200, maka saya mungkin terpaksa menjual kepada pengembang, karena penghasilan saya dari bertani tidak cukup untuk membayar pajak yang dihitung berdasarkan potensi penggunaan tanah oleh pihak lain yang lebih menguntungkan secara finansial. Dari sudut pandang penilai pajak, pertukaran paksa ini menguntungkan karena meningkatkan basis pajak. Namun secara ekonomi, tanah itu lebih berharga bagi saya dibandingkan pengembang.

Dengan demikian, pajak properti dalam kasus ini memiliki efek yang sama seperti penggunaan hak pengambilan paksa (*eminent domain*), yang secara sistematis menghapus nilai tanah yang berada di atas harga pasar (lihat juga Bab 3.6 *supra*).

E. Pajak Penghasilan Badan

Pajak penghasilan badan, dalam satu aspek, merupakan instrumen yang kasar untuk memajaki *rents*—yakni kelebihan yang timbul dari selisih antara total pendapatan suatu badan usaha dengan total biayanya. Permasalahannya adalah bahwa dalam bentuknya yang berlaku saat ini, pajak ini tidak memperkenankan pengurangan atas biaya modal ekuitas, sehingga tidak hanya dikenakan atas keuntungan dalam arti ekonomi atau *rents* lainnya, tetapi juga—dan kemungkinan besar utamanya—atas biaya modal ekuitas. Akibatnya, timbul insentif untuk menggantikan bentuk-bentuk permodalan seperti utang dan modal manusia, yang biayanya dapat dikurangkan oleh badan usaha; menggantikan penggunaan modal dengan tenaga kerja; serta menggantikan bentuk organisasi badan usaha dari korporasi menjadi bentuk lain yang lebih menguntungkan secara pajak. Selain itu, karena biaya modal ekuitas (berbeda dengan *rents* monopoli atau bentuk *rents* lainnya) merupakan biaya marjinal, sebagian dari beban pajak penghasilan badan dialihkan kepada konsumen dalam bentuk kenaikan harga produk, menyerupai pajak konsumsi (*excise tax*) secara eksplisit.

Berbagai persoalan hukum yang kompleks timbul dalam konteks pajak penghasilan badan, dan sering kali permasalahan tersebut memiliki dimensi ekonomi. Sebagai contoh: apabila suatu perseroan yang memiliki aset yang nilainya telah meningkat melakukan likuidasi dan mengalihkan aset tersebut kepada para pemegang saham, yang kemudian menjual aset tersebut, apakah penjualan tersebut harus dianggap sebagai penjualan oleh perseroan yang dikenai pajak penghasilan badan, atau sebagai penjualan oleh pemegang saham yang tidak dikenai pajak penghasilan badan? Undang-Undang Pajak Penghasilan Amerika Serikat (*Internal Revenue Code*) menganut pendekatan yang terakhir, yang secara ekonomi dipandang problematik karena menciptakan biaya transaksi yang tidak perlu (yakni biaya likuidasi yang semata-mata dilakukan untuk menghindari pengenaan pajak penghasilan badan). Dalam beberapa kasus, akibat yang timbul bisa lebih serius dalam hal alokasi sumber daya. Misalnya, suatu perseroan hanya memiliki satu pabrik dan pabrik tersebut diasuransikan penuh, lalu pabrik tersebut terbakar habis. Dana klaim asuransi dikurangi dengan biaya perolehan pabrik yang telah disusutkan akan diperlakukan sebagai keuntungan yang dikenai pajak bagi perseroan, meskipun perseroan memutuskan untuk melakukan likuidasi. Namun, seandainya perseroan menggunakan seluruh dana asuransi tersebut untuk membeli atau membangun pabrik baru, lalu menjual pabrik tersebut dan mendistribusikan hasil penjualannya kepada para pemegang saham berdasarkan rencana likuidasi total yang telah ditetapkan sebelum penjualan, maka tidak akan ada pajak penghasilan badan yang dikenakan. Perbedaan perlakuan pajak ini dapat mendorong perusahaan untuk membangun atau membeli pabrik baru meskipun secara ekonomi lebih efisien untuk langsung melikuidasi tanpa membangun atau membeli kembali. (Mengapa Teorema Coase tidak menghilangkan inefisiensi ini?)

Contoh permasalahan lainnya adalah sebagai berikut. Sebuah usaha dijual seharga USD 1 juta; apakah pembeli boleh memperlakukan seluruh harga pembelian sebagai biaya yang dapat disusutkan, ataukah aset-aset yang merupakan bagian dari usaha tersebut harus dinilai secara terpisah untuk tujuan penentuan nilai penyusutan? Pendekatan yang diterapkan saat ini adalah yang kedua, dan jika penilaian aset tersebut lebih rendah daripada harga pembelian usaha, maka selisihnya akan dialokasikan sebagai aset tak berwujud yang disebut *goodwill* atau nilai keberlangsungan usaha (*going-*

concern value), yang tidak dapat disusutkan untuk keperluan pajak. Apakah pendekatan ini masuk akal secara ekonomi?

Jika aset fisik dari perusahaan dinilai berdasarkan kapitalisasi atas pendapatan yang diharapkan dihasilkan dari aset-aset tersebut, maka karena harga pembelian juga merupakan kapitalisasi atas pendapatan yang diharapkan, seharusnya tidak akan ada sisa nilai (*residual*). Namun, jika aset fisik dinilai berdasarkan biaya penggantianannya, maka bisa saja terdapat nilai sisa. Dua alasan utama yang memungkinkan terjadinya perbedaan tersebut adalah sebagai berikut. Pertama, terdapat aset-aset nonfisik, khususnya modal manusia dalam berbagai bentuk. Kedua, perusahaan mungkin memiliki kekuatan monopoli, sehingga harga jual output-nya tidak ditekan hingga ke tingkat biaya marjinal. Dalam hal yang kedua, pengakuan pengurangan pajak seharusnya tergantung pada sumber kekuatan monopoli tersebut—namun tentu saja tidak mungkin bagi otoritas pajak untuk menyelidiki sumber kekuatan monopoli dalam setiap transaksi penjualan usaha. Dalam hal pertama, permasalahannya terletak pada penilaian umur ekonomis dari aset yang belum dikenal oleh otoritas pajak, guna menentukan periode penyusutan yang optimal. Akan tetapi, karena berdasarkan hukum pajak saat ini perusahaan diperbolehkan menyusutkan aset fisik untuk tujuan pajak dengan laju yang jauh lebih cepat daripada umur manfaat ekonomisnya yang sesungguhnya, maka menjadi sewenang-wenang apabila penyusutan atas aset nonfisik dipermasalahkan bila dilakukan dalam laju yang lebih cepat daripada laju keausannya. Jika ditambah dengan kesulitan dan biaya dalam melakukan penilaian aset menggunakan metode nonpasar, maka terdapat argumen yang kuat bahwa pembeli seharusnya diperkenankan untuk menyusutkan seluruh biaya akuisisi atas usaha penjual.

F. Pajak Penghasilan Orang Pribadi: Pengantar

Suatu pajak dapat dikatakan optimal apabila memenuhi kriteria sebagai berikut: (1) memiliki basis pajak yang luas, sehingga memungkinkan pengumpulan penerimaan negara dalam jumlah besar sebagaimana dituntut oleh negara modern; (2) dikenakan atas aktivitas yang permintaannya sangat tidak elastis, sehingga efek substitusi akibat pajak tersebut menjadi minimal (kriteria *Ramsey*); (3) tidak meningkatkan ketimpangan atau bertentangan dengan prinsip keadilan; dan (4) murah dari sisi administrasi.

Pajak atas penghasilan orang pribadi tampaknya mendekati bentuk pajak yang optimal. Basis pajaknya luas, permintaan terhadap penghasilan diasumsikan tidak elastis, penghasilan merupakan ukuran kesejahteraan yang luas, dan pemungutannya dipermudah oleh kenyataan bahwa sebagian besar individu bekerja pada suatu organisasi. Namun, pada kenyataannya, kriteria kedua dan ketiga di atas tidak dapat dicapai melalui pajak penghasilan, karena keduanya memerlukan definisi penghasilan yang sangat luas sehingga menimbulkan beban administrasi yang terlampau besar.

Sekalipun secara teoritis memungkinkan untuk mengenakan pajak atas seluruh penghasilan riil (termasuk waktu luang/*leisure*), pajak penghasilan tetap tidak akan menjadi pajak yang ideal. Penghasilan mencakup uang yang disimpan oleh penerimanya dan tidak langsung dibelanjakan. Apabila bagian penghasilan yang disimpan tidak dikenakan pajak, maka pajak tersebut bukanlah pajak penghasilan, melainkan pajak atas konsumsi. Pengecualian terhadap penghasilan yang disimpan dari objek pajak akan melanggar kriteria ketiga dari pajak yang optimal karena menguntungkan golongan kaya, yang cenderung menyimpan sebagian besar penghasilannya dibandingkan golongan miskin. Namun, pemajakan atas penghasilan yang disimpan justru menimbulkan dua permasalahan ekonomi.

Permasalahan pertama, yang lebih ringan, berkaitan dengan potensi konflik kepentingan antar generasi, sebagaimana telah dibahas dalam Bab 5. Uang yang disimpan akan digunakan untuk investasi dalam kegiatan yang manfaatnya mungkin baru akan dirasakan setelah si penyimpan meninggal dunia, yang berarti ia mengorbankan konsumsinya demi meningkatkan konsumsi generasi mendatang. Kewajiban sosial untuk menyimpan demi kepentingan generasi mendatang secara teoritis dapat diturunkan dari teori kontrak keadilan distributif, sebagaimana telah dibahas pada bab sebelumnya: individu yang berada dalam posisi asli (*original position*), tanpa mengetahui generasi mana yang akan mereka tempati, akan menghendaki adanya ketentuan yang memastikan bahwa seluruh sumber daya masyarakat tidak akan habis dikonsumsi oleh generasi pertama. Namun, pada kenyataannya, tidak terdapat risiko generasi pertama akan menghabiskan seluruh sumber daya bumi; populasinya terlalu kecil dan pengetahuannya terlalu terbatas untuk dapat mengonsumsi lebih dari sebagian kecil sumber daya yang ada. Justru di masyarakat modern yang maju, pengurusan sumber daya menjadi persoalan sosial yang potensial. Tetapi, dalam masyarakat seperti itu pula, laju

pertumbuhan pengetahuan begitu cepat sehingga hampir dapat dipastikan bahwa generasi berikutnya akan lebih makmur daripada generasi sekarang; lalu, mengapa kita harus membatasi konsumsi kita agar mereka dapat menikmati lebih banyak?

Permasalahan kedua, yang lebih serius, adalah bahwa pajak atas penghasilan yang disimpan akan mengurangi tingkat investasi modal secara keseluruhan, bukan hanya investasi jangka panjang. Mesin dan aset modal lainnya akan aus secara fisik atau menjadi usang jauh sebelum akhir umur manusia, dan apabila kegiatan menyimpan disinsentifkan melalui pajak, maka jumlah aset semacam itu akan berkurang secara signifikan. Pajak penghasilan menghambat kegiatan menyimpan—dan pada akhirnya investasi—karena mengenakan pajak tidak hanya atas penghasilan dari simpanan, tetapi juga atas bagian penghasilan yang disimpan. Misalnya, saya berada dalam kelompok tarif pajak marginal sebesar 50 persen dan sedang mempertimbangkan untuk mengonsumsi \$100 dari penghasilan saya atau menginvestasikannya dalam obligasi yang akan jatuh tempo dalam satu tahun dan memberikan bunga sebesar 5 persen (dengan asumsi inflasi nol). Setelah dipotong pajak, saya hanya memiliki \$50 untuk dikonsumsi atau diinvestasikan. Jika saya memilih konsumsi, saya akan memperoleh manfaat bersih yang diukur dari surplus konsumen atas barang dan jasa senilai \$50, misalnya sebesar \$2,50. Manfaat ini tidak dikenakan pajak penghasilan. Namun, jika saya memilih berinvestasi dalam obligasi, maka bunga sebesar \$2,50 akan dikenakan pajak sebesar 50 persen. Dengan demikian, manfaat dari konsumsi dan manfaat dari penyimpanan dikenakan beban pajak yang berbeda, yang menimbulkan inefisiensi. (Dalam kondisi apa saya tetap akan memilih untuk menyimpan?)

Sekilas tampaknya, penggantian pajak penghasilan dengan pajak konsumsi dengan tarif yang sama akan menimbulkan distorsi ke arah yang berlawanan, karena membuat saya harus memilih antara konsumsi sebesar \$50 sekarang atau konsumsi sebesar \$105 pada akhir tahun. Namun, anggapan ini tidak benar. Saya telah mengorbankan surplus konsumen sebesar \$2,50 yang akan saya peroleh jika mengonsumsi sekarang, dan jika saya mencoba memperoleh kembali nilai tersebut dengan membelanjakan \$5 hasil bunga, maka saya tetap harus membayar pajak konsumsi sebesar 50 persen atasnya, seperti halnya jika saya memilih membelanjakan \$100 saya sekarang.

Perlu diperhatikan bahwa tarif pajak konsumsi harus lebih tinggi daripada tarif pajak penghasilan yang digantikannya (mengapa?), setidaknya

pada tahap awal (mengapa ada kualifikasi ini?), agar pendapatan negara tetap setara. Apa dampaknya terhadap insentif untuk bekerja dan menabung?

G. Definisi Penghasilan

Pengecualian atas bentuk penghasilan riil apa pun dari objek pajak akan mengurangi basis pajak, menciptakan insentif untuk menggantikan aktivitas dengan aktivitas lain yang menghasilkan bentuk penghasilan yang dikecualikan, serta—bergantung pada tingkat kekayaan penerimanya—dapat meningkatkan ketimpangan. Definisi penghasilan yang paling luas akan mencakup seluruh penerimaan, baik dalam bentuk uang (*pecuniary*) maupun bukan uang (*nonpecuniary*), termasuk waktu luang dan (bentuk lain dari) penghasilan bukan uang yang berasal dari produksi rumah tangga, serta hadiah, warisan, dan penghargaan.

Apabila perhatian utama kita adalah meminimalisir efek substitusi dari pajak penghasilan orang pribadi, maka pertanyaan mengenai apakah hadiah, warisan, dan penghargaan harus diperlakukan sebagai objek pajak penghasilan akan bergantung pada apakah bentuk penerimaan tersebut merupakan pemberian murni (*pure gratuity*) atau sesungguhnya merupakan bentuk kompensasi atas pekerjaan. Apakah hadiah orang tua kepada anak merupakan imbalan atas jasa yang telah atau akan diberikan, atautkah semata-mata ekspresi kasih sayang (yakni, wujud dari utilitas positif yang bersifat saling bergantung)? Apabila hadiah tersebut merupakan bentuk kompensasi, maka seharusnya dikenai pajak agar anak tidak terdorong untuk lebih memilih bekerja di rumah tangga daripada di pasar tenaga kerja hanya karena perbedaan perlakuan pajak. Namun, jika hadiah tersebut adalah pemberian murni, maka tidak dikenakannya pajak tidak akan menimbulkan efek substitusi dari pekerjaan di pasar, dan justru pemajakan atasnya akan menjadi bentuk pemajakan yang sangat mahal dari sisi utilitas, karena menurunkan kesejahteraan dua orang atau lebih (misalnya orang tua dan anak) demi memungut pajak dari satu pihak saja. Analisis ini memberikan dasar konseptual untuk membedakan antara hadiah yang terjadi dalam konteks hubungan bisnis (yang dapat dianggap sebagai penghasilan) dengan hadiah yang tidak berkaitan dengan hubungan bisnis (yang lebih lemah alasannya untuk dikenai pajak).

Hukum pajak yang berlaku saat ini membedakan antara hadiah berupa penghargaan yang dimenangkan melalui kompetisi (yang dikenai pajak)

dengan penghargaan lain seperti Hadiah Nobel (yang tidak dikenai pajak). Perbedaan ini tidak berdasar. Tidak mengenakan pajak atas hadiah kompetisi akan mendorong orang untuk menggantikan aktivitas produktif lainnya dengan mengikuti kompetisi. Namun, tidak dikenakannya pajak atas Hadiah Nobel dan penghargaan sejenis juga memiliki efek yang serupa. Keberadaan penghargaan-penghargaan tersebut memengaruhi keputusan riset individu dalam profesi yang relevan, bahkan memengaruhi pilihan profesi. Meskipun elastisitas respons terhadap perubahan status pajak dari penghargaan-penghargaan tersebut mungkin rendah, hal ini justru menjadi argumen untuk mengenakan pajak yang tinggi, bukan untuk membebaskannya dari pajak.

Biaya administrasi menjadi kendala dalam penerapan definisi penghasilan yang komprehensif untuk tujuan perpajakan, namun beberapa bentuk pengecualian yang dianggap perlu, terutama pengecualian atas waktu luang, tetap menimbulkan efek substitusi yang signifikan. Pengecualian atas waktu luang dari objek pajak menyebabkan preferensi terhadap aktivitas yang memberikan waktu luang sebagai kompensasi, alih-alih penghasilan dalam bentuk uang—seperti pekerjaan sebagai pengajar yang menyediakan liburan panjang sebagai bagian dari kompensasi. Bias serupa muncul dari pengecualian atas ketenaran, prestise, kenyamanan, kegembiraan, dan hasil tak berwujud lainnya, serta dari tidak dikecualikannya dari objek pajak bagian dari penghasilan yang sesungguhnya merupakan kompensasi atas risiko atau ketidaknyamanan dari suatu pekerjaan. Namun banyak pengecualian tidak dapat dibenarkan hanya karena alasan besarnya biaya pengukuran. Tiga contohnya adalah: jasa yang tidak diperjualbelikan di pasar, nilai sewa imajiner dari rumah yang ditempati sendiri, dan *fringe benefits* (tunjangan tambahan).

1. Seringkali terdapat pilihan antara memperoleh jasa melalui pasar atau memproduksi sendiri di rumah. Undang-undang pajak penghasilan yang hanya menghitung penghasilan uang sebagai objek pajak menciptakan bias yang mendukung produksi rumah tangga. Bias paling signifikan kemungkinan besar timbul dari tidak dimasukkannya penghasilan riil (namun bukan uang) dari jasa rumah tangga yang dilakukan oleh ibu rumah tangga. Misalnya, seorang perempuan bisa memperoleh penghasilan sebesar \$10.000 jika bekerja di luar rumah dan akan dikenakan pajak sebesar \$2.000, sementara jika ia bekerja di rumah, nilai jasanya hanya sebesar \$9.000. Secara ekonomi, nilai

kegiatannya lebih tinggi jika ia bekerja di luar, namun definisi penghasilan dalam hukum pajak saat ini justru mendorongnya untuk tetap bekerja di rumah.

Tentu terdapat kesulitan dalam menilai jasa nonpasar. Sebelumnya telah dijelaskan bahwa menyamakan nilai jasa seorang ibu rumah tangga dengan gaji asisten rumah tangga adalah keliru (lihat Bab 6.11). Namun, karena gaji tersebut dapat dianggap sebagai estimasi minimal atas nilai jasa rumah tangga, maka memasukkan jumlah tersebut sebagai penghasilan imputasi bagi setiap rumah tangga yang tidak memiliki istri bekerja di luar rumah akan menjadi langkah awal yang tepat. Undang-undang perpajakan telah mengambil beberapa langkah terbatas untuk mengurangi efek substitusi ini, antara lain dengan memberikan kredit pajak atas pengeluaran pengasuhan anak dan sebagian penghasilan dari pasangan wajib pajak utama. Namun, karena kredit ini sangat kecil dan kredit pajak bersifat sangat progresif jika dibandingkan dengan pengurangan pajak yang bersifat regresif (mengapa demikian?), pengaruhnya terhadap perempuan yang paling produktif di pasar sangatlah kecil. Kredit pajak untuk pengasuhan anak ini justru bersifat aneh, karena mendorong masuknya perempuan ke pasar tenaga kerja yang justru lebih produktif di rumah tangga!

2. Seorang pria memberikan masing-masing anaknya, A dan B, uang sebesar \$10.000. A menyimpan uang tersebut di bank dengan bunga tahunan 5% dan menggunakan hasilnya untuk membayar sewa apartemen. Karena A berada dalam golongan pajak penghasilan federal sebesar 20%, ia membayar pajak sebesar \$100 atas bunga yang diterimanya setiap tahun. Sementara itu, B, yang berada dalam golongan pajak yang sama, menggunakan uang \$10.000-nya untuk membeli apartemen yang memiliki nilai sewa yang sama. B tidak dikenakan pajak penghasilan sama sekali, meskipun menggunakan uang dalam jumlah yang sama untuk tujuan yang identik dengan A. Ia menjadi lebih baik dibandingkan A sebesar \$100 per tahun. Perbedaan perlakuan yang sewenang-wenang ini menciptakan insentif (yang diperbesar oleh pengurangan bunga pinjaman) bagi orang-orang untuk memiliki rumah sendiri daripada menyewa, serta bagi para pengacara untuk merancang bentuk kepemilikan hukum yang kompleks seperti

kondominium agar properti sewaan dapat diubah menjadi properti milik pribadi.

Tentu ada kesulitan administratif dalam menaksir nilai sewa imajiner dari properti yang ditempati sendiri. Namun bahkan estimasi kasar dengan nilai yang diturunkan (di bawah nilai pasar) sudah cukup untuk mengurangi insentif terhadap kepemilikan rumah dibandingkan penyewaan. Jika langkah ini dilakukan, maka pengurangan pajak atas bunga hipotek rumah tidak lagi menjadi masalah, karena bunga tersebut menjadi biaya atas penghasilan kena pajak.

Tambahan distorsi lainnya dalam perlakuan pajak terhadap rumah yang ditempati sendiri muncul dari ketentuan yang membebaskan penjual rumah dari kewajiban membayar pajak atas keuntungan modal apabila hasil penjualan digunakan untuk membeli rumah lainnya. Alasan di balik ketentuan ini—untuk menghindari pemajakan atas kenaikan harga nominal akibat inflasi—tidak dapat diterima, sebagaimana akan dibahas lebih lanjut dalam bagian mengenai pajak atas keuntungan modal.

3. Pengecualian atas berbagai *perquisites* dari objek pajak mendorong eksekutif untuk mengambil sebagian kompensasi mereka dalam bentuk kantor mewah, mobil dinas, dan sejenisnya, meskipun nilai manfaatnya (tanpa mempertimbangkan pajak) lebih rendah daripada nilai tunai yang setara; selisih ini merupakan bentuk pemborosan. Pengecualian atas *fringe benefits* memberi insentif bagi karyawan untuk menerima sebagian kompensasi mereka dalam bentuk asuransi jiwa dan kesehatan, liburan, serta manfaat pensiun, meskipun mereka lebih memilih—jika tanpa mempertimbangkan pajak—kompensasi dalam bentuk uang. Dalam banyak kasus, memasukkan nilai tunai dari manfaat tersebut ke dalam penghasilan kena pajak tidak akan menimbulkan beban administrasi yang besar.

H. Pengurangan dalam Pajak Penghasilan

Asas umum yang seyogianya berlaku (dan pada kenyataannya memang berlaku) adalah bahwa wajib pajak tidak diperkenankan mengurangi pengeluaran dari penghasilan kena pajaknya, karena suatu pengeluaran pada umumnya bukanlah pengurang kesejahteraan, melainkan merupakan langkah

yang diperlukan untuk mengubah uang menjadi peningkatan kesejahteraan. Seorang individu menjadi lebih kaya, bukan lebih miskin, setelah menukar uang tunai dengan televisi baru. Namun, pengeluaran yang ditujukan semata-mata untuk menghasilkan penghasilan memiliki karakteristik yang berbeda. Pengeluaran tersebut hanya meningkatkan kesejahteraan sejauh pengeluaran itu menghasilkan penghasilan, sehingga apabila penghasilan tersebut dikenakan pajak sepenuhnya, maka pengurangan atas biaya usaha menjadi perlu untuk menghindari pemajakan berganda (mengapa?).

Permasalahan utama terkait pengurangan ini adalah bahwa beberapa pengeluaran usaha sekaligus merupakan pengeluaran konsumsi. Makan di restoran dan biaya penginapan dalam perjalanan dinas merupakan pengeluaran yang biasanya esensial untuk menghasilkan penghasilan dari perjalanan tersebut, namun pada saat yang sama juga merupakan bentuk konsumsi yang mungkin tetap akan dilakukan meskipun perjalanan tidak terjadi.

Hukum pajak saat ini menangani permasalahan ini dengan cara yang tampak sewenang-wenang, yakni memperbolehkan pengurangan seluruh biaya hidup (selama tidak “mewah”) yang timbul dalam perjalanan dinas menginap, namun melarang pengurangan pengeluaran pribadi, seperti biaya perjalanan dari rumah ke kantor (komuter) dan sebagian besar pengeluaran hidup lainnya yang timbul di tempat kerja utama. Meskipun tampak sewenang-wenang, pembedaan antara pengeluaran lokal dan perjalanan luar kota memiliki dasar ekonomi. Bahkan jika seseorang tidak bekerja, ia tetap harus makan siang; oleh karena itu, biaya makan siang tidak dapat dianggap sebagai biaya tambahan akibat bekerja. Sedangkan biaya perjalanan pulang-pergi ke kantor adalah biaya pribadi karena memungkinkan pekerja tinggal di lokasi pilihannya sendiri, bukan di dekat tempat kerja.

Perjalanan dinas luar kota memang mencakup unsur konsumsi pribadi, namun nilainya kemungkinan lebih kecil dari keseluruhan biaya, dan selisihnya merupakan biaya usaha murni. Secara prinsip, yang dapat dikurangkan bukan seluruh biaya, melainkan hanya selisih antara biaya aktual dan pengeluaran pribadi yang dihindari. Misalnya, saya melakukan perjalanan dinas selama tiga hari ke San Francisco, menginap di hotel seharga \$100 per malam, dan menghabiskan \$90 untuk makan. Total biaya \$390 seharusnya tidak seluruhnya dapat dikurangkan. Penghematan pengeluaran pribadi yang terjadi karena perjalanan tersebut harus dikurangkan. Biaya penginapan yang dihindari di rumah biasanya sangat kecil (listrik, kebersihan, dll.), dan demi

kemudahan administrasi, mungkin dapat dianggap nol. Pengurang untuk makan akan lebih besar, tetapi tetap lebih kecil dari \$90, karena biaya makan di rumah umumnya jauh lebih murah daripada makan di restoran. Meskipun makan di restoran senilai \$30 lebih bernilai daripada makan di rumah senilai \$3, kenyataannya sangat sedikit orang yang secara rutin makan di restoran mahal. Oleh karena itu, pengeluaran sebesar \$90 tersebut mungkin memberikan nilai aktual yang jauh lebih rendah bagi saya. Sebuah kompromi, misalnya pengakuan sebesar 50% dari pengeluaran makan bisnis sebagai biaya yang dapat dikurangkan, bisa menjadi pendekatan reformasi yang tepat.

Pengurangan atas biaya pengobatan dan kerugian karena bencana dalam hukum pajak saat ini tampaknya bertujuan untuk membedakan antara pengeluaran yang meningkatkan kesejahteraan dan pengeluaran yang semata-mata bertujuan untuk mengembalikan kondisi kesejahteraan semula. Tujuannya tampaknya adalah untuk menyamakan beban pajak antara individu yang memiliki penghasilan uang yang sama tetapi kesejahteraan riil yang berbeda. Tujuan ini patut dipahami, namun tetap perlu dipertanyakan baik dari segi kelayakan teknis maupun dari sisi efektivitas cara yang digunakan untuk mencapainya.

Pertimbangkan premi gaji tambahan bagi pekerja di pekerjaan berisiko tinggi. Premi tersebut tidak meningkatkan kesejahteraan mereka dibandingkan pekerja di bidang aman; premi tersebut hanya kompensasi atas bahaya kerja (bagaimana jika mereka memang menyukai bahaya?). Akan tetapi, tidak mungkin secara administratif untuk mengizinkan pengurangan atas premi gaji tersebut. Atau, pertimbangkan dua keluarga dengan penghasilan yang sama, namun salah satunya lebih efisien dalam konsumsi sehingga memperoleh kesejahteraan lebih tinggi. Pengurangan pajak untuk menyamakan kesejahteraan setelah pajak akan sangat sulit diterapkan. Karena banyak distorsi dalam kesejahteraan yang tidak dapat diperbaiki, maka usaha untuk memperbaiki satu atau dua di antaranya mungkin tidak banyak berkontribusi terhadap prinsip kesetaraan horizontal.

Lebih lanjut, pengurangan-pengurangan tertentu dirancang dengan cara yang buruk jika ditinjau dari tujuan tersebut. Misalnya, pengurangan atas biaya pengobatan seharusnya dihitung berdasarkan kerugian akibat penyakit, bukan berdasarkan biaya perawatan medis. Beberapa penyakit sangat mahal, namun karena keterbatasan pengobatan atau keuangan, mungkin tidak menimbulkan pengeluaran perawatan yang signifikan. Sebaliknya, beberapa

prosedur medis (misalnya operasi plastik untuk kecantikan) bertujuan meningkatkan kesejahteraan, bukan memulihkannya. Perbedaan antara pengeluaran untuk peningkatan dan pemulihan kesejahteraan ini sangat sulit ditentukan secara konsisten. Sementara itu, pengurangan atas kerugian karena bencana alam dihitung berdasarkan nilai kerugian, bukan biaya pemulihannya, namun lebih berfungsi sebagai kompensasi bagi mereka yang tidak memiliki asuransi daripada sebagai pemulihan kesejahteraan. Pengurangan ini juga mengurangi biaya dari asuransi mandiri, yang terutama menguntungkan wajib pajak kaya (mengapa?).

Namun, bagian dari pengurangan biaya pengobatan dapat dibenarkan secara ekonomi sebagai biaya pemeliharaan modal manusia (*human capital*). Modal manusia, sebagaimana diketahui, adalah aset seperti halnya pabrik; ia dibentuk dari input waktu dan uang, serta menghasilkan penghasilan sepanjang masa kerja. Karena penghasilan dari modal manusia dikenakan pajak, biaya perbaikannya seharusnya dapat dikurangkan dari pajak, meskipun idealnya dikurangkan selama periode waktu ketika pengeluaran tersebut menghasilkan penghasilan. (Mengapa efisiensi memerlukan pencocokan waktu antara penghasilan dan biaya untuk tujuan pajak?) Hal ini menimbulkan dua pertanyaan: Pertanyaan sempit: Apakah hal ini mendukung diperbolehkannya pengurangan atas biaya operasi kosmetik tertentu? Pertanyaan luas: Tidakkah seharusnya seluruh biaya pembentukan modal manusia dapat diamortisasi selama masa kerja dan dikurangkan dari penghasilan?

Hukum tidak mengizinkan hal tersebut, dan terdapat alasan teoritis maupun praktis. Sebagian besar biaya pendidikan, yang mungkin merupakan sumber utama modal manusia (selain bakat alami seperti kecerdasan, energi, dan karakter yang tidak dibayar oleh pemiliknya), tidak ditanggung oleh pemilik modal manusia itu sendiri. Biaya utama — yaitu penghasilan yang hilang selama masa sekolah — sebenarnya sudah “diakui” secara implisit, karena penghasilan yang tidak diperoleh selama belajar secara otomatis tidak dikenakan pajak. Oleh karena itu, tidak diperlukan pengurangan tambahan.

Meskipun banyak pengurangan pajak penghasilan dapat dipertanyakan, menyebutnya sebagai subsidi pajak adalah istilah yang menyesatkan. Pengurangan yang diperlukan demi efisiensi, seperti pengurangan atas biaya usaha, bukanlah subsidi dalam arti apa pun. Bahkan jika suatu pengurangan tidak memiliki dasar ekonomi dan hanya mencerminkan pengaruh politik dari

kelompok penerima manfaat, menyebutnya subsidi berarti menganggap pemerintah sebagai pemilik seluruh penghasilan pribadi di negara ini. Artinya, ketika pemerintah memperbolehkan pengurangan atau menetapkan tarif pajak di bawah 100%, pemerintah dianggap memberikan “hadiah” kepada individu karena membiarkan mereka menyimpan sebagian dari penghasilan yang mereka peroleh sendiri melalui kerja atau investasi. Pengurangan yang tidak dibenarkan oleh prinsip *Ramsey* atau prinsip perpajakan optimal lainnya tidak secara otomatis menjadi subsidi.

Salah satu pengurangan yang penting, baik secara politik maupun ekonomi, adalah pengurangan atas sumbangan amal (*charitable deduction*). Secara politik, ini penting karena mentransfer sebagian kekuasaan dari negara kepada wajib pajak individu untuk menentukan siapa yang akan menerima transfer altruistik, keputusan yang biasanya diambil secara politik. Secara ekonomi, hal ini menanggapi permasalahan free-rider dalam pemberian amal, sebagaimana dibahas dalam Bab 16. Pengurangan ini mungkin bahkan lebih efisien daripada pemberian amal langsung oleh pemerintah dalam mendorong pengeluaran sosial. Jika, seperti yang ditemukan dalam beberapa studi empiris, elastisitas harga dari pemberian amal lebih besar dari satu — artinya penurunan 1% dalam harga menyebabkan peningkatan lebih dari 1% dalam jumlah sumbangan — maka pengurangan pajak amal menghasilkan peningkatan dana bagi lembaga amal yang melebihi kehilangan penerimaan negara.

I. Perlakuan Khusus terhadap Keuntungan Modal (*Capital Gains*)

Hukum federal mengenakan pajak atas penghasilan hanya pada saat penghasilan tersebut direalisasikan. Oleh karena itu, apabila suatu perseroan tidak mendistribusikan seluruh laba kepada para pemegang saham dalam bentuk dividen, maka laba yang tidak didistribusikan tersebut tidak dikenakan pajak sebagai penghasilan pribadi. Hal ini dianggap tepat. Laba ditahan bukan merupakan milik pemegang saham. Kecuali dalam hal likuidasi, laba tersebut hanya memberikan manfaat kepada pemegang saham sejauh meningkatkan nilai saham yang dimilikinya. Peningkatan nilai saham itulah yang merupakan penghasilan bagi pemegang saham. Ketika pemegang saham menjual sahamnya, ia wajib membayar pajak atas apresiasi nilai saham tersebut, termasuk bagian apresiasi yang berasal dari laba yang ditahan. Namun, hal ini bukan merupakan pengganti yang memadai atas pengenaan pajak atas

apresiasi pada saat terjadinya, karena penundaan pembayaran pajak memberikan keuntungan berupa bunga atas jumlah yang seharusnya dibayarkan sebagai pajak apabila apresiasi tersebut dikenakan pajak saat terjadi. Perlakuan pajak yang menguntungkan terhadap apresiasi tersebut diperkuat dengan pengenaan tarif pajak *capital gains* yang lebih rendah dibandingkan penghasilan biasa (*ordinary income*).

Perlakuan pajak yang menguntungkan terhadap *capital gains* telah menimbulkan berbagai konsekuensi yang tidak efisien. Keuntungan tiba-tiba (*windfall*) yang diperoleh pemegang saham mungkin menjadi salah satu alasan yang mendorong Kongres untuk menetapkan pajak penghasilan korporasi, yang sebagaimana telah dibahas sebelumnya dalam bab ini, merupakan jenis pajak yang tidak efisien. Hal ini juga mungkin menjelaskan praktik korporasi yang membeli kembali sahamnya sendiri di pasar terbuka (yang dalam beberapa kasus juga berfungsi sebagai mekanisme anti-pengambilalihan). Pemegang saham yang menjual sahamnya kepada korporasi hanya dikenai pajak *capital gains*; padahal apabila korporasi menggunakan laba tersebut untuk membayar *dividen*, pemegang saham yang sama akan dikenakan pajak penghasilan atas keuntungan yang sama. Sekilas tampaknya korporasi dapat memperoleh hasil yang sama dengan hanya menahan laba dan menggunakannya untuk kegiatan usaha; dengan demikian korporasi memiliki modal lebih besar, dan harga sahamnya kemungkinan akan naik. Namun, tergantung pada tingkat kepercayaan pemegang saham terhadap kemampuan manajemen dalam menginvestasikan laba tersebut secara menguntungkan, kenaikan harga saham mungkin tidak setara dengan jumlah laba yang ditahan. Hal inilah yang menjadi salah satu alasan mengapa reksa dana tertutup (*closed-end mutual funds*), di mana pemegang saham tidak memiliki hak untuk menebus saham, biasanya diperdagangkan dengan harga diskon terhadap nilai pasar saham-saham yang dimiliki oleh dana tersebut.

Namun demikian, perlakuan khusus terhadap *capital gains* memberikan insentif kepada korporasi untuk menahan laba daripada mendistribusikannya; dan dengan membuat korporasi menjadi kurang bergantung pada penerbitan saham baru untuk membiayai ekspansi, serta mungkin juga dengan menurunkan rasio utang terhadap ekuitas dalam struktur permodalan korporasi, hal ini mengurangi disiplin pasar modal. Selain itu, orang terdorong untuk mempertahankan kepemilikan atas suatu properti, walaupun properti tersebut mungkin lebih produktif di tangan pihak lain, demi menghindari pajak

yang terus meningkat setiap tahun seiring dengan apresiasi nilai properti tersebut. Masyarakat juga terdorong untuk memilih kegiatan yang menghasilkan *capital gains*, seperti investasi properti, daripada kegiatan yang sama atau bahkan lebih produktif namun menghasilkan penghasilan biasa.

Namun, dengan keberadaan pajak penghasilan korporasi, pengenaan pajak atas *capital gains* dengan tarif setara dengan penghasilan biasa, atau bahkan dengan tarif apa pun, akan mengakibatkan pajak berganda. Hal ini dapat menimbulkan distorsi dalam alokasi investasi menuju bentuk usaha non-korporasi—meskipun solusinya bukan sekadar menghapus pajak atas *capital gains* dari penjualan saham korporasi, tetapi juga menghapus pajak atas dividen korporasi.

Terdapat pula keberatan ekonomi yang sangat kuat terhadap pengenaan pajak atas *capital gains* yang merupakan peningkatan nilai modal yang nyata. Bandingkan dua kasus: dalam kasus pertama, harga saham korporasi naik sebesar jumlah laba setelah pajak yang ditahan; dalam kasus kedua, harga saham naik karena korporasi ternyata memiliki sumber daya mineral yang sangat bernilai. Dalam kasus kedua, *capital gains* berasal dari kapitalisasi pendapatan di masa depan yang akan dikenakan pajak pada saat diterima; dalam kasus pertama, *capital gains* berasal dari akumulasi laba masa lalu. Dalam kedua kasus, terdapat pajak berganda karena adanya pajak penghasilan korporasi, tetapi dalam kasus kedua bahkan terdapat pajak tiga kali: pajak atas *capital gains*, pajak penghasilan korporasi atas pendapatan yang diterima, dan pajak penghasilan pribadi atas bagian dari pendapatan yang dibagikan dalam bentuk *dividen*.

Lebih lanjut, keinginan untuk mengenakan pajak atas apresiasi yang belum direalisasikan dalam beberapa kasus (kasus mana?) guna menghilangkan perlakuan istimewa terhadap *capital gains* adalah hal yang berbeda dari upaya merancang sistem yang praktis untuk melakukannya. Jika aset modal berupa saham, timbul godaan untuk mengenakan pajak atas laba ditahan sebagai penghasilan bagi pemegang saham, selain penghasilan yang dibayarkan sebagai *dividen*. Namun, terlepas dari argumen fundamental bahwa uang yang tidak berada dalam penguasaan langsung pemegang saham pada dasarnya bukan (atau setidaknya belum sepenuhnya) merupakan penghasilan mereka, hal tersebut juga menimbulkan tantangan praktis yang besar, terutama apabila laba korporasi harus dialokasikan di antara berbagai jenis sekuritas. Pengenaan pajak atas apresiasi yang belum direalisasikan

(misalnya, atas kenaikan nilai pasar saham) mungkin tidak menimbulkan permasalahan ini (mengapa?), tetapi akan menimbulkan permasalahan lain yang sama seriusnya. Wajib pajak akan kesulitan memprediksi kewajiban pajaknya. Masalah likuiditas kemungkinan besar akan memaksa wajib pajak untuk menjual sekuritas atau properti lain guna membayar pajak atas apresiasi yang belum direalisasikan. Ketentuan mengenai rata-rata penghasilan tahunan (*income averaging*) harus diperluas secara signifikan (mengapa?). Pajak penghasilan korporasi juga harus dikaji ulang secara menyeluruh (mengapa?).

Akhirnya, keuntungan utama dari pengenaan pajak hanya atas apresiasi yang direalisasikan adalah bahwa wajib pajak pada dasarnya diizinkan untuk memperoleh bunga secara bebas pajak selama periode penangguhan, yang secara kasar diimbangi oleh kenyataan bahwa sebagian besar apresiasi yang akhirnya dikenakan pajak bisa jadi merupakan apresiasi semu (*phantom appreciation*) yang disebabkan oleh inflasi. Contoh berikut menggambarkan interaksi antara dua faktor ini. Misalkan tingkat bunga riil untuk sekuritas dengan risiko sedang adalah 5%, tingkat inflasi 3%, sehingga tingkat bunga pasar adalah 8%. Setelah 10 tahun, obligasi yang dibeli seharga \$10.000 dan bunga yang dikapitalisasi (dikompaun tahunan) akan bernilai \$21.589. Jika dijual saat itu dan tarif pajak *capital gains* sebesar 25%, maka pajaknya sebesar \$2.897. Setelah dikurangi inflasi, apresiasinya hanya \$6.289, dan setelah pajak hanya \$3.392. Jika tidak ada inflasi, tingkat bunga pasar hanya 5%, pajaknya \$1.572, dan apresiasi bersih setelah pajak adalah \$4.717. Nilai ini lebih besar dibandingkan dengan skenario inflasi, yang menunjukkan bahwa sebagian dari apresiasi yang dikenakan pajak pada skenario inflasi adalah apresiasi semu yang disebabkan oleh inflasi.

Namun, dengan dapat menunda pembayaran pajak, pemegang obligasi memperoleh bunga atas penghasilan yang seharusnya telah dibayarkan sebagai pajak. Jika ia menerima pembayaran tahunan sebesar \$800 (8% dari \$10.000), yang dikenai pajak tahunan sebesar 25%, maka penghasilan bersihnya adalah 6% per tahun, yang apabila dikompaun selama 10 tahun menghasilkan \$7.908. Dibandingkan dengan penghasilan bersih aktualnya sebesar \$8.692 [$.75 \times (\$21.589 - \$10.000)$], jelas terlihat manfaat dari penangguhan pajak. Semakin lama penangguhan pajak, semakin besar jumlah apresiasi semu yang dikenakan pajak, namun pada saat yang sama, semakin besar pula bunga yang diperoleh wajib pajak akibat penangguhan tersebut.

J. Prinsip Progresivitas

Pajak penghasilan bersifat proporsional apabila setiap individu membayar persentase yang sama dari penghasilannya. Namun, apabila tarif pajak meningkat seiring dengan meningkatnya penghasilan wajib pajak — yang disebut sebagai pajak progresif — maka muncul sejumlah permasalahan administratif yang serius. Salah satunya adalah masalah waktu. Dalam sistem pajak proporsional, seseorang yang memperoleh penghasilan sebesar \$10.000 pada tahun pertama dan \$100.000 pada tahun kedua, akan membayar jumlah pajak total yang sama dengan individu yang memperoleh \$55.000 pada masing-masing tahun. Akan tetapi, dalam sistem pajak progresif, individu pertama akan membayar pajak lebih besar dibandingkan individu kedua. Oleh karena itu, diperlukan suatu mekanisme penghitungan rata-rata penghasilan antar tahun (*income averaging*) untuk menghindari efek disinsentif (efek seperti apa?).

Keberatan yang paling umum terhadap pajak progresif — lebih tepatnya terhadap tarif marjinal tinggi yang menyertai sistem ini (mengapa tarif marjinal tinggi muncul?) — adalah bahwa hal ini menyebabkan substitusi yang tidak efisien antara kerja dan waktu luang, karena tarif tinggi meningkatkan harga kerja relatif terhadap waktu luang. Namun, efek substitusi tersebut mungkin dapat diimbangi oleh efek pendapatan. Apabila waktu luang dianggap sebagai "barang superior" — yaitu barang yang dikonsumsi secara proporsional lebih banyak ketika pendapatan meningkat — maka tarif pajak marjinal yang tinggi justru dapat menurunkan nilai waktu luang bagi wajib pajak, karena menurunkan pendapatan riil (setelah pajak) lebih besar dibandingkan pengurangan biaya relatif waktu luang terhadap kerja. (Namun, perlu dicatat bahwa semakin mendekati 100 persen tarif marjinal, maka kemungkinan efek pendapatan mengimbangi efek substitusi akan semakin kecil.) Hal ini juga menunjukkan bahwa peningkatan penghasilan tidak kena pajak (*personal exemption*) dalam sistem pajak penghasilan federal dapat mengurangi insentif untuk bekerja, serta memiliki efek regresif. Efek regresif terjadi karena pengurangan penghasilan kena pajak lebih menguntungkan bagi mereka yang berada dalam tarif marjinal tinggi. Sementara insentif kerja menurun karena peningkatan kekayaan terjadi tanpa mengubah harga kerja relatif terhadap waktu luang, mengingat tarif marjinal tetap.

Terlepas dari efek pendapatan tersebut, apabila total penerimaan pajak dijaga konstan, maka beberapa wajib pajak akan mengalami tarif marjinal yang lebih rendah dalam sistem pajak progresif dibandingkan sistem proporsional. Efek peningkatan insentif kerja akibat tarif marjinal lebih rendah tersebut dapat melebihi efek disinsentif yang dialami oleh kelompok wajib pajak berpendapatan tinggi. Namun, apabila diasumsikan bahwa para wajib pajak berpendapatan tertinggi merupakan individu paling produktif dalam masyarakat, maka efek disinsentif terhadap mereka tidak dapat diimbangi oleh insentif tambahan yang timbul pada kelompok berpenghasilan lebih rendah.

Pajak penghasilan progresif juga mengurangi keberanian mengambil risiko ke bawah tingkat optimal. Sebagian pendapatan tinggi merupakan kompensasi atas risiko menerima pendapatan yang sangat rendah. Misalnya, satu dari sepuluh komponis memperoleh \$100.000 setahun dari karyanya, sedangkan sembilan lainnya tidak memperoleh apa pun. Walaupun pendapatan rata-rata kelompok tersebut tergolong rendah, namun dikenakan pajak jauh lebih tinggi dibandingkan apabila masing-masing komponis memperoleh \$10.000. Dengan demikian, pajak progresif dapat menghambat mobilitas ekonomi antar keluarga. Mendorong pengambilan risiko adalah cara yang efisien untuk menciptakan mobilitas pendapatan, baik ke atas maupun ke bawah. Orang kaya yang gagal dalam mengambil risiko bisa kehilangan sebagian besar kekayaannya; sementara orang miskin yang berhasil dalam mengambil risiko bisa naik kelas sosial. Hal inilah yang mungkin menjelaskan mengapa sistem pajak sangat progresif tidak populer di kalangan masyarakat berpendapatan menengah ke bawah.

Dampak sosial lain dari sistem pajak penghasilan progresif yang tinggi adalah tingginya biaya hukum dan akuntansi yang dikeluarkan untuk menghindari pajak. Misalnya, jika tarif marjinal sebesar 90% diterapkan atas pendapatan lebih dari \$50.000, maka seseorang yang berpenghasilan \$200.000 mungkin bersedia menghabiskan hingga \$135.000 untuk menghindari pajak atas \$150.000 terakhir dari pendapatannya. Sumber daya yang digunakan untuk menghindari pajak ini, seperti halnya biaya dalam praktik monopoli, bersifat tidak produktif. Namun, analisis ini menjadi lebih kompleks karena adanya efek pendapatan: individu berpenghasilan tinggi akan memiliki lebih sedikit uang untuk digunakan menghindari pajak apabila sistem pajak tersebut setidaknya sebagian efektif. Akan tetapi, biaya penghindaran pajak biasanya

dapat dikurangkan dari pajak (*tax deductible*), sehingga mengimbangi sebagian efek ini.

Penghindaran pajak juga dapat menjelaskan munculnya berbagai celah hukum (*loopholes*) yang memungkinkan wajib pajak menghindari tarif tertinggi. Celah hukum ini dapat mendistorsi pola kerja dan investasi (dapatkah Anda menyebutkan contohnya?). Meskipun *loopholes* ini merusak tujuan redistribusi dari pajak progresif, mereka tetap mengurangi pendapatan riil individu kaya. Bukan hanya karena biaya hukum dan akuntansi untuk menghindari pajak, tetapi juga karena penghasilan yang dilindungi pajak (*tax-sheltered income*) biasanya memberikan imbal hasil yang lebih rendah. Persaingan di antara wajib pajak kaya telah menurunkan suku bunga obligasi bebas pajak (misalnya obligasi pemerintah daerah) jauh di bawah suku bunga pasar untuk instrumen dengan risiko setara. Individu yang karena alasan pajak memberikan lebih banyak sumbangan amal dibandingkan yang ia lakukan seandainya tarif pajaknya lebih rendah, akan memperoleh utilitas lebih rendah dari pengeluaran tersebut. Maka, ketimpangan riil dalam pendapatan memang berkurang, meskipun redistribusi kekayaan tidak selalu tercapai. Tetapi sulit untuk menilai apa manfaatnya, kecuali jika terdapat rasa iri sosial yang tinggi.

Meskipun pajak progresif memiliki kekurangan serius dibandingkan pajak proporsional, terdapat satu argumen tandingan yang mungkin bersifat menentukan. Sebagian besar jenis pajak selain pajak penghasilan bersifat regresif; yaitu, membebani masyarakat berpendapatan rendah secara proporsional lebih besar daripada yang berpendapatan tinggi. Oleh karena itu, agar sistem pajak secara keseluruhan bersifat proporsional, maka pajak penghasilan sebaiknya progresif. Namun, apakah sistem pajak secara keseluruhan harus progresif atau proporsional? Salah satu konsekuensi dari sistem progresif adalah meningkatnya daya tarik politik dari inflasi sebagai alat kebijakan, karena inflasi mendorong pendapatan (atau objek pajak lain) ke dalam *bracket* pajak yang lebih tinggi, sehingga secara otomatis meningkatkan penerimaan pemerintah melebihi tingkat inflasi itu sendiri (mengapa?).

Inflasi dengan demikian menjadi sarana bagi pemerintah untuk meningkatkan penerimaan riil tanpa menaikkan tarif pajak atau mengubah undang-undang perpajakan secara formal. Ada pula argumen bahwa pajak progresif lebih rentan terhadap penyalahgunaan, karena memungkinkan mayoritas pemilih memindahkan beban pajak kepada minoritas yang terdiri

dari individu berpendapatan tinggi. Namun, terlepas dari argumen sebelumnya tentang pengambilan risiko, kemampuan praktis dari separuh masyarakat berpendapatan rendah untuk mengalihkan beban pajak ke separuh yang lebih kaya dibatasi oleh tiga faktor:

1. Mereka yang berada di kelompok bawah namun berharap menjadi kelompok atas suatu saat nanti, enggan mendukung pajak progresif yang tajam, karena pajak ini mendiskriminasi orang kaya baru.
2. Kelompok bawah mungkin juga enggan memilih sistem pajak yang akan (pada level progresivitas tertentu) mengurangi insentif untuk bekerja, karena mereka turut memperoleh manfaat dari produktivitas orang-orang kaya yang giat bekerja (atau yang bercita-cita menjadi kaya).
3. Mayoritas suara pemilih tidak selalu menentukan kebijakan publik (lihat Bab 19.3).

Justifikasi tradisional untuk pajak progresif adalah anggapan bahwa orang kaya memperoleh manfaat lebih besar dari negara. Layanan perlindungan publik seperti pertahanan nasional, polisi, dan pemadam kebakaran dianggap lebih bernilai bagi orang kaya dibandingkan orang miskin: seorang kaya yang menjadi korban kejahatan mengalami kerugian pendapatan yang lebih besar daripada orang miskin. Akan tetapi, bagian besar dari anggaran pemerintah federal, negara bagian, maupun daerah saat ini dialokasikan untuk pelayanan sosial bagi masyarakat miskin. Maka, justifikasi berbasis manfaat yang diterima menjadi tidak relevan. Dalam sistem pajak penghasilan proporsional sekalipun, kewajiban pajak absolut dari individu kaya tetap jauh lebih besar dibandingkan individu miskin.

Sudah dijelaskan dalam bab sebelumnya bahwa pajak progresif tidak dapat dibenarkan hanya dengan merujuk pada prinsip penurunan utilitas marjinal dari pendapatan. Masih menjadi perdebatan apakah pajak progresif dapat dibenarkan melalui teori kontrak sosial, yakni sebagai sarana untuk memaksimalkan kesejahteraan kelompok yang paling kurang beruntung. Bisa jadi mereka lebih sejahtera di bawah kombinasi antara pajak proporsional (yang dapat mendorong aktivitas produktif yang lebih besar serta lebih murah dalam administrasi) dan transfer langsung kepada kelompok berpendapatan rendah.

Bacaan yang Disarankan

1. Walter J. Blum & Harry Kalven, Jr., *The Uneasy Case for Progressive Taxation* (1953).
2. Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution* (1980).
3. Arnold C. Harberger, *Taxation and Welfare* (1974).
4. Richard A. Musgrave & Peggy B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice*, bagian 3–4 (edisi ke-4, 1984).
5. Henry C. Simons, *Personal Income Taxation* (1938).
6. Paul B. Stephan III, *Federal Income Taxation and Human Capital*, 70 *Virginia Law Review* 1357 (1984).
7. Edward A. Zelinsky, *Efficiency and Income Taxes: The Rehabilitation of Tax Incentives*, 64 *Texas Law Review* (akan terbit 1986).
8. *The Economics of Taxation* (disunting oleh Henry J. Aaron & Michael J. Boskin, 1980).

Permasalahan

1. Dapatkah Anda mengemukakan alasan-alasan ekonomi yang mendukung atau menolak ketentuan perpajakan berikut:
 - a. Pemisahan penghasilan (income splitting) antara suami dan istri.
 - b. Perlakuan terhadap suatu *trust* sebagai subjek pajak terpisah.
 - c. Tidak dikenakannya pajak atas ganti rugi kompensatoris dalam perkara _____ perdata _____ (tort).
 - d. Pengenaan pajak atas penghasilan istri berdasarkan tarif marginal suami.
2. Sebagaimana telah dibahas, suatu perusahaan dapat mengalihkan beban pajak konsumsi (excise tax) ke konsumen atau ke pemasok. Apakah pajak penghasilan perseorangan dapat dialihkan? Misalkan dikenakan pajak tambahan khusus (surtax) atas penghasilan akuntan. Apakah tarif jasa akuntan akan meningkat? Apakah jawaban Anda akan berbeda jika penghasilan akuntan mencakup *monopoly profit*?
3. Bahaslah proposisi berikut: Apabila kematian dianggap sebagai saat realisasi atas kenaikan nilai modal (*capital gains*) pewaris, maka salah satu kekuatan penstabil pasar saham akan hilang.

4. Dalam perkara *Sanitary Farms Dairy, Inc.*, 25 T.C. 463, 467–68 (1955), *Tax Court* menyatakan bahwa pemilik perusahaan susu dapat mengurangkan dari pajaknya lebih dari \$15.000 yang dikeluarkan untuk safari ke Afrika bersama istrinya. Ia membuat film selama safari tersebut yang kemudian digunakan secara luas untuk mengiklankan perusahaannya. Pengadilan menemukan bahwa "bukti menunjukkan bahwa nilai iklan yang setara tidak dapat diperoleh dengan jumlah uang yang sama melalui cara-cara normal lainnya," dan menyimpulkan: "Tidak ada bagian dari biaya tersebut yang dikenai pajak sebagai biaya perjalanan dan kesenangan pribadi. Mereka memang menikmati berburu, tetapi kenikmatan terhadap pekerjaan tidak serta-merta menjadikan pekerjaan tersebut sebagai hobi pribadi, dan biaya perjalanan berburu bukanlah penghasilan bagi pemburunya."

Apakah putusan tersebut masuk akal secara ekonomi? Haruskah pengadilan menolak seluruh pengurangannya? Atau memberikan pengurangan sebagian?

5. Dalam kondisi apa saja, jika ada, biaya jasa hukum yang berkaitan dengan proses litigasi dapat dikurangkan dari pajak penghasilan?
6. Secara prinsipil, apakah pajak penghasilan selalu lebih efisien daripada pajak konsumsi (*excise tax*)? Lihat Milton Friedman, *Price Theory*, Bab 3 (1976).
7. Apakah sifat penghindaran risiko (*risk aversion*) menunjukkan bahwa kredit pajak (*tax credit*) atas pengeluaran medis lebih diinginkan dibandingkan dengan pengurangan pajak (*tax deduction*) yang menghasilkan penghematan pajak yang sama secara agregat?
8. Apa pendapat Anda mengenai metode berikut untuk menilai nilai properti dalam konteks pajak properti? Pemilik akan menetapkan nilai properti sendiri dan melaporkannya ke kantor pajak daerah. Selama satu tahun, siapa pun dapat membeli properti tersebut dengan harga yang ditetapkan pemilik. Lihat Saul Levmore, *Self-Assessed Valuation Systems for Tort and Other Law*, 68 *Virginia Law Review* 771 (1982).
9. Apakah perusahaan utilitas publik diperbolehkan mengurangkan sumbangan amal dari pajak? Apakah sumbangan tersebut dapat dianggap sebagai bagian dari biaya pelayanan (*cost of service*) untuk keperluan penetapan tarif?

10. Gambarlah kembali Gambar 17.1 dan 17.2 dengan menggunakan pajak konsumsi tetap (*flat excise tax*) alih-alih pajak nilai (*ad valorem excise tax*).
11. Minuman keras dan rokok merupakan objek populer untuk pajak konsumsi karena permintaannya dianggap tidak elastis. Namun, benarkah demikian? Kedua produk tersebut seringkali berdampak buruk terhadap kesehatan konsumen. Misalkan biaya nyata untuk membeli satu botol wiski atau satu bungkus rokok adalah dua kali lipat dari harga pasar ketika dampak kesehatan diperhitungkan. Bagaimana hal ini memengaruhi estimasi elastisitas permintaan terhadap kedua produk tersebut? Bandingkan dengan Bab 10.5 sebelumnya. Apakah jawaban Anda memiliki implikasi terhadap kebijakan perpajakan? Bagaimana jika diasumsikan bahwa biaya kesehatan meningkat secara progresif atau menurun, bukan secara tetap, seiring dengan jumlah konsumsi?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XVIII

PENGALIHAN KEKAYAAN PADA SAAT KEMATIAN

A. Pajak atas Kematian (dan Hibah)

Bagi banyak kalangan yang mempelajari sistem perpajakan, pajak atas kekayaan pada saat kematian dianggap relatif bebas dari efek substitusi dan sifat regresif yang melekat pada banyak jenis pajak lainnya. Memang benar bahwa distribusi kekayaan yang dapat diukur jauh lebih timpang dibandingkan dengan distribusi pendapatan. Namun, hal tersebut sebagian disebabkan karena manfaat jaminan sosial tidak dikapitalisasi dalam penghitungan kekayaan seseorang; jika manfaat tersebut diperhitungkan sebagai modal, ketimpangan kekayaan akan jauh lebih kecil. Bahkan, apabila pendapatan dan kekayaan diukur secara menyeluruh, distribusi keduanya akan hampir setara, karena seluruh pendapatan akan dikapitalisasi (terutama sebagai modal manusia), sedangkan seluruh jasa modal akan diperlakukan sebagai pendapatan (misalnya, pendapatan sewa imajiner dari rumah milik pribadi).

Namun demikian, hal yang tidak dapat disangkal adalah bahwa jumlah kekayaan yang dapat diperdagangkan pada saat kematian sangat bervariasi antar keluarga. Kendati demikian, pajak warisan (yang berbeda dari pajak hibah atau pewarisan) memiliki sifat yang agak sewenang-wenang, karena mengabaikan keadaan kekayaan para penerima warisan—mereka bisa saja seluruhnya adalah kerabat miskin. Lebih lanjut, meskipun pajak warisan memiliki karakteristik keadilan dan efisiensi yang ideal, dari segi penerimaan negara, pajak ini tidak efektif karena hanya menghasilkan penerimaan yang sangat kecil pada tarif pajak saat ini, dan pada tarif yang lebih tinggi mungkin justru menghasilkan penerimaan yang lebih rendah. Hal ini disebabkan karena efek substitusinya lebih kompleks daripada yang umum diasumsikan.

Sebelum itu, perlu dikaji terlebih dahulu alasan mengapa seseorang meninggal dunia masih dalam keadaan memiliki kekayaan, bukannya menghabiskannya selama masa hidupnya. Alasan bahwa seseorang tidak mengetahui kapan ia akan meninggal dunia dan oleh karenanya perlu mempertahankan kekayaan untuk berjaga-jaga jika usianya lebih panjang dari perkiraan, merupakan alasan yang dangkal. Melalui pembelian anuitas (asuransi terbalik, yang memberikan pembayaran tetap atau variabel kepada

penerima hingga ia meninggal dunia, tanpa akumulasi modal), seseorang dapat dipastikan tidak akan meninggalkan kekayaan yang berarti pada saat wafat.

Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa orang memang memiliki keinginan untuk mengakumulasi kekayaan demi kepentingan mereka yang akan menerima warisan tersebut. Motif pewarisan ini merupakan bentuk dari altruism, dan peningkatan "harga" dari altruism (misalnya melalui pajak yang tinggi atas kematian) akan mengurangi jumlah kekayaan yang diwariskan (bahkan secara lebih dari proporsional, sebagaimana telah diuraikan dalam bab sebelumnya). Hal ini mengimplikasikan bahwa pajak atas kematian yang tinggi akan mengurangi insentif untuk menabung dan justru meningkatkan insentif untuk mengonsumsi. Namun seberapa buruk hal ini, mengingat bahwa seluruh bentuk pajak memiliki efek substitusi, sulit untuk ditentukan. Sebagaimana telah disinggung pada bab sebelumnya, setiap generasi cenderung memiliki tingkat kesejahteraan yang lebih tinggi dibandingkan generasi sebelumnya, dan hal ini lebih disebabkan oleh kemajuan pengetahuan daripada karena penundaan konsumsi oleh generasi sebelumnya. Apabila tidak terdapat pajak warisan, setiap individu akan memiliki kebebasan untuk menentukan sendiri seberapa besar ia ingin menabung demi generasi berikutnya. Adanya pajak warisan akan mengurangi keinginan tersebut. Walaupun hal ini merupakan bentuk distorsi, bisa jadi distorsi ini kurang merugikan dibandingkan distorsi lain yang timbul akibat sistem perpajakan.

Pada kenyataannya, distorsi yang timbul dari pajak warisan mungkin tidak terlalu besar, namun bukan karena adanya keunggulan inheren dari pajak ini. Kemungkinan besar, karena mayoritas orang menyadari bahwa generasi berikutnya akan hidup dalam keadaan lebih sejahtera, maka mereka secara alami tidak berusaha mengakumulasi kekayaan yang besar; hal ini dengan sendirinya membatasi potensi penerimaan dari pajak warisan. Dengan adanya pajak warisan, segelintir orang yang dalam keadaan tanpa pajak akan cenderung mengakumulasi kekayaan besar, justru memilih untuk lebih banyak mengonsumsi dan/atau memberikan hibah selama masa hidup mereka kepada para ahli waris atau penerima wasiat yang dituju, serta meminimalkan hilangnya kendali atas kekayaan tersebut dengan menempatkannya dalam perwalian yang tunduk pada berbagai pembatasan. Memang benar bahwa terdapat pajak atas hibah, tetapi pajak ini dapat dielakkan dengan memberikan hibah dalam jumlah kecil terhadap aset yang diperkirakan akan mengalami

apresiasi nilai, atau dengan memberikan hibah jauh-jauh hari sebelum penerima dapat menikmatinya (misalnya, kepada cucu yang dititipkan dalam perwalian sampai mereka dewasa), sehingga mekanisme bunga majemuk secara alami akan menjadikan hibah tersebut tumbuh menjadi jumlah yang signifikan—dan bunga tersebut akan dikenakan pajak dengan tarif yang lebih rendah dibandingkan apabila kekayaan tersebut tetap dimiliki oleh pemberi hingga ia wafat.

Pajak hibah bahkan dapat dihindari sepenuhnya dengan memberikan hibah dalam bentuk modal manusia, misalnya melalui pembiayaan pendidikan tinggi yang mahal untuk anak-anaknya. Terdapat pula metode lain untuk mengalihkan kekayaan yang tidak dikenai pajak hibah: Pajak mungkin dapat mencegah seorang ayah memberikan satu juta dolar kepada anaknya, tetapi tidak akan dapat menghalangi dia untuk mengangkat anak tersebut sebagai wakil presiden eksekutif di perusahaannya. Bentuk hibah ini, berbeda dengan transfer tunai sederhana, tidaklah tanpa biaya; praktik nepotisme dapat mengurangi produktivitas perusahaan.

Karena pajak warisan menghasilkan penerimaan negara yang sangat kecil, maka motif penerapan pajak ini tampaknya tidak terletak pada prinsip-prinsip optimalisasi perpajakan, ataupun kekuatan kelompok kepentingan dalam mempengaruhi pemerintah untuk mengalirkan kekayaan kepada mereka. Salah satu gagasan yang mendasari pajak ini adalah bahwa pewarisan kekayaan dalam jumlah besar memberikan keuntungan yang tidak adil. Namun sulit untuk memahami mengapa hal itu dianggap lebih tidak adil dibandingkan dengan mewarisi kecerdasan atau semangat kerja. Kita menerima kenyataan bahwa pendapatan yang diperoleh dari hasil warisan genetik dikenakan pajak; maka mengapa tidak menerima pula bahwa pendapatan dari warisan kekayaan dikenakan pajak?

Terdapat pula pandangan bahwa pajak warisan diperlukan untuk mencegah terbentuknya kekayaan yang sangat besar dari generasi ke generasi yang pada akhirnya dapat menimbulkan ketegangan politik. Memang benar bahwa konsentrasi kekayaan dalam jumlah besar pernah terjadi di Inggris sebagian besar karena pewarisan tanpa pajak, tetapi hal tersebut disebabkan oleh praktik *primogeniture*—yakni kebiasaan mewariskan hampir seluruh harta kepada anak laki-laki sulung. Ketika kekayaan diwariskan kepada lebih dari satu ahli waris, bahkan harta dalam jumlah sangat besar pun cenderung akan terfragmentasi dalam beberapa generasi. *Primogeniture* umumnya hanya

terjadi apabila aset utama dalam warisan tidak dapat dibagi-bagi, sehingga pembagian kepada lebih dari satu anak akan menyebabkan inefisiensi karena kepemilikan yang terbagi-bagi (lihat Bab 3.9 di atas). Hal ini memang lazim pada lahan pertanian, bentuk kekayaan utama dalam sejarah Inggris, tetapi tidak relevan terhadap sebagian besar aset yang dapat diperdagangkan pada masa kini.

B. Masalah "Tangan Mati"

Sebuah dilema tampak muncul dari seringnya para pewaris (*testator*) berupaya untuk membatasi penggunaan kekayaan yang mereka tinggalkan dalam wasiat. Masalah yang disebut sebagai “tangan mati” (*dead hand*) terjadi ketika kematian tidak menghasilkan pengalihan kekayaan secara bersih kepada pihak yang masih hidup, sehingga mereka tidak leluasa menggunakan harta tersebut sesuai kehendaknya. Salah satu motivasi seseorang untuk mengakumulasi kekayaan dalam jumlah besar adalah keinginan untuk tetap mempengaruhi penggunaan kekayaan tersebut bahkan setelah ia meninggal dunia, melalui pencantuman syarat-syarat tertentu (yang dalam beberapa kasus bersifat permanen) dalam wasiat. Maka, suatu kebijakan yang mengabaikan syarat-syarat tersebut dalam beberapa hal dapat memiliki dampak terhadap insentif untuk mengakumulasi kekayaan yang serupa dengan pajak warisan yang tinggi.

Namun, apabila ketentuan-ketentuan dalam wasiat — terutama yang bersifat abadi — selalu ditaati secara mutlak, hal ini dapat menyebabkan penggunaan sumber daya menjadi tidak efisien. Peristiwa yang tak terduga yang terjadi setelah kematian pewaris dapat menimbulkan kebutuhan untuk mengalihkan sumber daya tersebut agar dapat dimanfaatkan secara lebih efisien. Jika ketentuan dalam wasiat tidak dapat diubah, maka tidak akan tersedia sarana hukum untuk mewujudkan alokasi ulang sumber daya tersebut.

Karakteristik dari permasalahan ini digambarkan melalui sebuah sengketa hukum terkait sebidang taman yang dihibahkan kepada pemerintah Kota Macon, Negara Bagian *Georgia*, oleh Senator Amerika Serikat Augustus Bacon, yang wafat pada awal abad ke-20. Wasiat Senator Bacon, yang dibuat pada era diberlakukannya undang-undang segregasi rasial pasca-Rekonstruksi, menetapkan bahwa taman tersebut hanya boleh digunakan oleh perempuan dan anak-anak kulit putih. Pada tahun 1960-an, diajukan gugatan terhadap pemerintah kota yang menyatakan bahwa pelaksanaan syarat

diskriminatif tersebut melanggar ketentuan perlindungan yang setara sebagaimana diatur dalam Amandemen Keempat Belas Konstitusi Amerika Serikat. Mahkamah Agung Amerika Serikat memutuskan bahwa syarat tersebut batal demi hukum.

Sebagai akibatnya, para ahli waris Senator Bacon, yang merupakan penerima sisa warisan (*residuary legatees*) dalam wasiat tersebut, mengajukan gugatan yang menyatakan:

- 1) hibah taman menjadi batal karena kota tidak lagi dapat melaksanakan syarat rasial yang ditetapkan dalam hibah tersebut; dan
- 2) kepemilikan properti tersebut secara hukum kembali kepada mereka berdasarkan klausul warisan sisa dalam wasiat. Gugatan tersebut dikabulkan.

Sekilas, hasil putusan tersebut tampak sejalan dengan kebijakan untuk menegakkan kehendak pewaris sebagaimana tercantum dalam syarat-syarat wasiat. Namun setelah ditelaah lebih lanjut, kesimpulan tersebut menjadi diragukan. Terdapat indikasi bahwa Senator Bacon memasukkan syarat rasial tersebut terutama untuk meyakinkan pemerintah kota agar bersedia mengelola taman tersebut. Tidak terdapat bukti yang kuat bahwa tujuan utama hibah tersebut adalah untuk mendukung segregasi rasial, melainkan untuk menyediakan fasilitas rekreasi bagi warga Macon. Besar kemungkinan bahwa apabila Senator Bacon dapat dimintai pendapatnya, ia akan lebih memilih agar taman tersebut tetap digunakan sebagai taman, meskipun terbuka bagi warga non-kulit putih, daripada menyerahkan lahan tersebut kepada ahli warisnya yang jauh hubungan keluarganya untuk kemudian dialihfungsikan menjadi kawasan perumahan atau komersial. Hal ini semakin masuk akal karena pemerintah kota selalu dapat membeli kembali lahan tersebut dari para ahli waris dan melanjutkan fungsinya sebagai taman—yang dalam hal ini harus terbuka bagi masyarakat umum tanpa diskriminasi ras. Maka, kehendak diskriminatif Senator Bacon tidak akan terlaksana, dan satu-satunya dampak dari pembatalan hibah amal tersebut adalah timbulnya keuntungan besar bagi para ahli waris, suatu hasil yang agaknya tidak dikehendaki oleh Bacon sendiri mengingat ia tidak mewariskan harta tersebut kepada mereka secara langsung.

Sebagaimana ditunjukkan oleh perkara di atas, dilema antara menjalankan kehendak pewaris atau menyesuaikan isi wasiat dengan kondisi yang telah berubah sejak kematiannya sering kali merupakan dilema yang semu. Suatu kebijakan yang menganut prinsip kepatuhan kaku terhadap isi

dokumen hibah justru dapat menggagalkan baik tujuan pewaris maupun efisiensi dalam penggunaan sumber daya. Dalam perkara Macon, tidak terdapat permasalahan efisiensi yang serius karena, sebagaimana telah disebutkan, apabila nilai lahan tersebut sebagai taman lebih tinggi dibandingkan penggunaan alternatif, maka pemerintah kota dapat selalu membelinya kembali dari para ahli waris. Namun andaikan Senator Bacon menghibahkan sanatorium tuberkulosis kepada kota tersebut alih-alih taman, dan kemudian prevalensi penyakit tersebut menurun serta perkembangan ilmu kedokteran menjadikan metode pengobatan melalui sanatorium menjadi usang, maka nilai dari fasilitas yang dihibahkan dalam fungsi awalnya akan menurun secara signifikan. Pada akhirnya akan menjadi jelas bahwa fasilitas tersebut akan lebih bermanfaat bila digunakan untuk keperluan lain. Tidak seperti dalam kasus taman, tidak akan ada hambatan hukum untuk tetap melaksanakan seluruh ketentuan hibah. Namun pelaksanaan tersebut kemungkinan besar bertentangan dengan maksud utama pewaris, yaitu berkontribusi terhadap penyembuhan penyakit, bukan mempertahankan fasilitas yang sudah tidak berguna.

Uraian di atas mungkin terdengar seperti penyangkalan terhadap kecakapan seorang pemberi hibah untuk mempertimbangkan nilai dari suatu hibah permanen dibandingkan biaya efisiensi yang ditimbulkan oleh hibah tersebut. Namun, karena tidak ada seorang pun yang dapat memprediksi masa depan secara pasti, seorang pemberi hibah yang rasional tentu memahami bahwa niatnya dapat saja menjadi tidak tercapai akibat keadaan yang tidak dapat diramalkan, dan oleh karena itu dapat diasumsikan bahwa ia secara implisit menerima suatu kaidah hukum yang mengizinkan perubahan atas ketentuan wasiat apabila perubahan keadaan secara substansial menggagalkan maksud awalnya. Asumsi ini bukanlah suatu hal yang absolut. Beberapa pemberi hibah yang rasional, karena ketidakpercayaannya terhadap kapasitas lembaga peradilan untuk mengubah isi wasiat secara bijaksana dengan mempertimbangkan kondisi baru, mungkin memilih untuk menanggung sendiri risiko yang timbul dari kepatuhan kaku terhadap isi wasiat. Bahkan dalam kasus seperti ini, terdapat argumen — sejauh mana argumen tersebut meyakinkan diserahkan kepada penilaian pembaca — untuk mengabaikan larangan pemberi hibah terhadap modifikasi ketentuan. Pemberian hibah pada saat kematian secara definisi adalah tindakan satu kali seumur hidup — suatu ungkapan yang agak janggal namun justru menegaskan kekhasan transaksi

tersebut. Biaya informasi dalam kasus ini sangat tinggi — bahkan dapat dikatakan tak terhingga; dan oleh karena itu, bisa jadi siapa pun yang berusaha mengendalikan masa depan secara kaku telah bertindak secara irasional.

C. Doktrin *Cy Pres*

Apabila pelaksanaan ketentuan dalam suatu hibah untuk tujuan amal tidak lagi layak secara ekonomi — baik karena telah menjadi melanggar hukum (seperti dalam contoh taman kota di Macon) maupun karena menimbulkan biaya peluang yang besar (seperti dalam contoh sanatorium) — pengadilan, alih-alih menyatakan hibah tersebut batal dan mengalihkan properti kepada para penerima warisan sisa (jika dapat diidentifikasi), akan memberikan kewenangan kepada pengelola *trust* amal tersebut untuk mengalihkan aset *trust* kepada tujuan lain yang serupa (*cy pres*), dalam lingkup umum maksud awal dari pemberi hibah.

Doktrin *cy pres* secara umum dirancang dengan baik untuk mencegah kegagalan pencapaian maksud pemberi hibah, dan seharusnya dapat diterapkan dalam perkara taman di Macon untuk membenarkan pengabaian terhadap syarat diskriminatif terkait ras. Memang benar, apabila efisiensi didefinisikan secara sempit, maka kepentingan tersebut mungkin akan lebih baik dilayani melalui suatu aturan yang menyatakan bahwa apabila pelaksanaan syarat hibah menjadi melawan hukum atau tidak lagi ekonomis, maka hibah tersebut dianggap gugur dan propertinya dialihkan kepada para penerima warisan sisa atau (jika mereka tidak dapat diidentifikasi) kepada negara, sehingga kepemilikan atas properti tersebut berada di tangan pihak hidup yang bebas menggunakannya untuk tujuan yang paling bernilai.

Tentu saja, pengadilan dapat saja keliru dalam menilai bahwa suatu donasi amal tidak lagi ekonomis. Namun jika demikian, lembaga amal yang bersangkutan secara wajar dapat diasumsikan akan membeli kembali properti tersebut dari pemilik baru dan terus menggunakannya seperti semula. Akan tetapi, pendekatan seperti ini pada akhirnya dapat terbukti tidak efisien karena:

- 1) mengurangi insentif untuk mengakumulasi kekayaan, karena secara praktis menjadi mustahil untuk mendirikan lembaga amal abadi dengan tujuan yang terdefinisi secara memadai; dan
- 2) mengurangi motivasi untuk mendirikan *trust* amal.

Namun, apabila pemberi hibah secara tegas menyatakan dalam wasiatnya bahwa dalam keadaan apa pun ia tidak menghendaki agar syarat hibah diubah — bahwa dalam situasi seperti itu ia lebih memilih agar properti dikembalikan kepada para penerima warisan sisa — maka tidak ada justifikasi ekonomi untuk menerapkan doktrin *cy pres*.

D. Masalah Insentif pada Yayasan Amal

Bahkan dalam kondisi tanpa adanya peristiwa yang tidak terduga, hibah amal yang bersifat abadi tetap menimbulkan persoalan ekonomi yang menggemakan kekhawatiran terhadap pemisahan antara kepemilikan dan pengelolaan sebagaimana terjadi dalam korporasi bisnis modern. Sebuah yayasan amal yang memperoleh pendapatan substansial secara berkelanjutan dari dana abadi yang diberikan pada saat pendirian merupakan lembaga yang tidak bersaing dalam pasar produk maupun dalam pasar modal, dan yang tidak memiliki pemegang saham. Dewan pengawas (*board of trustees*) yayasan tersebut bersifat regeneratif secara internal (*self-perpetuating*) dan tidak bertanggung jawab kepada pihak mana pun (selain dirinya sendiri) atas kinerja kelembagaan. (Meskipun Jaksa Agung negara bagian memiliki kewenangan hukum atas pengelolaan *trust* amal, kewenangan tersebut dalam praktiknya lebih bersifat formalitas.)

Pada saat yang sama, baik pengurus maupun staf yayasan tidak memiliki hak kepemilikan atas aset maupun pendapatan yayasan yang dapat memotivasi mereka untuk mengoptimalkan nilai lembaga tersebut. Tidak ada "insentif" dalam bentuk penghargaan (*carrot*) maupun "hukuman" dalam bentuk sanksi (*stick*) yang berlaku.

Insentif untuk mengelola aset yayasan secara efisien dapat diperkuat melalui penerapan suatu ketentuan yang mewajibkan setiap yayasan amal untuk mendistribusikan seluruh hibah yang diterima—baik pokok maupun hasil (bunga, dividen, dan sebagainya), termasuk dana abadi awal—dalam jangka waktu tertentu yang telah ditentukan. Yayasan tersebut tidak diwajibkan untuk membubarkan diri setelah masa tersebut berakhir; operasionalnya dapat terus berjalan tanpa batas waktu. Akan tetapi, yayasan tersebut harus secara berkala memperoleh hibah baru untuk menghindari habisnya dana. Karena kecil kemungkinan bahwa para donor akan memberikan dana kepada lembaga yang dikenal memiliki kinerja yang lemah, kebutuhan untuk secara berkala kembali ke "pasar" donasi akan menciptakan

insentif bagi para pengurus dan pengelola yayasan untuk melaksanakan operasional yang efisien dan akuntabel.

Yayasan-yayasan tertentu — yang sebagian besar merupakan lembaga keagamaan dan pendidikan — yang memasarkan jasa atau layanannya, atau yang mengandalkan dukungan amal yang berkelanjutan, dan dengan demikian telah tunduk pada tekanan persaingan pasar, dapat dikecualikan dari ketentuan tentang kewajiban menghabiskan dana tersebut.

Keberatan terhadap ketentuan yang diusulkan ini adalah bahwa peraturan semacam itu tidak diperlukan — karena para donor telah memiliki kebebasan untuk membatasi durasi hibah amal mereka — dan oleh karena itu (alasan “oleh karena itu” ini masih dapat diperdebatkan), ketentuan tersebut mungkin akan mengurangi insentif untuk memberikan hibah amal.

Namun terdapat argumen tandingan, yaitu bahwa banyak yayasan abadi didirikan pada masa ketika yayasan merupakan bentuk lembaga yang masih baru; dengan demikian, seseorang yang mendirikan yayasan pada masa itu tidak dapat dipersalahkan karena tidak mampu memprediksi timbulnya permasalahan berupa manajemen yang tidak efisien dan tidak responsif, yang dapat membelenggu yayasan abadi sebagai akibat dari serangkaian batasan kelembagaan yang bersifat unik (atau lebih tepatnya, ketiadaan batasan) dalam operasional yayasan tersebut.

E. Ketentuan dalam *Private Trusts*

Permasalahan yang telah kita bahas sejauh ini dalam konteks *charitable trusts* (amanat/harta wakaf untuk tujuan amal) juga muncul dalam konteks *private trusts* (amanat pribadi) dan hibah pribadi. Misalnya, seorang pria mewariskan sejumlah uang kepada putranya melalui suatu *trust*, namun *trust* tersebut akan batal apabila si anak tidak menikah dengan seorang perempuan yang beragama Yahudi sebelum ia berusia 25 tahun. Pendekatan yurisprudensi dalam kasus-kasus seperti ini adalah menolak untuk menegakkan syarat wasiat apabila syarat tersebut dianggap tidak wajar. Dalam kasus ini, pertimbangan mungkin akan berbeda tergantung apakah anak tersebut berusia 18 tahun atau 24 tahun pada saat pewarisan, serta seberapa besar populasi Yahudi di tempat tinggalnya.

Pendekatan ini mungkin tampak sama sekali tidak memiliki dasar ekonomi, dan memang harus diakui bahwa kriteria “kewajaran”

(*reasonableness*) dalam konteks ini kurang memberikan kepastian hukum. Namun pertimbangkanlah kemungkinan adanya modifikasi syarat apabila hibah tersebut bersifat *inter vivos* (diberikan semasa hidup), bukan hibah wasiat (*testamenter*). Menjelang batas waktu, si anak mungkin akan datang kepada ayahnya dan membujuknya bahwa meskipun telah berusaha keras, ia tidak menemukan perempuan Yahudi yang bersedia menikah dengannya. Ayahnya mungkin dapat diyakinkan untuk memberikan perpanjangan waktu atau melonggarkan syarat tersebut. Namun apabila sang ayah telah wafat, bentuk "perundingan ulang" semacam ini menjadi tidak mungkin dilakukan, dan oleh karena itu, anggapan bahwa syarat tersebut wajar pun kehilangan relevansinya. Hal ini menjadi argumen bagi penerapan pendekatan *cy pres* dalam kasus *private trusts*, sebagaimana halnya dalam *charitable trusts*, kecuali jika pewaris secara tegas menolak adanya kewenangan pengadilan untuk memodifikasi ketentuan yang ditetapkan.

Poin tersebut juga dapat menjelaskan mengapa, meskipun pemilik koleksi seni memiliki kebebasan penuh untuk menghancurkan koleksi tersebut selama hidupnya, pengadilan mungkin akan menganggap suatu ketentuan dalam wasiat yang memerintahkan penghancuran koleksi tersebut sebagai syarat yang tidak wajar. Mungkin saja semasa hidupnya tidak ada yang mengetahui adanya ketentuan tersebut, dan apabila sorotan publik muncul setelah ditemukan, pewaris kemungkinan besar akan mencabut syarat itu — seandainya ia masih hidup dan dapat melakukannya.

Doktrin *cy pres* secara formal tidak diterapkan dalam perkara *private trust*; sebagai gantinya, diterapkan tiga prinsip hukum tersendiri. Salah satunya — yaitu doktrin tentang syarat yang tidak wajar — telah dibahas di atas. Prinsip kedua adalah kaidah yang melarang pembatasan terhadap pengalihan kepemilikan (*restraints on alienation*): Pemilik hak milik bebas (*fee simple*) tidak dapat dicegah oleh pemberi hibah untuk mengalihkan properti yang ia miliki. Jika saya menjual mobil saya kepada Anda, saya tidak dapat secara sah memaksa Anda untuk tidak menjualnya kembali, kecuali jika syarat tersebut diperlukan guna melindungi kepentingan jaminan (*security interest*) yang saya miliki atas properti tersebut (misalnya, jika Anda belum melunasi pembayaran). Kaidah pelarangan pembatasan terhadap pengalihan kepemilikan ini juga berlaku terhadap hibah dalam bentuk wasiat.

Keunggulan kaidah ini, setidaknya dalam konteks pewarisan, adalah mencegah penggunaan sumber daya yang tidak efisien akibat peristiwa yang

tidak terduga. Namun, kelemahan yang sudah dikenal dari kaidah ini adalah bahwa ia mengurangi insentif untuk bekerja keras dalam mengakumulasi kekayaan.

Kaidah larangan pembatasan pengalihan ini tampaknya bertentangan dengan kaidah yang mengizinkan adanya *perpetual restrictive covenants* (lihat Bab 3.7 sebelumnya), bukan? Dalam hal ini, doktrin *cy pres* dapat dianggap sebagai posisi tengah antara dua pendekatan yang saling bertolak belakang: satu sisi direpresentasikan oleh larangan terhadap pembatasan pengalihan, dan sisi lainnya oleh pengakuan terhadap *restrictive covenants* yang bersifat abadi.

Kaidah *common law* tentang *Rule Against Perpetuities* (yang telah dimodifikasi melalui undang-undang di beberapa negara bagian) menyatakan bahwa suatu kepentingan hukum tidak sah apabila kepentingan tersebut tidak pasti akan beralih (*vest*) dalam jangka waktu 21 tahun setelah berakhirnya kehidupan individu yang hidup saat kepentingan tersebut diciptakan. Kaidah ini sebenarnya agak menyesatkan dalam penamaannya (*misnomer*), karena tidak membatasi lamanya suatu syarat dalam hibah, melainkan membatasi kewenangan pewaris untuk menetapkan hibah bagi keturunannya yang jauh. Namun demikian, kaidah ini tetap berkaitan dengan pembatasan-pembatasan lain terhadap "tangan mati" yang telah kita bahas, karena pengaturan yang dibuat untuk masa depan yang terlalu jauh cenderung menyebabkan penggunaan sumber daya yang tidak efisien akibat adanya kejadian-kejadian yang tidak dapat diprediksi.

F. Bagian Warisan Janda

Salah satu pembatasan terhadap kewenangan pewaris dalam mengatur harta warisannya adalah ketentuan hukum waris di seluruh yurisdiksi negara bagian yang melarang pewaris untuk sepenuhnya mengeluarkan istri (janda) dari bagian warisan. Pembatasan ini memiliki justifikasi yang bersifat ekonomi. Kekayaan suami pada saat wafatnya kemungkinan besar merupakan hasil sebagian dari kontribusi kerja istrinya, bahkan apabila istri tersebut tidak memiliki penghasilan dalam bentuk uang (*pecuniary income*) (lihat Bab 5.1 *supra*).

Dengan tinggal di rumah, seorang istri memungkinkan penghematan pengeluaran yang seharusnya digunakan untuk menggaji asisten rumah tangga atau perawat. Dana yang dihemat tersebut dapat digunakan untuk menutupi

pengeluaran lain, sehingga bagian dari penghasilan suami dapat disisihkan sebagai tabungan — yang pada akhirnya membentuk harta peninggalan (*estate*) atas nama suami saat ia wafat. Tanpa adanya perlindungan secara legislatif terhadap potensi disinheritasi, para perempuan (istri) akan terdorong untuk merundingkan perlindungan kontraktual dengan suaminya; dan secara hukum, perjanjian untuk memberikan hibah melalui wasiat dapat ditegakkan secara hukum. Ketentuan dalam undang-undang berfungsi untuk meminimalkan biaya transaksi (*transaction costs*).

Analisis di atas juga menjelaskan dasar ekonomi untuk membebaskan sebagian bagian warisan istri dari pengenaan pajak warisan atas harta peninggalan suami. Sebagian dari harta yang diwariskan oleh suami kepada istrinya mencerminkan akumulasi penghasilan istri sendiri (meskipun secara implisit atau *imputed*, bukan dalam bentuk penghasilan uang). Di samping itu, mengingat bahwa istri biasanya juga berusia lanjut, maka apabila ia meninggal tidak lama setelah suaminya, harta yang sama akan dikenai pajak warisan untuk kedua kalinya dalam jangka waktu yang singkat (dan ini dianggap suatu beban ganda, walaupun mungkin ada yang mempertanyakan signifikansi ekonomi dari hal ini).

Bacaan yang Disarankan:

1. Lars Osberg, *Economic Inequality in the United States*, hlm. 198–219 (1984).
2. Carl S. Shoup, *Federal Estate and Gift Taxes* (1966).
3. Gordon Tullock, *Inheritance Justified*, 14 *J. Law & Econ.* 465 (1971).
4. Richard E. Wagner, *Inheritance and the State: Tax Principles for a Free and Prosperous Commonwealth* (American Enterprise Institute, 1977).
5. *Modeling the Distribution and Intergenerational Transmission of Wealth* (James D. Smith, penyunting, 1980).

Permasalahan untuk Diskusi:

1. Sejauh mana permasalahan yang dibahas dalam bab ini akan berkurang atau terselesaikan apabila sistem pajak warisan dan hibah yang sekarang digantikan oleh sistem pajak kumulatif atas penerima hibah dan warisan?

2. Seorang pria meninggal dan dalam wasiatnya mewariskan 1 juta dolar dalam bentuk *trust* untuk kucing peliharaannya, dengan ketentuan bahwa pendapatan dari *trust* tersebut digunakan untuk meningkatkan kenyamanan dan kebahagiaan sang kucing. Dari sudut pandang ekonomi, apakah hibah tersebut layak ditegakkan?
3. Bahas dampak ekonomi dari pelarangan seseorang untuk menyingkirkan ahli warisnya dari warisan.
4. Bahas pernyataan: "Masalah *dead hand* hanyalah contoh lain bagaimana tingginya biaya transaksi dapat menjadi dasar bagi campur tangan hukum dalam pengaturan privat."
5. Apa pengaruh terhadap jumlah dan besaran hibah apabila hibah dikenai pajak dengan tarif yang sama seperti warisan?
6. Kita tahu bahwa individu memiliki tingkat diskonto yang positif. Apakah negara juga demikian? Misalnya, pemerintah sedang mempertimbangkan untuk melaksanakan suatu proyek yang tidak akan memberikan manfaat sampai tahun 2050. Dalam menilai manfaat tersebut, haruskah pemerintah mendiskonto nilainya ke nilai sekarang?
7. Dalam Bab 3.2 supra, disebutkan mengenai hak seseorang atas penggunaan eksklusif nama atau citranya dalam periklanan. Terlepas dari pengaruhnya terhadap insentif individu untuk membangun nama atau citra yang bernilai, adakah alasan ekonomi untuk menjadikan hak tersebut dapat diwariskan?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAGIAN VI

PROSES HUKUM

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XIX

PASAR, SISTEM ADVERSARIAL, DAN PROSES LEGISLASI SEBAGAI METODE ALOKASI SUMBER DAYA

A. Perbandingan Alokasi Hukum dan Alokasi Pasar

Sebagaimana telah dibahas sebelumnya, pertanyaan pokok yang harus dijawab dalam banyak sengketa hukum adalah: alokasi sumber daya seperti apa yang akan memaksimalkan efisiensi? Secara umum, pasar merupakan mekanisme utama untuk menjawab pertanyaan ini. Namun, dalam situasi di mana biaya penentuan pasar lebih besar daripada biaya penentuan melalui sistem hukum, maka sistem hukumlah yang mengambil peran tersebut. Kriteria pengambilan keputusan sering kali serupa, tetapi bagaimana dengan proses pengambilan keputusannya? Di sinilah ditemukan beberapa kesamaan yang mengejutkan, disertai dengan perbedaan yang signifikan.

Seperti halnya pasar, hukum — terutama hukum kebiasaan (*common law*) — menggunakan harga yang mencerminkan biaya peluang untuk mendorong individu bertindak secara efisien. Jika ganti rugi merupakan bentuk pemulihan (*remedy*) atas pelanggaran kewajiban hukum, maka tanggung jawab hukum tidak dimaksudkan untuk memaksa kepatuhan, melainkan untuk memaksa pelanggar membayar harga yang setara dengan biaya peluang dari pelanggaran tersebut. Jika harga tersebut lebih rendah daripada manfaat yang diperoleh pelaku dari perbuatan melanggar hukum, maka efisiensi akan dimaksimalkan apabila ia tetap melakukan perbuatan tersebut, dan sistem hukum secara implisit mendorong tindakan tersebut. Sebaliknya, jika harga tersebut lebih tinggi, maka efisiensi mengharuskan agar perbuatan tersebut tidak dilakukan — dan kembali, ganti rugi menyediakan insentif yang tepat. Dengan demikian, sistem hukum seperti halnya pasar, menyajikan biaya atas suatu tindakan kepada pelaku, namun menyerahkan keputusan untuk menanggung biaya tersebut kepadanya. Meskipun dalam beberapa kasus sanksi yang lebih berat — berupa penalti — dikenakan (lihat, misalnya, Bab 7.2 di atas), biasanya hal ini dilakukan ketika penalti diperlukan untuk menciptakan insentif ekonomi yang tepat. (Bagaimana dengan perintah pengadilan/*injunctie* — di mana posisinya dalam analisis ini?)

Selanjutnya, seperti halnya pasar, proses hukum bergantung pada individu-individu swasta yang digerakkan oleh kepentingan ekonomi pribadi, bukan oleh altruisme atau pejabat publik. Melalui pengacara yang dikontraknya, korban dari suatu perbuatan yang diduga melanggar hukum (atau tidak efisien) akan:

- 1) menyelidiki keadaan seputar tindakan tersebut,
- 2) mengorganisir informasi yang diperoleh dari penyelidikan.
- 3) memutuskan apakah akan mengaktifkan mekanisme alokasi hukum,
- 4) menyampaikan informasi dalam bentuk yang dapat diproses oleh sistem hukum,
- 5) menguji keakuratan informasi yang disampaikan oleh tergugat,
- 6) apabila perlu, mengajukan upaya untuk mengubah aturan alokasi yang diterapkan oleh pengadilan, dan
- 7) memastikan pelaksanaan hasil putusan.

Dengan cara ini, negara tidak perlu memiliki kepolisian untuk melindungi hak-hak dalam hukum kebiasaan, jaksa publik untuk menegakkannya, maupun aparatur birokrasi lainnya untuk menjalankan sistem tersebut. Para aparatur ini akan memiliki insentif yang jauh lebih rendah dibandingkan pihak penggugat, karena kepentingan ekonomi mereka hanya terpengaruh secara tidak langsung oleh hasil perkara. Jumlah aparatur publik yang terlibat dalam perlindungan hak privat sangat kecil bila dibandingkan dengan besarnya aktivitas yang diatur oleh hukum-hukum yang menciptakan hak-hak tersebut — serupa dengan kecilnya jumlah pegawai publik yang terlibat dalam pengoperasian pasar dibandingkan dengan aktivitas pasar itu sendiri.

Poin yang berkaitan erat adalah bahwa proses hukum, sebagaimana pasar, bersifat kompetitif. Sistem adversarial menempatkan majelis hakim dalam posisi konsumen yang dipaksa memilih antara dua “barang” yang ditawarkan oleh dua penjual yang sama-sama gigih. Memang benar bahwa sebagian besar perkara diselesaikan melalui mediasi atau penyelesaian sebelum persidangan, namun perkara-perkara tersebut tidak menjadi bagian dari proses pembentukan atau perubahan kaidah hukum. Tahapan krusial dari proses alokasi hukum didominasi oleh kompetisi antara penggugat dan tergugat untuk mendapatkan kepercayaan dan putusan yang menguntungkan dari pengadilan.

Namun, sistem *adversarial Anglo-Amerika* ini bukanlah satu-satunya sistem yang ada. Di banyak negara Eropa Kontinental dan negara lain, digunakan sistem "inkuisitorial", di mana hakim berperan aktif dalam mengumpulkan bukti dan merumuskan isu-isu hukum, sedangkan peran pengacara bersifat subordinat — lebih dari sekadar pengamat (*kibitzer*), tetapi kurang dari penggerak utama. Keunggulan sistem inkuisitorial adalah berkurangnya sumber daya yang perlu dialokasikan untuk proses peradilan adversarial, yang pada akhirnya dapat menjadi penghematan sosial, sejauh sumber daya tersebut hanya saling menetralkan daripada meningkatkan akurasi hasil keputusan (dalam hal ini serupa dengan pengeluaran untuk iklan). Namun, sistem ini juga mengharuskan adanya pergeseran tanggung jawab yang cukup besar dari sektor privat ke sektor publik — sebagaimana tercermin dalam rasio jumlah hakim terhadap pengacara yang sepuluh kali lebih tinggi di Swedia dan Jerman Barat dibandingkan di *California*. Hal ini menunjukkan potensi hilangnya efisiensi apabila sektor publik dianggap, sebagaimana umumnya diasumsikan, kurang efisien dibanding sektor privat.

Proses hukum juga menyerupai pasar dalam hal ketidakberpihakan — atau dalam istilah ekonomi, dalam subordinasi terhadap pertimbangan distribusi. “Tangan tak terlihat” dalam pasar memiliki padanannya dalam ketidakterlibatan emosional hakim. Sistem kompensasi hakim dan kode etik yudisial dirancang untuk memastikan bahwa hakim tidak memiliki kepentingan finansial atau kepentingan lain terhadap hasil perkara yang ditanganinya, tidak memiliki tanggung jawab selain memutuskan isu yang diajukan oleh para pihak, serta tidak mengetahui fakta perkara selain yang dikemukakan oleh para pihak melalui proses yang bersifat kompetitif. Anggota juri pun tunduk pada batasan yang sama. Pihak yang kalah dalam perkara jarang memiliki alasan untuk merasa dendam secara pribadi terhadap pengadilan, sama halnya seperti konsumen yang tidak mendapatkan barang yang diinginkannya pada harga yang disanggupinya tidak akan menyimpan kebencian terhadap penjual.

B. Perbandingan antara Alokasi Yudisial dan Alokasi Legislatif

Meskipun banyak kaidah hukum yang dibahas dalam bab-bab sebelumnya tampak dirancang untuk mendorong efisiensi, terdapat pula banyak aturan lainnya — seperti upah minimum, undang-undang keselamatan kendaraan bermotor, Undang-Undang Hubungan Perburuhan Nasional

(*National Labor Relations Act*), serta berbagai pembatasan terhadap persaingan dalam sektor perbankan, untuk menyebut beberapa contoh — yang tidak demikian halnya. Daftar aturan yang tidak efisien yang telah dianalisis dalam buku ini dapat diperluas secara signifikan, mencakup sebagian besar undang-undang nasional dan regulasi administratif.

Walaupun korelasi ini jauh dari sempurna, kaidah-kaidah hukum yang berasal dari putusan hakim (*judge-made rules*) cenderung mendorong efisiensi, sedangkan kaidah yang berasal dari proses legislasi cenderung mengurangi efisiensi. Bagaimanakah perbedaan signifikan dalam karakter hukum yudisial dan hukum legislatif ini dapat dijelaskan?

Salah satu penjelasan yang mungkin terletak pada perbedaan prosedur pembentukan kaidah hukum oleh hakim dibandingkan dengan oleh legislator. Seorang hakim, khususnya hakim pada tingkat banding — tempat sebagian besar kaidah yudisial dibentuk — kecil kemungkinannya memutus perkara berdasarkan siapa pihak yang secara pribadi dianggap lebih “baik.” Hakim banding bahkan lebih tidak mengenal para pihak dibandingkan hakim tingkat pertama; dan sebagaimana telah dibahas sebelumnya, pertimbangan mengenai layak atau tidaknya suatu pihak (misalnya kekayaan, kemiskinan, keturunan baik, dan sebagainya) sejauh mungkin ditekan atau dikesampingkan. Di samping itu, suatu putusan yang didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan semacam itu akan sulit dirasionalisasi dalam suatu pendapat hukum atau, dengan kata lain, sulit untuk digeneralisasikan menjadi suatu kaidah hukum yang berlaku umum. Akhirnya, sistem kompensasi bagi hakim serta aturan mengenai konflik kepentingan mencegah pemilihan antara aktivitas yang saling bersaing berdasarkan kepentingan ekonomi pribadi si hakim.

Hampir secara otomatis, hakim dipaksa untuk melihat para pihak dalam perkara sebagai perwakilan dari jenis aktivitas tertentu — seperti kepemilikan atas tanah, budidaya bunga tulip, berjalan di rel kereta api, atau mengemudi mobil. Dalam konteks ini, adalah wajar apabila hakim mengajukan pertanyaan: aktivitas manakah di antara yang saling bertentangan tersebut yang memiliki nilai ekonomi lebih besar?

Proses legislasi menunjukkan kontras yang tajam dibandingkan dengan proses yudisial. Tidak terdapat larangan atas penggunaan pertimbangan-pertimbangan mengenai layak tidaknya seseorang yang akan terkena dampak dari undang-undang yang sedang diusulkan. Sistem adversarial, yang menampilkan perbandingan konkret antaraktivitas yang saling mengganggu

dan dengan demikian menjamin bahwa pertanyaan tentang biaya relatif selalu muncul ke permukaan kontroversi, tidak diterapkan dalam proses legislasi.

Selain itu, alat-alat yang dimiliki lembaga legislatif untuk mendistribusikan kembali kekayaan jauh lebih fleksibel dan kuat dibandingkan yang tersedia bagi lembaga yudisial. Secara umum, satu-satunya cara bagi suatu pengadilan *common law* untuk melakukan redistribusi kekayaan adalah melalui penerapan suatu bentuk "pajak konsumsi" (*excise tax*) atas aktivitas yang menjadi subjek perkara (lihat Bab 16.6 di atas). Apabila pengadilan *common law* tidak memiliki instrumen yang efektif untuk melakukan redistribusi kekayaan — dengan kata lain, untuk “membagi ulang” kue ekonomi di antara kelompok kepentingan yang saling bersaing — maka menjadi kepentingan bersama dari semua kelompok kepentingan bahwa pengadilan, ketika mereka menegakkan prinsip-prinsip hukum *common law* (bukan undang-undang), sebaiknya berfokus pada upaya untuk “memperbesar kue ekonomi” itu sendiri.

C. Teori Ekonomi tentang Legislasi

Salah satu perbedaan kelembagaan yang layak mendapat perhatian tersendiri adalah adanya ketergantungan yang lebih besar pada proses elektoral dalam pemilihan legislator dibandingkan pemilihan hakim. Proses elektoral menciptakan suatu pasar untuk legislasi, di mana para legislator “menjual” perlindungan legislatif kepada pihak-pihak yang dapat membantu prospek elektoral mereka melalui dukungan finansial ataupun suara.

Pasar legislatif ini ditandai oleh persoalan *free-rider* (penumpang gelap) yang akut. Setiap orang yang termasuk dalam cakupan perlindungan suatu rancangan undang-undang akan memperoleh manfaat dari pengesahannya, terlepas dari apakah orang tersebut memberikan kontribusi apa pun (baik dalam bentuk dana maupun dukungan politik) untuk mendorong pengesahannya. Hal ini menciptakan analogi yang erat dengan praktik kartelisasi, suatu analogi yang diperkuat oleh kenyataan bahwa banyak undang-undang tampaknya memang dirancang untuk memfasilitasi penetapan harga kartel oleh pelaku usaha yang diatur.

Analogi ini membantu menjelaskan mengapa konsumen seringkali mengalami kerugian dalam proses legislatif: mereka terlalu banyak jumlahnya

untuk dapat diorganisasi menjadi suatu “kartel” yang efektif, baik dalam mendukung maupun menentang legislasi yang ada atau yang diusulkan.

Meskipun faktor-faktor yang mendorong suatu industri untuk melakukan kartelisasi (lihat Bab10.1 di atas) relevan dalam memprediksi siapa yang akan berhasil atau gagal dalam memperoleh perlindungan legislatif, terdapat perbedaan penting antara kartel pada umumnya dan koalisi politik yang efektif. Secara khusus, sedikitnya jumlah anggota tidak sepenting dalam arena pasar dibandingkan dalam arena legislatif.

Pertama, semakin sedikit jumlah pesaing dalam suatu pasar, semakin mudah bagi mereka untuk mengorganisasi kartel privat yang sulit terdeteksi; oleh karena itu, permintaan mereka atas perlindungan legislatif mungkin lebih rendah dibandingkan dengan kelompok pesaing yang lebih banyak namun serupa dalam hal lainnya.

Kedua, karena hukum persaingan usaha (*antitrust laws*) tidak — dan secara konstitusional memang tidak dapat — melarang kolaborasi antar pesaing dalam mempengaruhi proses legislatif (berbeda dengan kolusi harga), maka persoalan *free-rider* lebih mudah diatasi dalam arena legislatif dibandingkan arena pasar.

Ketiga, sejauh jumlah perusahaan yang mencari bantuan legislatif berkorelasi positif dengan jumlah individu yang bekerja pada atau bergantung secara ekonomi pada perusahaan tersebut, atau bila individu-individu (misalnya anggota suatu profesi atau kelompok pekerjaan tertentu) yang mencari bantuan demikian, maka besarnya jumlah anggota, walaupun menambah kompleksitas persoalan *free-rider*, dapat dikompensasi oleh bertambahnya kekuatan suara kelompok tersebut dalam pemilu.

Faktor-faktor ini dapat menjelaskan mengapa regulasi monopoli lebih umum ditemukan di sektor seperti pertanian, perburuhan, dan profesi, di mana kartelisasi privat biasanya tidak layak secara praktis karena besarnya jumlah pihak yang harus terlibat untuk membuat kartel efektif, dibandingkan dengan industri yang sangat terkonsentrasi seperti baja dan aluminium.

Namun demikian, dapat diperkirakan bahwa kelompok kepentingan yang berhasil cenderung berukuran kecil dan homogen, sebagaimana halnya unit tawar-menawar yang efektif di suatu pabrik (lihat Bab11.2 di atas). Jumlah anggota yang kecil menurunkan biaya transaksi, meningkatkan biaya bagi *free-rider* (karena semakin besar kemungkinan bahwa tidak akan ada

hasil yang bisa ditumpangi secara cuma-cuma), meningkatkan manfaat dari redistribusi internal, serta mengurangi potensi oposisi terorganisasi dengan cara menurunkan biaya per lawan. Untuk memahami dua poin terakhir, perhatikan: jika 10 orang mengambil \$20 dari 100 orang lainnya, maka biaya per pihak yang kehilangan hanya 20 sen dan keuntungan per penerima adalah \$2; jika komposisinya dibalik, maka biayanya \$2 per penyumbang dan manfaatnya hanya 20 sen per penerima.

Pembaca mungkin bertanya-tanya mengapa kelompok kepentingan politik yang efektif memilih metode transfer kekayaan yang tampak tidak efisien seperti membatasi masuknya pelaku baru atau persaingan harga. Transfer tunai satu kali (*lump-sum*) kepada industri, setara dengan nilai sekarang dari keuntungan yang diantisipasi melalui pembatasan persaingan yang diatur, akan memberikan manfaat yang sama kepada industri tersebut tanpa menyebabkan kerugian efisiensi (*deadweight loss*) akibat pengurangan output (lihat Bab 9.2 di atas). Namun, analisis ini mengabaikan pertanyaan tentang bagaimana dana untuk subsidi tunai tersebut akan dikumpulkan. Jawabannya adalah: melalui pajak, yang — sebagaimana telah dibahas dalam Bab 17 — menimbulkan efek substitusi yang serupa dengan monopoli.

Dalam praktiknya, jaranganya transfer eksplisit kemungkinan besar tidak berhubungan dengan pertimbangan efisiensi, melainkan karena karakter implisit dari transfer yang dilakukan melalui pembatasan kompetisi menaikkan biaya informasi untuk menentang transfer tersebut.

Semua ini membuat kelompok kepentingan terdengar sangat buruk. Namun keberatan ekonomi yang sesungguhnya bukanlah terhadap keberadaan kelompok kepentingan itu sendiri, melainkan terhadap penggunaan proses politik untuk membuat keputusan-keputusan ekonomi. Karena manfaat memilih bagi individu secara praktis sangat kecil — hampir nol, kecuali dalam pemilu lokal yang sangat kecil — maka tidaklah masuk akal bagi pemilih rata-rata untuk menginvestasikan waktu dan sumber daya untuk mempelajari para kandidat atau kebijakan mereka, apalagi untuk berkontribusi dalam pendanaan kampanye.

Oleh karena itu, kelompok kepentingan memainkan peran penting dalam menyediakan informasi bagi pemilih dan dalam mendanai kampanye politik. Sayangnya, karena alasan struktural yang telah dibahas sebelumnya, persaingan antar kelompok kepentingan tidak dapat diandalkan untuk menghasilkan tatanan hukum yang efisien maupun adil.

Meskipun demikian, jelas bahwa banyak peraturan hukum (terutama hukum pidana) tidak lahir dari tekanan kelompok kepentingan yang sempit. Walaupun kohesivitas suatu kelompok kepentingan cenderung menurun seiring dengan meningkatnya ukuran kelompok, jika manfaat yang ingin dicapai cukup besar, maka persoalan *free-rider* masih mungkin diatasi. Namun perlu dicatat bahwa setelah suatu undang-undang untuk kepentingan publik disahkan, kelompok kepentingan baru akan terbentuk untuk memperluas cakupan undang-undang tersebut demi kepentingan pribadi, bahkan melewati batas efisiensi. Petugas pemasyarakatan, polisi, dan pengacara pidana, misalnya, memiliki kepentingan finansial terhadap sistem peradilan pidana, walaupun sistem tersebut bukan merupakan hasil tekanan kelompok kepentingan sempit.

Peran kelompok kepentingan menjadi lebih lemah dalam sistem peradilan, yang secara mencolok ditunjukkan oleh penolakan *common law* secara konsisten terhadap gagasan bahwa kompetisi merupakan suatu perbuatan melawan hukum (suatu prinsip yang menjadi dasar banyak legislasi regulatif), dan di mana proses elektoral — walaupun digunakan secara luas di tingkat negara bagian dan lokal — bersifat kurang partisansip, kurang penuh pertentangan, dan kurang mahal. Tentu saja, kelompok kepentingan dapat dan memang memengaruhi proses pengangkatan hakim melalui pejabat terpilih; namun setelah hakim menjabat, ia pada umumnya terlindung dari tekanan kelompok kepentingan — bahkan hampir sepenuhnya demikian di tingkat federal.

Bahkan, aturan tradisional dalam proses adjudikasi membuat kelompok kepentingan sulit untuk didengar. Konsep *standing* membatasi hak untuk mengajukan gugatan hanya kepada individu atau organisasi yang dapat menunjukkan bahwa mereka akan memperoleh keuntungan spesifik dan nyata jika gugatan dikabulkan. Secara tradisional, hal ini berarti bahwa asosiasi perdagangan dan kelompok terorganisir lainnya tidak dapat mengajukan gugatan meskipun para anggotanya akan mendapat manfaat dari putusan yang menguntungkan. Aturan ini telah dilonggarkan dalam beberapa tahun terakhir, sehingga kini, jika ada satu anggota kelompok yang memiliki *standing*, maka kelompok tersebut dapat mengajukan gugatan atas nama anggotanya.

Pelonggaran ini kadang-kadang dibela sebagai upaya untuk memberikan peluang yang lebih besar bagi kepentingan konsumen agar dapat didengar dalam forum adjudikatif. Apa pendapat Anda mengenai argumen ini? Apakah

kelompok konsumen atau kelompok kepentingan publik yang terorganisir betul-betul mewakili kepentingan umum masyarakat atau justru hanya menjadi kelompok kepentingan lainnya?

Sebagaimana telah disinggung sebelumnya, mungkin kepentingan terbaik sebagian besar kelompok kepentingan akan terlayani apabila pengadilan berupaya memaksimalkan kesejahteraan sosial (*wealth maximization*), alih-alih melakukan redistribusi. Hal ini akan memberikan manfaat langsung bagi sebagian kelompok, dan secara tidak langsung bagi kelompok lainnya melalui peningkatan jumlah sumber daya yang tersedia untuk redistribusi. Hampir tidak ada kelompok yang akan mendapat keuntungan dari upaya pengadilan untuk melakukan redistribusi secara langsung.

Dengan demikian, bahkan dalam suatu masyarakat yang didominasi oleh kelompok kepentingan, bisa jadi pengadilan, dalam ranah hukum yang masih dikuasai oleh *common law*, tidak akan menempuh kebijakan redistributif — sementara legislator justru akan melakukannya. Ini dapat dianalogikan dengan suatu negara sosialis yang tetap mempertahankan pasar bebas dalam sebagian besar barang dan jasa.

D. Regulasi Pembiayaan Kampanye

Salah satu cara untuk membatasi pengaruh (sebagian) kelompok kepentingan terhadap proses legislatif adalah dengan membatasi jumlah uang yang dapat dibelanjakan dalam kampanye politik. Inilah pendekatan yang diambil dalam *Federal Election Campaign Act Amendments* tahun 1974. Batas atas kontribusi tersebut mengurangi keunggulan komparatif yang dimiliki kelompok-kelompok yang mampu mengatasi persoalan *free-rider* dalam memberikan sumbangan besar kepada politisi.

Namun, undang-undang ini memiliki celah besar: ia memperbolehkan bentuk kontribusi non-moneter yang hanya dapat disediakan oleh kelompok kepentingan, seperti tenaga kerja pribadi dari anggota serikat pekerja yang diorganisir dan disumbangkan oleh serikat tersebut.

Undang-undang tahun 1974 itu sendiri barangkali merupakan contoh legislasi yang berpihak pada kepentingan kelompok tertentu, di mana kelompok yang diuntungkan adalah para legislator federal itu sendiri. Undang-undang tersebut menguntungkan petahana dengan cara yang sangat mirip

dengan bagaimana pembatasan belanja iklan komersial akan menguntungkan produsen dari merek-merek lama yang sudah mapan. Produk baru seringkali memerlukan belanja iklan yang besar untuk memperkenalkan diri kepada konsumen potensial dan menonjolkan keunggulannya; hal yang sama berlaku bagi kandidat politik baru dalam pasar politik.

Namun, mungkin dampak alokatif (berbeda dengan dampak distribusional) dari pembatasan iklan politik tidak separah dampak pembatasan iklan komersial, bukan hanya karena distorsi yang disebabkan oleh tekanan kelompok kepentingan (mengapa tekanan semacam ini tidak menjadi faktor dalam pasar ekonomi?), tetapi juga karena kecenderungan penipuan dalam iklan politik yang lebih besar dibandingkan dalam iklan komersial (mengapa kecenderungan ini lebih besar?).

E. Penafsiran Statutori dalam Dunia Politik Kelompok Kepentingan

Pandangan konvensional mengenai penafsiran statutori (undang-undang) adalah bahwa pengadilan berupaya menemukan dan melaksanakan maksud dari badan legislatif yang mengesahkan undang-undang tersebut. Pandangan ini sejalan dengan pemahaman bahwa proses legislasi didominasi oleh kesepakatan-kesepakatan di antara kelompok-kelompok kepentingan khusus; dalam kerangka ini, pengesahan undang-undang dianggap sebagai hasil dari proses jual beli yang dinegosiasikan, dan metode penafsiran yang digunakan dalam kontrak biasa pun dianggap tepat diterapkan.

Namun, proses untuk menemukan “niat legislatif” dalam konteks legislasi jauh lebih sulit dibandingkan dalam kontrak biasa, karena sifat plural dari badan legislatif itu sendiri. Pernyataan dari anggota legislatif individu, bahkan dari komite legislatif, tidak dapat secara otomatis diasumsikan mencerminkan pandangan dari “mayoritas diam” yang diperlukan untuk pengesahan. Selain itu, para pendukung legislasi yang dipengaruhi oleh kelompok kepentingan bisa saja menyembunyikan tujuan sebenarnya dari suatu undang-undang demi meningkatkan *information costs* bagi pihak oposisi. Akan tetapi, kehati-hatian semacam ini dapat menjadi bumerang: Apa yang disembunyikan dari publik, kemungkinan besar juga tersembunyi dari hakim, sehingga para hakim bisa saja membangun sebuah justifikasi atas dasar “kepentingan publik” (*public interest rationale*) yang malah mengurangi efek distribusional dari legislasi tersebut — atau sebaliknya, justru melebih-lebihkannya (kapan hal ini terjadi?).

Berikut adalah tiga ilustrasi tambahan tentang bagaimana hakim dapat keliru dalam menafsirkan undang-undang jika mereka mengabaikan peran kelompok kepentingan:

1. **Remedi Perdata atas Pelanggaran Statuta:** Kadang-kadang, hakim menciptakan remedi ganti rugi (*private damage remedy*) untuk pelanggaran suatu statuta regulasi jika menurut mereka efektivitas penegakan statuta akan meningkat dengan membolehkan korban pelanggaran mengajukan gugatan perdata — dan memang sering kali demikian adanya (lihat Bab 22.1). Akan tetapi, pendekatan ini mengasumsikan bahwa statuta tersebut memang dimaksudkan untuk ditegakkan secara maksimal. Bisa jadi, pihak-pihak yang menentang undang-undang tersebut cukup kuat untuk memaksakan kompromi yang membatasi derajat penegakan hukum. Dengan menciptakan remedi perdata, pengadilan secara tidak langsung membatalkan kompromi tersebut.
2. **Penggunaan Sejarah Legislasi Pasca-Pengesahan:** Hakim terkadang menggunakan sejarah legislasi yang terjadi setelah pengesahan suatu undang-undang untuk membantu menafsirkan makna dari undang-undang tersebut. Namun, prosedur ini penuh risiko. Komposisi kekuatan politik dalam lembaga legislatif mungkin telah berubah sejak undang-undang tersebut disahkan; sejarah legislasi pasca-pengesahan bisa jadi merupakan upaya untuk membatalkan kesepakatan yang telah dibuat oleh legislator sebelumnya.
3. **Menafsirkan Satu Statuta Berdasarkan Statuta Lain:** Ada kalanya hakim menggunakan kebijakan yang terkandung dalam satu undang-undang untuk membantu menafsirkan makna dari undang-undang lain, seolah-olah undang-undang pertama menjadi preseden bagi yang kedua. Namun, pendekatan ini memperluas ruang lingkup kesepakatan yang terkandung dalam undang-undang pertama di luar domain yang dimaksudkan, sekaligus melemahkan kesepakatan yang telah dicapai dalam undang-undang kedua. Hanya jika kedua undang-undang tersebut benar-benar merupakan undang-undang yang lahir dari semangat kepentingan publik, maka masuk akal untuk menggunakan undang-undang pertama sebagai dasar untuk menafsirkan yang kedua.

F. Hubungan antara Peradilan Independen dan Politik Kelompok Kepentingan

Tingkat independensi yang cukup tinggi yang dinikmati oleh lembaga peradilan federal — dan dalam derajat yang lebih rendah, peradilan negara bagian — terhadap tekanan kelompok kepentingan yang lazim memengaruhi para legislator, pejabat publik yang dipilih, serta pejabat eksekutif yang melayani atas kehendak pejabat terpilih, merupakan hasil tidak hanya dari aturan-aturan prosedural yudisial melainkan juga dari ketentuan mengenai masa jabatan dan penggajian hakim. Namun, bagaimana independensi peradilan dapat direkonsiliasikan dengan pandangan bahwa proses pemerintahan didominasi oleh kelompok kepentingan?

Satu jawaban telah disinggung sebelumnya: independensi yudisial meningkatkan kemungkinan bahwa para hakim akan memfokuskan upaya mereka pada memaksimalkan “kue ekonomi” secara keseluruhan — sesuatu yang bahkan diinginkan oleh kelompok kepentingan itu sendiri. Namun, ada pula jawaban kedua: peradilan yang independen justru memfasilitasi terbentuknya legislasi yang berpihak kepada kelompok kepentingan.

Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 4, dalam konteks kontrak atau transaksi jual beli privat, kecuali apabila pelaksanaan kewajiban berlangsung secara simultan atau terdapat ekspektasi hubungan bisnis berkelanjutan, para pihak akan mensyaratkan keberadaan otoritas ketiga yang independen — seperti pengadilan atau arbiter — untuk menegakkan kontrak. Namun dalam ranah legislasi, tidak ada mekanisme hukum yang memungkinkan pemberian sanksi terhadap lembaga legislatif apabila gagal melaksanakan “kompromi” atau “kesepakatan” dengan suatu kelompok kepentingan. Misalnya, apabila industri penerbangan memperoleh dari Kongres (sebagaimana tampaknya terjadi pada tahun 1938) legislasi yang bertujuan memfasilitasi penetapan harga monopoli serta mencegah masuknya pesaing baru — yang dalam kondisi normal akan tertarik oleh harga tinggi — Kongres yang mengesahkan legislasi tersebut tidak dapat melarang Kongres berikutnya untuk mengubah atau mencabut legislasi tersebut (sebagaimana akhirnya terjadi — namun memakan waktu 40 tahun).

Memang benar bahwa pelanggaran atas janji legislasi dapat mengurangi *present value* dari proteksi yang diharapkan oleh kelompok kepentingan, dan karenanya menurunkan kesejahteraan anggota Kongres di masa depan. Namun bagi banyak legislator individu, khususnya mereka yang tidak

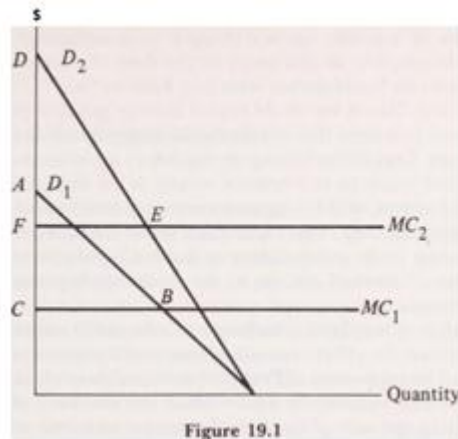
berencana menjabat dalam waktu lama, manfaat jangka pendek dari mencabut “kesepakatan” sebelumnya bisa saja lebih besar dari biaya jangka panjangnya. Terlebih lagi, apabila pengesahan awal diperoleh melalui mayoritas tipis, penggantian hanya beberapa legislator saja, misalnya karena pensiun atau kalah pemilu, bisa menyebabkan pembalikan legislasi pada masa sidang berikutnya. Legislator yang baru tentu tidak terikat untuk menghormati kesepakatan pendahulunya.

Stabilitas yang diperlukan agar legislasi kelompok kepentingan dapat terwujud disediakan oleh:

1. Aturan prosedural legislatif, dan
2. Peradilan independen.

Aturan prosedural yang paling penting adalah bahwa pengesahan, amandemen, maupun pencabutan undang-undang mensyaratkan mayoritas suara dalam legislatif. Ketentuan ini menjadikan legislasi sebagai proses yang lambat dan sulit karena tingginya *transaction costs* dalam memperoleh kesepakatan dari banyak individu. Akibatnya, setelah suatu undang-undang berhasil disahkan, besar kemungkinan ia akan bertahan cukup lama karena tekanan legislasi lain yang lebih mendesak. Hambatan-hambatan dalam proses legislasi ini memberi nilai tambah (*durability*) terhadap legislasi yang telah disahkan, sehingga meningkatkan nilai dan permintaan atas produk legislasi tersebut.

Namun, terdapat juga efek sebaliknya: hambatan-hambatan tersebut meningkatkan biaya negosiasi dan ketidakpastian serta menunda timbulnya manfaat dari legislasi, sehingga menurunkan efektivitas belanja kelompok kepentingan untuk memperoleh legislasi. Akan tetapi, dalam kondisi tertentu, peningkatan *value* dari legislasi yang bersifat jangka panjang melebihi peningkatan biaya perolehannya. Hal ini digambarkan dalam Gambar 19.1.



Kurva permintaan D_1 menggambarkan permintaan terhadap legislasi kelompok kepentingan dengan asumsi bahwa manfaatnya hanya berlaku untuk satu periode (misalnya selama satu masa jabatan legislatif). Kurva ini menurun karena kelompok berbeda memiliki manfaat yang berbeda, dan karenanya kesediaan membayar yang berbeda. Kurva biaya marjinal MC_1 mencerminkan biaya bagi legislatif dalam mengesahkan legislasi. Maka, surplus bersih dari legislasi tersebut (yang didistribusikan antara legislator dan kelompok kepentingan) adalah area segitiga ABC . Jika manfaat dari legislasi dapat dinikmati lebih lama dari satu periode, maka kurva permintaan bergeser ke atas menjadi D_2 , dan surplus bersih meningkat menjadi area DEF , meskipun biaya marjinal juga meningkat menjadi MC_2 .

Beberapa legislasi menjadi tidak efektif tanpa alokasi anggaran tahunan dalam jumlah besar dari legislatif — misalnya, untuk membayar subsidi periodik atau mendanai lembaga pemerintah yang menegakkan undang-undang tersebut. Legislasi yang tidak lengkap pada saat disahkan (karena memerlukan pembiayaan ulang secara berkala) memiliki nilai jauh lebih rendah bagi para penerimanya, karena pada dasarnya mereka harus “membeli ulang” legislasi tersebut setiap tahun. Oleh karena itu, lazim dijumpai bahwa legislasi yang dihasilkan oleh kelompok kepentingan dibuat dalam bentuk yang meminimalkan ketergantungan pada alokasi anggaran tahunan. Salah satu contohnya adalah pembentukan lembaga regulator dengan kewenangan atas tarif dan izin masuk, yang mendistribusikan kekayaan tanpa memerlukan anggaran besar — bahkan ketika subsidi langsung digunakan, sumber pendanaannya sering kali dibuat independen dari proses legislasi tahunan,

seperti melalui *earmarked taxes* (contohnya dalam program jalan raya antarnegara dan jaminan sosial).

Masalah legislasi yang bergantung pada pengeluaran tahunan ditunjukkan secara mencolok dalam pengalaman Prohibition. Para pendukungnya berhasil mengesahkan amandemen konstitusi — bentuk legislasi yang lazimnya bersifat sangat tahan lama. Namun, untuk melarang penjualan alkohol diperlukan upaya penegakan hukum yang sangat besar, dan Kongres pada tahun-tahun berikutnya tidak bersedia menyediakan anggaran yang cukup. Akibatnya, amandemen tersebut tidak efektif, dan akhirnya dicabut pada tahun 1933 setelah berlaku selama hanya 13 tahun.

Tak satu pun legislasi yang sepenuhnya bersifat *self-enforcing*. Apabila subjek hukum menolak mematuhi, maka diperlukan pengadilan untuk menegakkannya. Apabila peradilan tunduk kepada anggota legislatif yang sedang berkuasa, maka mereka secara efektif dapat meniadakan legislasi masa lalu melalui interpretasi. Hakim akan cenderung tidak melakukannya jika masa jabatan mereka memberikan independensi dari pengaruh politisi yang sedang menjabat.

Karena peradilan independen membawa manfaat sekaligus beban bagi lembaga legislatif, dapat diperkirakan bahwa independensi tersebut akan lebih kecil apabila harapan terhadap umur legislasi kelompok kepentingan juga pendek. Ini mungkin menjelaskan (selain alasan lain yang dibahas dalam Bab 24.2) mengapa, semakin turun dari level federal ke negara bagian, hingga ke pemerintah lokal, masa jabatan hakim makin pendek dan seleksi mereka makin bergantung pada pemilihan umum, bukan pengangkatan.

Semakin lokal yurisdiksi legislatif, semakin terbatas pula ruang lingkupnya dalam memproduksi legislasi proteksionis. Persaingan untuk menarik penduduk lebih tinggi di antara kota-kota daripada antarnegara bagian, dan lebih tinggi antarnegara bagian daripada antarnegara. Bagi penduduk, kota-kota adalah substitusi yang lebih dekat daripada negara bagian, dan negara bagian lebih substitutif daripada negara lain. Hal ini membatasi efektivitas skema redistribusi kekayaan antarpenduduk di tingkat lokal dan negara bagian. Maka, jika memang kelompok kepentingan tidak akan menuntut kesepakatan jangka panjang dari pemerintah lokal atau negara bagian, cabang legislatif daerah tidak akan mau membayar mahal demi memiliki peradilan yang independen.

G. Apa yang Dimaksimalkan oleh Para Hakim?

Pada bagian-bagian sebelumnya dalam bab ini telah diasumsikan bahwa:

- 1) ketika hakim menjadi pembentuk hukum substantif, maka kaidah hukum yang dihasilkan cenderung konsisten dengan prinsip efisiensi; dan
- 2) ketika hakim menerapkan suatu undang-undang, maka penerapannya dilakukan sesuai dengan isi “kesepakatan” asli antara lembaga legislatif yang mengesahkan undang-undang tersebut dan para penerima manfaatnya. Bagian ini menguraikan suatu teori insentif yudisial yang berupaya merekonsiliasi dua asumsi tersebut.

Dalam kerangka analisis ekonomi, diasumsikan bahwa hakim, sebagaimana individu lainnya, berupaya memaksimalkan suatu *utility function* yang mencakup elemen moneter dan nonmoneter (termasuk di dalamnya waktu luang, prestise, dan kekuasaan). Namun seperti telah dibahas sebelumnya, aturan-aturan dalam proses peradilan dirancang untuk mencegah hakim menerima keuntungan finansial dari cara ia memutuskan suatu perkara, serta meminimalkan pengaruh kelompok kepentingan yang efektif secara politis terhadap putusannya.

Efektivitas aturan-aturan isolatif ini kadang dipertanyakan. Misalnya, terdapat argumen bahwa seorang hakim yang memiliki tanah akan cenderung berpihak kepada pemilik tanah; bahwa hakim yang berjalan kaki ke tempat kerja akan berpihak pada pejalan kaki; atau bahwa hakim yang sebelumnya berprofesi sebagai pengacara korporasi akan cenderung berpihak pada perusahaan. Namun apabila suatu putusan akan menguntungkan kelompok yang tidak lagi menjadi bagian dari hakim tersebut (seperti dalam contoh terakhir), maka kepentingan pribadinya secara langsung tidak terpengaruh — meskipun pengalaman masa lalunya dapat membuatnya mengevaluasi perkara secara berbeda dibandingkan hakim dari latar belakang lain. Dan bahkan apabila putusan tertentu secara tidak langsung meningkatkan kesejahteraan pribadi hakim — misalnya karena ia termasuk dalam kelompok yang diuntungkan seperti pemilik rumah atau pejalan kaki — peningkatan tersebut biasanya sangat kecil dan tidak sebanding dengan potensi penalti, meskipun ringan, seperti kritik profesional atau pembatalan putusan oleh pengadilan tingkat lebih tinggi, yang timbul dari putusan yang dianggap tidak logis atau bias. Maka tidak mengherankan bahwa upaya-upaya untuk menghubungkan

kebijakan yudisial dengan kepentingan ekonomi pribadi para hakim telah gagal¹ dan pada umumnya telah ditinggalkan.

Argumen yang sedikit lebih masuk akal adalah bahwa hakim mungkin akan memiringkan putusannya demi kepentingan kelompok yang berkuasa demi meningkatkan peluang promosi ke jabatan yang lebih tinggi — baik dalam bidang yudisial maupun politik. Ini mungkin relevan bagi perilaku beberapa hakim tingkat pertama, namun perilaku mereka dibatasi oleh adanya mekanisme banding. Sementara itu, hakim agung negara bagian dan federal (terutama yang terakhir) umumnya tidak mencari promosi. Bahkan di tingkat pengadilan banding federal sekalipun, sangat sedikit hakim yang meninggalkan jabatan mereka kecuali karena pensiun atau wafat.

Dengan demikian, penjelasan utama bagi perilaku hakim harus dicari di luar faktor ekonomi dan politik semata. Salah satu kemungkinan yang selaras dengan asumsi dalam analisis ekonomi adalah bahwa hakim berupaya memaksakan preferensi dan nilai-nilai pribadinya ke dalam masyarakat. Hal ini dapat menjelaskan kepekaan para hakim terhadap kemungkinan dibatalkannya putusan mereka oleh pengadilan yang lebih tinggi: pembatalan semacam itu menghilangkan pengaruh putusan hakim tidak hanya atas para pihak dalam perkara tersebut, tetapi juga atas orang lain dalam posisi serupa yang perilakunya mungkin dipengaruhi oleh kaidah hukum yang ditetapkan dalam putusan tersebut. Sebagaimana akan dibahas lebih lanjut dalam bab berikutnya, asumsi bahwa hakim berupaya mempengaruhi masyarakat melalui preferensi mereka dapat menjelaskan peran doktrin *preseden* dalam pengambilan keputusan yudisial; pengambilan keputusan berdasarkan *preseden* merupakan sarana untuk memberikan daya tahan terhadap kaidah hukum yang diciptakan hakim.

Keputusan yang sesuai dengan isi asli suatu undang-undang juga dapat dijelaskan dalam kerangka serupa. Jika hakim tidak menafsirkan undang-undang secara konsisten dengan maksud asli legislator, maka independensi yudisial akan kehilangan fungsinya dalam sistem kelompok kepentingan. Lembaga legislatif akan terdorong untuk mengurangi independensi peradilan (karena, seperti telah dijelaskan, independensi tersebut mahal), dan para hakim akan kehilangan sebagian atau seluruh kekuasaan serta otonomi yang dijamin oleh independensi yudisial.

Adapun asumsi lainnya yang telah dikemukakan sebelumnya — yakni bahwa hukum kebiasaan (*common law*) memiliki kandungan ekonomi yang

implisit — dapat dijelaskan dengan mudah dalam konteks bidang-bidang hukum seperti kontrak, serta sebagian besar hukum properti dan delik perdata (*tort*), di mana biaya transaksi (*transaction costs*) relatif rendah. Dalam area-area ini, aturan hukum yang tidak efisien akan dinegasikan oleh kesepakatan eksplisit para pihak, sedangkan apabila hakim secara konsisten mengabaikan logika ekonomi, para pelaku akan beralih ke forum penyelesaian sengketa alternatif seperti arbitrase.

Di area hukum di mana tidak terdapat hubungan sukarela antara para pihak yang bersengketa — misalnya dalam kasus kecelakaan antar-orang asing atau tindak pidana umum — pengadilan tidak tunduk pada kendala kompetitif yang sama. Namun, justru pada area-area inilah terdapat konsensus sosial yang kuat untuk menggunakan kriteria efisiensi; jika tidak, kriteria tersebut akan lama ditinggalkan demi prinsip distribusi yang diusulkan oleh kelompok kepentingan politik yang efektif. Jika pengadilan menolak menerapkan prinsip efisiensi dalam area-area tersebut — misalnya tidak menghukum pelaku pembunuhan atau tidak menjatuhkan ganti rugi pada pengemudi ceroboh yang mencelakai orang lain — maka kemungkinan besar legislator akan mengambil alih peran pengadilan dalam menetapkan hukum kebiasaan, sehingga mengurangi otonomi yudisial secara signifikan.

Bacaan yang Disarankan:

1. James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962).
2. Gary S. Becker, *Pressure Groups and Political Behavior*, dalam *Capitalism and Democracy: Schumpeter Revisited* 120 (R.D. Coe & C.K. Wilbur eds. 1985).
3. Anthony Downs, *In Defense of Majority Voting*, 69 *J. Pol. Econ.* 192 (1961).
4. Joseph P. Kalt & Mark A. Zupan, *Capture and Ideology in the Economic Theory of Politics*, 74 *Am. Econ. Rev.* 279 (1984).
5. William M. Landes & Richard A. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 *J. Law & Econ.* 875 (1975).
6. Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action* (1965).
7. Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 *Bell J. Econ. & Management Sci.* 335 (1974).

8. George J. Stigler, *The Citizen and the State: Essays on Regulation* (1975).

Permasalahan untuk Dikaji:

1. Haruskah seorang hakim federal dilarang menjabat sebagai direktur dalam suatu reksa dana campuran (*diversified mutual fund*)? Bagaimana jika ia hanya memiliki saham dalam dana tersebut? Apabila ia memilikinya, haruskah ia mengundurkan diri dari perkara yang melibatkan perusahaan yang masuk dalam portofolio dana tersebut?
2. Bagaimana perilaku hakim akan berubah jika gaji mereka ditentukan sebagai persentase dari biaya perkara yang dibayarkan para pihak?
3. Haruskah Kongres diperbolehkan menaikkan gaji hakim selama masa jabatan mereka?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XX

PROSES PEMBENTUKAN KAIDAH HUKUM

A. Kumpulan Preseden sebagai Modal Kapital

Sebagian besar kaidah *common law* yang telah dibahas dalam Bagian II buku ini merupakan hasil ciptaan hakim (*judge-made law*), bukan bersumber dari undang-undang; bahkan dalam bidang-bidang yang telah diatur secara legislatif sekalipun, banyak aturan spesifik mengenai kewajiban hukum yang merupakan interpretasi yudisial atas rumusan undang-undang yang bersifat umum. Aturan-aturan yang ditetapkan oleh hakim merupakan hasil dari praktik pengambilan keputusan berdasarkan preseden (*stare decisis*). Ketika suatu perkara diputus, putusan tersebut menjadi *preseden* — yaitu menjadi alasan untuk memutus perkara serupa dengan cara yang sama.

Meskipun satu preseden saja bersifat rapuh — mudah dibedakan, diabaikan, ditolak oleh pengadilan sederajat atau lebih tinggi, atau bahkan oleh pengadilan yang sama dalam perkara selanjutnya — akumulasi preseden yang berkaitan dengan isu hukum yang sama sering kali menghasilkan suatu kaidah hukum yang memiliki kekuatan mendekati undang-undang eksplisit.

Dilihat dari perspektif ekonomi, kumpulan preseden dalam suatu bidang hukum dapat dianggap sebagai modal kapital — lebih tepatnya, sebagai stok pengetahuan yang memberikan jasa guna selama bertahun-tahun kepada para pihak potensial dalam sengketa, berupa informasi mengenai kewajiban hukum. Seperti halnya barang modal pada umumnya, preseden mengalami penyusutan nilai (*depresiasi*); nilai jasa guna yang diberikannya menurun seiring waktu. Penurunan ini dapat terjadi baik karena penyusutan fisik barang tersebut maupun karena obsolesensi (*obsolescence*) — yaitu perubahan lingkungan yang mengurangi nilai jasa yang dapat diberikan oleh barang modal tersebut. Jenis penyusutan pertama tidak relevan dalam konteks informasi hukum, namun jenis kedua sangat relevan; misalnya, kaidah hukum kecelakaan yang dikembangkan untuk menangani tabrakan antar-kereta kuda menjadi kurang relevan ketika diterapkan pada tabrakan antar-mobil.

Namun fakta bahwa barang modal mengalami penyusutan tidak berarti bahwa stok modal tersebut harus menyusut secara keseluruhan dari waktu ke

waktu. Hal ini tergantung pada tingkat penggantian atas barang-barang modal yang membentuk stok tersebut ketika barang-barang lama menjadi usang. Dalam konteks preseden, ketika preseden lama kehilangan relevansi dan tidak lagi berguna, stok preseden diperbarui melalui proses litigasi yang menghasilkan preseden baru.

Tingkat depresiasi dari preseden merupakan data penting dalam memahami sistem hukum, dan baru belakangan ini dilakukan upaya untuk mengukurnya, yakni dengan menggunakan frekuensi sitasi terhadap suatu putusan dalam perkara-perkara berikutnya sebagai proksi dari nilai presedensial putusan tersebut.

Preseden mengalami depresiasi lebih cepat dalam bidang hukum yang mengalami aktivitas legislatif tinggi; preseden yang didasarkan pada interpretasi terhadap bahasa dalam suatu undang-undang akan menjadi usang apabila rumusan undang-undang tersebut diubah. Selain itu, modal hukum umum (kaidah yang bersifat umum) mengalami depresiasi lebih lambat dibandingkan modal hukum spesifik. Semakin umum suatu kaidah, semakin kecil kemungkinan kaidah tersebut menjadi usang karena perubahan teknis atau legislatif (kaidah dalam perkara *Hadley v. Baxendale* merupakan ilustrasi yang baik untuk hal ini). Oleh karena itu, kita dapat mengharapkan — dan memang menemukan — bahwa preseden Mahkamah Agung Amerika Serikat mengalami depresiasi yang lebih lambat dibandingkan preseden dari pengadilan banding federal.

Mahkamah Agung jauh lebih selektif dalam memilih perkara untuk diperiksa dibandingkan pengadilan banding. Bahkan, tidak seperti Mahkamah Agung, pengadilan banding federal tidak memiliki kewenangan untuk menolak memeriksa perkara yang berada dalam yurisdiksinya, meskipun mereka dapat — dan kini sering kali — menolak untuk menulis opini, sehingga putusannya tidak memiliki bobot presedensial yang signifikan. Sangat masuk akal untuk menduga bahwa Mahkamah Agung menggunakan selektivitasnya untuk memilih perkara-perkara yang bersifat lebih umum. (Mengapa?) Sebaliknya, teori alternatif yang menyatakan bahwa preseden Mahkamah Agung mengalami depresiasi lebih lambat karena lebih "otoritatif" atau "bernilai" secara hierarkis, tidak selaras dengan logika ekonomi. Tingkat depresiasi suatu barang bukanlah fungsi dari nilainya — komputer *mainframe*, misalnya, mengalami depresiasi lebih cepat dibandingkan obeng.

Tingkat depresiasi yang rendah dari preseden (secara umum sekitar 4-5 persen) dapat menjelaskan mengapa pendapatan pengacara menurun lebih lambat seiring bertambahnya usia dibandingkan dengan profesi profesional lainnya. Penghasilan seseorang mencerminkan, dalam bagian yang signifikan, *return* atas modal — yaitu pengetahuan berdasarkan pendidikan dan pengalaman yang digunakan dalam pekerjaannya. Jika modal ini mengalami depresiasi pada tingkat yang tinggi, maka penghasilannya akan menurun dengan cepat ketika ia berhenti memperbarui pengetahuan tersebut. Ketika seseorang mendekati usia pensiun, insentifnya untuk terus berinvestasi dalam modal manusianya berkurang, karena periode waktu untuk mendapatkan kembali investasi tersebut semakin pendek. Oleh karena itu, dalam profesi di mana *human capital* mengalami depresiasi tinggi, penghasilan akan turun dengan cepat mendekati usia pensiun. Sebaliknya, dalam profesi di mana *human capital* menyusut secara lambat, penghasilan pun turun secara perlahan seiring usia. Dalam hal ini, bagian penting dari modal seorang pengacara — yaitu pengetahuan atas preseden — merupakan bentuk modal yang menyusut sangat lambat.

B. Produksi Preseden

Stok modal berupa preseden merupakan produk bersama dari kerja para advokat dan hakim dalam proses argumentasi dan pengambilan keputusan, terutama pada tingkat banding. Salah satu ciri yang ganjil dari proses produksi ini adalah bahwa para produsen preseden tidak dibayar! Baik hakim maupun para pengacara dalam perkara *Hadley v. Baxendale* tidak menerima royalti atau bentuk kompensasi lainnya atas preseden yang telah menjadi pedoman dalam ribuan putusan, dan bahkan lebih signifikan lagi, telah membentuk struktur hubungan komersial di antara jutaan pembeli dan penjual. Namun, sebelum menyimpulkan bahwa produksi preseden ini bersifat suboptimal, kita harus mempertimbangkan karakter preseden sebagai produk sampingan (*by-product*) dari proses litigasi.

Sebagaimana asap pabrik yang tetap diproduksi meskipun tidak ada pasar untuk asap itu sendiri — karena permintaan terhadap barang-barang yang proses produksinya menghasilkan asap — begitu pula halnya dengan preseden dan litigasi. Preseden dihasilkan sebagai produk tambahan dari suatu proses yang dilakukan bukan semata-mata untuk menghasilkan preseden itu sendiri, tetapi untuk menyelesaikan sengketa konkret.

Penyelesaian di luar pengadilan lebih murah daripada litigasi. Oleh karena itu, para pihak dalam sengketa hanya akan gagal mencapai kesepakatan penyelesaian jika masing-masing pihak memperkirakan bahwa ia akan memperoleh hasil yang lebih baik melalui proses litigasi dibandingkan dengan apa yang diharapkan oleh pihak lawannya. Ketidaksesuaian estimasi ini hanya dapat terjadi jika terdapat ketidakpastian. Ketidakpastian ini bisa bersifat faktual atau hukum, namun hanya ketidakpastian hukum yang relevan dalam konteks ini. Jika ketidakpastian hukum tinggi, maka akan terjadi peningkatan jumlah litigasi, termasuk litigasi pada tingkat banding. Karena litigasi pada tingkat banding menghasilkan preseden, lonjakan litigasi ini akan mengurangi ketidakpastian hukum. Dengan demikian, jumlah litigasi pada periode berikutnya cenderung menurun. Oleh karena itu, walaupun tidak terdapat pasar formal untuk preseden, produksi preseden akan meningkat ketika nilai sosialnya meningkat — yaitu saat ketidakpastian hukum tinggi dan litigasi banyak terjadi.

Asumsi ini tentu saja bergantung pada anggapan bahwa hakim memiliki kepentingan dalam menghasilkan preseden, namun anggapan ini merupakan kelanjutan yang wajar dari model perilaku yudisial yang telah dijelaskan dalam bab sebelumnya. Suatu preseden memproyeksikan pengaruh seorang hakim lebih efektif dibandingkan dengan putusan yang tidak memiliki dampak terhadap perilaku hukum di masa depan. Hal ini juga menjelaskan mengapa hakim tidak hanya menciptakan tetapi juga mengikuti preseden, dan mengapa para pengacara mendasarkan argumen mereka pada preseden.

Apabila generasi hakim saat ini tidak mengikuti preseden, maka generasi berikutnya akan cenderung tidak mengikuti preseden yang diciptakan oleh generasi sekarang. Alasannya bukan karena pembalasan — yang dalam konteks ini tidak masuk akal secara ekonomi — tetapi karena jika hakim saat ini mengabaikan preseden, maka hakim di masa depan tidak akan mendapatkan banyak kritik profesional apabila mereka juga mengabaikan preseden tersebut. Biaya reputasi karena mengabaikan preseden akan berkurang. Meskipun biaya reputasi ini relatif ringan, namun karena aturan mengenai masa jabatan dan sistem kompensasi yudisial mengurangi insentif-insentif lain yang biasanya memengaruhi perilaku individu, para hakim cenderung lebih peka terhadap pengaruh yang dalam konteks lain mungkin hanya merupakan kekuatan lemah — yakni kritik profesional.

Memang terdapat *free-rider problem* (masalah penumpang gratis). Seorang hakim yang mengabaikan preseden karena ingin menetapkan preseden barunya sendiri mungkin hanya akan memberikan dampak yang sangat kecil terhadap keseluruhan praktik penetapan putusan berdasarkan preseden; dengan demikian, biaya pribadi dari tindakannya lebih kecil dibandingkan dengan keuntungan pribadi yang mungkin ia peroleh. Namun, struktur sistem banding menjaga agar masalah *free-rider* ini tetap terkendali. Hakim yang mengabaikan preseden dapat dibatalkan putusannya oleh pengadilan yang lebih tinggi, yang tidak berkepentingan membiarkan hakim tersebut merusak praktik penetapan hukum berdasarkan preseden hanya untuk memperbesar pengaruh pribadinya. Dalam setiap yurisdiksi terdapat mahkamah tertinggi yang keputusannya tidak dapat diganggu gugat. Dan di dalam satu pengadilan pun, masalah *free-rider* ini turut ditekan. Jika para hakim di Mahkamah Agung mengabaikan preseden dalam putusan-putusan mereka, mereka mengetahui bahwa hal tersebut akan mengurangi kemungkinan bahwa putusan mereka sendiri akan diikuti sebagai preseden oleh para hakim di masa depan.

Faktor lain yang mendorong hakim untuk mengikuti preseden adalah dampak dari pengabaian preseden terhadap *volume* perkara yang diajukan ke pengadilan. Jika preseden diabaikan, maka kepastian hukum akan berkurang, sehingga *volume* litigasi akan meningkat. Peningkatan *volume* ini menciptakan tekanan untuk menambah jumlah hakim (yang akan mengurangi pengaruh relatif para hakim yang sudah ada), atau memaksa masing-masing hakim untuk bekerja lebih keras, atau mendorong penggunaan lembaga arbitrase dan tribunal administratif sebagai pengganti pengadilan.

C. Produksi Undang-Undang dan Pilihan antara Aturan Umum dan Aturan Khusus

Produksi undang-undang mungkin tampak sebagai suatu proses yang lebih lugas dibandingkan dengan produksi preseden, yang merupakan produk sampingan dari litigasi. Namun, jika demikian, mengapa sebagian besar hukum tetap bersumber dari putusan hakim (*judge-made law*) ketimbang dari undang-undang (*statutory law*)?

Sesungguhnya, biaya produksi aturan hukum melalui legislasi sangat tinggi. Pengesahan suatu undang-undang mensyaratkan adanya kesepakatan dari mayoritas anggota legislatif, dan seperti telah dijelaskan dalam Bab 3,

biaya transaksi akan sangat tinggi apabila terdapat ratusan pihak yang terlibat dalam transaksi tersebut. Seperti disebutkan di sana, jumlah tautan yang diperlukan untuk menghubungkan setiap anggota dalam suatu himpunan yang terdiri dari n orang dengan setiap anggota lainnya diberikan oleh rumus:

$$n(n-1)/2$$

Dengan demikian, jumlah tautan yang diperlukan meningkat secara eksponensial seiring dengan bertambahnya ukuran kelompok. Implikasi dari hal ini adalah bahwa kapasitas produktif suatu badan legislatif sulit untuk ditingkatkan. Bahkan, penambahan jumlah legislator dapat justru menurunkan kapasitas tersebut karena peningkatan biaya transaksi dalam proses pengesahan. Sebaliknya, mengurangi jumlah legislator — meskipun dapat menurunkan biaya legislasi per undang-undang — akan mengorbankan fungsi representatif legislatif itu sendiri. Dan boleh jadi memang tidak diinginkan agar proses legislasi dibuat terlalu mudah (lihat Bab 24.2).

Tingginya biaya legislasi juga mengakibatkan banyak undang-undang bersifat ambigu. Salah satu cara untuk menurunkan biaya kesepakatan dalam proses legislasi adalah dengan mengurangi tingkat detail dalam substansi yang disepakati — yaitu dengan menyerahkan isu-isu sulit untuk diselesaikan kemudian oleh pengadilan. Konsekuensinya, apabila pengadilan menerapkan prinsip penafsiran sempit (*strict construction*) terhadap undang-undang, maka efektivitas legislasi dapat berkurang. Selain itu, tingginya biaya legislasi cenderung membuat aturan hukum bersifat lebih umum (*broad/general*) daripada khusus (*narrow/specific*) — mengapa? Sebab pengadilan memiliki lebih banyak keleluasaan dalam memilih antara pembuatan aturan yang bersifat umum maupun khusus.

Marilah kita secara sistematis mempertimbangkan pertukaran (*trade-off*) antara aturan yang bersifat umum dan khusus — misalnya, antara larangan mengemudi “dengan kecepatan yang tidak wajar” versus larangan mengemudi “melebihi batas kecepatan tertentu.” Mengatur perilaku melalui seperangkat aturan spesifik (khusus) alih-alih melalui suatu standar umum menimbulkan biaya, baik dalam perumusan standar tersebut secara rinci pada awalnya, maupun dalam merevisi aturan tersebut agar tetap relevan dengan kondisi yang berubah. Seperti telah dicatat sebelumnya, aturan khusus akan lebih cepat mengalami *obsolescence* (kedaluwarsa hukum) daripada standar umum. Biaya penerapan aturan khusus akan menjadi sangat tinggi, khususnya bagi lembaga-lembaga seperti Mahkamah Agung atau Kongres, di mana setiap

aturan sangat mahal untuk diundangkan. Namun demikian, manfaat dari aturan yang terperinci kadang melebihi biayanya. Manfaat tersebut timbul di tiga tingkat:

- 1) sebagai panduan bagi pengadilan,
- 2) sebagai panduan bagi perilaku masyarakat yang tunduk pada aturan, dan
- 3) sebagai panduan bagi para pihak dalam sengketa aktual. Pembahasan tentang manfaat ketiga akan ditunda hingga bab mengenai prosedur;

sementara di sini kita akan membahas dua yang pertama.

1. Kita dapat membayangkan hukum *common law* hanya memiliki satu standar keputusan tunggal — semacam versi dari Formula Hand — yang diterapkan kembali pada setiap kasus. Namun hal ini menimbulkan masalah serius berupa tingginya biaya informasi bagi hakim dan juri dalam menentukan hasil yang efisien untuk setiap sengketa. Keberadaan aturan yang spesifik membatasi ruang lingkup (dan dengan demikian menurunkan biaya) pencarian yudisial; dalam istilah ekonomi, pencarian atas *local maximum* menggantikan pencarian yang lebih sukar terhadap *global maximum*.
2. Jika suatu aturan hukum tidak jelas, para pelanggar potensial akan mendiskonto biaya hukuman dari pelanggaran tersebut tidak hanya berdasarkan probabilitas mereka akan tertangkap (lihat Bab 7.2), tetapi juga dengan memperhitungkan probabilitas tambahan — yang secara signifikan kurang dari satu — bahwa aturan tersebut akan dinyatakan berlaku atas perbuatan yang mereka lakukan. Dengan demikian, efek *deterrent* dari hukum akan menurun. Selain itu, ketidakjelasan aturan menciptakan risiko bahwa tindakan yang sah akan dianggap melanggar hukum. Hal ini akan semakin mengurangi efek *deterrent* hukum, karena efek pencegahan tersebut bergantung pada perbedaan antara ekspektasi biaya hukuman dari perbuatan yang melanggar dan yang sah.

Ketidakjelasan juga akan menghambat beberapa aktivitas yang sah, sebagaimana ditekankan dalam Bab 7. Dampak ini menjadi sangat signifikan ketika aktivitas sah yang terhambat tersebut memiliki nilai sosial yang lebih tinggi dibandingkan nilai pribadinya. Dalam kondisi demikian, bahkan sedikit peningkatan biaya (misalnya akibat ancaman hukuman) dapat secara drastis menurunkan permintaan privat terhadap aktivitas tersebut, dan hal ini dapat

menimbulkan kerugian sosial yang besar. Poin ini dapat menjelaskan mengapa Mahkamah Agung telah menyatakan bahwa undang-undang pidana yang terlalu luas (*overbroad*) secara konstitusional tidak dapat dibenarkan apabila perilaku yang diatur berhubungan erat dengan ekspresi ide. Nilai sosial dari ide sering kali melampaui nilai privatnya (sebagaimana akan dibahas dalam Bab 28), karena tidak adanya sistem hak kepemilikan yang efektif atas ide.

Analisis di atas juga menjelaskan mengapa tingkat ketidakjelasan yang dapat ditoleransi dalam aturan pidana lebih rendah dibandingkan dalam aturan perdata. Karena, seperti telah dijelaskan dalam Bab 7, sanksi pidana umumnya lebih mahal daripada sanksi perdata, maka biaya sosial dari penghukuman terhadap perilaku yang sah sebagai akibat dari ketidakjelasan aturan akan lebih besar. Hal relevan lainnya adalah bahwa sanksi pidana tidak dapat diasuransikan — mengapa? Bahkan probabilitas kecil atas penghukuman pidana terhadap suatu aktivitas sah dapat menyebabkan individu yang *risk-averse* (enggan risiko) untuk tidak melakukan aktivitas tersebut, walaupun nilainya secara sosial cukup besar.

Semakin presisi suatu aturan, semakin besar kemungkinan terbukanya celah hukum (*loopholes*) — yakni adanya tindakan yang secara implisit diizinkan oleh aturan, meskipun sesungguhnya hendak dilarang. Efek celah hukum ini dapat diminimalkan dengan membuat aturan yang sengaja terlalu inklusif (*overinclusive*) — misalnya, menetapkan batas kecepatan yang lebih rendah daripada kecepatan optimal dalam kondisi normal. Biaya dari aturan yang terlalu inklusif akan lebih rendah apabila sanksinya ringan dan apabila biaya untuk menghindari (atau *transact around*) aturan tersebut juga rendah. Maka tidak mengherankan bila kita mengamati:

1. Penggunaan *strict liability* (tanggung jawab mutlak) lebih luas dalam ranah delik perdata dan kontrak dibandingkan dalam konteks pidana; dan
2. Banyak aturan yang tampak arbitrer dalam hukum properti dan hukum komersial, yaitu area di mana aturan hukum dapat dinegosiasikan atau dihindari dengan biaya rendah. Dalam konteks ini, nasihat hukum bahwa “lebih penting hukum itu pasti daripada harus selalu benar” memperoleh makna ekonomi yang signifikan.

D. *Stare Decisis*

Pembahasan dalam bagian sebelumnya mengindikasikan adanya alasan penting — selain kepentingan pribadi hakim — mengapa pengambilan keputusan berdasarkan preseden (*stare decisis*) lebih disukai dibandingkan dengan pendekatan yang memutus setiap perkara dari awal (*afresh*) berdasarkan asas-asas pertama (*first principles*). Pendekatan yang terakhir ini pada dasarnya setara dengan penerapan suatu standar hukum yang sangat umum, yang akan mengandung kelemahan-kelemahan sebagaimana telah dibahas sebelumnya, ditambah dengan biaya prosedural akibat ketidakpastian yang besar — suatu topik yang akan dibahas dalam bab berikutnya.

Konsekuensi dari hal ini adalah bahwa semakin lengkap dan terperinci suatu kodifikasi hukum suatu negara, semakin kecil pula penekanan yang dapat kita harapkan terhadap doktrin *stare decisis* dalam sistem hukumnya. Pengamatan kasual terhadap praktik negara-negara Kontinental (*civil law*) mendukung prediksi ini.

Demikian pula, dapat diharapkan — dan kenyataannya mendukung — bahwa doktrin *stare decisis* akan semakin longgar penerapannya seiring dengan semakin cepatnya perubahan dalam masyarakat. Perubahan tersebut menjadikan banyak preseden menjadi tidak relevan dan sebagian lagi menjadi keliru. Dalam kedua kasus tersebut, preseden mengalami depresiasi secara cepat: dalam kasus pertama, preseden menjadi tidak lagi digunakan (*obsolete*), sedangkan dalam kasus kedua, preseden harus secara aktif dibatalkan (*overruled*). Aturan yang kaku mengenai keharusan mengikuti preseden akan secara signifikan mengurangi efisiensi aturan hukum dalam mengatur perilaku sosial.

Sistem yang menerapkan pengambilan keputusan berdasarkan preseden juga memiliki sifat ekonomis lainnya: ia menurunkan biaya litigasi dengan memungkinkan para pihak dalam suatu perkara, serta majelis hakim, untuk memanfaatkan informasi yang telah dihasilkan (sering kali dengan biaya yang besar) dalam perkara-perkara sebelumnya. Jika telah terdapat 20 perkara yang menyatakan bahwa sinyal listrik pada perlintasan rel merupakan tindakan pencegahan yang wajib (secara biaya dianggap layak) di perlintasan rel yang ramai, maka manfaat marginal dari informasi tambahan melalui proses pembuktian dan persidangan dalam perkara ke-21 mungkin akan lebih kecil daripada biaya proses tersebut. Dengan kata lain, suatu aturan *common law* akan muncul ketika premis faktualnya telah tervalidasi secara memadai

melalui pengujian berulang dalam litigasi, sehingga biaya tambahan untuk pembuktian dan argumentasi tidak lagi sebanding dengan pengetahuan baru yang mungkin dihasilkan.

Namun, semakin cepat perubahan kondisi sosial dan ekonomi yang relevan, semakin tinggi nilai informasi tambahan tersebut, dan karenanya, semakin kecil pula nilai dari penerapan preseden yang ketat. Dengan demikian, baik dari sisi *otoritatif* maupun dari sisi *informasional*, praktik pengambilan keputusan berdasarkan preseden hanya akan secara konsisten dipertahankan dalam masyarakat yang sangat stabil.

Bacaan yang Disarankan

1. Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. Leg. Stud. 257 (1974).
2. William M. Landes & Richard A. Posner, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, 19 J. Law & Econ. 249 (1976).

Permasalahan

1. Mengapa keliru jika menganggap bahwa volume litigasi dalam suatu bidang hukum semata-mata bergantung secara langsung pada jumlah aktivitas yang menimbulkan litigasi (seperti jumlah perceraian, tindak pidana, atau kecelakaan lalu lintas)?
2. Mengapa kita mungkin mengharapkan bahwa Parlemen Inggris memainkan peran yang lebih besar dalam produksi aturan hukum dibandingkan peran Kongres AS terhadap pengadilan federal?
3. Bahaslah kelebihan dan kekurangan dari praktik *prospective overruling* terhadap putusan sebelumnya, dalam terang analisis yang dikemukakan dalam bab ini.
4. Apakah bab ini menyiratkan kemungkinan adanya teori ekonomi terhadap prinsip konstitusional *equal protection of the laws*?

BAB XXI

PROSEDUR PERDATA DAN PIDANA¹⁹⁴

A. Tujuan Ekonomi dari Prosedur; Mengenai *Due Process*

Tujuan dari suatu sistem prosedural, apabila ditinjau dari perspektif ekonomi, adalah untuk meminimalkan jumlah dari dua jenis biaya. Pertama, adalah biaya akibat putusan hakim yang keliru. Misalnya, diasumsikan bahwa biaya yang diharapkan dari suatu jenis kecelakaan tertentu adalah sebesar \$100, dan biaya yang harus dikeluarkan oleh pihak yang berpotensi menjadi pelaku untuk mencegah terjadinya kecelakaan tersebut adalah sebesar \$90 (dengan asumsi bahwa biaya pencegahan oleh korban lebih besar dari \$100). Apabila pihak yang berpotensi menjadi pelaku tunduk pada standar tanggung jawab berdasarkan kelalaian (*negligence*) atau tanggung jawab mutlak (*strict liability*), maka ia akan terdorong untuk mencegah terjadinya kecelakaan — sepanjang standar tersebut diterapkan secara akurat.

Namun, andaikan bahwa dalam 15 persen dari kasus kecelakaan yang terjadi, pelaku dapat mengharapkan untuk lolos dari tanggung jawab hukum akibat kekeliruan dalam penilaian fakta oleh sistem prosedural. Maka, biaya yang diharapkan dari kecelakaan bagi pelaku akan turun menjadi \$85. Karena jumlah ini lebih kecil dibandingkan biaya pencegahan yang harus ditanggungnya (\$90), maka pelaku tidak akan terdorong untuk mencegah kecelakaan tersebut. Akibatnya, akan timbul kerugian sosial bersih sebesar \$10 — atau benarkah demikian?

Kita tidak boleh mengabaikan biaya operasional dari sistem prosedural itu sendiri. Misalnya, untuk menurunkan tingkat kegagalan dalam mengenakan tanggung jawab secara keliru dari 15 persen menjadi di bawah 10 persen, diperlukan pengeluaran tambahan sebesar \$20 per kecelakaan dalam sistem prosedural. Maka dari sudut pandang efisiensi, kita sebaiknya mentoleransi kemungkinan kesalahan sebesar 15 persen tersebut. Biaya akibat kesalahan (\$10) lebih rendah dibandingkan dengan biaya yang diperlukan untuk menghilangkan kesalahan tersebut (\$20), dan tujuan ekonomi yang

¹⁹⁴ See Richard H. Field, Benjamin Kaplan, & Kevin M. Clermont, *Materials for a Basic Course in Civil Procedure* (4th ed. 1978); Charles Alan Wright, *Law of Federal Courts*, chs. 10-11 (4th ed. 1983).

dimaksud adalah meminimalkan jumlah dari biaya kesalahan dan biaya langsung operasional sistem prosedural.¹⁹⁵

Tentu saja, sebagaimana halnya dengan Rumusan Hand (*Hand Formula*), jarang sekali dimungkinkan (atau setidaknya jarang diupayakan) untuk mengkuantifikasi setiap unsur dalam perhitungan tersebut. Namun demikian, rumusan tersebut tetap bernilai bahkan apabila digunakan secara kualitatif alih-alih kuantitatif. Misalnya, apabila yang dipersoalkan adalah apakah pemilik suatu mobil yang tampak ditinggalkan (*abandoned*) harus diberitahu dan diberi kesempatan untuk didengar pendapatnya dalam suatu sidang sebelum mobil tersebut ditarik (*ditowing*) dan dijual sebagai besi tua. Kemungkinan bahwa mobil tersebut sebenarnya tidak ditinggalkan — melainkan mogok atau dicuri — tidaklah sepele, dan biaya penyelenggaraan sidang relatif kecil dibandingkan nilai mobil tersebut; maka, mungkin benar (sebagaimana diputuskan oleh sebagian besar pengadilan), bahwa pemilik berhak atas sidang tersebut.

Namun, anggaplah yang dimaksud bukanlah mobil yang ditinggalkan, melainkan mobil yang diparkir secara ilegal. Karena mobil tersebut tidak akan segera dimusnahkan, maka tingkat kehilangan atau kerugian (L) jauh lebih kecil dibandingkan kasus mobil ditinggalkan. Probabilitas kesalahan juga jauh lebih rendah, sebab pada umumnya penentuan apakah suatu mobil diparkir secara ilegal bersifat tegas dan mudah. Di sisi lain, biaya penyelenggaraan sidang sebelum tindakan penarikan (*predeprivation hearing*) sangat tinggi; apabila pemilik harus diberitahu terlebih dahulu sebelum mobilnya ditarik, maka ia akan segera memindahkannya sebelum tindakan penarikan dapat dilakukan, sehingga efek jera dari tindakan tersebut akan hilang. Oleh karena itu, pengadilan memutuskan bahwa asas *due process* tidak mewajibkan adanya sidang pendahuluan dalam kasus mobil yang diparkir secara ilegal.

B. Biaya Akibat Kesalahan dalam Perkara Perdata

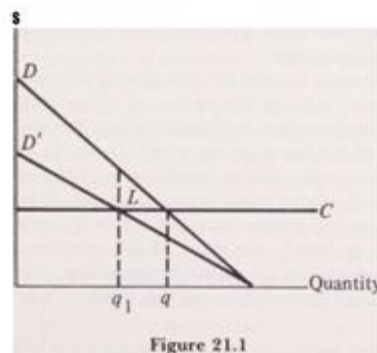
Gambar 21.1, yang sedikit memformalkan pokok pikiran pada awal bab ini, menggambarkan dampak dari penetapan yudisial yang keliru. Kurva **D** merepresentasikan nilai dari satu unit peralatan keselamatan dalam bentuk

¹⁹⁵ Bagaimana jika tujuan dari aturan substantif yang dimaksud bukanlah untuk meningkatkan efisiensi? Dalam pengertian apa kita masih dapat berbicara bahwa tujuan dari prosedur adalah meminimalkan jumlah dari kesalahan dan biaya langsung?

biaya kecelakaan yang berhasil dihindari sebagai fungsi dari jumlah peralatan keselamatan yang dibeli; istilah lain untuk **D** adalah produk marginal dari peralatan keselamatan. Kurva **C** merepresentasikan biaya dari peralatan tersebut. Nilai (*value*) akan dimaksimalkan dengan pembelian peralatan keselamatan pada jumlah yang ditunjukkan oleh titik potong antara **D** dan **C** — yakni pada titik **q**.

Apabila suatu industri bertanggung jawab sepenuhnya atas biaya kecelakaan yang ditimbulkannya, maka kurva **D** menjadi permintaan industri terhadap peralatan keselamatan, dan jumlah yang dibeli akan optimal. Namun, jika karena adanya kesalahan dalam sistem hukum industri tersebut hanya diharapkan bertanggung jawab atas p persen dari total biaya kecelakaan yang ditimbulkannya, maka permintaan terhadap peralatan keselamatan akan turun ke kurva **D'** (yang setara dengan $p \times D$), dan industri hanya akan membeli jumlah **q₁** dari peralatan keselamatan. Hal ini mengakibatkan kerugian sosial sebesar **L**. Efek dari kesalahan tersebut terhadap perilaku industri setara dengan pengenaan pajak atas penerimaan bruto (lihat Bab 17.3 sebelumnya).

Namun, analisis tersebut belum lengkap dalam dua hal penting. Pertama, apa pun penyebab kesalahan yang menguntungkan industri dalam beberapa perkara (misalnya, kesaksian palsu), kemungkinan besar juga menyebabkan kesalahan yang menguntungkan korban kecelakaan dalam perkara lainnya, yang cenderung menggeser kurva **D'** ke kanan. Akan tetapi, secara keseluruhan kemungkinan besar posisi **D'** akan tetap berada di bawah **D**. Semua kesalahan yang menguntungkan industri akan menurunkan **D'**, sedangkan hanya sebagian kesalahan yang merugikan industri yang akan menaikkan **D'**.



Suatu kesalahan yang semata-mata membesar-besarkan tanggung jawab industri dalam perkara di mana industri tersebut memang lalai atau bersalah

(misalnya, korban meyakinkan pengadilan bahwa kerugiannya lebih besar dari yang sebenarnya) akan cenderung membuat peralatan keselamatan menjadi lebih bernilai bagi industri, sehingga menaikkan D' . Namun, jika kesalahan tersebut mengakibatkan tanggung jawab hukum meskipun penggunaan peralatan keselamatan tambahan tidak akan mengurangi tanggung jawab industri (misalnya, kecelakaan sebenarnya tidak akan terjadi atau disebabkan oleh pihak lain), maka industri tidak akan memiliki insentif untuk membeli peralatan keselamatan tambahan, dan D' tidak akan meningkat.

Kedua, kerugian sosial akibat berkurangnya insentif industri untuk mencegah kecelakaan kemungkinan akan sebagian diimbangi oleh meningkatnya insentif korban untuk mencegah kecelakaan. Efek dari pergeseran kurva D' ke bawah adalah meningkatnya ekspektasi biaya kecelakaan yang tidak dikompensasi bagi para korban, dan dengan demikian meningkatkan insentif mereka untuk melakukan pencegahan. Meskipun pencegahan oleh korban biasanya kurang efisien dibandingkan oleh pelaku (mengapa?), tetap akan ada kompensasi sebagian.

Kesalahan hukum juga dapat mengubah norma substantif secara *de facto*. Sebagai ilustrasi, ingat bahwa doktrin *impossibility* dalam hukum kontrak bertujuan untuk mengalihkan seluruh kerugian tertentu dari pihak pembuat janji (*promisor*) kepada pihak penerima janji (*promisee*) (lihat Bab 4.5). Namun, adanya kemungkinan kesalahan hukum menciptakan probabilitas bahwa pihak pembuat janji tetap akan menanggung kerugian tersebut. Artinya, secara *ex ante*, doktrin tersebut sebenarnya merupakan doktrin pembagian kerugian (*loss sharing*) dan bukan pengalihan kerugian secara penuh (*complete shifting*). Bahkan, apabila putusan-putusan yang menerapkan doktrin tersebut dibuat secara acak, maka hasilnya akan menjadi pembagian kerugian 50:50. Para pihak yang menandatangani kontrak yang berada dalam cakupan doktrin tersebut akan menanggung 50 persen kerugian yang timbul karena keadaan yang tercakup dalam doktrin. Dengan demikian, kesalahan hukum mengaburkan sifat dikotomis dari hasil hukum.

Analisis atas biaya akibat kesalahan memiliki banyak aplikasi yang menarik dalam hukum acara perdata. Standar *preponderance of the evidence* yang berlaku dalam perkara perdata mengarahkan hakim (atau juri) untuk memutuskan mendukung pihak yang mengemban beban pembuktian (biasanya penggugat, meskipun tidak selalu), apabila versi fakta yang diajukannya lebih mungkin benar dibandingkan versi pihak lawan. Hal ini

mengimplikasikan bahwa dalam perkara-perkara yang diputus secara keliru, sekitar separuh akan merugikan tergugat yang sebenarnya berhak menang, dan separuh lainnya akan merugikan penggugat yang sebenarnya berhak menang. Apakah ini hasil yang efisien atau tidak, tergantung pada apakah biaya dari masing-masing jenis kesalahan tersebut kurang lebih setara.

Prinsip penurunan utilitas marjinal dari pendapatan (*diminishing marginal utility of income*) mengindikasikan bahwa kerugian yang dialami oleh penggugat yang sebenarnya berhak menang kemungkinan secara rata-rata sedikit lebih kecil dibandingkan kerugian yang dialami tergugat yang sebenarnya berhak menang (dapatkah Anda menjelaskan mengapa?). Mungkin inilah yang menjelaskan mengapa dalam hal keraguan (*tie*), keuntungan diberikan kepada tergugat. Alasan lain adalah bahwa kesalahan yang menguntungkan penggugat menimbulkan biaya tambahan yang tidak terjadi apabila kesalahan menguntungkan tergugat — yaitu, biaya yang timbul dalam rangka pelaksanaan dan penagihan putusan pengadilan.

Standar *preponderance of the evidence* tidak selalu diterapkan secara literal. Sebagai contoh, apabila satu-satunya bukti yang dimiliki korban kecelakaan bus untuk menghubungkan kejadian tersebut dengan perusahaan bus tergugat adalah bahwa perusahaan tersebut mengoperasikan 80 persen dari armada bus pada rute terjadinya kecelakaan, maka korban tidak dapat memenangkan perkara tanpa bukti tambahan mengenai tanggung jawab tergugat. Hasil ini memiliki dasar ekonomi yang masuk akal. Apabila perkara kecelakaan bus diputus berdasarkan bukti yang minim seperti itu, maka tingkat kesalahan akan mencapai setidaknya 20 persen (mengapa setidaknya?).¹⁹⁶ Kesalahan sebesar itu akan sangat merugikan masyarakat, terutama karena salah satu konsekuensinya adalah bahwa pesaing tergugat pada rute tersebut akan bebas dari tanggung jawab, sehingga meningkatkan pangsa pasar dan tingkat kecelakaan mereka.

Biaya kesalahan tersebut dapat membenarkan diterapkannya prosedur yang menciptakan insentif untuk menghasilkan bukti tambahan. Apabila penggugat tidak diperkenankan memperoleh ganti rugi tanpa menghadirkan bukti lebih lanjut, maka ia akan mengajukan bukti tambahan dalam perkara-

¹⁹⁶ Bandingkan dengan pembahasan mengenai *adverse possession* dalam Bab 3.10 di atas.

perkara di mana tergugat memang bertanggung jawab, dan akan meninggalkan perkara lainnya — sehingga tingkat kesalahan akan menurun.

Namun, tergugat tetap akan memiliki insentif kuat untuk mengajukan bukti dalam perkara di mana ia sebenarnya tidak bertanggung jawab. Oleh karena itu, suatu aturan yang mewajibkan penggugat untuk mengajukan bukti lebih dari sekadar pangsa pasar tergugat hanya dapat dibenarkan secara ekonomi apabila biaya bagi penggugat untuk menghadirkan bukti tambahan lebih rendah dibandingkan bagi tergugat untuk menyanggahnya.

C. Pembuktian Melampaui Keraguan yang Wajar

Syarat pembuktian melampaui keraguan yang wajar (*beyond a reasonable doubt*) dalam perkara pidana secara implisit memberikan bobot kesalahan yang lebih besar terhadap putusan pemidanaan yang keliru dibandingkan terhadap pembebasan yang keliru. Hal ini konsisten dengan analisis ekonomi mengenai sanksi pidana yang telah dibahas dalam Bab 7. Sebagaimana telah diuraikan di sana, bahkan apabila satu-satunya bentuk sanksi pidana adalah denda, seluruh beban biaya dari sanksi tersebut yang ditanggung oleh terdakwa tidak akan secara otomatis muncul sebagai manfaat dalam pembukuan sosial. Dan apabila tidak ada denda, satu-satunya manfaat dari suatu pemidanaan pidana adalah efek preventif (*deterrent effect*) dari putusan tersebut.

Efek pencegahan dari pemidanaan terhadap orang yang tidak bersalah bukan hanya tidak positif (mengapa?), melainkan justru negatif; hal tersebut justru menurunkan ekspektasi hukuman bersih yang dihadapi oleh pelaku kejahatan yang sebenarnya bersalah. Oleh karena itu, kerugian sosial bersih dari memidana orang yang tidak bersalah mungkin bahkan melebihi kerugian pribadi yang ditanggung oleh orang tersebut sebagai akibat dari sanksi yang dijatuhkan.

Sebaliknya, kerugian sosial bersih dari membebaskan orang yang bersalah terbatas pada peningkatan total biaya sosial dari kejahatan yang disebabkan oleh berkurangnya probabilitas pemidanaan. Dan, pembebasan terhadap satu orang yang bersalah tidak akan menyebabkan peningkatan tingkat kejahatan yang signifikan. Dengan demikian, persyaratan pembuktian melampaui keraguan yang wajar didasarkan atas asumsi yang wajar bahwa dibutuhkan beberapa pembebasan yang keliru untuk menimbulkan kerugian

sosial yang sebanding dengan satu pemidanaan keliru untuk pelanggaran yang sama.

Dalam konteks hukum perdata, dampak dari penjatuhan tanggung jawab yang keliru dan pembebasan dari tanggung jawab yang keliru bersifat simetris: keduanya mengurangi efek pencegahan dari kaidah hukum yang berlaku. Oleh karena itu, jenis kesalahan tersebut dianggap memiliki bobot yang kurang lebih seimbang.

Namun, analisis ini tidak mengimplikasikan bahwa banyak orang yang bersalah dibebaskan. Faktanya, sangat dimungkinkan bahwa jumlah terdakwa pidana yang bersalah tetapi dibebaskan lebih sedikit daripada jumlah tergugat dalam perkara perdata yang sebenarnya bertanggung jawab tetapi dibebaskan dari kewajiban hukum. Alasan di balik hal ini akan dibahas dalam Bab 21.8 di bawah.

D. Rumusan Ekonomi untuk Menentukan Apakah Gugatan Sementara (*Preliminary Injunction*) Patut Dikabulkan

Standar pembuktian dalam perkara pidana merupakan contoh dari pendekatan yang mempertimbangkan bobot kesalahan berdasarkan besarnya biaya yang ditimbulkan. Contoh lainnya adalah rumusan yang diambil dari perkara *Mathews v. Eldridge* dalam menilai apakah seseorang telah dirugikan oleh pelanggaran terhadap *due process of law* (asas proses hukum yang semestinya). Contoh lain lagi adalah rumusan berikut ini yang digunakan untuk menentukan apakah suatu permohonan gugatan sementara (*preliminary injunction*) harus dikabulkan atau tidak:

Gugatan sementara seharusnya dikabulkan jika dan hanya jika:
 $P(H_p) > (1 - P)H_a$

Dengan:

- **P** adalah probabilitas bahwa penggugat akan menang dalam pemeriksaan pokok perkara (dan dengan demikian $1 - P$ adalah probabilitas bahwa tergugat akan menang),
- **H_p** adalah kerugian tidak dapat diperbaiki (*irreparable harm*) yang akan diderita penggugat apabila gugatan sementara tidak dikabulkan guna mempertahankan status quo selama proses persidangan berlangsung,
- **H_a** adalah kerugian tidak dapat diperbaiki yang akan diderita tergugat apabila gugatan sementara dikabulkan.

Masalah utama bagi hakim yang dimintakan untuk mengabulkan gugatan sementara adalah bahwa ia diminta untuk membuat keputusan secara cepat, dengan informasi yang masih terbatas atau belum lengkap. Risiko terjadinya kekeliruan cukup tinggi. Oleh karena itu, hakim dapat meminimalkan ekspektasi biaya akibat kesalahan (*expected error costs*) dengan cara membandingkan biaya kesalahan yang diberi bobot (*weighted error costs*) yang berpotensi ditanggung masing-masing pihak — seperti yang tergambar dalam kedua sisi ketidaksamaan tersebut.

Suatu contoh akan memperjelas sifat dari perbandingan ini. Misalkan, probabilitas bahwa penggugat akan menang dalam sidang pokok perkara adalah 60 persen. Maka, risiko kekeliruan jika permohonan gugatan sementara ditolak adalah sebesar 60 persen. Sebaliknya, risiko kekeliruan jika permohonan dikabulkan adalah sebesar 40 persen. Lebih lanjut, anggaplah bahwa jika permohonan ditolak, penggugat akan mengalami kerugian tidak dapat diperbaiki sebesar \$50; sedangkan jika permohonan dikabulkan, tergugat akan menderita kerugian tidak dapat diperbaiki sebesar \$100.

Maka, ekspektasi biaya kesalahan jika permohonan dikabulkan adalah $40\% \times \$100 = \$40$, dan jika permohonan ditolak adalah $60\% \times \$50 = \$30$. Karena ekspektasi kerugian lebih besar berada di pihak tergugat, maka permohonan gugatan sementara sebaiknya ditolak.

Jenis kerugian yang relevan dalam pengambilan keputusan ini hanyalah kerugian yang tidak dapat diperbaiki (*irreparable harm*) — mengapa? Karena apabila kerugian dapat diperbaiki melalui ganti rugi uang (*monetary damages*) setelah putusan akhir, maka tidak ada urgensi atau kebutuhan mendesak untuk memberikan perlindungan hukum sebelum putusan akhir dijatuhkan.

Dalam praktiknya, pengadilan memang menggunakan pendekatan yang merupakan bentuk pendekatan empiris terhadap rumusan ekonomi tersebut.

E. Keputusan untuk Menyelesaikan atau Melanjutkan ke Persidangan; Mengenai Hukum Acara Perdata dan Evolusi Kaidah Hukum *Common Law*

Fakta bahwa suatu perkara dibawa ke pengadilan alih-alih diselesaikan melalui kesepakatan tampaknya bertentangan dengan prinsip bahwa apabila biaya transaksi rendah, para pihak akan secara sukarela bertransaksi apabila suatu transaksi saling menguntungkan dimungkinkan. Namun kenyataannya,

mayoritas sengketa hukum diselesaikan tanpa melalui persidangan; suatu studi menunjukkan bahwa hanya 2 persen dari klaim akibat kecelakaan lalu lintas yang benar-benar disidangkan. Hal ini sejalan dengan prediksi teori ekonomi, tetapi kita masih perlu menjelaskan mengapa sebagian kecil sengketa tetap berujung pada persidangan.

Sebagaimana halnya dalam setiap kontrak, suatu kondisi yang diperlukan agar negosiasi berhasil adalah adanya suatu harga di mana kedua belah pihak menyimpulkan bahwa kesepakatan akan meningkatkan kesejahteraan mereka. Oleh karena itu, negosiasi penyelesaian akan gagal, dan litigasi akan terjadi, hanya apabila harga minimum yang bersedia diterima oleh penggugat untuk menyelesaikan tuntutananya lebih tinggi daripada harga maksimum yang bersedia dibayar oleh tergugat untuk memenuhi tuntutan tersebut. Sebagai contoh, apabila penggugat tidak bersedia menyelesaikan perkara dengan nilai kurang dari \$10.000, sedangkan tergugat tidak bersedia membayar lebih dari \$9.000, maka negosiasi penyelesaian akan gagal.

Meskipun keberadaan suatu wilayah tumpang tindih antara syarat minimum masing-masing pihak — yang dalam hal ini kita sebut sebagai rentang penyelesaian (*settlement range*) — merupakan syarat perlu bagi tercapainya penyelesaian, hal tersebut bukanlah syarat cukup. Negosiasi penyelesaian merupakan contoh klasik dari monopoli bilateral. Penggugat hanya dapat menyelesaikan perkara dengan tergugat dan sebaliknya, dan masing-masing pihak berkeinginan untuk memperoleh sebanyak mungkin surplus yang dihasilkan dari penyelesaian dibandingkan dengan litigasi. Bahkan, semakin besar rentang penyelesaian, semakin besar pula keuntungan yang dapat diperoleh masing-masing pihak dari negosiasi keras (*hard bargaining*), dan tampaknya semakin besar kemungkinan mereka justru akan berakhir pada litigasi karena tidak mampu menyepakati pembagian surplus yang tersedia. Namun terdapat faktor-faktor penyeimbang: rentang yang lebih luas secara definisi mencakup lebih banyak titik yang saling menguntungkan; dan semakin luas rentang tersebut, semakin rendah pula biaya yang dikeluarkan para pihak untuk menentukan bahwa penyelesaian adalah yang terbaik bagi kedua belah pihak.

Tawaran penyelesaian terbaik dari masing-masing pihak akan bergantung pada harapan mereka mengenai hasil dari litigasi. Dalam sistem hukum Amerika, di mana pihak yang kalah tidak diwajibkan mengganti biaya proses hukum pihak yang menang, keuntungan yang diharapkan oleh

penggugat dari litigasi adalah nilai putusan apabila ia menang, dikurangi dengan estimasi probabilitas kemenangannya, dan dikurangi biaya litigasi. Kerugian yang diharapkan oleh tergugat adalah nilai putusan apabila ia kalah, dikalikan dengan estimasi probabilitas kekalahan (atau, dengan kata lain, estimasi probabilitas kemenangan penggugat), ditambah dengan biaya litigasi. Apabila keuntungan yang diharapkan oleh penggugat dari litigasi adalah \$10.000, maka ia tidak akan bersedia menyelesaikan perkara dengan nilai kurang dari itu (kecuali ia bersifat menghindari risiko — suatu komplikasi yang akan dibahas kemudian); dan apabila tergugat memperkirakan bahwa kerugian dari litigasi hanya \$9.000, maka ia tidak akan bersedia membayar lebih dari jumlah tersebut. Selanjutnya, tawaran penyelesaian terbaik akan disesuaikan — dinaikkan oleh penggugat dan diturunkan oleh tergugat — untuk mencerminkan biaya penyelesaian. Jika biaya tersebut, misalnya, sebesar \$500 bagi masing-masing pihak, maka tawaran terbaik penggugat akan menjadi \$10.500 dan dari tergugat \$8.500.

Kondisi agar litigasi terjadi dirangkum dalam ketidaksamaan (1). J adalah besaran putusan apabila penggugat menang. P_p adalah probabilitas kemenangan penggugat menurut estimasi penggugat, dan P_d adalah estimasi tergugat terhadap probabilitas tersebut. C dan S adalah biaya litigasi dan penyelesaian bagi masing-masing pihak. Ini adalah model yang sangat sederhana karena mengasumsikan bahwa kedua pihak bersifat netral terhadap risiko dan bahwa nilai perkara, biaya litigasi, dan biaya penyelesaian adalah sama bagi kedua belah pihak; asumsi ini akan kita longgarkan nanti.

Kondisi agar litigasi terjadi:

$$(1) \quad P_p J - C + S > P_d J + C - S$$

yang dapat ditulis ulang menjadi:

$$(P_p - P_d)J > 2(C - S) \quad (2)$$

Apabila para pihak sepakat mengenai probabilitas kemenangan penggugat dalam litigasi, maka sisi kiri dari (2) akan menjadi nol, dan perkara akan diselesaikan karena litigasi lebih mahal daripada penyelesaian; terlebih lagi, perkara pasti akan diselesaikan jika salah satu pihak lebih pesimis dibanding pihak lainnya sehingga $P_p - P_d$ bernilai negatif. Secara umum, litigasi hanya akan terjadi apabila kedua pihak bersikap optimis mengenai hasil litigasi.

Suatu contoh numerik dapat membantu menjelaskan. Misalnya $J = \$10.000$, $C = \$1.000$, $S = \$100$, $P_p = 0,9$ dan $P_d = 0,6$. Artinya, penggugat menilai peluangnya menang adalah 90 persen, sedangkan tergugat hanya memperkirakan peluang itu 60 persen — perbedaan ini mencerminkan ketidakpastian atas hasil perkara. Jika dimasukkan dalam ketidaksamaan (2), kita dapati bahwa litigasi akan terjadi, karena sisi kiri dari (2) adalah \$3.000 dan sisi kanan hanya \$1.800. Dalam ketidaksamaan (1), harga minimum penyelesaian dari penggugat adalah \$8.100 dan tawaran maksimum dari tergugat hanya \$6.900, sehingga tidak terdapat titik penyelesaian yang dianggap menguntungkan kedua belah pihak dibandingkan litigasi.

Ketidaksamaan (2) menyoroti hal penting bahwa, *ceteris paribus*, semakin besar nilai perkara, semakin besar kemungkinan perkara akan dibawa ke pengadilan (yakni, semakin besar peluang ketidaksamaan tersebut terpenuhi). Secara intuitif, bila nilai perkara kecil, potensi keuntungan dari litigasi menurut persepsi para pihak juga kecil, dan cenderung dikalahkan oleh tingginya biaya litigasi dibandingkan penyelesaian. Namun, terdapat dua pertimbangan yang sebagian mengimbangi:

- 1) perkara bernilai besar menarik pengacara yang lebih andal dalam memprediksi hasil litigasi, sehingga memperkecil selisih antara P_p dan P_d ;
- 2) semakin besar nilai perkara, semakin besar pula risiko karena varians kemungkinan hasil litigasi meningkat. Semakin tinggi risiko, semakin besar kecenderungan pihak yang menghindari risiko untuk memilih penyelesaian.

Mari kita ubah beberapa asumsi dalam model:

1. Nilai perkara tidak sama bagi kedua pihak — misalnya karena masing-masing mendiskonto masa depan ke nilai saat ini dengan tingkat berbeda, menyebabkan J mereka berbeda. Pertanyaan kritis adalah bagaimana perbedaan itu terjadi. Ketidaksamaan (1) mengimplikasikan bahwa apabila J penggugat lebih kecil dari J tergugat, litigasi cenderung lebih kecil kemungkinannya dibandingkan jika J sama; dan sebaliknya, lebih besar kemungkinannya jika J tergugat lebih kecil dari J penggugat.
2. Para pihak tidak bersifat netral risiko. Jika keduanya menghindari risiko, kemungkinan litigasi akan menurun (mengapa?). Jika preferensi risiko berbeda, maka analisis serupa dengan perbedaan nilai perkara.

3. Biaya litigasi dan penyelesaian tidak tetap, melainkan bervariasi tergantung nilai perkara — atau lebih realistis lagi, terdiri dari komponen tetap dan variabel. Ada pengeluaran minimum untuk litigasi atau penyelesaian, diwakili oleh C dan S dalam ketidaksamaan (1) dan (2); dan ini kemungkinan sama bagi kedua pihak dalam kebanyakan kasus. Tetapi selebihnya, pihak akan mengeluarkan lebih banyak untuk litigasi bila nilai yang diperebutkan besar — karena litigasi adalah investasi sekaligus biaya. Maka semakin besar J , semakin besar pula kemungkinan pihak mengeluarkan biaya lebih besar, karena setiap peningkatan P_p (bagi penggugat) atau penurunan P_d (bagi tergugat) melalui tambahan biaya litigasi akan memberi keuntungan lebih besar. Namun, komponen variabel ini kemungkinan meningkat kurang cepat dari J ; misalnya, meningkat sebanding akar kuadrat J .

Model dapat disempurnakan untuk mengakomodasi pengeluaran litigasi yang lebih kompleks, namun kesimpulan kualitatifnya tidak berubah. Nanti kita akan bahas komplikasi jika terdapat perilaku strategis — yakni, jika masing-masing pihak mempertimbangkan besarnya pengeluaran lawan dalam menentukan pengeluarannya sendiri.

Bagaimana aturan acara memengaruhi tingkat penyelesaian? Kita mulai dengan *discovery* prapersidangan. Pertukaran informasi penuh di antara para pihak cenderung mempermudah penyelesaian karena memungkinkan para pihak membuat estimasi yang lebih akurat dan, karenanya, lebih konvergen terhadap kemungkinan hasil perkara; dan *discovery* memungkinkan pihak memaksa lawannya mengungkapkan informasi relevan yang dimiliki. Mungkin timbul pertanyaan, mengapa pemaksaan diperlukan, mengingat pertukaran informasi lazim dalam negosiasi? Karena dalam negosiasi penyelesaian, berbeda dengan transaksi komersial biasa, kegagalan negosiasi berarti berlanjut ke persidangan — di mana elemen kejutan punya nilai strategis. Maka masing-masing pihak memiliki insentif untuk menahan informasi selama negosiasi, karena informasi itu lebih berguna di pengadilan apabila lawan tidak siap menyanggahnya.

Walau *discovery* prapersidangan secara umum meningkatkan tingkat penyelesaian, pengaruh ketentuan khusus belum tentu demikian. Contohnya Aturan 35 *Federal Rules of Civil Procedure*, yang memungkinkan pihak meminta lawannya menjalani pemeriksaan dokter yang ditunjuk pihak tersebut, apabila kesehatan atau kondisi fisik menjadi isu. (Umumnya

digunakan tergugat dalam perkara cedera pribadi.) Misalnya penggugat ternyata mengalami cedera lebih ringan dari perkiraan tergugat; maka tergugat akan mengajukan tawaran penyelesaian lebih kecil dibanding sebelum pemeriksaan, sementara penggugat tidak mengubah harga minimum karena hasil pemeriksaan tidak mengungkapkan hal baru bagi dirinya. Maka kemungkinan penyelesaian dapat — atau mungkin — menurun (mengapa “mungkin”?). Namun bila pemeriksaan meyakinkan tergugat bahwa cedera penggugat lebih parah dari perkiraannya, maka kemungkinan penyelesaian akan meningkat (mengapa?).

Sebuah studi terkenal mengenai administrasi peradilan menyimpulkan bahwa pemberian bunga atas putusan sejak tanggal kejadian tidak memengaruhi tingkat penyelesaian meskipun penggugat memiliki tingkat diskonto lebih tinggi. Namun sebenarnya, bunga *prejudgment* justru mengurangi kemungkinan penyelesaian, terlepas dari perbedaan tingkat diskonto. Misalnya sebelum ditambahkan bunga, dan dengan mengabaikan biaya litigasi dan penyelesaian, nilai yang diharapkan penggugat dari litigasi adalah \$120 dan kerugian tergugat \$100. Jika ditambahkan bunga 6 persen untuk satu tahun, keuntungan yang diharapkan penggugat naik menjadi \$127,20 dan kerugian tergugat menjadi \$106. Selisihnya bertambah dari \$20 menjadi \$21,20 — meningkatkan kemungkinan litigasi. Dalam ketidakseimbangan (2), bunga memperbesar J. Hal ini tetap berlaku meskipun tingkat diskonto para pihak berbeda.

Sebagaimana bunga meningkatkan kemungkinan litigasi dengan memperbesar nilai perkara, maka penundaan seharusnya menguranginya dengan menurunkan nilai tersebut, dengan asumsi para pihak memiliki tingkat diskonto positif (mengapa perlu asumsi ini?). Tetapi kesimpulan ini perlu dikualifikasi:

- 1) Jika tingkat diskonto tergugat lebih tinggi dari penggugat, penundaan justru dapat mengurangi kemungkinan penyelesaian karena tawaran maksimum tergugat menyusut lebih cepat daripada selisih tawaran.
- 2) Penundaan meningkatkan ketidakpastian hasil (mengapa?), yang dapat menurunkan peluang penyelesaian.
- 3) Bila seluruh biaya litigasi dapat ditunda hingga persidangan, maka biaya-biaya tersebut akan terdiskonto seiring waktu sebagaimana nilai perkara, dan rasio tawaran penyelesaian terbaik tidak berubah. Namun, tidak semua biaya dapat ditunda; biasanya antrean perkara baru dimulai

setelah para pihak menyatakan siap sidang, yang berarti pra-sidang selesai. Dan sekalipun semua biaya bisa ditunda, rentang penyelesaian tetap menyempit (mengapa?), dan hal ini mungkin menurunkan peluang penyelesaian.

Apakah fakta bahwa litigasi cenderung meningkat bila nilai perkara besar membantu menjelaskan kecenderungan *common law* menghasilkan kaidah perilaku yang efisien? Suatu kaidah yang tidak efisien secara definisi menimbulkan beban lebih besar pada masyarakat dibanding kaidah yang efisien. Ini mungkin menciptakan insentif untuk menggugat kaidah tidak efisien sampai pengadilan menggantinya dengan yang efisien. Tetapi ini bergantung pada distribusi beban. Jika beban tersebar luas, tidak ada satu pihak pun yang cukup berkepentingan untuk menggugat. Namun bila beban terkonsentrasi, dan dua kaidah dibandingkan — satu menimbulkan dua kali lebih banyak kecelakaan tanpa penghematan biaya pengamanan — maka kaidah tidak efisien akan menimbulkan lebih banyak litigasi dan membuka peluang pengadilan meninjaunya. Jika kemudian pengadilan secara kebetulan menghasilkan hasil efisien, jumlah kecelakaan menurun, litigasi berkurang, dan kaidah tidak akan sering ditinjau ulang. Maka, kaidah tidak efisien cenderung tergantikan oleh yang efisien karena kaidah efisien lebih jarang diuji kembali dan karena itu, lebih mungkin bertahan.

Namun analisis ini mengabaikan peran preseden. Jika kaidah tidak efisien namun prinsip *stare decisis* dipegang kuat oleh pengadilan, maka seringkali litigasi hanya akan mengukuhkan kaidah tersebut. Dan jika *stare decisis* bersaing dengan nilai kehakiman lain, maka perlu dijelaskan apa nilai tersebut. Bila nilainya mendukung efisiensi, maka peralihan menuju efisiensi akan dipercepat. Namun bila nilainya bertentangan dengan efisiensi, maka semakin sering kaidah tidak efisien digugat, semakin cepat hukum bergerak menjauh dari efisiensi.

F. Tinjauan Kembali terhadap Kaidah-Kaidah Pertanggungjawaban

Sebuah analisis yang menyeluruh mengenai pilihan di antara berbagai alternatif kaidah pertanggungjawaban memerlukan pertimbangan atas biaya prosedural dari masing-masing alternatif, suatu hal yang dapat diilustrasikan dengan mengajukan pertanyaan apakah efisiensi akan tercapai apabila pertanggungjawaban berdasarkan kelalaian (*negligence*) digantikan oleh pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*) (lihat Bab 6.5 di atas). Sebagai

asumsi awal, kita anggap bahwa jumlah kecelakaan tidak berubah. Meskipun demikian, penerapan kaidah pertanggungjawaban mutlak akan menyebabkan peningkatan jumlah klaim atas cedera, karena cakupan pertanggungjawaban menjadi lebih luas. Oleh karena itu, jika proporsi klaim yang disidangkan tetap sama seperti di bawah standar kelalaian, dan jika setiap persidangan menimbulkan biaya yang sama seperti pada standar sebelumnya, maka total biaya litigasi perdata akan meningkat.

Namun, kedua asumsi tersebut patut dipertanyakan. Karena kaidah pertanggungjawaban mutlak menghilangkan satu isu utama dalam litigasi perdata, yaitu mengenai tingkat kehati-hatian (*care*) yang dilakukan oleh masing-masing pihak, maka tingkat ketidakpastian dalam memprediksi hasil litigasi jika klaim tidak diselesaikan akan berkurang; dan pengurangan ketidakpastian atas hasil litigasi seharusnya menurunkan proporsi klaim yang dibawa ke persidangan. Penyederhanaan isu hukum juga dapat mengarah pada penurunan biaya setiap persidangan, meskipun hal ini belum pasti. Penghapusan isu kelalaian cenderung meningkatkan nilai klaim penggugat, dan hal ini mungkin (meskipun tidak harus) mendorong penggugat untuk mengeluarkan biaya yang lebih besar untuk perkaranya; sebaliknya, tergugat mungkin justru mengeluarkan biaya yang lebih rendah. Bahkan apabila biaya persidangan lebih rendah di bawah sistem pertanggungjawaban mutlak, dengan mempersempit selisih antara biaya litigasi dan biaya penyelesaian, hal ini justru membuat litigasi relatif lebih menarik dibandingkan standar kelalaian, sehingga dapat meningkatkan proporsi klaim yang disidangkan.

Sampai titik ini, telah diasumsikan bahwa perubahan dari kaidah pertanggungjawaban mutlak ke kelalaian tidak akan memengaruhi jumlah kecelakaan; tetapi hal ini mungkin tidak benar. Hal yang sangat relevan dalam konteks ini adalah bahwa kaidah pertanggungjawaban mutlak lebih pasti (*definite*) dibanding kaidah kelalaian dan, oleh karena itu, kemungkinan besar akan diterapkan dengan kesalahan yang lebih sedikit. Kesalahan hukum secara langsung mengurangi efisiensi dari sistem pertanggungjawaban, dan secara tidak langsung meningkatkan jumlah kecelakaan yang terjadi, yang pada gilirannya meningkatkan jumlah klaim dan dengan demikian menambah beban administratif dari suatu sistem pertanggungjawaban.

G. Perundingan Pengakuan Bersalah (*Plea Bargaining*) dan Reformasi Prosedur Pidana

Dalam hukum acara pidana, padanan dari negosiasi penyelesaian perkara dalam hukum acara perdata adalah perundingan pengakuan bersalah (*plea bargaining*). Mekanisme ini kerap mendapat kritik karena dianggap merampas hak terdakwa atas jaminan prosedural dari suatu persidangan, serta karena dinilai menghasilkan hukuman yang lebih ringan. Namun, kritik-kritik ini tidak meyakinkan dari sudut pandang ekonomi. Jika suatu penyelesaian perkara tidak memberikan manfaat yang lebih baik bagi kedua belah pihak dalam perkara pidana dibandingkan dengan proses persidangan, maka salah satu pihak pasti akan menggunakan haknya untuk disidangkan. Oleh karena itu, *plea bargaining* pada dasarnya seharusnya tidak menghasilkan rata-rata hukuman yang lebih ringan maupun lebih berat dibandingkan dengan sistem di mana setiap perkara pidana diproses melalui persidangan.

Namun, andaikata *plea bargaining* dianggap tidak diinginkan karena alasan tertentu, apa yang sebaiknya dilakukan? Apakah jumlah hakim perlu ditambah agar lebih banyak perkara dapat disidangkan? Penambahan jumlah hakim belum tentu berdampak pada berkurangnya praktik *plea bargaining*. *Plea bargaining* terjadi karena negosiasi merupakan cara yang lebih murah untuk menyelesaikan sengketa dibandingkan dengan litigasi. Frekuensi *plea bargaining* ditentukan oleh perbandingan biaya antara negosiasi dan litigasi, serta oleh tingkat ketidakpastian terhadap hasil litigasi — faktor-faktor yang tidak terlalu dipengaruhi oleh jumlah hakim (bahkan ketidakpastian dapat meningkat jika jumlah hakim bertambah). Meskipun penambahan hakim dapat mempercepat proses persidangan (lihat Bab 21.10 di bawah), dan persidangan yang lebih cepat dapat mempengaruhi posisi tawar terdakwa (dan jaksa?), hal tersebut tidak serta-merta mengurangi frekuensi praktik *plea bargaining*.

Secara intuitif, tampaknya penyediaan penasihat hukum bagi terdakwa miskin akan mengurangi proporsi penyelesaian melalui perundingan, namun intuisi ini bertentangan dengan teori ekonomi. Walaupun terdakwa tanpa penasihat hukum memiliki prospek yang buruk jika memilih untuk menjalani persidangan, hal ini justru berarti ia akan menerima hukuman yang lebih berat dalam perundingan dibandingkan jika ia didampingi penasihat hukum. Dengan demikian, penyediaan penasihat hukum bagi terdakwa miskin justru dapat mempermudah terjadinya *plea bargaining*, karena penasihat hukum

lebih mungkin dapat memperkirakan secara akurat hasil yang mungkin dari suatu persidangan dibandingkan terdakwa yang tidak didampingi penasihat hukum.

Jika *plea bargaining* dilarang tanpa disertai penambahan jumlah hakim — dengan kata lain, apabila permintaan terhadap persidangan pidana meningkat tajam tanpa peningkatan kapasitas penyediaan (kecuali jika para hakim menghentikan pemeriksaan perkara perdata) — maka akan terjadi peningkatan waktu tunggu yang sangat besar untuk proses persidangan pidana. Konsekuensinya, ekspektasi atas beratnya hukuman bagi terdakwa yang dibebaskan dengan jaminan akan menurun secara tajam, sedangkan bagi terdakwa yang ditahan hingga saat persidangan, ekspektasi hukuman akan meningkat (kecuali mereka berhasil mengklaim bahwa hak konstitusional mereka atas persidangan yang cepat telah dilanggar akibat penundaan tersebut). Karena litigasi lebih mahal dibandingkan dengan *plea bargaining*, maka akan terjadi peningkatan biaya hukum atas aktivitas kriminal; namun sebagian besar biaya ini ditanggung oleh negara dan oleh penasihat hukum swasta *pro bono* (yang pada gilirannya berarti ditanggung pula oleh klien berbayar mereka), bukan oleh pelaku kriminal itu sendiri. Walaupun rata-rata hukuman tidak akan banyak berubah apakah dijatuhkan melalui perundingan atau setelah persidangan, namun varians dalam putusan hukuman akan meningkat karena persidangan lebih mungkin berakhir dengan pembebasan atau hukuman yang jauh lebih berat dibandingkan dengan hukuman hasil *plea bargain* (mengapa demikian?). Hal ini akan menambah unsur risiko dalam perhitungan ekspektasi biaya hukuman.

Lama waktu yang dibutuhkan untuk membawa terdakwa ke persidangan dalam perkara pidana federal telah diperpendek secara signifikan sebagai akibat dari diberlakukannya *Speedy Trial Act*, meskipun dengan dampak yang cukup mengganggu terhadap jadwal perkara perdata para hakim federal. Apakah gangguan ini sepadan? Pandangan umum terhadap persidangan cepat menyatakan bahwa penundaan dalam membawa terdakwa ke pengadilan merugikan terdakwa karena membuatnya berada dalam ketidakpastian atas nasibnya untuk jangka waktu yang lama, serta merugikan masyarakat karena menurunkan ekspektasi biaya hukuman (khususnya bagi pelaku dengan tingkat diskonto positif terhadap masa depan). Namun, kedua pernyataan ini tidak mungkin berlaku secara bersamaan terhadap terdakwa yang sama; penundaan hanya dapat memperburuk atau memperbaiki keadaan bagi salah

satu kelompok terdakwa. Namun, masing-masing pernyataan mungkin benar terhadap kelompok terdakwa yang berbeda — yakni mereka yang dibebaskan dengan jaminan dan mereka yang ditahan menunggu persidangan. Persidangan yang lebih cepat meningkatkan biaya hukuman bagi kelompok pertama dan menurunkannya bagi kelompok kedua. Bagi terdakwa dalam kelompok kedua (yang ditahan tanpa jaminan) yang ternyata bersalah namun kemudian dibebaskan atau dijatuhi hukuman yang lebih ringan dari masa tahanan pra-persidangan, maka masa tahanan tersebut merupakan hukuman tersendiri, dan segala upaya yang memperpendek masa tahanan tersebut juga memperkecil biaya hukuman efektif — dan hal ini dicapai melalui persidangan cepat.

Analisis ini menunjukkan bahwa meskipun kebijakan jaminan yang lebih longgar, dengan menunda awal hukuman, akan menurunkan ekspektasi biaya hukuman bagi orang yang didakwa namun tidak memperoleh jaminan, efek ini setidaknya akan sebagian dikompensasi oleh persidangan yang lebih cepat, yang akan mempercepat pelaksanaan hukuman bagi mereka yang dibebaskan dengan jaminan. Dengan demikian, pengaruh bersih dari kombinasi antara kebijakan jaminan yang lebih longgar dengan persidangan yang lebih cepat terhadap ekspektasi rata-rata biaya hukuman bersifat ambigu. Sebaliknya, peningkatan masa tahanan sebelum persidangan, sebagaimana dianjurkan oleh para pendukung penahanan preventif, akan secara tegas meningkatkan ekspektasi biaya hukuman terhadap aktivitas kriminal. Namun, para pendukung penahanan preventif juga mendukung persidangan yang lebih cepat, yang pada akhirnya akan mengurangi pengaruh penahanan preventif terhadap peningkatan biaya hukuman.

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Federal yang baru, disahkan pada tahun 1984, tidak hanya memperkenalkan penahanan preventif, tetapi juga, setelah implementasi penuh, akan membatasi diskresi hakim federal dalam penjatuhan hukuman. Walaupun KUHP yang baru ini secara umum (dan memang layak) dipandang sebagai pendekatan yang “keras”, pembatasan terhadap diskresi hakim dalam menjatuhkan hukuman justru dapat mengurangi efek jera dan efek preventif dari hukuman pidana. Diskresi yang luas dalam menjatuhkan hukuman memungkinkan hakim untuk melakukan suatu bentuk diskriminasi harga, yaitu menetapkan hukuman yang optimal berdasarkan karakteristik khusus dari terdakwa. Jika terdakwa termasuk dalam kelompok yang mudah dicegah, maka hukuman ringan dapat cukup untuk

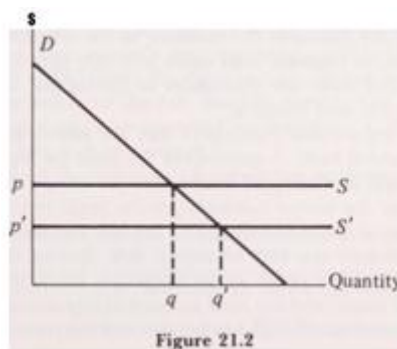
memberikan efek jera kepada dirinya dan kelompoknya; sedangkan jika ia adalah pelaku kriminal yang kebal dan berulang, maka hukuman berat mungkin diperlukan. Jika berbagai jenis hukuman ini dirata-ratakan dan setiap terdakwa dijatuhi hukuman yang sama, maka efek jera akan berkurang; hukuman berat akan sia-sia bagi pelaku yang mudah dicegah, dan hukuman ringan akan gagal mencegah pelaku yang kebal. Masalah ini memang dapat diatasi dengan “menaikkan rata-rata hukuman”; namun, dari sudut pandang sosial, biaya tambahan dari pemenjaraan jangka panjang terhadap pelaku yang mudah dicegah adalah pemborosan.

Menilai perubahan prosedural yang diusulkan, seperti penahanan preventif, semata-mata dari sudut efek terhadap hukuman jelas terlalu sempit. Yang dibutuhkan bukanlah hukuman maksimum, melainkan hukuman yang optimal. Secara khusus, apabila benar bahwa biaya sosial dari menghukum orang yang tidak bersalah jauh lebih tinggi daripada membebaskan orang yang bersalah (lihat Bab 21.3 di atas), maka kita harus berhati-hati terhadap kebijakan yang meningkatkan kemungkinan penghukuman terhadap orang yang tidak bersalah. Penahanan preventif meningkatkan risiko ini, jika “penghukuman” dimaknai secara realistis sebagai setiap bentuk pemenjaraan. Penahanan preventif melibatkan penahanan terhadap seseorang berdasarkan proses yang lebih ringkas dibandingkan dengan persidangan pidana secara penuh; oleh karena itu, probabilitas bahwa seseorang yang tidak bersalah akan dipenjarakan meningkat. Biaya ini harus dibandingkan dengan manfaat berupa pencegahan dan penjeraan kriminalitas melalui percepatan pelaksanaan hukuman terhadap pelaku yang bersalah. Rumusan ekonomi yang berasal dari putusan *Mathews v. Eldridge* memberikan kerangka kerja yang berguna untuk analisis ini (lihat Bab 21.1 di atas).

H. Pengeluaran dalam Proses Litigasi

Apabila negosiasi penyelesaian gagal, maka perkara akan diselesaikan melalui persidangan, di mana masing-masing pihak akan mengeluarkan biaya untuk jasa hukum dan input litigasi lainnya. Seorang pihak akan mengoptimalkan pengeluaran litigasinya dengan membelanjakan hingga batas di mana setiap satu dolar yang dikeluarkan meningkatkan nilai harapan (*expected value*) dari proses litigasi bagi dirinya sebesar satu dolar pula (yakni melalui peningkatan probabilitas untuk menang).

Namun, setiap keputusan pengeluaran oleh satu pihak akan mempengaruhi keputusan pengeluaran pihak lawan, karena hal tersebut mengubah probabilitas dan dengan demikian nilai harapan dari suatu putusan yang menguntungkan bagi pihak tersebut. Keadaan ini serupa dengan perilaku oligopolis dalam pasar, di mana setiap perubahan harga atau *output* oleh satu pelaku pasar memengaruhi keputusan harga dan *output* pesaingnya (lihat Bab 10.4 di atas). Apabila masing-masing pihak, dalam memutuskan besaran pengeluaran litigasinya, mempertimbangkan pula pengaruh pengeluarannya terhadap keputusan pengeluaran pihak lawan, maka — sebagaimana dalam kasus oligopoli — tidak akan tercapai suatu tingkat pengeluaran yang setimbang (*equilibrium*), yaitu suatu titik di mana tidak ada pihak yang memiliki insentif untuk mengubah lagi tingkat pengeluarannya.



Karena sebagian besar pengeluaran tersebut saling meniadakan (*offsetting*), para pihak dalam suatu perkara sering kali menemukan keuntungan bersama untuk menyepakati agar tidak mengeluarkan biaya litigasi tertentu (misalnya dengan membuat stipulasi atas suatu fakta sehingga fakta tersebut tidak perlu dibuktikan melalui kesaksian). Namun demikian, pengeluaran yang saling meniadakan ini tidak serta-merta bersifat pemborosan dari sudut pandang sosial. Pengeluaran tersebut meningkatkan kemungkinan diperolehnya putusan yang benar dengan memberikan informasi yang lebih banyak kepada pengadilan.

Meskipun tanpa pemodelan yang presisi atas fungsi reaksi (*reaction function*) masing-masing pihak terhadap keputusan pengeluaran pihak lainnya, kita masih berada pada landasan analisis yang cukup kuat (sebagaimana dijelaskan dalam Bab 21.5 di atas) untuk menyatakan bahwa para pihak cenderung mengeluarkan lebih banyak biaya dalam litigasi apabila nilai sengketa semakin besar. Manfaat yang diharapkan dari suatu pengeluaran

litigasi berasal dari pengaruhnya dalam meningkatkan probabilitas putusan yang menguntungkan, dan karenanya semakin besar nilai (atau biaya) dari suatu hasil, semakin besar pula manfaat yang diharapkan dari pengeluaran tersebut.

Oleh karena itu, dapat diasumsikan bahwa perkara besar cenderung lebih sering diputus secara benar dibandingkan dengan perkara kecil. Kesalahan dalam bentuk vonis bersalah atau pembebasan yang tidak semestinya lebih kecil kemungkinannya terjadi dalam perkara pembunuhan berencana dengan ancaman hukuman mati dibandingkan dengan perkara pelanggaran lalu lintas ringan seperti melampaui batas kecepatan.

Banyak aturan prosedural dapat dipandang dirancang untuk meningkatkan produktivitas dari pengeluaran litigasi para pihak. Salah satu contohnya adalah aturan yang memperbolehkan hakim untuk mengambil pengetahuan hukum terhadap fakta yang nyata kebenarannya (*judicial notice*), sehingga pihak yang memikul beban pembuktian tidak perlu lagi membuktikan fakta tersebut melalui alat bukti. Pengaruh aturan ini terhadap pengeluaran litigasi pihak yang bersangkutan dapat digambarkan dalam Gambar 21.2. Kurva D menunjukkan nilai rata-rata yang diperoleh pihak dari berbagai kuantitas alat bukti, dan kurva S menunjukkan biaya rata-rata (yang juga sama dengan biaya marginal) dari alat bukti tersebut. Suatu aturan prosedural (seperti *judicial notice*) yang menurunkan biaya pembuktian tanpa menurunkan nilai bukti tersebut akan menggeser kurva S ke bawah menjadi S_1 , sehingga mendorong pihak untuk menambah jumlah bukti dari q menjadi q_1 . Namun, apakah total pengeluaran (harga dikali kuantitas) akan meningkat atau tidak tergantung pada elastisitas harga permintaan di sepanjang kurva permintaan antara titik q dan q_1 . Apabila elastisitasnya kurang dari satu, maka total pengeluaran akan meningkat; apabila sama dengan satu, pengeluaran akan tetap; dan apabila lebih besar dari satu, maka pengeluaran akan menurun.

Terdapat anggapan bahwa individu kaya atau korporasi besar dapat menggunakan keunggulan finansialnya untuk mengalahkan lawan dalam litigasi melalui pengeluaran besar-besaran. Diskusi sebelumnya mengenai penetapan harga predatoris (*predatory pricing*, lihat Bab 10.7 di atas) relevan untuk menilai kekhawatiran ini. Apabila suatu pihak memperkirakan bahwa ia akan menghadapi serangkaian gugatan serupa, maka secara rasional pihak tersebut dapat membuat ancaman dalam perkara pertama untuk “menghancurkan” lawan melalui pengeluaran litigasi yang besar, dan benar-

benar melaksanakan ancaman tersebut guna memperkuat kredibilitas ancaman terhadap lawan-lawannya di perkara berikutnya. Menyadari bahwa ancaman tersebut dapat dilakukan secara rasional, pihak lawan mungkin akan memilih untuk menyerah.

I. Akses terhadap Upaya Hukum — Biaya Kondisional, Gugatan Kelompok, dan Ganti Rugi atas Biaya Hukum

Masukan utama dalam proses litigasi adalah waktu yang dicurahkan oleh penasihat hukum. Penggunaan jasa hukum tersebut merupakan syarat mutlak untuk menegakkan suatu klaim yang bahkan beralasan sekalipun, namun jasa tersebut sangat mahal. Karena tujuan ekonomi adalah meminimalkan total biaya langsung dan biaya kesalahan, maka secara sepintas tidak terdapat ketidakefisienan dalam kenyataan bahwa seseorang yang memiliki klaim yang sah mungkin tidak mampu membayar jasa penasihat hukum untuk menuntut haknya; hal ini hanya berarti (demikian anggapan sementara) bahwa biaya langsung dari proses litigasi melebihi manfaat dari koreksi kesalahan. Akan tetapi, terdapat sejumlah permasalahan yang melemahkan pandangan sederhana ini, sehingga memunculkan berbagai institusi sosial dan privat yang menarik.

Misalkan seorang penggugat memiliki klaim sebesar \$100.000 dan peluang sebesar 50 persen untuk memenangkannya apabila didampingi oleh penasihat hukum yang kompeten. Nilai ekspektasi dari klaim tersebut adalah \$50.000 dan secara ekonomi hal tersebut membenarkan penggugat untuk mengeluarkan biaya hingga sebesar nilai tersebut untuk membayar jasa hukum dalam rangka melindungi asetnya. (Dalam contoh ini, penggugat diasumsikan bersifat netral terhadap risiko.) Namun, andaikan klaim tersebut merupakan satu-satunya aset milik penggugat. Dalam kondisi normal, hal ini tidak menjadi persoalan; seseorang dapat meminjam sejumlah dana dengan menjaminkan aset tersebut sebagai agunan. Akan tetapi, tidak selalu dimungkinkan untuk meminjam dengan menjaminkan klaim hukum. Bank dan lembaga keuangan lainnya mungkin bersifat risk-averse (karena regulasi pemerintah terhadap lembaga keuangan, sebagaimana telah dibahas dalam Bab 15.9 sebelumnya) atau mungkin menilai terlalu mahal untuk memperkirakan kemungkinan keberhasilan klaim tersebut di pengadilan. Faktor-faktor ini dapat menyebabkan suku bunga pinjaman menjadi sangat tinggi. Selain itu, banyak jenis klaim hukum (misalnya klaim cedera pribadi

akibat kecelakaan) secara hukum tidak dapat dialihkan — guna mencegah penyalahgunaan atau eksploitasi litigasi — sehingga tidak memiliki nilai sebagai agunan. (Dapatkah Anda pikirkan alasan ekonomis di balik ketentuan hukum tersebut?)

Solusi atas permasalahan likuiditas ini adalah kontrak biaya kondisional (*contingent fee contract*). Dalam hal ini, penasihat hukum "meminjamkan" jasanya sebagai ganti atas bagian tertentu dari hasil klaim. Risiko dikurangi karena penasihat hukum yang berspesialisasi dalam kasus-kasus biaya kondisional dapat mengagregasi (menggabungkan) banyak klaim sehingga meminimalkan varians imbal hasilnya. Spesialisasi juga memungkinkannya untuk memperkirakan risiko secara lebih akurat dibandingkan pemberi pinjaman konvensional; selain itu, terdapat efisiensi biaya ketika pihak yang menilai risiko juga menjadi pihak yang menanggungnya.

Telah dikemukakan bahwa biaya kondisional sering kali bersifat eksekusif. Namun, pandangan ini mudah menyesatkan. Biaya kondisional memang harus lebih tinggi daripada biaya yang dibayarkan secara bertahap sesuai dengan waktu pemberian jasa hukum. Biaya kondisional tidak hanya mengganti jasa hukum yang diberikan, tetapi juga bunga implisit atas "pinjaman" jasa tersebut. Suku bunga implisit atas pinjaman ini tinggi karena risiko gagal bayar (yakni kekalahan dalam perkara, yang membatalkan kewajiban klien terhadap penasihat hukum) jauh lebih besar dibandingkan pinjaman konvensional, dan total bunga yang terakumulasi pun tinggi, tidak hanya karena suku bunganya besar, melainkan juga karena jangka waktu "pinjaman" tersebut bisa berlangsung selama bertahun-tahun — dan tidak terdapat pembayaran cicilan berkala sebagaimana lazimnya dalam pinjaman konvensional, yang biasanya dimaksudkan untuk mengurangi risiko bagi kreditur.

Namun, apabila yang dilakukan oleh penasihat hukum pada dasarnya adalah memberikan "pinjaman" jasa secara berisiko, mengapa biaya kondisional tidak ditentukan berdasarkan biaya peluang jasa tersebut ditambah bunga, melainkan ditetapkan sebagai bagian dari putusan atau penyelesaian perkara? Terdapat tiga alasan ekonomis yang saling berkaitan:

1. Pengeluaran optimal untuk jasa hukum tergantung pada nilai sengketa. Semakin besar nilai sengketa, semakin besar pula biaya yang bersedia dikeluarkan oleh tergugat untuk menghindari putusan yang merugikan, dan semakin besar pula upaya dan waktu yang harus dicurahkan oleh

penasihat hukum penggugat untuk memenangkannya. Maka, biaya jasa hukum akan proporsional terhadap nilai sengketa dan karenanya dapat dinyatakan sebagai persentase dari nilai tersebut.

2. Menyesuaikan besarnya biaya jasa hukum dengan keberhasilan kerja penasihat hukum merupakan cara untuk memberikan insentif agar ia bekerja dengan optimal. Ini sejalan dengan prinsip penetapan penghargaan dalam perkara penyelamatan barang (*salvage*) berdasarkan nilai barang yang berhasil diselamatkan (lihat Bab 6.9 sebelumnya).
3. Risiko lebih besar dialihkan dari penggugat kepada penasihat hukumnya. Karena penasihat hukum memperoleh hasil lebih besar ketika penggugat menang besar, dan sebaliknya, maka varians (ketidakpastian) manfaat yang diharapkan oleh penggugat setelah dikurangi biaya jasa hukum menjadi lebih kecil.

Salah satu permasalahan dalam mekanisme biaya kondisional adalah bahwa dalam situasi kepemilikan bersama (dan kontrak biaya kondisional secara *de facto* menjadikan penasihat hukum sebagai rekanan dalam klaim yang diajukan penggugat), setiap pemilik, sebagaimana telah dibahas dalam Bab 3, mungkin tidak memiliki insentif yang memadai untuk memaksimalkan nilai hak tersebut, karena sebagian manfaat dari usahanya akan dinikmati oleh pihak lain. Misalkan penasihat hukum penggugat menerima tawaran penyelesaian perkara sebesar \$100.000; apabila perkara dibawa ke persidangan, terdapat kemungkinan 90 persen bahwa penggugat akan memenangkan \$150.000, tetapi hal itu akan mengharuskan penasihat hukum mengeluarkan biaya waktu sebesar \$25.000; para pihak bersifat *risk-averse*; dan besaran biaya kondisional ditetapkan sebesar 30 persen. Apabila penggugat menyetujui penyelesaian tersebut, maka ia akan menerima \$70.000 bersih dan penasihat hukumnya \$30.000. Jika perkara dilanjutkan ke pengadilan, ekspektasi keuntungan bersih penggugat meningkat menjadi \$94.500 [$0,9 \times (\$150.000 - \$45.000)$], namun ekspektasi keuntungan bersih penasihat hukumnya justru turun menjadi \$15.500 [$(0,9 \times \$45.000) - \$25.000$]. Dengan demikian, terdapat konflik kepentingan antara kedua belah pihak, semata-mata karena penasihat hukum tidak menerima seluruh manfaat dari proses persidangan (nilai ekspektasi bersih dari persidangan adalah [$0,9 \times \$50.000$] – \$25.000], yang berarti tetap positif).

Apakah ini merupakan alasan untuk melarang atau mengatur biaya kondisional? Tentu tidak untuk melarangnya (meskipun sebagian besar negara memang melarangnya). Namun, mengingat keterbatasan informasi yang dimiliki oleh banyak konsumen dalam pasar jasa hukum (berapa kali dalam hidup seseorang mencari pengacara perkara perbuatan melawan hukum?), terdapat argumen yang mendukung pengaturan biaya kondisional. Se jauh mana argumen tersebut meyakinkan tidak perlu dinilai di sini, meskipun menarik untuk dicatat bahwa seorang hakim dapat, *ex officio*, mengubah ketentuan suatu perjanjian biaya kondisional apabila perjanjian tersebut tampak tidak adil bagi klien. Masalah spesifik mengenai insentif berlebihan yang dimiliki oleh penasihat hukum untuk menyelesaikan perkara daripada melanjutkan ke pengadilan dapat diselesaikan dengan menetapkan persentase biaya kondisional yang lebih tinggi apabila perkara dibawa ke persidangan, namun perjanjian biaya kondisional jarang kali mencantumkan ketentuan demikian (yang menunjukkan apa?). Namun, perjanjian semacam itu biasanya menetapkan persentase yang lebih tinggi apabila perkara diajukan banding (mengapa demikian?).

Klaim-klaim yang sangat kecil tidak akan menjadi masalah bagi sistem hukum apabila tidak terdapat komponen tetap dalam biaya litigasi, sebagaimana telah dibahas dalam Bab 21.5 sebelumnya. Tanpa komponen tetap tersebut, orang-orang hanya akan berinvestasi lebih sedikit ketika nilai sengketa lebih kecil. Namun, apabila biaya tetap tersebut dapat dibebankan ke sejumlah klaim secara kolektif, maka akan lebih banyak klaim yang dapat ditegakkan, yang pada akhirnya akan mengurangi biaya kesalahan dalam sistem hukum tanpa menimbulkan biaya langsung yang terlalu tinggi.

Telah lama terdapat teknik untuk menggabungkan sejumlah klaim kecil menjadi satu klaim besar yang cukup signifikan untuk membenarkan biaya gugatan — atau dengan kata lain, untuk mewujudkan skala ekonomi dalam litigasi. Sebuah toko serba ada menjalankan fungsi ini terkait klaim para pelanggannya terhadap produsen barang yang dijualnya. Pelanggan yang membeli barang cacat mungkin tidak memiliki kepentingan ekonomi yang cukup besar untuk menggugat produsen, tetapi ia tidak akan segan untuk mengajukan keluhan kepada toko, yang kemudian akan mengganti barang tersebut atau mengembalikan uang pelanggan. Jika beberapa pelanggan mengajukan keluhan serupa, toko akan mengumpulkan keluhan tersebut dan menyampaikannya kepada produsen. Apabila produsen tidak bersedia

mengganti kerugian yang telah dikeluarkan toko untuk menangani keluhan para pelanggan, toko akan memiliki dasar yang kuat untuk mengancam akan mengajukan gugatan terhadap produsen.

Gugatan kelompok (*class action*) modern menggeneralisasi teknik ini. Misalkan para produsen sikat gigi bersekongkol untuk menetapkan harga monopoli. Jutaan konsumen akan dirugikan; total kerugiannya mungkin besar; namun, kerugian masing-masing individu mungkin hanya beberapa sen. Apabila semua klaim tersebut digabungkan dalam suatu gugatan kelompok, maka nilai gugatan akan cukup besar untuk menutupi biaya litigasi.

Namun demikian, mekanisme gugatan kelompok tampak memiliki keterbatasan efektivitas justru dalam kasus yang paling memerlukannya — yakni ketika klaim individu sangat kecil nilainya. Tergugat dapat diwajibkan untuk membayar ganti rugi sebesar total biaya pelanggarannya — namun kepada siapa? Biaya untuk mengidentifikasi para anggota kelompok dan membayarkan ganti rugi secara individual (yang hanya beberapa sen per orang, dalam contoh ini) bisa lebih besar daripada nilai putusan itu sendiri. Benar bahwa dari sudut pandang ekonomi, hal yang paling penting adalah bahwa pelanggar dihadapkan pada konsekuensi ekonomi dari perbuatannya — hal ini mewujudkan tujuan alokatif dari gugatan — dan bukan kepada siapa ia harus membayarnya. Dan penekanan sebelumnya mengenai pentingnya memberikan kompensasi kepada pihak yang dirugikan guna memotivasi penggunaan sistem hukum dan mencegah pengambilan tindakan pencegahan berlebihan (lihat Bab 6.4 sebelumnya) tidak relevan dalam konteks ini; karena nilainya terlalu kecil untuk mendorong siapa pun menanggung beban litigasi. Masalahnya adalah bahwa biaya untuk benar-benar memberikan kompensasi kepada anggota kelompok yang sangat besar bisa sangat tinggi, dan dalam beberapa kasus dapat melebihi manfaat penjeratan (*deterrence*) yang dihasilkan dari gugatan tersebut.

Lebih jauh lagi, tidak adanya klien yang nyata mengurangi insentif penasihat hukum kelompok untuk menyelesaikan perkara dengan hasil yang menguntungkan. Penghasilannya ditentukan oleh biaya hukum yang ia terima, bukan berdasarkan besar kecilnya putusan. Tidak ada seorang pun — kecuali tergugat — yang memiliki kepentingan ekonomis langsung terhadap besar kecilnya putusan. Maka, penasihat hukum kelompok akan tergoda untuk menawarkan penyelesaian perkara dengan nilai putusan kecil tetapi biaya hukum besar. Tawaran ini akan menarik bagi tergugat, selama jumlah total

yang harus dibayar masih lebih kecil daripada ekspektasi kerugian bersih yang akan dihadapinya apabila perkara dilanjutkan ke persidangan. Walaupun hakim harus menyetujui penyelesaian perkara, akses hakim terhadap informasi — seperti kekuatan dasar klaim, jumlah pekerjaan yang telah dilakukan oleh penasihat hukum kelompok, serta potensi nilai ganti rugi apabila perkara dibawa ke pengadilan — sangat bergantung pada informasi yang dikendalikan oleh penasihat hukum tersebut.

Praktik hukum Inggris dan sistem hukum kontinental yang mewajibkan pihak yang kalah dalam perkara untuk menggantikan biaya penasihat hukum pihak yang menang (*indemnity*) mungkin tampak sebagai alternatif atas gugatan kelompok dalam rangka menegakkan klaim-klaim kecil yang sah. Tidak peduli seberapa kecil nilai klaim tersebut, penggugat tidak akan terhalang untuk menuntut haknya secara hukum, karena apabila ia menang, biaya litigasinya akan diganti. Namun, terdapat beberapa permasalahan:

1. Ganti rugi atas biaya hukum tidak pernah sepenuhnya mengompensasi, karena waktu dan kerepotan yang diderita oleh penggugat (yang mungkin signifikan dibandingkan dengan nilai klaim yang kecil) tidak diganti. (Apakah ini seharusnya diganti?)
2. Kecuali penggugat pasti menang, ekspektasi biaya litigasi masih dapat melebihi manfaat yang diharapkannya. Misalnya, jika klaimnya sebesar \$1, kemungkinan menang adalah 90 persen, dan biaya litigasinya \$100, maka manfaat ekspektasian dari gugatan hanya \$0,90, sedangkan biaya ekspektasian adalah \$20 (dengan asumsi biaya litigasi lawan juga \$100, sehingga jika kalah, penggugat harus membayar \$200). Maka, penggugat tidak akan mengajukan gugatan.
3. Mekanisme ganti rugi biaya hukum tidak memiliki skala ekonomi seperti pada gugatan kelompok. Misalnya, terdapat 1.000 klaim identik masing-masing sebesar \$1, biaya litigasi masing-masing sebesar \$100, dan kemungkinan menang 100 persen. Apabila semua 1.000 penggugat menggugat — karena masing-masing akan memperoleh keuntungan ekspektasian sebesar \$1 — maka total biaya litigasi akan mencapai \$100.000. Apabila klaim tersebut digabungkan dalam suatu gugatan kelompok, biaya total litigasi mungkin hanya sebagian kecil dari jumlah tersebut. (Mengapa contoh ini tidak realistis? Dan mengapa hal tersebut tidak menjadi masalah?)

Namun, akan keliru apabila disimpulkan bahwa apabila gugatan kelompok tidak memungkinkan, maka mekanisme ganti rugi akan menyebabkan jumlah litigasi yang secara sosial berlebihan, karena \$100.000 akan dihabiskan untuk menggugat klaim senilai hanya \$1.000. Fakta bahwa gugatan semacam itu dapat diajukan saja sudah cukup untuk membuat pelaku enggan melakukan pelanggaran sejak awal. Ini adalah manfaat penting dari mekanisme ganti rugi (dan juga menunjukkan kelemahan dalam membandingkan biaya litigasi suatu klaim dengan nilai ekonomis klaim itu sendiri). Namun demikian, gugatan kelompok tetap merupakan mekanisme yang lebih efisien.

Pertanyaan yang paling banyak diperdebatkan terkait dengan mekanisme ganti rugi (*indemnity*) adalah dampaknya terhadap tingkat litigasi, dengan para pendukungnya menyatakan bahwa sistem ini adalah jawaban terhadap krisis beban perkara. Dalam sistem ganti rugi, kondisi untuk terjadinya litigasi, yakni ketidaksamaan (1) dalam Bab 21.5 sebelumnya, menjadi:

$$Pp(J + C) - C - (1 - Pp)C + S > Pd(J + C) + C - (1 - Pd)C - S \quad (3)$$

Keuntungan yang diperoleh penggugat apabila menang di persidangan (dan kerugian yang dialami tergugat apabila kalah) kini mencakup biaya litigasi penggugat (C) selain ganti rugi yang diberikan (J); tetapi ekspektasi keuntungan penggugat harus dikurangi dengan biaya litigasi pihak tergugat (juga C) yang didiskontokan berdasarkan probabilitas kekalahan versi penggugat sendiri, yakni $1 - Pp$. Penyesuaian serupa juga diperlukan untuk menghitung ekspektasi kerugian tergugat.

Ketidaksamaan (3) dapat disederhanakan menjadi:

$$(Pp - Pd)J > [2C + (1 - Pp)C - S] \quad (4)$$

Perbedaan antara formulasi ini dan ketidaksamaan (2) (yakni kondisi yang paralel untuk litigasi tanpa sistem ganti rugi) terletak pada ruas kanan. Nilai ruas kanan dalam (4) dapat lebih besar atau lebih kecil dibandingkan dengan (2), tergantung pada apakah $Pd + (1 - Pp)$ lebih besar atau lebih kecil dari 1. Apabila lebih kecil dari 1, maka ruas kanan dalam (4) lebih kecil dari ruas kanan dalam (2), yang berarti litigasi menjadi lebih mungkin terjadi dalam sistem indemnity. Dan $Pd + (1 - Pp)$ akan lebih besar dari 1 hanya jika $Pd > Pp$ — yaitu, hanya jika pihak tergugat menilai peluang penggugat lebih besar daripada penilaian penggugat sendiri. Namun, dalam kondisi semacam

itu (pesimisme timbal balik), perkara kemungkinan besar akan diselesaikan di luar pengadilan. Oleh karena itu, untuk menilai efek sistem indemnity terhadap kemungkinan terjadinya litigasi, perhatian dapat difokuskan pada jenis perkara di mana $P_p > P_d$ — dan dalam semua kasus tersebut, indemnity membuat litigasi lebih mungkin terjadi karena menjadikan ruas kanan dari (4) lebih kecil dibandingkan (2).

(Bisakah Anda memberikan penjelasan intuitif terhadap hasil ini?)

Namun demikian, analisis ini belum lengkap:

1. Dengan meningkatkan varians dari kemungkinan hasil litigasi, sistem indemnity dapat mengurangi keinginan untuk berlitigasi bagi para pihak yang avers terhadap risiko. Tanpa indemnity, penggugat akan menerima $J - C$ jika menang, dan membayar C jika kalah; maka kisaran hasil adalah dari $J - C$ hingga $-C$. Dengan indemnity, kisaran hasil menjadi lebih lebar: dari J hingga $-2C$. Analisis untuk tergugat bersifat serupa. Namun, seberapa penting aversi terhadap risiko dalam litigasi? Dalam perkara korporasi (misalnya, perkara wanprestasi), mungkin tidak terlalu signifikan (mengapa?). Bahkan dalam perkara perorangan (misalnya, gugatan perbuatan melawan hukum), efeknya bisa kecil karena risiko pada pihak penggugat dapat diredam oleh perjanjian biaya kondisional (hingga seberapa jauh?), dan tergugat mungkin adalah korporasi atau pihak yang diasuransikan (atau keduanya).
2. Biaya untuk melebihi-lebihkan kemungkinan menang menjadi lebih tinggi dalam sistem indemnity (mengapa?). Oleh karena itu, *indemnity* seharusnya menghasilkan konvergensi yang lebih besar antara estimasi kedua pihak terhadap kemungkinan hasil perkara, sehingga menurunkan tingkat litigasi. Hal ini secara tidak langsung menunjukkan kemungkinan alasan mengapa sistem indemnity diterapkan di Inggris, namun tidak pernah diterapkan di sistem hukum Amerika Serikat yang pada dasarnya serupa. Kepatuhan yang ketat terhadap preseden yurisprudensi (*stare decisis*) oleh hakim Inggris, kejelasan yang lebih tinggi dalam undang-undang Inggris (sebab parlemen Inggris merupakan lembaga yang lebih disiplin dibandingkan lembaga legislatif AS — karena bersifat nyaris unikameral dan dikendalikan oleh eksekutif), penghapusan juri perdata, serta kesederhanaan sistem hukum Inggris akibat ketiadaan sistem federal dan konstitusi yang *justiciable*, membuat hasil litigasi lebih dapat diprediksi di Inggris dibandingkan di

AS. Hal ini berarti bahwa prediksi yang keliru terhadap hasil litigasi lebih dapat disalahkan di Inggris (karena lebih dapat dihindari), sehingga pemberian sanksi terhadap kesalahan prediksi tersebut lebih efektif dalam menurunkannya. Sebaliknya, dalam sistem seperti di AS, di mana ketidakpastian litigasi tinggi, kesalahan prediksi sering kali tak terhindarkan. Maka, menghukum prediksi yang salah dalam sistem yang nyaris acak sama saja dengan membuat orang bertanggung jawab atas "kecelakaan" yang tidak dapat dihindari — bentuk tanggung jawab yang memiliki manfaat ekonomis yang terbatas. Kode hukum yang rinci, sistem peradilan profesional, dan ketiadaan juri yang menjadi ciri sistem hukum kontinental mungkin menjelaskan mengapa sistem indemnity juga berlaku di Eropa Kontinental.

3. Hal terkait lainnya adalah bahwa bahkan dalam hukum Amerika Serikat, pihak yang menang dapat memperoleh penggantian biaya hukum apabila klaim (atau pembelaan) pihak lawan ternyata sama sekali tidak berdasar (*frivolous*). Mungkin sebagian besar klaim dan pembelaan yang kalah namun tidak *frivolous* dalam sistem AS adalah akibat kesalahan yang tidak dapat dihindari dalam arti ekonomi. Bisa saja dianggap bahwa sanksi tidak diperlukan bahkan dalam perkara *frivolous* karena biaya menolak tawaran penyelesaian dan kalah dalam persidangan ditanggung oleh pihak yang membuat kesalahan. Tetapi hal ini tidak sepenuhnya benar. Pihak lawan juga menanggung biaya litigasi, dan seperti diketahui, pembayar pajak juga ikut menanggung sebagian biaya sistem peradilan; dengan kata lain, biaya ini eksternal terhadap pihak yang kalah.

Meskipun masih belum jelas apakah secara keseluruhan indemnity meningkatkan, menurunkan, atau tidak mengubah tingkat litigasi, sistem ini memiliki dampak-dampak lain yang harus dipertimbangkan dalam penilaian secara menyeluruh. Apabila diasumsikan bahwa tingkat kesalahan hukum berbanding terbalik dengan besarnya pengeluaran para pihak dalam litigasi, maka indemnity seharusnya menurunkan tingkat kesalahan, karena sistem ini mendorong pihak yang optimis untuk menginvestasikan lebih banyak dalam litigasi, karena ia berharap biaya tersebut pada akhirnya akan dibebankan kepada pihak lawan. Namun, hal ini juga berarti bahwa indemnity, di satu sisi, menginternalisasi biaya eksternal, tetapi di sisi lain, juga menciptakan biaya eksternal baru. (Jelaskan.)

Indemnity juga seharusnya mengurangi kesalahan hukum dengan mendorong pengajuan klaim-klaim kecil yang layak (beralasan) dan, sebaliknya, dengan menghambat klaim gangguan (*nuisance claims*) — yakni klaim remeh yang diajukan hanya dengan harapan tergugat bersedia membayar sejumlah nominal kecil untuk menyelesaikannya. Tanpa indemnity, biaya ekspektasian bersih dari litigasi atas klaim yang sepenuhnya tidak berdasar adalah C bagi penggugat dan tergugat. Tetapi dengan indemnity, biaya ekspektasian bersih litigasi bagi penggugat atas klaim demikian meningkat menjadi 2C, sementara bagi tergugat menjadi nol. (Dapatkah Anda memahami alasannya?)

Indemnity dapat memiliki dampak yang sangat signifikan dalam meningkatkan jumlah klaim yang beralasan apabila, misalnya, rezim tanggung jawab adalah tanggung jawab mutlak (*strict liability*), para calon tergugat tidak memiliki insentif untuk mengurangi eksposur mereka terhadap tanggung jawab hukum melalui pengurangan aktivitas, dan banyak klaim yang potensial merupakan klaim dengan nilai sangat kecil. Dalam sistem indemnity, akan muncul jauh lebih banyak klaim, karena para calon tergugat — berdasarkan asumsi tersebut — tidak akan terdorong untuk menghindari tindakan yang menimbulkan klaim tersebut meskipun mengetahui mereka mungkin harus membayar ganti rugi.

Sebagai kesimpulan, sistem indemnity kemungkinan besar meningkatkan biaya langsung litigasi, tetapi mengurangi biaya kesalahan hukum. Dampak akhirnya terhadap efisiensi sosial masih belum dapat dipastikan.

J. Kaidah 68 dan Prinsip Ganti Rugi Satu Arah

Kaidah 68 dari *Federal Rules of Civil Procedure* (Hukum Acara Perdata Federal) semakin mendapat perhatian sebagai instrumen untuk mendorong penyelesaian perkara secara damai, pada saat pengadilan federal (demikian pula pengadilan negara bagian) kewalahan menghadapi lonjakan perkara. Kaidah ini menetapkan bahwa apabila tergugat mengajukan tawaran penyelesaian perkara sebelum sidang dimulai, dan penggugat menolak tawaran tersebut serta kemudian memperoleh hasil yang lebih buruk dalam persidangan, maka penggugat wajib menanggung sendiri biaya perkaranya. Padahal, sebagai pihak yang menang, pada umumnya ia berhak menuntut agar tergugat membayar biaya perkara kedua belah pihak.

Dalam ketiadaan pengaturan melalui undang-undang, biaya perkara yang dimaksud dalam kaidah ini mencakup komponen-komponen yang tergolong kecil, yang bahkan menurut *American Rule* (prinsip hukum biaya perkara di Amerika Serikat), pihak yang kalah biasanya harus mengganti kepada pihak yang menang — seperti biaya pengadilan, biaya penggandaan dokumen, dan sebagian biaya saksi — tetapi tidak mencakup komponen besar, yaitu biaya jasa pengacara (*attorney's fees*). Namun, akhir-akhir ini kaidah tersebut telah ditafsirkan mencakup biaya jasa pengacara apabila terdapat undang-undang yang secara tegas menyatakannya, khususnya jika undang-undang tersebut menyatakan bahwa biaya jasa pengacara merupakan bagian dari biaya perkara.

Banyak undang-undang, termasuk undang-undang federal di bidang hak-hak sipil, memberikan hak kepada pihak yang menang (yang dalam praktiknya sering kali adalah penggugat) untuk memperoleh penggantian biaya jasa pengacara yang layak, yang wajib dibayar oleh pihak lawan sebagai bagian dari biaya perkara pihak yang menang. Apabila penggugat menang dalam perkara yang tunduk pada ketentuan demikian, maka ia dapat kehilangan hak atas penggantian biaya jasa pengacara apabila tergugat telah mengajukan tawaran putusan (*settlement offer*) berdasarkan Kaidah 68, namun penggugat menolaknya dan kemudian hasil yang diperoleh dalam persidangan lebih buruk daripada tawaran tersebut.

Apakah Kaidah 68 meningkatkan angka penyelesaian damai? Kemungkinan besar tidak. Kaidah ini justru menjadikan litigasi lebih mahal bagi penggugat, sebab meskipun ia menang, ia mungkin tetap harus menanggung sendiri biaya perkaranya (kadang termasuk biaya jasa pengacaranya), sehingga ia cenderung menuntut jumlah yang lebih kecil dalam proses negosiasi penyelesaian. Akan tetapi, dari sisi lain, tergugat yang kini menghadapi risiko lebih kecil dari litigasi, juga akan cenderung memberikan tawaran yang lebih rendah. Dengan demikian, rentang nilai yang memungkinkan terjadinya penyelesaian (*settlement range*) tidak akan bertambah besar.

Namun, kaidah ini memiliki pengaruh tidak langsung yang dapat mendorong penyelesaian damai, yaitu dengan meningkatkan insentif bagi tergugat untuk mengajukan tawaran penyelesaian yang realistis — yakni tawaran yang mendekati nilai ekspektasi penggugat dari hasil persidangan — karena apabila tawaran tersebut tidak realistis dan ditolak, dan perkara

kemudian dilanjutkan ke persidangan dan penggugat menang, maka tergugat hanya akan memperoleh manfaat dari Kaidah 68 apabila penggugat memperoleh hasil yang lebih buruk di pengadilan dibandingkan dengan tawaran yang telah diajukan.

Dalam beberapa perkara, tergugat mungkin tidak dapat mengajukan tawaran Kaidah 68 yang akan “mengalahkan” putusan persidangan apabila penggugat menang. Misalnya, apabila penggugat memperkirakan memiliki peluang 50% untuk kalah dan 50% untuk menang sebesar \$100.000, maka ia tidak akan menerima tawaran penyelesaian yang kurang dari \$50.000 (dalam contoh ini biaya litigasi dan penyelesaian diabaikan). Tidak ada kemungkinan antara; jika perkara dilanjutkan ke persidangan, penggugat hanya bisa memperoleh \$100.000 atau tidak sama sekali. Di sisi lain, tergugat memperkirakan bahwa peluang penggugat menang hanya 40%, sehingga ia tidak bersedia menawarkan lebih dari \$40.000. Meskipun tawaran ini mungkin masuk akal karena penilaian tergugat terhadap peluang penggugat lebih akurat, tetap saja tidak ada cara bagi tergugat untuk memperoleh manfaat dari Kaidah 68. Jika penggugat kalah, Kaidah 68 tidak berlaku (karena sebagai pihak yang kalah, ia memang wajib membayar biaya perkara); jika ia menang, ia akan memperoleh \$100.000, lebih tinggi daripada tawaran tergugat.

Efek utama dari Kaidah 68 adalah memindahkan kekayaan dari tergugat kepada penggugat — namun mungkin tidak secara signifikan, bahkan dalam kasus ketika kaidah ini berlaku terhadap biaya jasa pengacara. Penggugat tidak akan menolak tawaran berdasarkan Kaidah 68 kecuali ia memperkirakan akan memperoleh hasil yang lebih baik di pengadilan; dan apabila ternyata hasilnya lebih buruk, maka itu berarti ia telah melakukan kesalahan dalam menolak tawaran tersebut. Oleh karena itu (sebagaimana telah disampaikan sebelumnya), kaidah ini hanya memberikan sanksi kepada penggugat atas suatu kesalahan — dan secara *ex ante*, ia seharusnya menyambut baik adanya sanksi tersebut: karena hal itu akan mendorongnya untuk lebih berhati-hati demi kepentingannya sendiri. Namun, hal ini mengabaikan faktor aversi terhadap risiko (*risk aversion*). Keputusan untuk menerima atau menolak tawaran penyelesaian menjadi lebih berisiko ketika Kaidah 68 berlaku, terutama apabila mencakup biaya jasa pengacara selain biaya perkara konvensional.

Namun, sebagaimana telah dicatat sebelumnya, Kaidah 68 meningkatkan insentif bagi tergugat untuk mengajukan tawaran penyelesaian

yang realistis, dan tawaran tersebut akan menjadi lebih besar semakin besar manfaat yang dapat diperoleh tergugat dari Kaidah 68 apabila penggugat menolak tawaran dan kemudian memperoleh hasil yang lebih buruk di pengadilan. Maka bisa jadi, kaidah ini hanya sedikit merugikan pihak penggugat.

Lalu, bagaimana dengan ketentuan undang-undang yang hanya memberikan hak ganti rugi kepada pihak penggugat yang menang? Dalam rezim demikian, ketimpangan (3) menjadi:

$$PP(J + C) - C + S > Pd(J + C) + C - S, \quad (5)$$

yang kemudian dapat ditulis ulang sebagai:

$$(.PP \sim Pa)J > 2(Pd/2 + 1 - Pp/2)C - S). \quad (6)$$

Dalam semua kasus di mana $PP > Pd$, yang mencerminkan situasi optimisme bersama (*mutual optimism*) yang umumnya menjadi prasyarat terjadinya litigasi, perbandingan dengan ketimpangan (4) — yaitu kondisi paralel dalam *English Rule* (aturan biaya perkara Inggris) — menunjukkan bahwa kemungkinan terjadinya litigasi lebih kecil. Hal ini disebabkan karena nilai negatif pada sisi kanan, yaitu $Pd - PP$, dibagi dua. Namun, perbandingan dengan ketimpangan (2) menunjukkan bahwa kemungkinan litigasi lebih tinggi dibandingkan dengan *American Rule*.

Dapatkah Anda memikirkan alasan intuitif untuk hasil ini? (*Petunjuk: urutkan ketiga kaidah tersebut berdasarkan besar kecilnya risiko/pertaruhan.*)

Kesimpulan ini bertentangan dengan pandangan konvensional bahwa sistem ganti rugi satu arah (yang hanya berpihak kepada penggugat) mendorong terjadinya litigasi lebih besar dibandingkan kaidah lainnya. Namun, perlu dicatat bahwa meskipun *English Rule* menghambat klaim yang tidak berdasar (*nuisance claims*), sistem ganti rugi yang hanya menguntungkan penggugat justru mendorongnya.

K. *Res Judicata* dan *Collateral Estoppel*

Penolakan pengadilan untuk mengizinkan suatu gugatan yang sama diajukan kembali antara pihak-pihak yang sama (*res judicata*) mungkin tampak mengejutkan. Setelah kalah dalam satu perkara, suatu pihak diasumsikan akan enggan mencoba lagi; kekalahan tersebut menjadi indikasi atas kemungkinan hasil dalam gugatan keduanya. Namun, mengapa ia harus

dilarang untuk mencoba lagi, sebagaimana tidak ada larangan terhadap pengiklan untuk mengulangi kampanye iklan yang gagal beberapa bulan sebelumnya?

Jawabannya adalah bahwa biaya untuk mengadili ulang suatu perkara adalah nyata dan positif, sementara manfaat dalam bentuk pengurangan *error costs* (biaya kesalahan putusan) pada umumnya adalah nihil, karena tidak ada cara untuk menentukan putusan mana yang benar dalam rangkaian hasil yang saling bertentangan (misalnya: A menggugat B dan kalah; A menggugat B lagi dan menang; B kemudian menggugat A untuk memulihkan putusan A terhadap B dan menang; dan seterusnya). Di titik manapun rantai itu diputus, tidak ada alasan untuk menganggap bahwa putusan terakhir lebih benar daripada putusan sebelumnya yang bertentangan — dengan asumsi bahwa nilai sengketa adalah sama atau serupa dalam berbagai perkara tersebut dan (poin yang berkaitan) bahwa forum atau majelis pertama memiliki tingkat kompetensi yang kira-kira setara dengan pengadilan atau majelis selanjutnya (misalnya, bukan pengadilan lalu lintas). Kedua asumsi tersebut diperlukan untuk menjamin bahwa *error cost* dalam litigasi kedua tidak lebih rendah dari litigasi pertama.

Res judicata juga melarang penggugat untuk memecah-mecah (*split*) gugatannya. Misalnya, apabila seorang penggugat memiliki dasar gugatan perbuatan melawan hukum (*tort*) dan wanprestasi kontrak terhadap seorang tergugat, yang keduanya timbul dari peristiwa yang sama, ia tidak diperkenankan mengajukan gugatan atas salah satu dasar terlebih dahulu, dan kemudian menggugat atas dasar yang lain. Meskipun kedua dasar hukum tersebut secara formil berbeda, namun akan dipandang sebagai satu kesatuan klaim (*claim*), dalam rangka mencapai efisiensi melalui penggabungan teori tanggung jawab hukum tersebut dalam satu gugatan.

Sebagai catatan, apakah keberadaan doktrin *res judicata* akan tetap diperlukan (atau tidak terlalu diperlukan) apabila sistem *English Rule* tentang penggantian biaya jasa pengacara diberlakukan? Yakni jika seluruh biaya litigasi dibebankan secara internal (*internalized*)?

Pertanyaan menarik lainnya adalah: kapan suatu putusan dapat digunakan untuk melarang pengadilan mengadili ulang isu yang sama dalam perkara selanjutnya, meskipun tidak melibatkan pihak yang sama? (*collateral estoppel*). Misalnya, A menggugat B dan menang, lalu menggugat C, dan dalam gugatan terhadap C, terdapat isu hukum yang sama dan sebelumnya

telah diputus untuk mendukung A dalam perkara terhadap B (misalnya, apakah suatu produk yang dijual baik oleh B maupun C dirancang secara cacat). Mengizinkan A menggunakan putusan sebelumnya untuk menghalangi pengadilan memeriksa kembali isu tersebut akan menimbulkan risiko besar terjadinya kesalahan hukum (*legal error*). Potensi untuk menggunakan putusan terdahulu guna menutup (*foreclose*) suatu isu dalam gugatan berikutnya dapat mendorong A untuk menginvestasikan sumber daya secara berlebihan guna memenangkan isu tersebut dalam perkara pertama melawan B. Misalnya, A dapat dengan sengaja memilih B sebagai tergugat pertama, padahal B memiliki kepentingan yang kecil terhadap penentuan isu tersebut secara benar, sehingga tidak bersedia mengalokasikan sumber daya yang memadai untuk membela dirinya; sementara A akan berinvestasi besar karena mengharapkan manfaat di perkara berikutnya.

Sekarang, balikkan posisinya: B menang atas gugatan A, dan kemudian berupaya menggunakan putusan tersebut untuk menutup suatu isu penting dalam gugatan serupa yang diajukan oleh E terhadapnya. Masalah yang sama seperti di atas memang sedikit berkurang, karena B tidak memilih siapa yang menggugatnya terlebih dahulu. Namun tetap ada risiko bahwa B akan mengalokasikan sumber daya secara tidak proporsional dalam proses persidangan terhadap suatu isu, dengan harapan memperoleh manfaat dari putusan tersebut dalam litigasi-litigasi berikutnya.

Perkara-perkara semacam ini pada umumnya tidak menimbulkan kesulitan besar bagi pengadilan. Namun, sekarang pertimbangkan skenario di mana setelah A menggugat B dan menang, E mengajukan gugatan serupa terhadap B dan berupaya menggunakan putusan A terhadap B untuk mencegah B mengadili ulang pertanyaan hukum yang sama. Ini disebut sebagai *offensive collateral estoppel*. Sepanjang tidak ada kolusi antara A dan E, maka tidak ada kekhawatiran bahwa A akan menginvestasikan sumber daya secara berlebihan dalam perkaranya terhadap B karena berharap putusan tersebut bisa digunakan terhadap pihak lain; ia tidak memiliki insentif tersebut. Bahaya penerapan *collateral estoppel* dalam kasus ini justru terletak pada kemungkinan bahwa B akan menginvestasikan sumber daya yang terlalu besar dalam membela diri terhadap gugatan A, karena kekalahan dalam gugatan tersebut dapat menimbulkan tanggung jawab yang jauh lebih besar dalam perkara-perkara berikutnya. Tentu saja, apabila B telah berjuang habis-habisan dalam perkara pertama namun tetap kalah, hal tersebut menjadi indikasi kuat bahwa gugatan

A memang patut dikabulkan; oleh karena itu, mengapa E harus membuktikan ulang seluruh unsur dari gugatannya? Namun, jika E diizinkan menggunakan putusan A dengan cara demikian, maka B akan memiliki insentif besar untuk mengalokasikan sumber daya secara tidak proporsional dalam membela diri pada gugatan A, dan hal tersebut meningkatkan risiko terjadinya putusan yang keliru (*erroneous judgment*) yang menguntungkan B dalam perkara tersebut.

Sekarang pertimbangkan *defensive collateral estoppel*. A, yang memiliki klaim serupa terhadap F, G, dan H, memilih menggugat G terlebih dahulu dan kalah. Apakah F dan H boleh menggunakan putusan dalam perkara G untuk menolak klaim A terhadap mereka? Diduga bahwa A memilih kasus yang terkuat untuk digugat terlebih dahulu (mengapa demikian?); dan jika ia kalah dalam perkara tersebut, hal ini mengindikasikan bahwa kasus-kasus berikutnya juga tidak memiliki dasar hukum yang kuat. Namun, di sini muncul versi cerminan dari masalah yang telah dibahas sebelumnya terkait *offensive collateral estoppel*. A mungkin mengerahkan seluruh sumber dayanya dalam gugatan pertama, karena menyadari bahwa kekalahan akan berdampak sangat besar. Sementara itu, kepentingan B dalam perkara tersebut jauh lebih kecil. Asimetri ini dapat memungkinkan A untuk memenangkan perkara yang seharusnya tidak ia menangkan. Kita justru meningkatkan kemungkinan hasil seperti itu apabila kita mengizinkan putusan yang memenangkan B digunakan oleh tergugat lain dalam perkara-perkara selanjutnya terhadap A.

Karena kedua jenis *collateral estoppel* tampak simetris, setidaknya dari sudut pandang ekonomi, menjadi mengejutkan bahwa pengadilan cenderung lebih menerima *defensive collateral estoppel* dibandingkan *offensive collateral estoppel*.

L. Penundaan Pengadilan dan Krisis Beban Perkara

Kelambanan hukum (*law's delay*) telah menjadi keluhan dalam sastra populer sejak zaman Shakespeare, namun banyak kritik tradisional terhadap penundaan ini bersifat dangkal. Hubungan terbalik antara biaya dan waktu (lihat Bab 10.8 di atas) menunjukkan bahwa penghapusan seluruh jeda waktu antara pengajuan gugatan dan putusan akan mengakibatkan ketidakefisienan. Selain itu, penundaan di pengadilan bersifat “kiasan” (*figurative*) dan bukan “harfiah” (*literal*). Antrian untuk mendapatkan meja di restoran merupakan antrian harfiah; antrian ini menimbulkan biaya peluang yang diukur dari nilai waktu pelanggan selama menunggu. Tidak terdapat biaya peluang serupa

dalam penundaan pengadilan, karena para pihak dalam perkara tetap bebas menjalani kegiatan mereka selama menunggu persidangan. Akan tetapi, terdapat jenis biaya lain akibat penundaan pengadilan yang berlebihan (apa sajakah biaya tersebut?).

Penundaan pengadilan yang berlebihan bukanlah akibat tak terhindarkan dari besarnya permintaan terhadap layanan pengadilan dan keterbatasan waktu hakim, sebagaimana kerap diasumsikan. Permintaan terhadap lobster juga tinggi, dan kemampuan untuk meningkatkan produksi guna memenuhi tambahan permintaan juga terbatas. Namun, orang-orang tidak mengantri untuk “membeli litigasi” sebagaimana mereka mengantri untuk membeli lobster, karena waktu hakim tidak dijatah melalui mekanisme harga, sedangkan harga lobster memang berfungsi demikian. Apabila permintaan terhadap lobster meningkat lebih cepat daripada pasokannya, maka harga akan naik hingga permintaan dan penawaran kembali seimbang. Sistem *surcharge* yang bertingkat bagi pihak yang ingin perkara mereka segera disidangkan akan memberikan efek serupa terhadap litigasi.

Apabila harga yang diperlukan untuk menyeimbangkan pasar (menghapus antrian) sangat tinggi, hal tersebut merupakan sinyal bahwa investasi dalam bentuk penambahan jumlah hakim akan terjustifikasi secara ekonomis. Namun, harga tersebut bisa saja tidak tinggi; hanya sebagian kecil pihak yang berperkara mungkin cukup berkepentingan untuk membayar biaya tambahan demi persidangan cepat. Maka hal ini menjadi sinyal bahwa penambahan jumlah hakim tidak dibutuhkan.

Meskipun permintaan terhadap layanan pengadilan, baik di tingkat negara bagian maupun federal, telah meningkat sangat pesat sejak sekitar tahun 1960, belum ada upaya untuk menggunakan sistem harga sebagai alat untuk mengendalikan permintaan dan mengarahkan respons pasokan. Respons utama terhadap lonjakan permintaan adalah menambah jumlah hakim dan personel pendukung peradilan. Akan tetapi, respons ini cenderung hanya efektif dalam jangka pendek. Dengan meningkatnya kualitas penyelesaian hukum — setidaknya bagi mereka yang menghargai kecepatan — ekspansi jumlah hakim justru akan mendorong lebih banyak orang menggunakan pengadilan, yang sebelumnya enggan karena adanya penundaan.

Analogi yang relevan adalah pembangunan jalan tol baru untuk mengatasi kemacetan. Jalan tol tersebut mungkin akan mendorong orang-orang yang sebelumnya menggunakan transportasi alternatif untuk beralih

menggunakan mobil, hingga akhirnya jalan tol tersebut sama macetnya dengan jalan yang sebelumnya ada. Dalam kedua contoh tersebut, dengan meningkatkan pasokan secara cara yang menurunkan “harga disesuaikan kualitas”, pemerintah secara bersamaan juga meningkatkan permintaan.

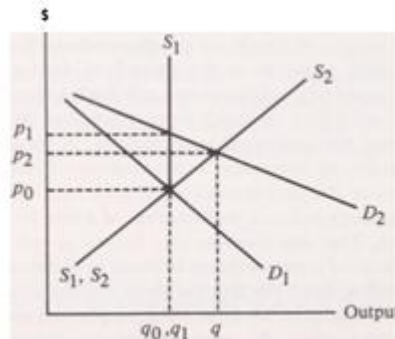


Figure 21.3

Gambar 21.3 menggambarkan efek dari peningkatan permintaan yang tidak terduga dalam pasar privat. Dalam jangka pendek, ketika pasokan tetap, peningkatan permintaan (dari D_1 ke D_2) menyebabkan kenaikan harga tajam dari p_0 ke p_1 . Dalam jangka panjang, ketika produsen dapat menambah kapasitas, harga turun dari p_1 ke p_2 . Harga tidak turun kembali ke p_0 karena upaya produsen untuk memperoleh input dari industri lain menyebabkan harga input tersebut naik. Artinya, elastisitas pasokan jangka panjang tidak tak terbatas, karena beberapa input produksi bersifat langka secara inheren.

Dengan menerapkan model ini dalam konteks kehakiman, peningkatan permintaan atas layanan pengadilan seharusnya direspons dalam jangka pendek melalui peningkatan harga layanan, misalnya melalui kenaikan biaya pendaftaran perkara (*filing fees*). Namun hal ini tidak dilakukan. Di pengadilan federal, misalnya, biaya pendaftaran perkara justru menurun dalam nilai riil (dengan memperhitungkan inflasi) sejak tahun 1960.

Seandainya pemerintah menetapkan batas atas harga pada p_0 , seperti dalam Gambar 21.3, maka akan terjadi kelebihan permintaan, dan produsen harus memilih siapa yang diperbolehkan membeli produk mereka pada harga p_0 (atau berapa banyak yang boleh dibeli). Dalam konteks kehakiman, ini setara dengan hanya mengizinkan sebagian orang mendaftarkan gugatan dan menolak sisanya. Namun hal ini juga tidak dilakukan. Misalnya, syarat jumlah minimal nilai sengketa (*minimum amount in controversy*) tidak ditingkatkan

dalam pengadilan federal. Sebaliknya, syarat tersebut dihapuskan untuk sebagian besar jenis perkara, dan digerus oleh inflasi dalam perkara lainnya.

Jika penjual menghadapi kelebihan permintaan namun menolak untuk memilih konsumen atau membatasi kuantitas, satu-satunya cara yang tersisa adalah membuat konsumen menunggu. Jika 1.000 orang ingin membeli suatu produk pada harga p_0 , namun produksi tahunan hanya 500, maka seluruh 1.000 orang tetap dapat dilayani asalkan pasokan dibagi dalam waktu dua tahun. (Dalam masyarakat poligami, usia rata-rata pernikahan pria lebih tinggi dibanding wanita; dapatkan Anda melihat analoginya?)

Penundaan merupakan respons standar pengadilan dalam jangka pendek terhadap lonjakan permintaan yang tidak terduga (atau tidak diantisipasi).

Dalam jangka panjang, respons terhadap lonjakan permintaan dengan menambah jumlah hakim dan personel pengadilan tanpa menaikkan harga layanan hanya masuk akal apabila pasokan layanan pengadilan bersifat elastis tanpa batas dalam jangka panjang. Mungkin tampaknya demikian. Jika suatu industri terdiri atas banyak perusahaan berukuran sama dan berbiaya serupa, maka tambahan permintaan akan dipenuhi oleh pendirian perusahaan baru dengan sedikit kenaikan biaya rata-rata. Ini merupakan pendekatan dunia nyata terhadap elastisitas pasokan jangka panjang yang tak terbatas. Tampaknya setiap hakim dalam sistem peradilan bisa dianggap sebagai satu unit kecil produksi, sehingga tambahan permintaan layanan yudisial dapat dipenuhi dengan menambah hakim tanpa kenaikan biaya rata-rata.

Namun, anggapan ini mengabaikan kenyataan bahwa semakin banyak jumlah hakim, khususnya di tingkat banding, di mana hakim bersidang secara panel, maka biaya transaksi dalam pengambilan keputusan yudisial akan meningkat. Peningkatan ini dapat dibatasi, sebagian, dengan menjadikan sistem peradilan lebih hirarkis. Hirarki merupakan cara perusahaan dan institusi lain mengatasi biaya transaksi yang timbul jika keputusan diambil melalui negosiasi antara banyak pihak yang setara. Pembentukan pengadilan banding tingkat antara (*intermediate appellate courts*) di sebagian besar negara bagian (dan sistem federal) merupakan adaptasi generasi sebelumnya terhadap pertumbuhan beban perkara. Namun, perluasan hirarki yudisial juga menambah tahapan banding yang berakibat pada penambahan waktu penyelesaian perkara.

Respons yang lebih baik terhadap krisis beban perkara adalah: menaikkan syarat nilai sengketa minimal atau menaikkan biaya pendaftaran

perkara? Dari sudut pandang ekonom, pilihan kedua lebih disukai. Pendekatan *minimum amount in controversy* sama halnya dengan menetapkan biaya pendaftaran yang tak terbatas untuk perkara di bawah ambang batas, dan nol untuk perkara di atasnya — suatu mekanisme yang tidak optimal dalam menyaring perkara ke sistem peradilan yang sesuai.

Sebaliknya, biaya pendaftaran tetap akan berfungsi sebagai pajak proporsional menurun atas gugatan. Misalnya, biaya sebesar \$1.000 merupakan pajak 100% atas perkara senilai \$1.000, dan pajak 1% atas perkara senilai \$100.000. Jika biaya tersebut ditetapkan setara dengan biaya sosial sebenarnya dari suatu perkara (termasuk biaya langsung dan biaya sistemik seperti kemacetan perkara lain), maka penggugat (dan tergugat, jika diwajibkan mengganti biaya bila kalah) akan dihadapkan dengan keseluruhan biaya sosial dari penggunaan sistem peradilan.

Pendekatan ini juga memungkinkan dihapuskannya syarat *standing*, yaitu bahwa penggugat harus memiliki kerugian nyata yang dapat diperbaiki melalui gugatan. Jika setiap pihak diwajibkan menanggung seluruh biaya sosial dari penggunaan sistem hukum, termasuk biaya kemacetan, maka pengadilan tidak perlu lagi menguji besar kecilnya kepentingan penggugat dalam perkara. Pihak yang berperkara akan menimbang manfaat terhadap biaya sosial, dan jika manfaatnya melebihi biaya, maka ia akan menggugat — seperti yang memang diinginkan.

Biaya pendaftaran mungkin tampak tidak dapat diterapkan bagi pihak yang tidak mampu (*indigent*), seperti banyak terdakwa pidana dan narapidana. Namun anggapan ini keliru. Sekalipun biaya tersebut tidak dibayar langsung oleh pihak tersebut, pihak manapun yang menanggungnya akan terdorong — yang tidak terjadi dalam sistem sekarang — untuk mempertimbangkan biaya sosial penuh dari gugatan dibandingkan dengan manfaatnya bagi penggugat.

M. Juri dan Arbiter

Antrian perkara di pengadilan hampir selalu paling panjang bagi para pihak yang mengajukan sidang perdata dengan juri. Hal ini masuk akal secara ekonomi. Perkara-perkara ini lebih mahal untuk disidangkan dibanding perkara non-juri, baik karena adanya biaya juri (yang, seperti akan dibahas nanti, sebenarnya meremehkan biaya sosial nyata dari sistem juri) maupun karena persidangan di hadapan juri biasanya memakan waktu lebih lama daripada persidangan di hadapan hakim saja (mengapa demikian?). Oleh

karena itu, para pihak secara tidak langsung "dikenai biaya lebih" untuk sidang juri melalui waktu tunggu yang lebih panjang.

Asal-usul lembaga juri tampaknya bersifat politis. Namun fungsi politis juri, yang akan dibahas secara singkat pada bab berikutnya (lihat Bab 24.1 *infra*), pada dasarnya terbatas pada perkara pidana dan perkara lainnya yang melibatkan pemerintah sebagai pihak. Amerika Serikat saat ini menjadi satu-satunya negara yang secara rutin menggunakan juri dalam perkara privat, dan patut dipertanyakan apakah biaya tambahan dari persidangan dengan juri sebanding dengan pengurangan kekeliruan dalam pembuktian fakta — jika pengurangan itu memang ada. Meskipun demikian, lembaga juri tetap menyediakan lahan yang subur untuk dianalisis dari sudut pandang ekonomi.¹

Setelah diputuskan bahwa penemuan fakta akan dipercayakan kepada orang awam (*non-profesional*), penggunaan beberapa orang awam — bukan hanya satu — menjadi hal yang tak terelakkan. Kehadiran individu-individu dari latar belakang dan sudut pandang yang beragam dalam proses musyawarah juri diperlukan untuk mengimbangi keahlian yang dimiliki hakim profesional, yang fungsi penemuan faktanya digantikan oleh juri. Biaya kesalahan (*error costs*) akan sangat besar bila penilaian fakta dipercayakan kepada satu orang awam saja. Hal ini mencerminkan adanya pertukaran (*tradeoff*) yang penting dalam merancang sistem juri yang optimal secara ekonomi.

Menambah jumlah anggota juri dapat mengurangi kesalahan dengan meningkatkan keragaman pengalaman dan kapasitas yang terlibat dalam proses penemuan fakta — misalnya dengan meningkatkan kemungkinan bahwa akan ada setidaknya satu anggota juri yang cermat dan artikulatif, yang mampu memfokuskan arah musyawarah juri. Akan tetapi, hal ini juga akan meningkatkan biaya langsung dari penggunaan juri karena bertambahnya jumlah orang yang harus dibayar, waktu musyawarah yang lebih panjang, serta meningkatnya kemungkinan terjadinya juri *deadlock* (*hung jury*) yang berujung pada pengadilan ulang (*retrial*). Selain itu, sebagaimana bentuk diversifikasi lainnya, peningkatan ukuran juri (dengan asumsi pemilihannya dilakukan secara acak atau mendekati acak) akan mengurangi risiko hasil ekstrem. (Jika Anda adalah tergugat dalam perkara perdata, apakah Anda lebih memilih juri berjumlah 6 atau 12 orang?)

Variabel lain selain jumlah anggota juri adalah aturan mengenai jumlah suara yang diperlukan untuk mencapai putusan. Aturan yang mensyaratkan

unanimity (kesepakatan bulat) akan lebih mahal dibanding aturan *simple majority* (mayoritas sederhana). Untuk mencapai putusan secara bulat diperlukan waktu yang lebih lama karena jumlah orang yang harus menyetujui lebih banyak, serta meningkatkan kemungkinan *deadlock*. Namun, kualitas musyawarah dapat meningkat — dan dengan demikian biaya kesalahan berkurang — apabila putusan hanya diambil setelah semua anggota benar-benar diyakinkan bahwa hasil yang dipilih oleh sebagian besar memang tepat. Dengan kata lain, mensyaratkan *unanimity* secara efektif memperbesar “ukuran fungsional” juri dibandingkan aturan mayoritas.

Penggunaan sistem wajib hadir (*conscription*) dalam memperoleh anggota juri pada pandangan pertama tampak sangat tidak efisien. Sistem ini menyebabkan biaya sosial dari sistem juri terkesan lebih rendah dari kenyataan, dan akibatnya juri menjadi digunakan secara berlebihan. Namun, akan sangat sulit untuk memperoleh juri dengan latar belakang yang beragam — yang secara asertif lebih efisien dalam menemukan fakta — tanpa menggunakan paksaan. Jika biaya kompensasi ditetapkan hanya sebatas untuk mengisi kuota juri, maka juri akan didominasi oleh individu dari kalangan ekonomi bawah. Sebaliknya, jika honorarium ditetapkan cukup tinggi untuk menarik minat masyarakat berpenghasilan tinggi, maka akan timbul permintaan berlebih (*excess demand*) atas posisi juri (mengapa?). Jika pengadilan kemudian menyaring permintaan berlebih ini berdasarkan kriteria kelayakan — seperti tingkat pendidikan, pekerjaan, atau lainnya — maka karakter juri sebagai sampel acak akan hilang, padahal karakteristik ini merupakan faktor positif dalam kemampuan juri untuk menemukan fakta secara benar.

Juri bukan satu-satunya pihak awam yang dilibatkan dalam penyelesaian sengketa hukum. Sebagian besar arbiter dalam arbitrase komersial adalah non-hukum (sementara sebagian besar arbiter dalam arbitrase perburuhan justru berlatar belakang hukum), dan secara definisi, mereka bukan hakim yang diangkat oleh negara. Perbedaan utama antara arbiter dan juri terletak pada dasar pemilihannya: arbiter dipilih karena keahliannya dalam bidang sengketa yang diperkarakan, sedangkan juri dipilih karena ketidakahliannya!

Perbedaan ini dapat dijelaskan. Terdapat *tradeoff* antara keahlian dan ketidakberpihakan. Semakin seseorang memahami suatu bidang, maka semakin kecil pengaruh argumen dan bukti yang disampaikan para pihak terhadap cara orang tersebut memutuskan sengketa — sebab tambahan

informasi yang diperoleh dari argumen tersebut relatif sedikit baginya. Dengan demikian, seorang ahli memiliki kekuasaan lebih besar. Jika dua pihak memilih (biasanya secara *ex ante*) untuk menyerahkan sengketa mereka kepada seorang ahli, maka tidak ada alasan untuk tidak menghormati pilihan tersebut. Namun, hakim dan juri menjalankan kekuasaan koersif negara. Oleh karena itu, kekuasaan tersebut harus dibatasi, salah satunya dengan memastikan bahwa para pengadil (baik hakim maupun juri) tidak memiliki pengetahuan terlalu banyak tentang objek sengketa — sehingga mereka tetap mau mendengarkan secara saksama argumen kedua belah pihak. Dalam sistem juri, kekuasaan itu juga disebar melalui mekanisme deliberasi oleh lebih dari satu orang anggota juri.

N. Banding

Pihak yang kalah dalam suatu perkara perdata berhak mengajukan banding ke pengadilan yang lebih tinggi. Proses banding melayani dua tujuan sosial: untuk mengurangi biaya akibat kesalahan hukum (apakah hal ini konsisten dengan pembahasan sebelumnya mengenai *res judicata* dan *collateral estoppel*?); dan untuk memungkinkan terciptanya serta terpeliharanya keseragaman aturan hukum. Karena biasanya keinginan pihak yang kalah bukanlah untuk memperbaiki hukum, maka tampaknya jumlah perkara yang dibawa ke tingkat banding akan lebih sedikit dibanding jumlah ideal dari sudut pandang sosial—bahkan dengan adanya subsidi terbatas dalam proses banding (sebagaimana dalam proses pengadilan tingkat pertama), yaitu tidak dikenakan biaya atas gaji hakim dan pengeluaran terkait lainnya kepada para pihak. Namun terdapat mekanisme keseimbangan alami: apabila pada periode pertama jumlah banding terlalu sedikit, maka jumlah preseden hukum yang dihasilkan oleh pengadilan banding juga akan berkurang, sehingga menyulitkan para pihak untuk menyelesaikan sengketa mereka (karena tidak ada acuan yang dapat mereka gunakan untuk memperkirakan hasil putusan), yang pada gilirannya meningkatkan *volume* litigasi—dan akibatnya, jumlah banding pun akan meningkat pada periode kedua.

Pengadilan banding memberikan pemeriksaan penuh (*plenary review*) terhadap isu-isu hukum murni; artinya, pengadilan banding tidak memberikan bobot (*deference*) terhadap pandangan hakim tingkat pertama atas isu-isu tersebut. Jika bobot diberikan, maka aturan hukum akan berbeda-beda antar

hakim tingkat pertama, sehingga masyarakat akan kesulitan untuk mengetahui atau memprediksi bagaimana hukum diterapkan. Sebaliknya, pengadilan banding memberikan bobot yang cukup besar terhadap temuan fakta oleh hakim (atau juri) tingkat pertama. Karena fakta berbeda-beda dalam setiap perkara, maka keseragaman dalam penemuan fakta menjadi kurang penting. Selain itu, hakim tingkat pertama sebagai pemeriksa fakta memiliki biaya informasi yang lebih rendah dibanding hakim banding, yang tidak menyaksikan langsung para saksi.

Pengadilan banding tidak akan membatalkan putusan berdasarkan kekeliruan yang tidak berpengaruh (*harmless errors*). Kekeliruan semacam itu, berdasarkan definisinya, tidak mungkin menyebabkan hasil yang berbeda apabila perkara disidangkan ulang. Oleh karena itu, manfaat yang diharapkan dari pembatalan putusan dalam kasus semacam ini tidak sebanding dengan biaya proses tambahan di tingkat pertama yang akan terjadi jika putusan dibatalkan.

Pertanyaan yang paling menarik dalam hal banding adalah: kapan suatu putusan dapat diajukan banding? Apakah pada saat putusan itu dijatuhkan atau harus menunggu hingga keseluruhan proses di tingkat pertama selesai? Sistem federal di Amerika Serikat, seperti hampir semua negara bagian dan juga sebagian besar negara lain, menganut prinsip bahwa pemeriksaan banding ditunda hingga adanya putusan akhir. Prinsip ini dikenal sebagai *final judgment rule*. Namun, prinsip ini penuh dengan pengecualian — dan hal itu tidak dapat dihindari, sebagaimana dapat dilihat dari berbagai pertimbangan untung-rugi terhadap prinsip ini.

Terdapat dua manfaat utama dari diizinkan banding segera terhadap putusan sela (*interlocutory*). Pertama, untuk menghindari penundaan dalam menetapkan kebenaran atau kekeliruan putusan tersebut. Kedua, keputusan segera atas suatu putusan sela dapat mencegah berlangsungnya proses panjang di pengadilan tingkat pertama; hal ini terjadi, misalnya, apabila pengadilan secara keliru menolak permohonan untuk menggugurkan gugatan (*motion to dismiss*).

Namun, terdapat pula dua biaya yang timbul akibat banding terhadap putusan sela. Pertama, keseluruhan proses dapat tertunda akibat seringnya interupsi dalam bentuk banding terhadap berbagai putusan sela. Kedua, penundaan proses banding justru dapat mencegah terjadinya proses banding yang tidak perlu, karena banyak dari putusan sela menjadi tidak relevan (*moot*)

pada saat perkara diputus akhir. Misalnya, jika hakim beberapa kali memutus tidak menguntungkan penggugat (misalnya terkait penerimaan alat bukti), tetapi pada akhirnya penggugat tetap menang, maka dalam sistem yang membolehkan banding sela secara bebas, penggugat mungkin akan mengajukan banding terhadap setiap putusan tersebut, padahal jika banding sela tidak diperbolehkan, semua putusan itu menjadi tidak relevan setelah putusan akhir dijatuhkan.

Penundaan banding hingga akhir perkara juga menghasilkan efisiensi tambahan: alih-alih mengajukan 10 banding dalam satu perkara, pengadilan banding cukup menangani satu banding yang mengandung (mungkin) 10 isu. Jika isu-isu tersebut saling terkait — misalnya didasarkan pada fakta yang sama — maka satu banding ini dapat memakan waktu lebih sedikit daripada menangani 10 banding terpisah yang masing-masing hanya membahas satu isu.

Perhatikan bahwa sistem yang membolehkan banding sela menghemat waktu hakim tingkat pertama dengan mengorbankan waktu hakim banding, sedangkan prinsip putusan akhir justru sebaliknya. Dalam sistem pertama, hakim tingkat pertama menghentikan pemeriksaan perkara saat putusan sela dibawa banding, dan jika beruntung, banding tersebut akan menyudahi perkara; tetapi pengadilan banding akan dibanjiri perkara. Dalam sistem kedua, hakim tingkat pertama mungkin harus menyelesaikan seluruh proses, hanya untuk kemudian mengetahui bahwa putusannya sejak awal keliru, dan ia harus memulai ulang seluruh proses. Namun, pengadilan banding memiliki kepastian bahwa satu perkara di tingkat pertama hanya dapat menghasilkan satu proses banding.

Tidak mengherankan jika sistem federal memberikan bobot yang lebih besar terhadap efisiensi waktu hakim banding dibanding hakim tingkat pertama. Alasannya terletak pada struktur piramida sistem peradilan dan luasnya cakupan geografis sistem peradilan federal. Seperti telah dibahas, jumlah hakim banding dalam suatu sistem yang bersifat kesatuan tidak dapat ditambah tanpa menambahkan tingkat pengadilan baru, karena salah satu fungsi vital pengadilan banding — menjaga keseragaman dan konsistensi hukum — tidak dapat dijalankan secara efektif jika jumlah hakim terlalu banyak. Jika beban kerja banding memerlukan lebih dari beberapa hakim, mereka harus dibagi menjadi panel-panel kecil, dan hal ini menimbulkan masalah koordinasi antar panel. Pada akhirnya, solusi satu-satunya adalah

menambahkan tingkat banding baru. Sistem federal saat ini memiliki tiga tingkat, meskipun akses ke tingkat ketiga (Mahkamah Agung) sangat terbatas. Namun jika banding sela diizinkan secara bebas, tiga tingkat saja tidak akan cukup — sebagaimana yang terjadi di Negara Bagian *New York* yang memang telah lama memperbolehkan banding sela secara longgar.

Struktur bertingkat dalam sistem banding dapat berfungsi di *New York* karena tingkat pertama pengadilan banding (*Appellate Term* dari Mahkamah Agung negara bagian) biasanya berada dalam gedung yang sama dengan pengadilan tingkat pertama, sehingga banding sela dapat ditangani dengan cepat. Namun, sistem semacam itu sulit dibayangkan dalam skala nasional. Banyak kota di Amerika Serikat hanya memiliki satu atau dua hakim distrik federal, dan bahkan jika banding sela diizinkan secara bebas, tidak akan cukup pekerjaan untuk mengisi waktu kerja penuh para hakim banding di kota tersebut. Hakim banding harus berkeliling (*ride circuit*), atau para pengacara harus mengajukan banding ke kota lain — kedua opsi ini akan menyebabkan keterlambatan. Dalam kondisi transportasi abad ke-19, persoalan ini hampir tidak mungkin diatasi. Oleh karena itu, tidak mengejutkan bahwa prinsip putusan akhir diadopsi sejak awal.

Namun demikian, dalam banyak kasus, keseimbangan antara biaya dan manfaat cenderung berpihak pada diperbolehkannya banding segera, dan sistem peradilan federal akan terlalu kaku jika tidak memberikan pengecualian untuk keadaan-keadaan tersebut. Sebagai contoh, penundaan dalam pemeriksaan putusan sela bisa sangat mahal jika putusan tersebut adalah *injunction* sementara yang memaksa tergugat menghentikan usahanya, atau putusan atas isu yang bersifat menentukan (*dispositive*) yang, apabila diputus sebaliknya, dapat mencegah persidangan yang berlangsung setahun penuh. Maka dari itu, tidak mengejutkan bahwa undang-undang memperbolehkan banding langsung terhadap putusan sela yang mengabulkan atau menolak permohonan *injunction*,¹ dan bahwa doktrin yang dibentuk oleh hakim, yakni *collateral order doctrine*, mengizinkan banding terhadap putusan yang belum menyelesaikan perkara secara keseluruhan, asalkan putusan tersebut berkaitan dengan isu yang terpisah dari pokok perkara dan diperlukan untuk mencegah kerugian yang tidak dapat diperbaiki (*irreparable harm*) terhadap pemohon banding. Misalnya, jika pengadilan menolak untuk mewajibkan tergugat menyediakan jaminan agar jika ia kalah nantinya ia dapat mengganti sejumlah biaya yang secara hukum menjadi hak penggugat, maka jika putusan ini tidak

dapat segera dibawa banding dan kemudian penggugat menang sementara tergugat tidak mampu membayar, penggugat tidak akan mendapatkan ganti rugi. Maka, biaya dari tidak diperkenankannya banding segera bisa sangat besar. Dan karena isu mengenai jaminan tersebut sepenuhnya terpisah dari pokok perkara, maka tidak ada inefisiensi yudisial yang timbul dari memeriksa banding terhadap isu jaminan secara terpisah dari isu pokok.

O. Pilihan Hukum yang Berlaku (*Choice of Law*)

Misalkan seorang penduduk Negara Bagian A, saat mengemudi di Negara Bagian B, menyebabkan cedera terhadap penduduk Negara Bagian B, yang kemudian mengajukan gugatan. Hukum negara bagian manakah yang seharusnya diterapkan untuk menentukan hak-hak para pihak—hukum A atau hukum B? Kedua negara bagian memiliki kepentingan dalam hasil sengketa tersebut. Secara sederhana, Negara Bagian A akan memperoleh manfaat apabila penduduknya menang, karena ia akan memperoleh kompensasi finansial yang lebih besar; sedangkan Negara Bagian B akan memperoleh manfaat apabila penduduknya menang. Manfaat-manfaat ini bersifat saling mengimbangi dan karena itu dapat diabaikan. Namun, Negara Bagian A juga memiliki kepentingan agar penduduknya dapat mengemudi di Negara Bagian B tanpa mengalami pembatasan yang tidak semestinya, sedangkan Negara Bagian B memiliki kepentingan untuk melindungi penduduknya dari risiko cedera akibat kelalaian pengemudi lain. Dengan kata lain, kedua negara bagian memiliki kepentingan yang bersifat alokatif maupun distributif dalam sengketa tersebut.

Dalam hal ini, menjadi signifikan bahwa kecelakaan terjadi di wilayah Negara Bagian B. Dapat diasumsikan bahwa peraturan B disesuaikan dengan kondisi lalu lintas setempat—seperti kondisi jalan, cuaca, dan lain-lain—di wilayahnya. Oleh karena itu, Negara Bagian B (dengan ketentuan adanya pengecualian yang akan dijelaskan kemudian) memiliki keunggulan regulasi komparatif dalam kaitannya dengan kecelakaan yang terjadi di wilayahnya. Maka dari itu, terdapat argumen ekonomi yang mendukung kaidah *common law* tradisional bahwa hukum tempat terjadinya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti*) adalah hukum yang harus diterapkan dalam gugatan—di manapun gugatan itu diajukan—untuk memberikan pemulihan atas perbuatan melawan hukum tersebut.

Namun demikian, kaidah ini dalam praktiknya telah banyak ditinggalkan di berbagai negara bagian, dan digantikan oleh analisis yang lebih kompleks mengenai “kepentingan” masing-masing negara bagian yang terlibat dalam sengketa. Akan tetapi, permasalahan utama seharusnya bukan sekadar mengenai kepentingan, melainkan mengenai hukum negara bagian manakah yang paling sesuai (*fit*) dengan keadaan faktual dalam sengketa tersebut.

Sebagai ilustrasi, misalkan permasalahan hukum yang dipersoalkan adalah hukum batas waktu pengajuan gugatan (*statute of limitations*) mana yang harus diterapkan. Apabila tujuan dari batas waktu tersebut adalah untuk mengurangi risiko kesalahan akibat penggunaan alat bukti yang sudah usang, maka terdapat argumen kuat untuk menerapkan hukum batas waktu dari negara bagian tempat perkara diperiksa, karena hukum tersebut diasumsikan mencerminkan kompetensi pengadilan setempat dalam menangani alat bukti yang sudah tidak segar. Namun, apabila tujuan dari aturan tersebut adalah untuk memberikan kepastian hukum dalam perencanaan aktivitas masyarakat, maka terdapat argumen untuk menerapkan hukum batas waktu dari negara bagian tempat tinggal pelaku (pihak yang menyebabkan kerugian), karena ialah yang menghadapi ketidakpastian hukum tersebut.

Contoh lain, dalam perkara wanprestasi (ingkar janji) antara para pihak yang berasal dari negara bagian yang berbeda, permasalahannya adalah apakah si pembuat janji memiliki kapasitas hukum untuk membuat janji yang mengikat (misalnya, apakah ia harus berusia 21 tahun atau cukup 18 tahun?). Dalam hal ini, ketentuan hukum negara bagian tempat tinggal si pembuat janji mengenai kapasitas hukum tampaknya memiliki keunggulan komparatif dalam menyelesaikan sengketa tersebut, karena ketentuan tersebut diasumsikan didasarkan pada karakteristik kapasitas penduduk negara bagian tersebut.

Permasalahan yang jauh lebih rumit timbul apabila dua orang penduduk Negara Bagian A mengalami tabrakan di wilayah Negara Bagian B. Aturan hukum tentang perbuatan melawan hukum di Negara Bagian B lebih sesuai untuk menangani faktor-faktor yang berkaitan dengan lokasi, seperti kondisi jalan dan iklim setempat, sementara aturan hukum Negara Bagian A lebih sesuai untuk menangani faktor-faktor yang berkaitan dengan pribadi, seperti kemampuan untuk berhati-hati. (Mengapa hal ini tidak menjadi persoalan dalam contoh kasus pertama di atas?)

Bacaan yang Disarankan

1. Lucian Arye Bebchuk, *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, 15 Rand J. Econ. 404 (1984).
2. Donald N. Dewees, J. Robert S. Prichard, & Michael J. Trebilcock, *An Economic Analysis of Cost and Fee Rules for Class Actions*, 10 J. Legal Stud. 155 (1981).
3. Patricia Munch Danzon, *Contingent Fees for Personal Injury Litigation*, 14 Bell J. Econ. 213 (1983).
4. S. Lee A. Lillard, *Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims*, 12 J. Legal Stud. 345 (1983).
5. Frank H. Easterbrook, *Criminal Procedure as a Market System*, 12 J. Legal Stud. 289 (1983).
6. William M. Landes, *An Economic Analysis of the Courts*, 14 J. Law & Econ. 61 (1971).
7. _____, *The Bail System: An Economic Approach*, 2 J. Legal Stud. 79 (1973).
8. John Leubsdorf, *The Contingency Factor in Attorney Fee Awards*, 90 Yale L.J. 473 (1981).
9. Geoffrey P. Miller, *An Economic Analysis of Rule 68*, 15 J. Legal Stud. 93 (1986).
10. Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 J. Legal Stud. 399 (1973).
11. _____, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, bagian I-II (1985).
12. Kenneth E. Scott, *Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis*, 86 Harv. L. Rev. 645, 670–683 (1973).
13. Steven Shavell, *Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, 11 J. Legal Stud. 55 (1982).
14. Note, *An Analysis of Settlement*, 22 Stan. L. Rev. 67 (1969).

Permasalahan

1. Dapatkah Anda mengajukan alasan ekonomi bagi penggantian sistem *notice pleading* (permohonan umum) dengan *issue pleading* (permohonan yang merinci isu hukum) sebagaimana dalam Federal Rules of Civil Procedure?
2. Patutkah salah satu pihak dalam suatu perkara memiliki kewenangan untuk memaksa kehadiran seorang saksi?
3. Dalam perkara *Clauss v. Danker*, 264 F. Supp. 246 (S.D.N.Y. 1967), yang merupakan perkara perbuatan melawan hukum, penggugat mengajukan permohonan untuk memperoleh informasi mengenai rincian polis asuransi tanggung gugat milik tergugat, meskipun informasi tersebut tidak dapat dijadikan alat bukti pada saat persidangan. Pengadilan menyatakan bahwa akan lebih baik bila penemuan bukti (*discovery*) semacam itu diizinkan, terutama untuk mempermudah tercapainya penyelesaian perkara, tetapi menilai bahwa berdasarkan aturan Federal Rules of Civil Procedure yang berlaku saat itu, penemuan bukti atas informasi asuransi tidak dapat diperintahkan. Pada tahun 1970, aturan tersebut diamendemen untuk memungkinkan penemuan bukti semacam itu. Komite penasihat menyatakan: “Pengungkapan cakupan asuransi akan memungkinkan penasihat hukum dari kedua belah pihak membuat penilaian yang realistis terhadap perkara, sehingga strategi penyelesaian dan litigasi didasarkan pada pengetahuan, bukan spekulasi. Hal ini akan mendorong penyelesaian dan menghindari proses litigasi yang berlarut-larut dalam beberapa kasus, meskipun dalam kasus lain dapat menimbulkan efek sebaliknya.” Apakah perubahan aturan tersebut cenderung meningkatkan atau menurunkan frekuensi penyelesaian di luar pengadilan? Sejauh mana, jika ada, analisis ini berbeda dari analisis terhadap Rule 35 dalam Bab 21.5 di atas?
4. Bandingkan biaya untuk mengurangi kejahatan dengan cara:
 - a. menurunkan standar pembuktian bagi jaksa penuntut umum, dan
 - b. membuat ketentuan pidana menjadi lebih spesifik.
5. Apa konsekuensi yang akan timbul apabila, alih-alih mewajibkan terdakwa untuk membayar uang jaminan (*bail*), negara justru diwajibkan membayar biaya yang ditanggung terdakwa selama ia ditahan menunggu persidangan?

6. Apakah layak secara ekonomi untuk memberikan kompensasi kepada terdakwa yang dibebaskan dari tuduhan pidana? Apa ukuran kompensasi yang tepat? Apa implikasi (jika ada) dari pemberian kompensasi tersebut terhadap standar pembuktian yang sesuai dalam perkara pidana?
7. Dalam gugatan ganti rugi tiga kali lipat (*treble damages*) berdasarkan hukum antitrust, patutkah penggugat diwajibkan membuktikan tanggung jawab tergugat secara *beyond a reasonable doubt* (melampaui keraguan yang wajar)?
8. Berikut ini beberapa pertanyaan mengenai penggantian biaya kuasa hukum bagi pihak yang memenangkan perkara:
 - a. Penggugat dibatasi hanya dapat mengklaim biaya kuasa hukum yang wajar, meskipun ia sebenarnya membayar biaya yang lebih tinggi. Dapatkah Anda menjelaskan mengapa aturan ini diperlukan untuk mencegah perilaku strategis?
 - b. Misalkan pihak yang menang diwakili oleh firma hukum kepentingan publik. Haruskah biaya kuasa hukum didasarkan pada biaya aktual yang dikeluarkan oleh firma tersebut, ataukah pada tarif yang wajar bila jasa hukum tersebut diberikan oleh pengacara lain yang setara kompetensinya? Lihat *Blum v. Stenson*, 465 U.S. 886 (1984).
 - c. Patutkah penggunaan *risk multiplier* diizinkan? Misalkan penggugat hanya memiliki peluang 20% untuk menang, dan jika kalah, kuasa hukumnya tidak akan menerima pembayaran karena bersedia menangani perkara tersebut dengan sistem *contingent fee*. Jika penggugat menang, patutkah biaya kuasa hukum dikalikan lima untuk mengompensasi risiko yang ditanggung pengacaranya? Lihat *Laffey v. Northwest Airlines, Inc.*, 746 F.2d 4 (D.C. Cir. 1984); *McKinnon v. City of Berwyn*, 750 F.2d 1383 (7th Cir. 1984).
9. Misalkan salah satu dari beberapa penerima manfaat suatu perwalian (trust) menyewa kuasa hukum untuk menggugat wali amanat. Apabila gugatan tersebut menyebabkan nilai aset perwalian meningkat, hukum membolehkan kuasa hukum tersebut mengklaim sebagian biayanya dari penerima manfaat lainnya. Apakah hal ini masuk akal secara ekonomi? Lihat Saul Levmore, *Explaining Restitution*, 71 Va. L. Rev. 1 (1985).
10. Aturan pembuktian (*rules of evidence*)—misalnya larangan terhadap hearsay, doktrin *best evidence*, dan sebagainya—pada dasarnya

dirancang untuk mencegah majelis juri menerima alat bukti yang dianggap memiliki bobot pembuktian yang rendah atau terlalu mempengaruhi secara emosional. Apa arti istilah-istilah tersebut bagi seorang ekonom, dan seperti apa bentuk aturan pembuktian yang optimal? Lihat *Note, The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 Harv. L. Rev. 1786 (1980); Thomas Gibbons & Allan C. Hutchinson, *The Practice and Theory of Evidence Law — A Note*, 2 Int'l. Rev. Law & Econ. 119 (1982).

11. Untuk memperoleh perintah awal (*preliminary injunction*), penggugat harus, sebagaimana telah dibahas sebelumnya, menunjukkan bahwa ia akan mengalami kerugian yang tidak dapat diperbaiki (*irreparable harm*) apabila permohonan ditolak. Dari sudut pandang ekonomi, manakah dari jenis kerugian berikut, jika ada, yang patut dijadikan dasar untuk penerbitan *preliminary injunction* dalam perkara ganti rugi:
 - a. Tergugat mungkin menjadi insolven sebelum persidangan selesai.
 - b. Penggugat mungkin bangkrut sebelum persidangan selesai sebagai akibat dari perbuatan tergugat.
 - b. Kerugian sulit dihitung secara kuantitatif.
12. Patutkah suatu putusan hukum diberikan kekuatan mengikat secara *collateral estoppel* apabila putusan tersebut tidak diajukan banding?
13. Apakah ketentuan arbitrase atas sengketa yang timbul berdasarkan kontrak lebih lazim dijumpai dalam kontrak baku atau dalam kontrak yang dirundingkan secara individual?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XXII

PENEGAKAN HUKUM

A. Penegakan Hukum Publik *versus* Privat: Pertukaran (*Tradeoffs*)

Dalam ranah hukum *common law* seperti hukum perdata mengenai perbuatan melawan hukum (*torts*), kontrak, dan hak milik, pelaksanaan penegakan hukum — yakni proses investigasi pelanggaran hukum dan penerapan sanksi hukum terhadap pelaku pelanggaran — seperti halnya proses pembentukannya, pada umumnya diserahkan kepada pihak swasta: para pihak yang bersengketa, kuasa hukum mereka, serta berbagai ahli pembuktian atau investigasi yang mereka pekerjakan. Akan tetapi, sebagian besar tanggung jawab penegakan hukum telah diserahkan, baik secara bersamaan dengan penegakan swasta maupun secara eksklusif, kepada lembaga publik. Bagian ini membahas berbagai karakteristik penegakan hukum publik dibandingkan dengan penegakan hukum *privat*.

Mengapa penegakan hukum publik diperlukan? Gary Becker dan George Stigler pernah mengusulkan agar penegakan hukum sepenuhnya diswastakan. Berdasarkan usulan mereka, individu dan firma hukum swasta akan melakukan investigasi atas pelanggaran, menangkap pelaku pelanggaran (termasuk pelaku tindak pidana), serta melaksanakan proses hukum guna memperoleh pemulihan, termasuk penuntutan pidana. Penegak hukum privat, apabila berhasil, berhak untuk mempertahankan seluruh hasil perkara — misalnya, denda yang dibayarkan oleh pelaku yang dinyatakan bersalah. Jika pelaku tidak mampu membayar (*judgment proof*), negara akan membayar hadiah (*bounty*) kepada penegak hukum tersebut.

Usulan ini akan menyelesaikan persoalan terkait gugatan kelompok (*class action*) yang telah dibahas dalam bab sebelumnya. Dan meskipun tampak radikal, usulan ini sebenarnya hanya merupakan bentuk kembali ke cara penegakan hukum pada masa lalu. Penegakan hukum pidana (sebagaimana hampir seluruh bentuk penegakan hukum lainnya) dalam masyarakat primitif dan kuno umumnya bersifat *privat*. Selama berabad-abad, penegakan hukum pidana dan hukum regulasi di Inggris mengikuti pola yang diusulkan oleh Becker dan Stigler. Parlemen dan otoritas kota (selain juga firma dan *individu privat*) membayar hadiah atas penangkapan dan penghukuman pelaku kejahatan. Dalam kasus pelanggaran yang dihukum

dengan denda, denda tersebut dibagi antara kerajaan dan penegak hukum. Tidak terdapat jaksa penuntut umum, dan lembaga kepolisian hanyalah bersifat publik secara formal saja.

Namun, penegakan hukum privat membawa serta biaya-biaya tertentu yang tidak timbul dalam penegakan hukum publik, yang mungkin menjelaskan mengapa sistem hukum saat ini memadukan kedua bentuk penegakan tersebut. Misalkan denda atas suatu pelanggaran berada jauh di bawah tingkat optimal, sementara probabilitas tertangkap dan dihukumnya pelanggar jauh di atasnya. Apabila denda (f) ditingkatkan untuk mendekati tingkat optimal, maka hanya apabila probabilitas penangkapan dan penghukuman (p) menurun, peningkatan denda tersebut dapat mengurangi pengeluaran atas penegakan hukum tanpa menurunkan efek jera (*deterrence*). Akan tetapi, dalam penegakan privat, nilai p justru akan meningkat. Meskipun peningkatan denda akan mengurangi jumlah pelanggaran karena meningkatnya biaya ekspektasian atas pelanggaran tersebut, peningkatan ini juga akan meningkatkan imbal hasil yang diperoleh penegak hukum dari setiap penangkapan, dan efek kedua ini dapat menyebabkan meningkatnya jumlah penangkapan secara absolut. Jika demikian, maka jelaslah bahwa nilai p akan meningkat, karena p merupakan rasio antara jumlah penangkapan dan jumlah pelanggaran. Namun, sekalipun peningkatan denda menimbulkan efek jera yang sangat besar sehingga jumlah penangkapan justru menurun, imbal hasil per penangkapan tetap lebih tinggi, dan kompetisi akan mendorong para pelaku industri penegakan hukum mengalokasikan lebih banyak sumber daya per penangkapan daripada sebelumnya. Dengan demikian, probabilitas penangkapan (p) akan meningkat, yang justru bertentangan dengan tujuan legislator menaikkan denda (yaitu untuk menghemat sumber daya dengan menurunkan p).

Permasalahan ini (yakni *overenforcement* atau penegakan hukum berlebihan) tidak akan timbul apabila probabilitas optimal penangkapan dan penghukuman adalah satu. Dalam hal demikian, denda optimal akan setara dengan biaya sosial dari aktivitas ilegal tersebut, dan apabila biaya sosial meningkat, maka denda optimal juga akan meningkat dalam jumlah yang sama. Hal ini akan dipersepsikan (secara tepat) oleh para penegak hukum sebagai pergeseran permintaan ke atas, dan akan mendorong peningkatan sumber daya untuk pencegahan kejahatan, sebagaimana halnya pada barang biasa yang permintaannya meningkat. Akan tetapi, jika probabilitas

penangkapan dan penghukuman kurang dari satu, maka denda optimal harus lebih tinggi daripada biaya sosial dari aktivitas ilegal tersebut — bukan sebagai sinyal bahwa sumber daya tambahan harus dialokasikan untuk mencegah aktivitas tersebut, melainkan untuk meminimalkan penggunaan sumber daya tersebut. Dalam konteks penegakan publik, denda tidak perlu dianggap sebagai sinyal untuk menambah investasi dalam pencegahan kejahatan, karena penegak hukum publik tidak terikat pada motif mencari laba pribadi sebagaimana penegak hukum swasta.

Apakah mungkin penegakan hukum *privat* ditekan hingga ke tingkat yang diinginkan dengan cara mengenakan pajak cukai kepada para penegak hukum? Pajak tersebut (atas apa tepatnya?) akan menggeser kurva permintaan yang dipersepsikan oleh para penegak hukum ke kiri tanpa menurunkan f dan dengan demikian tanpa mengurangi efek jera hukum. Akan tetapi, pajak tersebut akan menciptakan celah antara jumlah yang dibayarkan oleh pelanggar dan jumlah yang diterima oleh penegak hukum, yang akan menciptakan peluang terjadinya suap dan korupsi. Baik pelanggar yang tertangkap maupun penegak hukum akan lebih diuntungkan apabila mereka menyepakati pembayaran pribadi yang lebih kecil dari denda yang diatur secara hukum, tetapi lebih besar daripada denda dikurangi pajak. Kritik utama terhadap penegakan hukum publik yang diajukan oleh Becker dan Stigler — yaitu bahwa insentif terhadap penegakan hukum publik menciptakan potensi suap dan korupsi karena manfaat bagi penegak hukum lebih kecil dari potensi hukuman yang dikenakan terhadap pelanggar — mungkin tidak lagi menjadi argumen yang kuat bagi penegakan *privat*.

Apabila hukuman penjara atau sanksi nonmoneter lainnya diperkenalkan, maka negara harus memberikan hadiah (*bounties*) kepada penegak hukum agar tercipta insentif yang memadai dalam sistem penegakan *privat*. Jika sistem yang optimal tetap melibatkan kombinasi antara sanksi berat dengan probabilitas penangkapan dan penghukuman yang rendah, maka pemberian hadiah yang setara secara moneter dengan beban hukuman yang ditanggung oleh pelanggar akan menyebabkan penegakan hukum yang berlebihan, karena para penegak akan mengalokasikan lebih banyak sumber daya untuk menangkap dan menghukum pelanggar, sehingga meningkatkan nilai p melebihi tingkat optimalnya. Namun, jika hadiah ditetapkan di bawah nilai f guna menurunkan intensitas penegakan, maka akan muncul selisih antara biaya hukuman bagi pelanggar dan manfaat bagi penegak, dan celah ini

akan menciptakan peluang terjadinya suap dan korupsi. Meskipun demikian, persoalan tersebut mungkin tidak seberat jika sistem hanya menggunakan sanksi berupa denda. Meskipun nilai hadiah lebih kecil dari biaya hukuman bagi pelanggar, besar kemungkinan hadiah tersebut tetap melebihi kemampuan membayar pelanggar — dan keterbatasan sumber daya pelanggar itulah yang menjadi alasan digunakannya sanksi nonmoneter sejak awal.

Tampaknya penegakan hukum privat akan meningkatkan kemungkinan bahwa orang yang tidak bersalah dihukum. Penegak hukum swasta memperoleh bayaran berdasarkan jumlah pelanggar yang berhasil dihukum, tanpa memperhatikan apakah orang yang dituduh benar-benar bersalah. Ada beberapa cara bagi penegak hukum untuk meningkatkan jumlah "tangkap" — dan dengan itu meningkatkan pendapatannya — yaitu dengan menambah jumlah "pelanggar" yang tersedia:

1. Ia dapat merekayasa suatu pelanggaran.
2. Ia dapat menuntut orang yang tidak bersalah atas pelanggaran yang memang terjadi.
3. Ia dapat mendorong seseorang untuk melakukan pelanggaran yang sebenarnya tidak akan dilakukan tanpa dorongan tersebut, dan kemudian menuntutnya; ini disebut sebagai *entrapment*.
4. Mengetahui bahwa seseorang akan melakukan suatu tindak pidana, ia dapat menunggu hingga perbuatan selesai dilakukan, lalu menuntutnya atas tindak pidana yang lengkap, alih-alih menuntutnya atas percobaan tindak pidana; motivasi untuk menunggu adalah agar memperoleh kompensasi yang lebih besar, karena sanksi untuk kejahatan yang telah selesai biasanya lebih berat daripada sanksi atas percobaan.

Akan tetapi, penyimpangan-penyimpangan tersebut juga dapat terjadi dalam sistem penegakan hukum publik — bahkan, aturan hukum mengenai larangan *entrapment*, larangan penuntut menyembunyikan bukti yang menguntungkan terdakwa, dan sebagainya, dikembangkan justru untuk mencegah praktek-praktek semacam itu dilakukan oleh penegak hukum publik. Tidak ada dasar kuat untuk berasumsi bahwa penyimpangan-penyimpangan tersebut akan lebih meluas dalam sistem penegakan hukum privat. Meskipun penegak hukum privat dibayar secara eksplisit berdasarkan hasil (sistem upah per unit), sementara penegak publik tidak, sisi lain dari sistem ini adalah bahwa penegak hukum privat mungkin lebih sensitif

terhadap biaya dari suatu penuntutan yang gagal. Hal ini dapat mendorong mereka untuk lebih cermat dalam menyaring orang yang tidak bersalah dibandingkan penegak hukum publik, karena sumber daya yang digunakan untuk menuntut orang tidak bersalah cenderung menghasilkan hasil yang lebih kecil dibandingkan apabila digunakan untuk menuntut pelaku yang benar-benar bersalah. Selain itu, penegak hukum privat mungkin memperoleh lebih sedikit (atau bahkan tidak ada) manfaat dari mengganggu orang yang tidak bersalah dengan tuntutan yang tidak berdasar, dibandingkan penegak hukum publik (mengapa?).

B. Penegakan Hukum Publik versus Privat: Implikasi Positif

Analisis pada bagian sebelumnya membantu menjelaskan sejumlah ciri khas dalam sistem hukum:

1. Dengan beberapa pengecualian, terdapat monopoli publik — lebih tepatnya serangkaian monopoli publik — atas penegakan hukum pidana. Memang benar bahwa suatu perbuatan sering kali dikualifikasikan sebagai pelanggaran pidana sekaligus perbuatan melawan hukum (*tort*), sehingga penegakan privat secara prinsip dimungkinkan. Namun, jika pelaku tidak mampu membayar ganti rugi (*judgment proof*), sebagaimana umumnya terjadi pada pelaku tindak pidana, maka upaya hukum privat menjadi tidak efektif dan penegak hukum publik memegang monopoli *de facto* atas penegakan tersebut. Sebaliknya, dalam bidang hukum seperti kontrak dan perbuatan melawan hukum (selain yang juga merupakan tindak pidana), beban utama penegakan hukum berada di tangan sektor privat.

Perbedaan relevan antara tindak pidana di satu sisi dan wanprestasi serta perbuatan melawan hukum di sisi lain adalah bahwa dengan sumber daya penangkapan yang terbatas, probabilitas penangkapan (p) dalam kasus pidana cenderung jauh di bawah satu, sedangkan dalam kasus wanprestasi atau *tort*, p mendekati satu (dalam kasus wanprestasi bahkan sama dengan satu). Korban wanprestasi mengetahui identitas pihak yang mengingkari janji; korban kecelakaan lalu lintas biasanya mengetahui identitas pengemudi lain; tetapi korban pencurian hampir tidak pernah mengetahui identitas pelaku. Jika diasumsikan bahwa p sama dengan satu dalam kasus *tort* atau kontrak rata-rata, maka seperti telah dibahas sebelumnya, tidak akan timbul persoalan penegakan

hukum privat yang berlebihan (*socially excessive private enforcement*) — sepanjang hak atas penegakan hukum tidak diberikan berdasarkan prinsip siapa cepat dia dapat (*first-come, first-served*), melainkan hanya kepada korban dari wanprestasi atau perbuatan melawan hukum tersebut. Sebagai contoh, jika kerugian marginal dari suatu *tort* adalah \$9 dan biaya marginal penangkapan serta penghukuman adalah \$1, maka nilai $f = \$10$. Penegak hukum yang pertama mengajukan klaim akan menerima *rent* sebesar \$9. Peluang untuk memperoleh *rent* tersebut akan mendorong pengeluaran atas penegakan hukum melebihi \$1. Pemberian hak eksklusif kepada korban dapat menghilangkan sumber pemborosan ini. (Apa keuntungan ekonomi lainnya dari sistem ini?)

2. Biaya penegakan dapat sedemikian tinggi dibandingkan dengan nilai klaim sehingga “pasar” atas klaim hukum tidak akan berfungsi apabila prinsip bahwa korban memiliki hak eksklusif atas klaim tersebut ditegakkan secara ketat. Contoh yang baik adalah konspirasi penetapan harga (*price-fixing*) yang menyebabkan kerugian kecil bagi masing-masing dari sejumlah besar konsumen. Gugatan kelompok (*class action*) dan gugatan oleh perantara hukum (*middleman suit*) adalah mekanisme yang telah dibahas sebelumnya untuk mengatasi persoalan ini. Pada dasarnya, hak milik hukum yang biasanya berada pada tangan korban pelanggaran dialihkan kepada pengacara kelompok atau kepada pihak perantara.
3. Anggaran lembaga penegak hukum publik cenderung kecil jika dibandingkan dengan potensi keuntungan dari penegakan hukum apabila dinilai menurut perspektif penegak hukum privat yang memaksimalkan laba. Sebagai contoh, Lembaga Pajak (IRS) beroperasi dengan anggaran di mana biaya marginal penegakan jauh di bawah hasil marginalnya, yang diukur (sebagaimana dilakukan oleh penegak privat) berdasarkan tambahan penerimaan pajak dari tambahan pengeluaran atas penegakan. Asumsi adanya kendala anggaran adalah asumsi yang tidak realistis apabila diterapkan pada penegak privat, karena selama pasar modal berfungsi secara wajar, mereka dapat membiayai aktivitas penegakan hukum mana pun selama ekspektasi imbal hasilnya melebihi ekspektasi biayanya. Akan tetapi, apabila Kongres memberikan tambahan anggaran kepada lembaga seperti IRS yang kemudian digunakan untuk meningkatkan hasil bersih penegakan hukum, hal

tersebut justru dapat menimbulkan *overenforcement*. Dengan demikian, kendala anggaran lembaga publik mirip dengan pajak atas penegakan privat yang bertujuan menurunkan tingkat penegakan hukum ke tingkat yang optimal secara sosial.

4. Monopoli publik atas penegakan hukum memungkinkan penegak hukum publik secara efektif mengabaikan hukum tertentu atau penerapannya, dengan cara menolak untuk menuntut pelanggar. Kewenangan ini tampaknya sering digunakan. Pengabaian semacam ini tidak akan terjadi dalam penegakan hukum privat; semua hukum akan ditegakkan sepanjang menghasilkan ekspektasi keuntungan bersih yang positif. Apakah hal ini baik atau buruk?

Analisis mengenai pembentukan aturan dalam Bab 20 menyiratkan bahwa aturan hukum hampir selalu bersifat *overinclusive*; biaya untuk merancang aturan secara tepat agar sesuai dengan perilaku yang hendak dilarang terlalu tinggi, disebabkan oleh keterbatasan daya prediksi dan ambiguitas bahasa hukum. Namun, jika diterapkan secara ketat, aturan yang *overinclusive* dapat menimbulkan biaya sosial yang sangat besar; hal ini sama saja dengan menghukum orang yang tidak bersalah guna menurunkan kemungkinan membebaskan pelaku yang bersalah. Ketidakpenegakan hukum secara selektif (*discretionary nonenforcement*) merupakan teknik untuk mengurangi biaya akibat *overinclusion* tanpa meningkatkan *underinclusion* (celah hukum). Polisi mengabaikan pelanggaran lalu lintas ringan; inspektur bangunan mengabaikan pelanggaran terhadap ketentuan teknis bangunan yang jika ditegakkan justru akan menghambat pembangunan gedung baru di perkotaan; pengatur lalu lintas udara membiarkan pelanggaran terhadap regulasi keselamatan yang terlalu ketat oleh maskapai penerbangan terkait jarak antar pesawat saat lepas landas atau mendarat.

Keberadaan monopoli publik atas penegakan hukum dalam suatu bidang hukum merupakan kondisi yang perlu, meskipun tidak cukup, bagi diterapkannya ketidakpenegakan secara selektif. Lembaga publik secara prinsip dapat menegakkan semua hukum yang berada dalam yurisdiksinya. Namun dalam praktiknya tidak mungkin dilakukan karena keterbatasan anggaran sebagaimana disebutkan sebelumnya. Meskipun secara teoritis lembaga tersebut dapat memusatkan sumber dayanya pada aspek perilaku yang secara tidak sengaja masuk dalam

ruang lingkup larangan undang-undang, hal itu kecil kemungkinannya. Sifat sewenang-wenang bukanlah karakter utama dari penegakan hukum publik (lihat Bab 22.3, 23.3).

5. Pemerasan (*blackmail*) merupakan bentuk penjualan hak eksklusif atas suatu informasi kepada pihak yang akan dirugikan oleh pengungkapan informasi tersebut, dan pada pandangan pertama tampak sebagai metode penegakan hukum privat yang efisien (baik terhadap hukum moral maupun hukum positif). Nilai informasi tersebut bagi pihak yang diperas setara dengan biaya hukuman yang akan diterimanya apabila informasi tersebut diungkapkan dan ia dihukum karenanya. Dengan demikian, ia akan bersedia membayar hingga jumlah tersebut kepada pemeras untuk memperoleh hak eksklusif atas informasi tersebut. “Denda” yang dibayarkan kepada pemeras mungkin sama besar dengan denda yang seharusnya ia bayarkan jika ditangkap dan dihukum akibat kejahatan yang diungkap pemeras. Lalu mengapa pemerasan merupakan tindak pidana?

Keputusan untuk melarang pemerasan secara langsung berkaitan dengan keputusan untuk mengandalkan monopoli publik dalam penegakan hukum di bidang-bidang tertentu, khususnya hukum pidana. Jika pemerasan diperbolehkan, maka monopoli publik atas penegakan hukum akan tergerus dan *overenforcement* dapat terjadi. Alternatif lain — yang hanya tampaknya bertentangan — adalah bahwa pemeras justru akan mengganggu sistem hukuman yang diatur secara hukum dengan menerima pembayaran dari pelaku dalam jumlah yang lebih rendah, bahkan jauh lebih rendah, daripada denda resmi. Masalah ini akan hilang jika pemeras diperbolehkan untuk “menjual” pelaku kepada negara dan menerima denda resmi sebagai imbalannya. Akan tetapi, solusi ini hanya akan mengubah pemeras menjadi penegak hukum privat sejati; hal ini tidak menyelesaikan persoalan *overenforcement*.

Sejalan dengan analisis di atas, praktik-praktik yang secara substantif identik dengan pemerasan — meskipun tidak disebut demikian — diperbolehkan dalam wilayah hukum yang ditegakkan secara privat, karena dalam hal tersebut risiko *overenforcement* tidak signifikan. Tidak ada keberatan serius jika seseorang mengumpulkan informasi tentang perselingkuhan pasangannya, lalu mengancam untuk mengungkapkannya dalam proses perceraian guna memperoleh

kompensasi maksimum atas pelanggaran kewajiban perkawinan oleh pasangannya. Namun, pihak ketiga tidak diperbolehkan melakukan pemerasan terhadap pasangan tersebut; hal ini akan merusak pengalokasian hak eksklusif untuk menegakkan kontrak tersebut kepada korban pelanggaran. Konsisten dengan hal ini, pemerasan juga dilarang di bidang-bidang di mana tidak terdapat pelarangan hukum sama sekali — misalnya, di mana informasi tersebut hanya akan mempermalukan, tetapi tidak mengkriminalkan, korban pemerasan. Keputusan sosial untuk tidak mengatur suatu aktivitas merupakan penilaian bahwa penggunaan sumber daya untuk mencoba mendeteksi dan menghukumnya akan merupakan pemborosan secara sosial.

6. Pemerasan dan suap memiliki kesamaan dari sudut pandang analisis penegakan hukum privat. Pemerasan dan pejabat yang menerima suap keduanya menerima pembayaran sebagai imbalan untuk tidak menegakkan hukum. Oleh karena itu, dapat diperkirakan bahwa di bidang hukum yang dimonopoli oleh penegak publik, suap — seperti pemerasan — akan dilarang, sedangkan di bidang hukum tanpa monopoli publik, suap akan diizinkan. Dan memang demikian kenyataannya: penyelesaian perkara di luar pengadilan dalam kasus tort, kontrak, atau persaingan usaha secara privat merupakan bentuk suap yang sepenuhnya sah, meskipun istilah “suap” tidak digunakan dalam konteks tersebut (kecuali oleh para ekonom!) karena konotasinya yang negatif.

C. Pemilihan Perkara oleh Badan Penegak Hukum Publik

Proses bagaimana suatu badan penegak hukum menentukan konsentrasi sumber dayanya sangat menarik untuk ditelaah, mengingat kedudukannya yang kerap kali memonopoli penegakan hukum. Proses ini akan dianalisis dengan asumsi bahwa badan tersebut bertindak sebagai pelaku rasional yang memaksimalkan tujuan, yaitu dengan membandingkan manfaat dan biaya yang diharapkan dari berbagai alternatif penggunaan sumber daya. Asumsi ini mungkin tampak tidak selaras dengan kenyataan bahwa badan penegak hukum publik merupakan bagian dari proses politik, suatu ranah di mana maksimisasi nilai bukan merupakan kriteria utama. Namun, tidak terdapat kontradiksi di sini. Pertimbangan politik dapat memengaruhi bobot (nilai) yang diberikan oleh badan terhadap keberhasilan suatu jenis perkara tertentu: misalnya, badan

mungkin memberikan bobot lebih besar terhadap penindakan terhadap pembangkangan dalam suatu kartel dibandingkan dengan keanggotaan dalam kartel tersebut. Akan tetapi, setelah bobot tersebut ditetapkan dan tujuan dirumuskan, maka badan tersebut tetap akan berusaha (meskipun kemungkinan tidak seoptimal badan swasta — mengapa demikian?) menggunakan sumber dayanya secara seefisien mungkin untuk mencapai tujuan tersebut.

Badan-badan penegak hukum sering kali dikritik karena mengalokasikan sumber daya secara tidak proporsional terhadap perkara-perkara sepele. Namun, analisis ekonomi menunjukkan bahwa kritik ini bersifat dangkal. Pentingnya suatu perkara — yaitu nilai atau manfaat yang akan diterima badan apabila berhasil menang — hanyalah salah satu dari sekian banyak kriteria dalam alokasi sumber daya yang efisien. Berikut penjelasannya:

Manfaat yang diharapkan dari suatu perkara bagi badan adalah keuntungan yang diperoleh apabila badan menang, yang didiskontokan dengan probabilitas kemenangan tersebut. Untuk menyederhanakan analisis, asumsikan bahwa badan sedang mempertimbangkan dua perkara, A dan B, dan harus memutuskan bagaimana mengalokasikan anggaran yang terbatas di antara keduanya. Perkara A lebih penting. Jika badan menang dalam A, utilitas (manfaat) badan meningkat sebesar 100 unit; kemenangan dalam B hanya menghasilkan 50 unit; kekalahan dalam keduanya bernilai nol. Karena probabilitas kemenangan, dan dengan demikian manfaat yang diharapkan, dalam kedua perkara sebagian bergantung pada seberapa besar pengeluaran badan untuk penuntutan, maka mungkin tampak bahwa badan harus mengalokasikan seluruh atau sebagian besar anggarannya untuk A. Namun ini hanya benar apabila pengeluaran badan adalah satu-satunya faktor yang memengaruhi probabilitas kemenangan, padahal tidak demikian halnya. Pengeluaran pihak tergugat juga berperan penting, demikian pula efektivitas relatif antara pengeluaran badan dan tergugat dalam memengaruhi hasil.

Jika perkara sangat penting bagi tergugat, maka ia kemungkinan akan mengeluarkan biaya besar untuk pembelaan. Semakin besar pengeluaran tergugat, semakin kecil efektivitas pengeluaran badan — kecuali badan meningkatkan pengeluarannya untuk menandingi pembelaan tergugat (lihat Bab 21.8). Dalam kedua hal tersebut, manfaat yang diharapkan dari perkara bagi badan — setelah dikurangi dengan biaya penuntutan — akan menjadi

lebih kecil. Maka dari itu, *ceteris paribus*, badan akan lebih memilih menginvestasikan sumber daya pada perkara yang relatif tidak penting bagi tergugat. Tentu saja, apabila kepentingan pihak penggugat dan tergugat selalu setara, maka pengurangan biaya bagi badan dari mengajukan perkara yang tidak penting bagi tergugat akan diimbangi oleh penurunan manfaat yang diharapkan karena hasil perkara juga tidak penting bagi badan. Namun bisa saja suatu perkara penting bagi badan tetapi tidak penting bagi tergugat, karena meskipun nilai moneterinya kecil — yang biasanya menjadi satu-satunya kepedulian tergugat — kemenangan dalam perkara tersebut dapat menjadi preseden yang berguna, meningkatkan efektivitas pengeluaran litigasi badan pada perkara-perkara berikutnya serta mencegah pelanggaran di masa depan. Meskipun demikian, perkara seperti ini bisa saja dianggap remeh oleh pengamat luar yang mengabaikan nilai presedennya.

Misalnya, dari alokasi awal yang setara antara perkara A dan B, badan dapat meningkatkan probabilitas kemenangan dalam A dari 60% menjadi 65% dengan menambah \$1.000 untuk A dan mengurangi \$1.000 dari B, yang akan menurunkan probabilitas kemenangan dalam B dari 80% menjadi 70%. Sebaliknya, badan dapat meningkatkan peluang menang dalam B dari 80% menjadi 95% dengan alokasi tambahan \$1.000, tetapi harus mengurangi anggaran A, sehingga peluang menang dalam A menurun dari 60% menjadi 55%. Maka, utilitas yang diharapkan dari alokasi awal adalah $(100 \times 0,60) + (50 \times 0,80) = 100$. Setelah mengalihkan dana dari B ke A: $(100 \times 0,65) + (50 \times 0,70) = 100$. Namun, apabila dialihkan dari A ke B: $(100 \times 0,55) + (50 \times 0,95) = 102,5$. Maka pengalihan dana dari perkara besar ke kecil dapat menghasilkan nilai yang lebih besar.

Sampai di sini, kita mengasumsikan bahwa jumlah perkara yang diajukan oleh badan adalah tetap, padahal tidak demikian. Semakin banyak perkara yang diajukan, total manfaat yang diharapkan akan meningkat tetapi dengan laju yang menurun (*diminishing returns*). Makin sulit mencari perkara yang mudah dimenangkan. Probabilitas keberhasilan pun menurun. Semakin tinggi laju penurunan ini, semakin sedikit perkara yang akan diajukan. Penurunan ini cenderung lebih cepat pada perkara-perkara penting, karena jumlah pelanggaran kecil jauh lebih besar dibanding pelanggaran besar — sehingga lebih mudah mencari perkara ringan yang dapat dimenangkan. Ini menjadi alasan lain mengapa perkara kecil mendominasi beban kerja badan penegak hukum.

Teori menunjukkan — dan didukung beberapa data empiris — bahwa dalam ranah hukum perdata, penggugat menang dalam sekitar 50% perkara yang disidangkan. Ini karena para pihak lebih mungkin menyepakati hasil perkara yang berat sebelah dan menyelesaikannya di luar pengadilan. Namun, badan penegak hukum publik memiliki tingkat kemenangan jauh di atas 50%. Alasannya adalah bahwa badan publik, berbeda dengan penegak hukum swasta, berada dalam keterbatasan anggaran. Badan dengan anggaran ketat mungkin tidak akan mengajukan perkara-perkara sulit (ini umum dalam penegakan pidana masa kini). Oleh karena itu, meskipun sebagian besar perkara diselesaikan, perkara yang dibawa ke persidangan dipilih dari kumpulan kasus yang relatif mudah dimenangkan.

Fakta bahwa badan bertindak sebagai pelaku rasional (dengan mempertimbangkan bobot distribusi yang ditetapkan oleh legislator) menunjukkan suatu dasar ekonomi untuk penyediaan kuasa hukum publik bagi terdakwa pidana yang tidak mampu. Keberhasilan jaksa penuntut mungkin bergantung pada seberapa banyak perkara yang dapat dimenangkan (diberi bobot sesuai kepentingannya) dengan biaya serendah mungkin. Karena mungkin lebih murah memvonis terdakwa tanpa penasihat hukum daripada terdakwa yang memiliki kuasa hukum — bahkan jika terdakwa pertama tidak bersalah dan yang kedua bersalah — maka jaksa dapat terdorong untuk menuntut orang tidak bersalah yang tidak mampu menyewa kuasa hukum. Hal ini akan menyebabkan biaya penghukuman yang tidak produktif secara sosial, mengurangi efek jera dari sanksi pidana, dan mengalihkan sumber daya dari penuntutan yang lebih produktif secara sosial. Oleh karena itu, hak atas kuasa hukum dapat dibenarkan sebagai instrumen untuk memberikan insentif yang benar bagi jaksa penuntut.

Bacaan yang Disarankan

1. Gary S. Becker & George J. Stigler, *Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers*, 3 *Journal of Legal Studies* (1974).
2. William M. Landes & Richard A. Posner, *The Private Enforcement of Law*, 4 *Journal of Legal Studies* 1 (1975).
3. Richard A. Posner, *The Behavior of Administrative Agencies*, 1 *Journal of Legal Studies* 305–323 (1972).

Permasalahan

1. Bagaimana seharusnya Kongres dan *Internal Revenue Service* (IRS) menentukan tingkat investasi yang tepat dalam penegakan hukum pajak federal?

Misalkan diperkirakan bahwa, pada tahun lalu, para wajib pajak telah menghindari pembayaran pajak sebesar \$10 miliar. Haruskah pemerintah mengeluarkan dana hingga \$10 miliar untuk menagih kembali pajak tersebut?

Misalkan IRS tidak memiliki estimasi mengenai total jumlah penghindaran pajak, tetapi mengetahui bahwa untuk setiap tambahan satu dolar yang dikeluarkan untuk penegakan, akan diperoleh tambahan penerimaan pajak sebesar \$300. Apakah ini merupakan alasan yang cukup untuk meningkatkan anggaran penegakan? Bagaimana jika IRS meningkatkan pengeluarannya hingga pada titik di mana setiap tambahan satu dolar hanya menghasilkan tambahan penerimaan sebesar 75 sen? Apakah ini merupakan bukti yang konklusif bahwa IRS telah mengeluarkan dana secara berlebihan?

2. *Internal Revenue Service* memberikan imbalan kepada pelapor (*informers*) hingga sebesar 10 persen dari jumlah pajak yang belum dibayar dan berhasil ditagih. Apakah persentase ini terlalu besar atau terlalu kecil? Apakah pemberian imbalan sebesar 100 persen dapat dibenarkan? Dapatkah angka yang melebihi 100 persen dibenarkan secara ekonomis atau yuridis?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XXIII

PROSES ADMINISTRATIF

A. Alasan Pelimpahan Kewenangan

Lembaga pengatur independen (seperti *Interstate Commerce Commission* [ICC], *Federal Communications Commission* [FCC], *Federal Trade Commission* [FTC], *National Labor Relations Board* [NLRB], dan lain-lain) merupakan kombinasi yang menarik dari fungsi legislatif, litigasi, dan penegakan hukum. Alasan awal pembentukan lembaga-lembaga semacam ini adalah untuk meringankan beban Kongres dalam menjalankan fungsi legislasi. Kongres dianggap tidak dapat menangani secara efisien berbagai persoalan industri modern yang kompleks, sangat teknis, dan cepat berubah — seperti halnya industri perkeretaapian; melalui pelimpahan kewenangan kepada lembaga administratif, persoalan-persoalan tersebut dapat dikeluarkan dari arena politik.

Namun, alasan tersebut kurang meyakinkan. Fungsi regulasi sesungguhnya dapat saja dilimpahkan kepada lembaga peradilan, yang secara tradisional memang berperan dalam merumuskan dan menerapkan norma untuk mengatur aktivitas yang sering kali bersifat kompleks, dengan menggunakan kriteria efisiensi. Dapat dikemukakan bahwa metode yurisprudensi (*case method*) membatasi efektivitas peradilan dalam membuat aturan, tetapi karena lembaga administratif juga — dengan pengecualian yang sangat jarang — justru menggunakan metode yurisprudensi sebagai teknik legislatif utama mereka, maka argumen ini tidak cukup kuat untuk lebih memilih lembaga administratif dibandingkan lembaga peradilan. Bahkan, lembaga administratif terbukti lebih rentan terhadap pengaruh politik dibandingkan dengan lembaga peradilan. Yurisdiksi mereka yang lebih khusus menjadikan mereka lebih diawasi secara ketat oleh subkomite alokasi anggaran di Kongres, yang menjadi saluran masuknya pengaruh-pengaruh politik dari Kongres ke dalam lembaga tersebut. Selain itu, mereka juga lebih rentan terhadap perhatian langsung dari industri yang mereka awasi.

Kemandirian politik lembaga administratif juga lebih rendah daripada hakim, karena para anggota lembaga tersebut menjabat untuk masa jabatan terbatas, dan pergantian keanggotaan berlangsung cepat.

Mungkin tujuan nyata dari pelimpahan kewenangan ini bukanlah untuk meningkatkan kinerja teknis dari proses legislasi, melainkan justru untuk memastikan penegakan kebijakan yang lebih simpatik terhadap kepentingan-kepentingan yang tidak didasarkan pada tujuan efisiensi, yang mungkin tidak dapat diharapkan dari lembaga peradilan. Mengacu pada analisis tentang kekuasaan kehakiman yang independen dalam Bab 20, lembaga administratif dapat dipandang sebagai bentuk *judiciary* yang “dependen”, yang dirancang untuk memfasilitasi beroperasinya politik kelompok kepentingan (*interest group politics*) ketimbang mencapai efisiensi alokatif.

Pendekatan ini mengarah pada tiga proposisi terkait regulasi administratif, yang masing-masing memiliki dukungan empiris tertentu:

1. Lembaga administratif akan paling sering dibentuk ketika terdapat kemungkinan besar bahwa lembaga peradilan akan secara *de facto* membatalkan legislasi, misalnya pada era *New Deal* ketika pengadilan bersikap tidak bersahabat terhadap regulasi ekonomi federal. Kekuasaan pengadilan untuk membatalkan legislasi — terutama melalui penemuan fakta yang merugikan dalam proses penegakan — dapat dibatasi dengan menyerahkan fungsi penemuan fakta tersebut kepada lembaga administratif, yang cenderung lebih patuh kepada lembaga legislatif.
2. Meskipun demikian, lembaga legislatif akan tetap mempertahankan sebagian pengawasan yudisial terhadap keputusan lembaga administratif, guna memastikan bahwa lembaga tersebut, dalam semangatnya untuk melayani legislatif yang sedang berkuasa, tidak menyimpang terlalu jauh dari kesepakatan legislasi awal yang menjadi dasar pembentukan dan pelaksanaan program regulasi oleh lembaga tersebut.
3. Namun karena pengawasan yudisial tidak dapat diharapkan sepenuhnya efektif, maka kita dapat memperkirakan — dan fakta menunjukkan — bahwa putusan administratif jauh lebih tidak konsisten dari waktu ke waktu dibandingkan dengan putusan pengadilan. (Terkait hal ini, preseden memiliki peran yang lebih kecil dalam putusan administratif dibandingkan dalam putusan yudisial). Hal ini secara langsung mencerminkan sifat kelembagaan lembaga administratif yang relatif lebih bergantung dibandingkan lembaga peradilan.

B. Penggabungan Fungsi

Salah satu inovasi yang dipuji dalam proses administratif adalah struktur lembaga administratif yang relatif longgar. Lembaga administratif memiliki kewenangan untuk mengeluarkan peraturan, mengajukan perkara, memutus perkara, melakukan penelitian, mengusulkan legislasi, dan sebagainya. Penggabungan berbagai fungsi ini dipandang sebagai suatu kekuatan — semacam penghargaan terhadap integrasi vertikal yang ironisnya sering dikritik dalam konteks lain. Dalam praktiknya, bentuk penggabungan yang paling signifikan tampaknya adalah antara fungsi penuntutan dan fungsi adjudikasi.

Jika kita memandang proses pengambilan keputusan administratif sebagai serangkaian kegiatan — investigasi, pengajuan gugatan, persidangan, putusan, dan banding — maka jelas terlihat bahwa penggabungan antara penerbitan gugatan dan pemutusan banding oleh lembaga yang sama merupakan bentuk integrasi vertikal yang serupa dengan praktik dalam dunia usaha. Justifikasi ekonomi atas integrasi vertikal dalam konteks bisnis adalah bahwa integrasi memungkinkan penghematan biaya melalui penggantian mekanisme kontrak dengan mekanisme komando sebagai cara koordinasi produksi (lihat Bab 10.8 di atas). Argumen yang sepadan juga dapat diterapkan dalam konteks administratif.

Masalah koordinasi dalam produksi baja, misalnya, adalah untuk memastikan bahwa produsen besi menghasilkan dan mengirimkan besi dalam jumlah, kualitas, dan waktu yang sesuai dengan spesifikasi dari produsen baja. Jika kedua entitas tersebut dimiliki secara terpisah, spesifikasi tersebut harus dituangkan dalam kontrak atau dinegosiasikan secara ad hoc. Namun jika keduanya berada di bawah kepemilikan bersama, koordinasi dicapai dengan cara yang berbeda — yaitu melalui instruksi langsung dari manajer perusahaan kepada produsen besi mengenai jumlah produksi, kualitas, dan sebagainya.

Masalah serupa juga terjadi pada lembaga administratif. Mengeluarkan gugatan yang kemungkinan besar akan ditolak dalam persidangan maupun banding merupakan pemborosan waktu dan sumber daya. Ini sebanding dengan produksi besi yang tidak diperlukan. Jika fungsi penuntutan tidak berada di bawah kendali lembaga, maka lembaga harus menyampaikan “permintaan” atas jenis gugatan yang diharapkan secara tidak langsung, misalnya melalui peraturan atau pendapat hukum yang menjelaskan doktrin yang diterima dan standar pembuktian yang digunakan. Komunikasi ini

berfungsi serupa dengan spesifikasi dalam kontrak jual beli. Alternatif dari metode ini adalah dengan memberikan lembaga adjudikatif wewenang untuk mengendalikan pengajuan gugatan secara langsung. Dengan demikian, lembaga dapat menolak gugatan yang diperkirakan tidak akan dimenangkan dan dapat memerintahkan pengajuan gugatan yang dianggap memiliki merit dan signifikan.

Tidak terdapat kepastian *a priori* mengenai metode koordinasi mana yang lebih efisien dalam konteks administratif, sebagaimana juga tidak terdapat kepastian mengenai tingkat integrasi vertikal yang optimal dalam industri. Di satu sisi, dapat dikemukakan bahwa komunikasi melalui peraturan dan putusan lebih efisien dibandingkan perintah internal, karena memaksa lembaga untuk merumuskan kebijakan dan prioritasnya secara jelas — dengan demikian mendorong perencanaan ke depan alih-alih sekadar bereaksi terhadap usulan staf. Namun di sisi lain, dapat pula dikatakan bahwa formalisasi hubungan lembaga terhadap proses pengajuan gugatan akan mengurangi fleksibilitas dan kendali yang bernilai tinggi.

Koordinasi hanyalah salah satu unsur dalam analisis manfaat-biaya antara penggabungan dan pemisahan fungsi. Unsur lainnya adalah *bias*, yang dalam konteks ini berarti bahwa lembaga lebih berat menanggung biaya akibat kesalahan dalam menolak gugatan yang sah dibandingkan dengan kesalahan dalam menjatuhkan perintah sanksi terhadap pihak yang tidak bersalah. Dalam kasus yang ekstrem, lembaga dapat saja memberikan bobot nol terhadap kerugian yang diderita oleh pihak tidak bersalah yang dijatuhi hukuman. Dalam hal ini, lembaga (jika bebas bertindak) akan mengadopsi prosedur yang menjamin setiap tergugat akan dinyatakan bersalah. Prosedur semacam ini akan meminimalkan biaya sosial akibat lolosnya pelanggar dari hukuman dan juga meminimalkan biaya administratif, karena beban pembuktian terhadap penuntut menjadi ringan dan hak prosedural tergugat diabaikan.

Apakah pemisahan fungsi penuntutan dan adjudikasi akan mengurangi bias dalam lembaga seperti *National Labor Relations Board* (NLRB), di mana Jaksa Umum memiliki kendali penuh atas penuntutan dan tidak diangkat atau diberhentikan oleh dewan? Barangkali tidak. Lembaga administratif seperti NLRB atau *Federal Trade Commission* (FTC) berbeda secara fundamental dari pengadilan, karena mereka ditugaskan untuk mencapai tujuan regulatif substantif tertentu (seperti mencegah praktik perburuan yang tidak adil, penipuan konsumen, atau pertumbuhan monopoli), bukan semata-mata

menyelesaikan sengketa. Tujuan FTC tidak akan berubah meskipun kewenangan mengajukan gugatan diserahkan kepada badan independen, sebagaimana tujuan NLRB (terutama menghapus praktik perburuhan yang tidak adil) tidak berubah ketika fungsi penuntutan dialihkan kepada jaksa umum independen. Dan terkait dengan tujuan lembaga, perintah sanksi atau pemulihan memiliki bobot yang jauh berbeda dibandingkan dengan penolakan gugatan. Perintah tersebut mendukung tujuan lembaga, sedangkan penolakan tidak — setidaknya tidak dalam pandangan mereka yang mengevaluasi kinerja lembaga. Bayangkan bila dalam satu tahun FTC atau NLRB menolak semua gugatan yang diajukan kepadanya, mungkin karena kondisi ekonomi yang menjadi dasar hukum pembentukan lembaga tersebut telah berubah total. Lembaga tersebut akan membuka peluang bagi Kongres untuk membubarkannya. Prospek semacam ini tentu akan menjadi faktor penekan. Sebaliknya, pengadilan — dengan portofolio perkara yang beragam — tidak menghadapi tekanan yang sama bila menolak sebagian besar gugatan berdasarkan suatu undang-undang tertentu.

Keinginan untuk mengendalikan bias lembaga menjadi dasar diberlakukannya ketentuan dalam *Administrative Procedure Act* yang mengatur proses adjudikasi administratif dan pengawasan yudisial terhadap tindakan lembaga. Efektivitas pengawasan yudisial sangat bergantung pada persyaratan bahwa dalam perkara adjudikatif, harus disusun suatu rekam jejak persidangan di hadapan pemeriksa independen (hakim hukum administrasi), yang biasanya mengeluarkan putusan tertulis. Sistem perlindungan ini tidak menjamin bahwa semua putusan yang bias akan terdeteksi dan dikoreksi oleh pengadilan, tetapi sistem ini mengurangi keuntungan lembaga dari keberpihakan. Lembaga tidak selalu dapat menghindari deteksi, dan bila reputasi lembaga memburuk di mata pengadilan, konsekuensinya bisa sangat serius, karena aktivitas lembaga bisa terhambat oleh perlawanan dari pengadilan.

Apabila lembaga tidak hanya memutus perkara, tetapi juga menerbitkan gugatan, maka akan muncul beban tambahan dalam proses adjudikasi dan membuka peluang bias lebih jauh. Lembaga yang terlalu sering menolak gugatan yang diajukannya sendiri dapat dianggap telah menunjukkan penilaian yang buruk dan menyia-nyiakan sumber daya yang langka. Namun, apakah peningkatan bias tersebut signifikan, mengingat adanya perlindungan dalam *Administrative Procedure Act*, masih dapat dipertanyakan.² Oleh

karena itu, jika penggabungan fungsi penuntutan dan adjudikasi secara nyata mengurangi biaya koordinasi, maka terdapat dasar untuk mendukung penggabungan — meskipun tidak ada yang benar-benar mengetahui apakah penghematan tersebut benar-benar terjadi.

Adapun bahaya bias lembaga, secara kebetulan, mungkin juga menjadi alasan mengapa badan legislatif enggan memberikan kekuasaan pemulihan yang kuat kepada lembaga administratif. Sanksi administratif yang umum adalah *cease and desist order*, yang pada dasarnya adalah bentuk perintah pengadilan (*injunction*), dan ketiadaan sanksi lainnya — sebagaimana telah dibahas dalam Bab 13.2 — merupakan suatu kelemahan. Jika lembaga administratif diberi kewenangan untuk menjatuhkan sanksi berat terhadap tergugat, maka biaya sosial dari putusan yang bias tentu akan jauh lebih besar daripada yang sekarang.

C. Perilaku Lembaga Administratif

Analisis kita menunjukkan bahwa proses administratif mungkin saja efisien dalam mencapai tujuannya — terlepas dari apakah tujuan tersebut berkaitan dengan efisiensi atau dengan pengertian kepentingan umum yang bersifat luas. Tidak banyak bukti yang mendukung pandangan sebaliknya, yaitu bahwa kegagalan lembaga administratif dalam mewujudkan tujuan kepentingan umum disebabkan oleh kekeliruan perilaku yang bersifat kebetulan dan yang pada suatu saat dapat diperbaiki melalui pengangkatan individu yang lebih kompeten ke dalam lembaga tersebut.

Bab sebelumnya telah membahas salah satu bukti yang sering dikemukakan — yakni fakta bahwa lembaga-lembaga administratif sering kali menangani perkara-perkara yang tampaknya sepele. Bukti lain yang sering diajukan adalah bahwa pegawai lembaga administratif umumnya menerima gaji yang lebih rendah dibandingkan rekan-rekannya di sektor swasta dan — yang berkaitan dengan hal tersebut — bahwa mereka sering meninggalkan lembaga untuk menerima pekerjaan dengan gaji lebih tinggi di industri yang diatur oleh lembaga tersebut. Dari data ini sering ditarik kesimpulan bahwa personel lembaga administratif berkualitas rendah, bahwa mereka secara halus terkorupsi dalam menjalankan tugasnya karena mengharapkan pekerjaan di industri yang mereka awasi, dan bahwa tingkat perputaran pegawai di lembaga terlalu tinggi.

Namun, bukti yang sama juga konsisten dengan kesimpulan-kesimpulan berikut:

1. Pegawai lembaga administratif direkrut oleh industri yang diatur karena pelatihan khusus dan pengalaman yang mereka peroleh selama bekerja di lembaga meningkatkan produktivitas mereka di dalam industri tersebut dibandingkan dengan alternatif pekerjaan lain;¹ dan
2. Lembaga administratif mampu menarik tenaga kerja yang kompeten dengan menawarkan gaji yang lebih rendah dibandingkan sektor swasta justru karena pelatihan dan pengalaman kerja yang diberikan oleh lembaga meningkatkan daya hasil (*earning power*) seumur hidup dari pegawai tersebut — sehingga mereka, dalam arti tertentu, “membayar” investasi modal manusia tersebut melalui pengorbanan gaji sementara.

Menurut pandangan ini, perekrutan pegawai lembaga oleh industri yang diatur tidak menunjukkan adanya imbalan atas jasa masa lalu, dan rendahnya gaji di lembaga tidak mengindikasikan bahwa pegawai lembaga berkualitas rendah.

Di antara mekanisme yang mencegah lembaga administratif dan para pegawainya dari penggunaan sumber daya secara boros, terdapat pertama-tama *ambisi pribadi* dari anggota lembaga itu sendiri. Aspirasi mereka untuk meraih jabatan yang lebih tinggi atau pekerjaan bergaji besar di sektor swasta akan lebih mudah tercapai jika mereka memiliki reputasi sebagai individu yang efisien. Faktor kedua adalah proses pengalokasian anggaran oleh lembaga legislatif. Persaingan antar lembaga administratif untuk memperoleh alokasi anggaran dalam hal ini kira-kira sebanding — meskipun hanya secara kasar — dengan persaingan perusahaan bisnis untuk memperoleh modal. Perusahaan yang tidak efisien akan kesulitan dalam pasar modal; lembaga administratif yang tidak efisien (meskipun dengan tingkat kepastian yang lebih rendah) akan mengalami pengurangan anggaran, yang dialihkan ke lembaga pesaing yang lebih efisien.

Namun, karena keluaran (*output*) dari lembaga administratif tidak dijual di pasar, maka sulit untuk mengevaluasi hasil kerjanya, dan karena insentif anggota Kongres bersifat kompleks, maka disiplin dalam proses penganggaran pasti jauh lebih lemah dibandingkan dengan disiplin dalam pasar modal. Selain itu, tidak adanya persaingan dalam pasar produk juga menghilangkan salah satu tekanan penting untuk meminimalkan biaya. Pertimbangan politik turut mempengaruhi proses rekrutmen, yang pada gilirannya berdampak pada

tingkat kompetensi lembaga. Pemecatan pegawai pemerintah di bawah tingkat tertinggi hampir tidak mungkin dilakukan.

Karena semua alasan ini, lembaga administratif pada umumnya dikelola dengan kualitas yang lebih rendah dibandingkan dengan perusahaan bisnis pada umumnya. Namun demikian, perbedaan tersebut barangkali tidak sedrastis seperti yang sering dibayangkan.

D. Pengawasan Yudisial terhadap Tindakan Lembaga Administratif

Analisis dalam bab ini membawa sejumlah implikasi terhadap pengawasan yudisial (*judicial review*) atas keputusan lembaga administratif. Beberapa telah disebutkan sebelumnya; berikut adalah implikasi lainnya.

Doktrin Chenery, yang melarang pengadilan dalam proses peninjauan untuk menguatkan suatu tindakan administratif berdasarkan alasan yang berbeda dari yang dikemukakan oleh lembaga (biasanya alasan yang diajukan oleh kuasa hukum lembaga selama proses pengadilan), dapat dipahami sebagai pengakuan terhadap karakter politis dari proses adjudikasi administratif. Apabila lembaga dianggap semata-mata melakukan pencarian kebenaran, maka akan tepat bagi pengadilan untuk menguatkan keputusan lembaga atas dasar alasan apa pun yang menurut pengadilan masuk akal; dalam hal ini, dapat diasumsikan bahwa lembaga akan menerima alasan tersebut. Namun, apabila motivasi utama pengambilan keputusan lembaga adalah politik, maka akan sulit bagi pengadilan untuk memperkirakan apakah lembaga akan menerima dasar alasan yang disarankan.

Tentu saja, *doktrin Chenery* juga dapat dibenarkan apabila lembaga mengurus substansi yang sangat teknis sehingga pengadilan tidak dapat menilai apakah alasan alternatif tersebut benar. Kadang-kadang situasi demikian terjadi, tetapi doktrin tersebut tetap diterapkan terlepas dari seberapa teknis atau kompleksnya isu yang dihadapi.

Namun, analisis dalam bab ini justru merongrong prinsip bahwa pengadilan seharusnya memberikan deference (penghormatan atau kewenangan menilai) yang tinggi terhadap tafsir lembaga atas undang-undang yang diadministrasikannya. Undang-undang pada dasarnya menetapkan syarat-syarat kompromi politik; maka, memperbolehkan lembaga mengubah makna undang-undang melalui interpretasi adalah sama artinya dengan

memperbolehkannya membatalkan atau mengubah perjanjian politik yang mungkin telah disusun dengan sangat cermat.

Salah satu pertanyaan yang sering muncul adalah apakah pengawasan yudisial terhadap tindakan lembaga administratif harus dimulai di pengadilan tingkat pertama (pengadilan distrik), dengan hak banding ke pengadilan tingkat kedua (pengadilan banding), atau apakah pihak yang merasa dirugikan dapat langsung mengajukan permohonan ke pengadilan banding. Dalam istilah ekonomi, pertanyaan ini berkaitan dengan apakah biaya dari adanya satu lapisan tambahan dalam proses peradilan (yakni pengadilan distrik) lebih kecil daripada manfaat yang diperoleh berupa pengurangan biaya kesalahan hukum.

Pertanyaan ini mengandung pertukaran nilai (*trade-off*) yang kompleks. Jika tingkat banding dari pengadilan distrik lebih dari nol tetapi kurang dari seratus persen, seperti biasanya terjadi, maka sistem dua tingkat akan meningkatkan jumlah total perkara, tetapi mengurangi jumlah perkara di pengadilan banding.

Sebagai ilustrasi: misalkan terdapat 100 keputusan administratif. Tinjauan yudisial dimohonkan atas 50 kasus. Jika pengadilan distrik memiliki yurisdiksi awal, dan 20% dari keputusan mereka dibawa ke pengadilan banding, maka dalam sistem dua tingkat akan terdapat total 60 perkara — 50 di pengadilan distrik, dan 10 di pengadilan banding. Dalam sistem satu tingkat, hanya akan ada 50 perkara, namun semuanya ditangani oleh pengadilan banding. Jika proses di pengadilan banding lebih mahal bagi sistem peradilan, sebagaimana disinggung sebelumnya, maka sistem dua tingkat mungkin lebih efisien, bahkan jika lapisan tambahan tersebut hanya berdampak kecil terhadap pengurangan jumlah atau biaya kesalahan hukum.

Selain itu, sistem dua tingkat dapat mengurangi total jumlah proses pengawasan yudisial secara keseluruhan (mengapa?). Alasannya adalah bahwa pengadilan tingkat pertama (*distrik*) yang lebih mudah diakses dapat menyaring sebagian kasus dan menyelesaikannya tanpa perlu naik banding, sehingga menurunkan beban sistem secara keseluruhan.

Namun, perlu dicatat bahwa semakin tinggi tingkat bandingnya, maka semakin tidak efisien sistem dua tingkat, terutama karena tingkat banding yang tinggi dapat menunjukkan tingginya tingkat kesalahan di tingkat pengadilan distrik. Sebaliknya, semakin rendah tingkat banding dan semakin tidak lengkap catatan administratif yang tersedia, yang dapat memerlukan

pencarian fakta oleh pengadilan (fungsi yang secara komparatif lebih sesuai dilakukan oleh pengadilan tingkat pertama daripada pengadilan banding), maka sistem dua tingkat menjadi lebih efisien.

Bacaan yang Disarankan

1. Richard A. Posner, *The Behavior of Administrative Agencies*, 1 *Journal of Legal Studies* 305, 323–344 (1972).
2. ———, *Theories of Economic Regulation*, 5 *Bell Journal of Economics and Management Science* 335 (1974).
3. George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management Science* 3 (1971).

Masalah

Pertanyaan mengenai keterlambatan dalam proses administratif menyajikan contoh menarik atas konflik antara dua pandangan: (1) pandangan bahwa lembaga administratif dibentuk untuk melayani kepentingan umum, namun sering kali gagal melakukannya karena kebijakan atau personel yang buruk; dan (2) pandangan bahwa lembaga-lembaga tersebut justru dirancang untuk memajukan kepentingan kelompok politik yang efektif — dan memang melaksanakan fungsi tersebut, secara lebih atau kurang efisien.

Apakah keterlambatan selalu tidak efisien? Dapatkah Anda menyebutkan contoh di mana keterlambatan menguntungkan atau merugikan kelompok kepentingan tertentu yang terdampak oleh tindakan administratif?

BAGIAN VII
KONSTITUSI DAN
SISTEM FEDERAL

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XXIV

HAKIKAT DAN FUNGSI KONSTITUSI

A. Ekonomi Konstitusionalisme: Suatu Pengantar

Konstitusi Amerika Serikat berbeda dari undang-undang biasa dalam dua hal, yaitu: (1) biaya pembentukannya (termasuk proses perubahannya), dan (2) substansi pengaturannya — meskipun perbedaan yang kedua ini tidak selalu sejelas yang pertama. Prinsip bahwa ketentuan-ketentuan konstitusional ditafsirkan secara lebih fleksibel dibandingkan dengan undang-undang biasa mencerminkan kenyataan bahwa perubahan terhadap konstitusi memerlukan biaya yang jauh lebih besar dibandingkan dengan perubahan terhadap undang-undang biasa. Penafsiran yang fleksibel memberikan sifat umum (*generality*) terhadap bahasa konstitusi dan, sebagaimana dianalisis dalam Bab 20, hal tersebut memberikan ketahanan (*durability*) terhadap konstitusi.

Substansi khas dari Konstitusi terletak pada ketentuan-ketentuannya yang mengatur alokasi kewenangan pemerintahan, baik antara negara bagian dan pemerintah federal, maupun di dalam pemerintah federal itu sendiri, yaitu antara kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif. Sebagaimana akan dibahas pada bagian selanjutnya, sifat dari ketentuan-ketentuan ini menuntut adanya hambatan biaya yang tinggi untuk melakukan perubahannya. Namun, kondisi tersebut tidak selalu berlaku untuk seluruh ketentuan konstitusional yang menjamin hak-hak pribadi (misalnya, kebebasan beragama). Beberapa dari ketentuan ini tidak berbeda secara fundamental dari hak-hak yang diatur dalam undang-undang biasa, kecuali dalam hal bahwa, karena bersumber dari konstitusi, biaya untuk menghapuskan hak-hak tersebut menjadi lebih tinggi. Sementara itu, ketentuan-ketentuan lainnya memperkuat pengaturan alokasi kekuasaan dalam ketentuan-ketentuan sebelumnya, dan oleh karenanya masuk akal apabila hambatan terhadap pencabutannya disamakan.

Beberapa ketentuan konstitusi yang bersifat enigmatik — terutama yang menjamin persamaan perlindungan hukum (*equal protection of the laws*) dan proses hukum yang adil (*due process of law*) — telah ditafsirkan sedemikian rupa sehingga memberikan kewenangan kepada pengadilan untuk membatalkan peraturan perundang-undangan apabila dianggap tidak rasional, terlepas dari apakah peraturan tersebut melanggar alokasi kewenangan dalam

Konstitusi atau tidak, maupun apakah peraturan tersebut melanggar hak-hak pribadi tertentu atau tidak. Analisis mengenai politik kelompok kepentingan dalam Bab 19 mengindikasikan bahwa perluasan kewenangan yudisial ini mungkin didasarkan pada kekeliruan pemahaman terhadap hakikat sistem politik.

Praktisi hukum pada umumnya paling tertarik pada bagian-bagian Konstitusi yang menciptakan hak-hak yang dapat diuji secara yudisial (*justiciable rights*), namun sejumlah bagian yang tidak dapat diuji secara yudisial juga memiliki signifikansi yang besar dari sudut pandang ekonomi. Sebagai contoh, patut dicatat bahwa Konstitusi menetapkan sistem pemerintahan perwakilan (*representative government*), yang merupakan bentuk kompromi terhadap demokrasi langsung. Kebijakan tidak diputuskan langsung oleh rakyat, melainkan oleh wakil-wakil rakyat yang terpilih. Biaya informasi menjadikan mustahil bagi rakyat untuk membuat pilihan kebijakan yang cerdas; prinsip perwakilan memungkinkan adanya spesialisasi dalam proses perumusan kebijakan.

Namun demikian, tidak terdapat sifat inheren dalam pemerintahan yang mengharuskan para wakil tersebut dipilih langsung oleh rakyat. Dalam Konstitusi yang asli, hanya anggota Dewan Perwakilan Rakyat (*House of Representatives*) yang dipilih secara langsung oleh rakyat; dan pada saat itu, hak pilih dibatasi hanya kepada laki-laki kulit putih pemilik properti. Ketimpangan alokasi kursi dalam legislatif negara bagian menyebabkan disparitas besar dalam kekuatan suara aktual antarindividu, sampai akhirnya praktik tersebut dinyatakan inkonstitusional pada awal 1960-an. Argumen untuk mendukung hak pilih universal bersifat tiga cabang:

1. Peniadaan hak pilih terhadap kelompok tertentu akan mendorong upaya (yang bersifat mahal secara sosial dan tidak memberikan manfaat sosial) untuk melakukan redistribusi kekayaan dari kelompok tersebut kepada kelompok lain yang memiliki kekuatan elektoral;
2. Pemilihan umum menghasilkan informasi, yang bermanfaat bagi para pembuat kebijakan, mengenai preferensi dan penolakan masyarakat (meskipun dalam era survei ilmiah dewasa ini, argumen ini tidak sepenting dahulu); dan
3. Semakin besar jumlah pemilih, semakin sulit untuk membentuk koalisi yang bertujuan untuk redistribusi kekayaan (hal ini berkaitan dengan argumen pertama).

Hanya argumen kedua yang dapat menjelaskan mengapa kelompok yang telah memiliki hak pilih bersedia mengurangi kekuatan politiknya sendiri dengan memperluas hak pilih, kecuali apabila kelompok yang tidak diberi hak pilih tersebut memiliki potensi untuk menggunakan kekuatan (kekerasan) apabila tidak diberikan bagian secara damai dalam kekuasaan politik. Namun, mungkin saja perluasan hak pilih dilakukan apabila kelompok dominan dalam masyarakat percaya bahwa kelompok yang saat ini tidak memiliki hak pilih lebih menyukai kandidat mereka dibandingkan dengan kandidat dari kelompok rival.

B. Pemisahan Kekuasaan

Konstitusi bertujuan untuk mencegah terpusatnya kekuasaan pemerintahan, baik melalui pembagian kekuasaan politik antara negara bagian di satu sisi dan pemerintah federal di sisi lain, maupun melalui pemisahan kekuasaan pemerintah federal ke dalam tiga cabang yang independen — yaitu kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif — serta, dalam hal kekuasaan legislatif, juga pembagiannya di dalam cabang tersebut (yakni antara Dewan Perwakilan Rakyat, Senat, dan Presiden yang memiliki hak veto). Tujuan dari pemisahan kekuasaan, jika dinyatakan dalam istilah ekonomi, adalah untuk mencegah terjadinya monopoli atas kekuasaan koersif negara — suatu bentuk monopoli yang berpotensi menimbulkan biaya sosial jauh lebih besar daripada monopoli-monopoli yang telah dibahas dalam bab-bab sebelumnya.

Sebagaimana dijelaskan dalam Bab 10, semakin banyak pihak yang diperlukan untuk menyetujui suatu kolusi, semakin besar pula biaya kolusi bagi para pelakunya. Prinsip ini berlaku tidak hanya dalam konspirasi komersial, tetapi juga dalam konspirasi politik. Dalam sistem ketatanegaraan sebagaimana yang dibayangkan oleh Konstitusi, penerapan kekuatan koersif pemerintah mengharuskan keterlibatan dari ketiga cabang kekuasaan: cabang legislatif untuk membentuk ketentuan koersif, cabang eksekutif untuk melaksanakan penegakan hukum (apakah ini menunjukkan alasan tambahan bagi monopoli publik dalam penegakan hukum di bidang tertentu?), dan cabang yudikatif untuk menerapkan sanksi atas ketidakpatuhan. Meskipun hanya terdiri dari tiga pihak, hanya satu di antaranya — eksekutif — yang secara prinsip bersifat uniter.

Salah satu aspek penting dari pemisahan kekuasaan (setidaknya secara historis) adalah persyaratan bahwa warga negara biasa yang dipilih secara

acak (yakni juri) harus menyetujui pemberian sanksi pidana atau pemberian ganti rugi dalam perkara perdata, kecuali apabila terdakwa secara sukarela melepaskan haknya atas pengadilan oleh juri. Terakhir, pembagian kekuasaan pemerintahan nasional dengan banyak entitas semi-kedaulatan (yaitu negara bagian) sangat memperumit upaya untuk memonopoli kekuasaan politik.

Pemisahan kekuasaan mungkin akan menjadi tidak efektif (meskipun pengalaman Inggris menunjukkan sebaliknya) apabila Konstitusi memberikan wewenang kepada salah satu cabang kekuasaan — yakni Kongres — untuk menyatukan ketiganya apabila dikehendaki. Prosedur untuk menyatukan ketiga kekuasaan tersebut harus dibuat lebih mahal (lebih sulit) dibandingkan dengan prosedur pembentukan undang-undang. Inilah dasar rasionalitas ekonomi bagi praktik pengujian yudisial terhadap konstitusionalitas undang-undang federal, yang dilakukan oleh para hakim yang terlindungi oleh masa jabatan seumur hidup dari kemungkinan pembalasan oleh cabang legislatif atau eksekutif.

Fakta bahwa para perumus Konstitusi secara sengaja memisahkan cabang-cabang utama pemerintahan menimbulkan pertanyaan mengenai legitimasi proses administratif yang telah dibahas dalam bab sebelumnya. Proses administratif tersebut dibela dengan dalih bahwa ia meningkatkan efisiensi, namun peningkatan tersebut (yang diklaim) dicapai dengan menyatukan kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif dalam satu lembaga. Ini tampaknya merupakan bentuk efisiensi yang, menurut pandangan para perumus Konstitusi, secara keseluruhan justru bersifat tidak efisien karena menciptakan bahaya konsentrasi kekuasaan politik yang berlebihan. Memang benar bahwa adanya hak bagi para pihak dalam suatu proses administratif untuk meminta peninjauan yudisial atas keputusan lembaga tersebut membatasi kekuasaan administratif. (Sebaliknya, pengaturan yang telah diadopsi — terutama dalam *Administrative Procedure Act* — untuk menjamin bahwa hak atas peninjauan yudisial atas tindakan administratif benar-benar dapat dijalankan, justru mengurangi efisiensi proses administratif itu sendiri.) Namun, peninjauan yudisial tidak dapat mengontrol pelaksanaan kekuasaan legislatif oleh lembaga administratif melalui pembentukan peraturan yang didasarkan pada pelimpahan wewenang secara luas dari Kongres — suatu praktik yang dirancang untuk menghindari sistem legislatif yang secara sengaja dibuat berbiaya tinggi dan lamban.

Namun yang lebih mengkhawatirkan dari lembaga administratif “independen” — yang para anggotanya diangkat untuk masa jabatan tetap dan oleh karena itu relatif independen dari kendali eksekutif — adalah banyaknya lembaga administratif di bawah cabang eksekutif, seperti *Environmental Protection Agency* (EPA) dan *National Highway and Traffic Safety Administration* (NHTSA). Lembaga independen tersebut dapat dianggap sebagai cabang keempat pemerintahan, dan sejauh mereka benar-benar independen dari ketiga cabang lainnya, mereka justru memperkuat prinsip pemisahan kekuasaan. Akan tetapi, lembaga administratif dalam lingkungan eksekutif justru meniadakan prinsip pemisahan kekuasaan, karena memberikan wewenang kepada Presiden (melalui lembaga-lembaga tersebut) untuk menjalankan kekuasaan legislatif dan yudikatif selain kekuasaan eksekutif.

Para perumus Konstitusi tidak terlalu khawatir terhadap pengawasan terhadap kekuasaan yudikatif itu sendiri. Mereka berasumsi bahwa lembaga peradilan secara alami lemah dan bergantung pada cabang-cabang lain. Meskipun Kongres dilarang untuk menurunkan gaji hakim federal selama masa jabatannya, lembaga peradilan tetap tidak dapat beroperasi tanpa alokasi anggaran dari Kongres dan tidak dapat melaksanakan putusannya tanpa dukungan dari cabang eksekutif. Selain itu, karena pengadilan federal — apapun peran politik yang mungkin diharapkan oleh para perumus konstitusi dalam menjaga pemisahan kekuasaan — tetaplah suatu pengadilan, maka ia tidak dapat membentuk kebijakan kecuali dalam konteks perkara yang bersifat justiciable. Hal ini menyulitkan para hakim untuk menyusun agenda kebijakan secara terencana. Sebagaimana telah dijelaskan dalam Bagian VI, para hakim juga memiliki insentif untuk mematuhi preseden; hal ini membatasi kecepatan mereka dalam membentuk kebijakan baru.

Meskipun terdapat pembatasan terhadap kekuasaan yudikatif federal, bahasa konstitusi yang elastis dan sejarah sejumlah ketentuannya yang kabur memberikan ruang yang luas bagi hakim untuk menerjemahkan preferensi kebijakan mereka ke dalam hukum konstitusi. Prinsip *judicial self-restraint* (pengendalian diri yudisial) mengajarkan bahwa hakim seharusnya berhati-hati dalam menggunakan kekuasaannya untuk membatasi cabang-cabang pemerintahan lainnya — dan prinsip ini dapat dibenarkan dengan merujuk pada konsep ekonomi tentang *risk aversion* (penghindaran risiko). Karena kekuasaan yudikatif berpotensi menjadi konsentrasi kekuasaan politik yang

sangat besar — mayoritas dari sembilan hakim Mahkamah Agung dapat mengubah kebijakan publik utama hanya dengan satu putusan — maka pelaksanaan kekuasaan secara terbatas akan memberikan stabilitas terhadap kebijakan publik.

Perlu ditekankan bahwa prinsip pemisahan kekuasaan tidak semata-mata merupakan gaya sentrifugal. Sebelum Konstitusi disahkan, Kongres merupakan lembaga yang memegang kekuasaan penuh di tingkat federal; belum ada cabang eksekutif dan yudikatif yang independen. Biaya transaksi yang tinggi pada lembaga legislatif menjadikannya tidak efisien sebagai pengambil keputusan. Pembentukan cabang eksekutif dan yudikatif yang bersifat hierarkis untuk melaksanakan fungsi-fungsi pemerintahan yang penting dapat membuat pemerintahan secara keseluruhan menjadi lebih efisien, bukan sebaliknya.

C. Perlindungan Hak-Hak

Banyak hak yang dilindungi oleh Konstitusi berkaitan erat dengan tujuan anti-monopoli dari prinsip pemisahan kekuasaan yang telah dibahas sebelumnya; hak-hak tersebut membatasi kekuasaan pemerintah untuk mengintimidasi pihak oposisi. Bahkan ketentuan mengenai kompensasi yang layak dalam Amandemen Kelima dapat ditafsirkan dalam kerangka ini (bagaimana hal tersebut dapat dijelaskan?). Namun, hal ini tidak berlaku untuk seluruh hak konstitusional. Meskipun perlindungan terhadap kebebasan berbicara dalam Amandemen Pertama secara jelas berhubungan dengan upaya mempertahankan desentralisasi pemerintahan (mengapa demikian?), hal yang sama tidak dapat dikatakan mengenai kebebasan beragama (dalam hal yang bersifat murni spiritual) atau kebebasan untuk menerbitkan buku-buku yang secara eksplisit mengandung konten seksual namun tidak memiliki muatan politik. Kebebasan-kebebasan tersebut lebih merupakan tujuan akhir — bagian dari utilitas individu — daripada sekadar sarana untuk mencegah monopolisasi kekuasaan politik.

Hak-hak yang bersifat nonpolitik dalam Konstitusi (beberapa di antaranya dimasukkan hanya melalui penafsiran yudisial) lebih masuk akal apabila dipahami sebagai bentuk perlindungan legislatif yang sangat tahan lama dan diperoleh oleh kelompok kepentingan yang sangat efektif (istilah "kelompok kepentingan" di sini tidak mengandung konotasi negatif). Pandangan ini memiliki implikasi terhadap sejumlah persoalan konstitusional;

dua di antaranya akan dibahas di sini, dan satu lainnya akan menjadi topik pada bagian selanjutnya.

1. Pertama, sering kali diajukan pendapat bahwa perlindungan terhadap kebebasan berbicara dan kebebasan pers sebagaimana diatur dalam Amandemen Pertama seharusnya dibatasi hanya pada ekspresi politik, berdasarkan teori bahwa satu-satunya fungsi dari Amandemen Pertama yang relevan dengan tujuan utama Konstitusi adalah melindungi proses elektoral untuk memilih anggota Kongres dan Presiden. Namun, pandangan Mahkamah Agung yang jauh lebih luas mengenai cakupan Amandemen Pertama — yang akan dibahas lebih lanjut dalam Bab 28 — justru sejalan dengan pandangan bahwa Amandemen Pertama juga dapat dipahami sebagai bentuk legislasi protektif yang mewakili kepentingan suatu kelompok, yakni para intelektual, penerbit, jurnalis, penulis pamflet, dan pihak-pihak lain yang memperoleh penghasilan baik secara materiil maupun immateriil dari kegiatan publikasi dan advokasi.
2. Kedua, sering pula dipertanyakan apakah tidak merupakan penyimpangan terhadap prinsip konstitusional apabila suatu ketentuan konstitusional digunakan untuk membela kepentingan kelompok mayoritas daripada minoritas, seperti dalam perkara yang menggugat diskriminasi terbalik (misalnya, kebijakan yang lebih mengutamakan individu kulit hitam dibandingkan kulit putih; lihat Bab 27.6), atau diskriminasi terhadap perempuan, atau pengajuan gugatan terhadap skema malapportionment legislatif yang disahkan melalui referendum rakyat. Namun, karena kelompok besar sering kali secara politik kurang efektif dibandingkan kelompok kecil akibat tingginya biaya aksi kolektif yang harus ditanggung oleh kelompok besar (lihat Bab 19.3), maka kelompok besar dapat saja justru lebih memerlukan perlindungan konstitusional dari legislatif dibandingkan kelompok kecil.

Perspektif ekonomi ketiga mengenai hak-hak konstitusional melihatnya sebagai mekanisme untuk mencegah bentuk-bentuk redistribusi kekayaan tertentu yang sangat keras dan mahal secara sosial. Mengambil properti seseorang tanpa kompensasi, memperbudak seseorang, atau melarang seseorang untuk menjalankan agamanya adalah contoh-contoh bentuk redistribusi yang cenderung menimbulkan biaya sosial yang sangat besar. Dengan menempatkan tindakan-tindakan tersebut di luar jangkauan

kekuasaan legislatif, Konstitusi mengurangi risiko yang ditimbulkan oleh kekuasaan politik atas distribusi kekayaan (dalam arti luas). Sebagai suatu mekanisme pengurang risiko, hal ini menyerupai prinsip pengendalian diri yudisial (*judicial self-restraint*); apakah kedua pendekatan ini konsisten satu sama lain?

D. Pengujian Rasionalitas (*Rationality Review*)

Terdapat perdebatan yang telah berlangsung lama mengenai apakah Mahkamah Agung seharusnya menggunakan klausul *due process* dan *equal protection* dalam Amandemen Keempat Belas untuk membatalkan undang-undang negara bagian yang, meskipun tidak melanggar suatu hak konstitusional tertentu seperti kebebasan berbicara, dianggap tidak rasional berdasarkan suatu kriteria umum mengenai kesejahteraan sosial atau kepentingan umum. Analisis ekonomi menunjukkan bahwa penggunaan kekuasaan tersebut oleh Mahkamah Agung akan secara fundamental mengubah sifat proses politik demokratis — suatu tujuan yang secara wajar tidak dapat dikaitkan dengan maksud para perumus Konstitusi dan yang juga tidak dapat secara konsisten dicapai oleh Mahkamah.

Sebagaimana telah dibahas dalam Bab 19, tidak ada asas yang menyatakan bahwa undang-undang selalu dibentuk untuk memajukan kepentingan umum. Salah satu produk khas dari proses legislatif dalam sistem demokrasi — dan mungkin dalam sistem legislatif mana pun — adalah redistribusi kekayaan yang tidak berdasarkan asas, yang menguntungkan kelompok kepentingan yang secara politik efektif. Kepentingan umum tidak perlu benar-benar menjadi bagian dari proses pembentukan undang-undang kecuali sebagai “hiasan retorik” yang digunakan untuk meningkatkan biaya informasi bagi pihak yang menentang atau berusaha mencabut undang-undang tersebut. Hakim *Hugo Black*, mantan senator, tampaknya memiliki pemahaman yang lebih jernih daripada hakim-hakim lainnya mengenai karakter proses legislatif yang digerakkan oleh kelompok kepentingan. Sebagai konsekuensi dari pemahaman ini, ia juga menolak gagasan bahwa suatu undang-undang, meskipun tidak melanggar kepentingan-kepentingan yang secara khusus dijamin dalam Konstitusi, tetap harus dianggap “rasional” agar dapat dinyatakan sah.

Terdapat usulan bahwa Mahkamah Agung seharusnya membatalkan suatu undang-undang berdasarkan klausul *equal protection* apabila metode

yang dipilih oleh undang-undang tersebut untuk mencapai tujuan yang dinyatakan tidak memiliki hubungan yang wajar dengan tujuan tersebut. Sebagai contoh, suatu undang-undang yang mewajibkan tukang cukur (*barber*) memiliki pelatihan medis, dengan dalih untuk meningkatkan kesehatan masyarakat, akan dinyatakan tidak sah. Namun, apabila negara bagian merevisi undang-undang tersebut dan menyatakan bahwa tujuannya adalah untuk meningkatkan pendapatan para tukang cukur, maka versi yang direvisi itu akan dianggap sah.

Usulan ini dapat menurunkan biaya informasi yang diperlukan untuk menentang undang-undang yang dibuat demi kepentingan kelompok tertentu, tetapi efektivitasnya dalam mengurangi jumlah undang-undang semacam itu bergantung pada seberapa pentingnya peran biaya informasi dalam proses pengesahan undang-undang tersebut dan (yang berkaitan) pada kemampuan legislator untuk menyusun pembukaan undang-undang yang tampak masuk akal. Bahkan jika usulan tersebut terbukti efektif, tetap saja dapat diajukan keberatan bahwa usulan tersebut mengasumsikan — tanpa dasar dalam teks maupun sejarah ketentuan konstitusional yang relevan — bahwa Konstitusi dirancang untuk mengoreksi persoalan *free-rider* dalam proses legislatif, meskipun persoalan tersebut tidak menimbulkan pelanggaran terhadap hak-hak yang dilindungi atau tidak mengganggu prinsip pemisahan kekuasaan.

Usulan tersebut mengingatkan kembali pada era di mana Mahkamah secara aktif menguji rasionalitas substantif suatu undang-undang. Era tersebut akan dibahas dalam bagian pertama dari bab berikutnya. Apakah mungkin usulan ini sebenarnya berlebihan? Lihat kembali Bab 19.5.

Bacaan yang Disarankan:

Richard A. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, bab 7 dan 9 (1985).

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XXV

***DUE PROCESS* DALAM BIDANG EKONOMI**

A. Kebebasan Berkontrak sebagai Asas Konstitusional

Selama periode 50 tahun yang berakhir pada akhir tahun 1930-an, kebebasan kontrak merupakan komponen utama dari prinsip *due process* dalam Amandemen Kelima dan Keempat Belas Konstitusi sebagaimana ditafsirkan oleh Mahkamah Agung, dan menjadi dasar bagi Mahkamah untuk membatalkan — meskipun secara tidak konsisten — sejumlah undang-undang negara bagian maupun federal yang mengatur aktivitas ekonomi. Dengan demikian, teori ekonomi klasik telah dinaikkan derajatnya menjadi prinsip konstitusional, karena dalam teori klasik diyakini bahwa transaksi sukarela pada umumnya meningkatkan kesejahteraan, sementara regulasi yang menghambat transaksi tersebut cenderung menurunkannya. Mahkamah tetap menyatakan konstitusionalitas undang-undang antimonopoli serta undang-undang yang menetapkan pengawasan tarif maksimum terhadap monopoli, karena undang-undang tersebut umumnya dipandang perlu untuk mempertahankan, atau meniru hasil dari, pasar yang bebas.

Meskipun dahulu dianggap sebagai distorsi yang menyimpang terhadap prinsip konstitusional, putusan-putusan mengenai kebebasan kontrak kini telah menarik kembali sejumlah pembela yang gigih, seiring dengan tumbuhnya kembali minat terhadap prinsip-prinsip ekonomi klasik. Meskipun posisi ini sulit dipertahankan jika dikaitkan dengan filosofi *judicial self-restraint* (pengendalian diri yudisial) atau teori kelompok kepentingan (beserta realitasnya) dalam pemerintahan, hal yang sama juga dapat dikatakan terhadap penekanan konstitusional modern atas kebebasan individu. Argumen-argumen yang menyatakan bahwa perlindungan terhadap kebebasan ekonomi harus lebih kecil daripada terhadap kebebasan personal bersifat dangkal. Misalnya, meskipun dikatakan bahwa tidak terdapat dasar tekstual maupun historis untuk doktrin kebebasan kontrak dalam ketentuan konstitusional yang relevan, kritik yang sama juga dapat (dan telah) diarahkan terhadap putusan Mahkamah dalam berbagai bidang konstitusional lainnya.

Dikatakan pula bahwa permasalahan ekonomi lebih sulit untuk diputuskan oleh pengadilan dibandingkan dengan persoalan hak-hak terdakwa pidana, pembangkang politik, atau anggota kelompok minoritas ras — padahal kenyataannya, informasi mengenai persoalan ekonomi konvensional justru lebih banyak tersedia. Jika dikatakan bahwa hak ekonomi kurang penting dibandingkan dengan hak-hak lainnya — anggapan yang akan dibahas lebih lanjut pada Bab 28.4 — maka tidak serta-merta berarti bahwa Mahkamah tidak perlu memberikan perlindungan sama sekali terhadap hak ekonomi tersebut. Terdapat pula kritik bahwa Mahkamah keliru karena dalam perkara kebebasan berkontrak, Mahkamah dianggap tidak sejalan dengan opini publik yang dominan. Namun hal ini baru terjadi pada akhir era tersebut, yang juga menjadi alasan mengapa era tersebut berakhir saat itu. Bahkan, kritik tersebut justru dapat ditafsirkan sebagai pujian terhadap Mahkamah karena tetap konsisten meskipun menghadapi opini publik yang bertentangan.

Kritik lain menyatakan bahwa korban dari regulasi ekonomi adalah para pelaku usaha yang cukup kuat untuk melindungi dirinya sendiri tanpa bantuan Mahkamah, tidak seperti kelompok minoritas tak berdaya yang umumnya menjadi subjek dalam perkara konstitusional non-ekonomi. Namun seperti yang akan kita lihat, beban dari regulasi ekonomi yang digugat dalam era kebebasan berkontrak justru sering kali ditanggung oleh kelompok yang tidak terorganisir secara politik, seperti konsumen. Selain itu, tidak benar bahwa kelompok minoritas ras atau agama tidak mampu bersaing secara efektif dalam arena politik.

Sebagai suatu catatan penting — khususnya dalam konteks buku ini — diyakini secara luas bahwa putusan-putusan terkait kebebasan berkontrak mencerminkan lemahnya pemahaman Mahkamah mengenai ekonomi. Salah satu kritik awal atas dasar ini ditemukan dalam pendapat berbeda (*dissenting opinion*) dari Hakim Brandeis dalam perkara *New State Ice Co. v. Liebmann*. Perkara tersebut menyangkut konstitusionalitas undang-undang negara bagian yang mengharuskan setiap orang yang ingin memproduksi dan menjual es untuk memperoleh sertifikat kebutuhan dan kepentingan publik (*certificate of public convenience and necessity*), yang dapat ditolak apabila pelayanan yang ada telah dianggap memadai. New State, yang memiliki sertifikat tersebut, mengajukan gugatan untuk melarang Liebmann, yang tidak memilikinya, memasuki bisnis es di wilayahnya. Liebmann membela diri dengan menyatakan bahwa undang-undang tersebut inkonstitusional. Mahkamah

membatalkan undang-undang tersebut dengan alasan yang akan disetujui oleh sebagian besar ekonom:

Secara ringkas, suatu korporasi swasta di sini berupaya mencegah seorang pesaing untuk memasuki usaha produksi dan penjualan es... Tidak terdapat permasalahan regulasi oleh negara untuk melindungi publik konsumen, baik dalam hal kondisi produksi dan distribusi, jaminan kemurnian produk, maupun pencegahan pemerasan. Pengendalian yang dilakukan di sini tidak melindungi dari monopoli, tetapi justru cenderung mendukungnya. Tujuannya bukan untuk mendorong persaingan, melainkan mencegahnya; bukan untuk mengatur usaha, tetapi untuk melarang orang memasuki usaha tersebut...

Mahkamah mengibaratkan ketentuan sertifikasi tersebut seperti upaya seorang pembuat sepatu, berdasarkan otoritas negara, untuk mencegah pembuat sepatu lainnya membuat dan menjual sepatu hanya karena produsen yang sudah ada dapat memenuhi seluruh kebutuhan pasar.

Hakim Brandeis memulai argumen ekonominya dengan menyatakan bahwa bisnis es mungkin merupakan sektor yang “secara khusus cenderung bersifat monopoli”; bisnis ini dijalankan secara lokal dan pasarnya terbatas karena karakter produk yang berat dan mudah rusak. Namun kenyataan bahwa suatu perusahaan hanya memiliki pasar lokal tidak serta-merta menghalangi terjadinya persaingan. Brandeis juga mengakui bahwa sebelum undang-undang tersebut diberlakukan, bisnis es tetap kompetitif di berbagai daerah. Ia menambahkan bahwa harga es pada umumnya seragam di wilayah tersebut, tetapi karena produk yang dijual bersifat homogen, maka wajar apabila penjual yang bersaing menetapkan harga yang sama.

Brandeis juga mencatat bahwa pabrik es mudah dibangun dan bahwa peningkatan produksi tidak menyebabkan skala usaha menjadi jauh lebih besar — yang menunjukkan bahwa penyediaan secara kompetitif tidak lebih mahal dibandingkan penyediaan secara monopoli. Namun ia juga menyatakan bahwa pabrik es memiliki kapasitas tetap dan biaya operasional tetap yang tidak fleksibel, yang justru menyiratkan adanya skala biaya rata-rata yang menurun. Argumentasi ini tampak kontradiktif.

Tujuan sebenarnya dari undang-undang tersebut kemungkinan besar adalah untuk mendukung kartelisasi industri es di Oklahoma. Brandeis sendiri menyatakan bahwa asosiasi industri es aktif menentang persaingan melalui

berbagai cara, termasuk penggabungan sistem distribusi dan konsolidasi pabrik, guna melindungi harga dan pangsa pasar.

Dengan berpihak kepada perusahaan es lama seperti *New State*, Brandeis justru keliru: yang sesungguhnya dirugikan adalah konsumen miskin yang harus membayar lebih mahal, bukan perusahaan es pendatang baru.

B. Pemulihan *Economic Due Process*: Kaum Miskin sebagai Kelas yang Dilindungi secara Konstitusional

Dalam perkara *Griffin v. Illinois*, Mahkamah Agung memutuskan bahwa mewajibkan terdakwa pidana untuk membeli salinan transkrip sidang sebagai syarat untuk memperoleh pemeriksaan banding terhadap isu-isu yang bergantung pada catatan persidangan merupakan suatu bentuk diskriminasi terhadap mereka yang tidak mampu membayar. Mahkamah sebenarnya dapat mencapai putusan yang sama dengan mendasarkan pada prinsip bahwa *due process* dalam perkara pidana mensyaratkan adanya hak untuk mengajukan banding (yang kemudian ditegaskan Mahkamah beberapa tahun setelahnya), dan bahwa hak tersebut mengimplikasikan kesempatan untuk mendapatkan pemeriksaan banding secara bermakna, apabila perlu, dengan pembiayaan dari negara. Namun, apabila — sebagaimana tampak dalam opini Mahkamah dalam *Griffin* — seorang terdakwa miskin berhak memperoleh transkrip secara cuma-cuma semata-mata untuk menetralkan keuntungan yang dimiliki terdakwa kaya, maka terbukalah cakrawala baru terhadap kewajiban konstitusional. Jika negara harus menetralkan keuntungan yang timbul dari kepemilikan uang dalam konteks tersebut, mengapa tidak dalam konteks lainnya?

Memang telah diajukan argumen bahwa perkara *Griffin* merupakan yang pertama dari serangkaian putusan yang paling tepat dipahami sebagai berdasar pada teori bahwa pemerintah, berdasarkan prinsip konstitusional, wajib memenuhi “kebutuhan dasar yang adil” (*minimum just wants*) dari warga negara tanpa memperhatikan kemampuan membayar. Salah satu perkara dalam rangkaian ini adalah putusan *Harper*, yang membatalkan pungutan pajak pemilu (*poll tax*).

Argumen ini pada dasarnya menyatakan bahwa pemerintah berkewajiban menyediakan manfaat tertentu dalam bentuk barang (*benefits in kind*), dan berpijak pada teori keadilan dari *John Rawls* (dibahas dalam Bab

16). Teori tersebut menyiratkan bahwa masyarakat sepatutnya menetapkan suatu batas minimum perlindungan bagi kelompok yang paling tidak beruntung, meskipun tidak menentukan apakah bentuk perlindungan tersebut harus berupa transfer uang tunai tanpa syarat atau manfaat tertentu dalam bentuk barang — padahal metode kedua sering kali kurang efisien sebagai cara untuk membantu kaum miskin (lihat Bab 16.5 supra). Namun, pemberian jaminan prosedural minimum kepada terdakwa pidana miskin dapat merupakan bentuk bantuan sosial dalam bentuk barang yang tepat. Kesimpulan ini, yang mengarah pada penafsiran terbatas terhadap putusan *Griffin*, menyamakannya dengan perkara-perkara yang menjamin hak atas penasihat hukum bagi terdakwa miskin. Hal ini mengakui bahwa individu yang berada dalam kemiskinan — bahkan bila tidak karena kesalahannya sendiri — tetap memiliki hak milik yang berharga: yaitu kebebasan bertindak. Jika negara dapat secara sewenang-wenang mencabut kebebasan tersebut — yang dapat digambarkan sebagai proses pidana di mana hanya negara yang memiliki penasihat hukum atau ketika terdakwa tidak dapat secara efektif mengajukan banding atas vonisnya — maka nilai dari hak kebebasan tersebut menjadi terdegradasi.

Namun, putusan *Harper* tampaknya tidak berkaitan langsung. Karena rasio manfaat-biaya dari kegiatan memilih (*voting*) bagi individu sangat rendah, bahkan pajak pemilu yang ringan pun dapat menghalangi banyak orang miskin untuk menggunakan hak pilihnya. Dampaknya serupa dengan melarang kaum miskin untuk memilih, yang bertentangan dengan prinsip *universal suffrage* (hak pilih universal) yang — sebagaimana dibahas dalam bab sebelumnya — mungkin memiliki pembenaran secara ekonomi.

Implikasi paling jauh dari putusan *Griffin* hingga saat ini adalah pembatalan oleh beberapa Mahkamah Agung negara bagian — dimulai dengan *Supreme Court* negara bagian California dalam perkara *Serrano v. Priest* — terhadap praktik pembiayaan pendidikan publik melalui pajak properti lokal. Di bawah sistem ini, jumlah dana yang dibelanjakan per siswa untuk pendidikan publik di setiap distrik sekolah sebagian ditentukan oleh nilai properti di distrik tersebut. Secara sepintas, tampaknya karena distrik yang lebih kaya cenderung memiliki nilai properti yang lebih tinggi, maka anak-anak dari keluarga kaya menerima pendidikan yang lebih mahal dibandingkan dengan anak-anak dari keluarga miskin — hal ini bisa dianggap tidak efisien sekaligus tidak adil. Tujuan dari pendidikan publik adalah untuk

berinvestasi dalam modal manusia, dan investasi yang optimal ditentukan oleh potensi intelektual anak, bukan kekayaan orang tuanya (lihat Bab 5.4 supra). Selain itu, berinvestasi lebih besar dalam kapasitas penghasilan anak-anak dari keluarga kaya justru memperbesar kesenjangan pendapatan.

Namun, korelasi antara basis pajak properti dan pendapatan keluarga pengguna sekolah negeri tidak harus bersifat positif. Di *New York City*, misalnya, terdapat banyak individu kaya dan properti bernilai tinggi. Tetapi karena individu kaya tersebut tidak menyekolahkan anak-anak mereka ke sekolah negeri dan karena sebagian besar pajak properti dipungut dari properti komersial alih-alih residensial, maka dampak dari pembiayaan sekolah negeri melalui pajak properti justru dapat berupa redistribusi pendapatan kepada kelompok miskin. Jika pengeluaran per siswa diseragamkan di tingkat negara bagian, maka *New York City* akan diklasifikasikan sebagai distrik kaya dan anggaran per siswanya akan dikurangi, padahal banyak siswa di kota tersebut berasal dari keluarga miskin. Penerima manfaat utama dari kebijakan penyeragaman justru akan menjadi penduduk pedesaan.

Penyeragaman tersebut juga berpotensi melemahkan sistem pendidikan publik, karena mengurangi insentif komunitas kaya untuk mengenakan pajak tinggi terhadap diri mereka sendiri guna membiayai pendidikan publik yang bermutu tinggi. Bahkan, sebagian masyarakat miskin juga dapat dirugikan. Hampir tidak ada komunitas yang benar-benar homogen. Selalu ada warga miskin dalam komunitas tersebut yang menikmati pendidikan bermutu tinggi yang dibiayai oleh tetangga mereka yang kaya (terutama jika keluarga miskin memiliki jumlah anak lebih banyak). Efek ini akan semakin mencolok apabila kebijakan pemerintah saat ini untuk mendispersikan perumahan publik ke daerah pinggiran kota berhasil diterapkan. Salah satu alasan mengapa wilayah pinggiran kota menolak kebijakan ini adalah karena mereka akan dipaksa untuk menyediakan pendidikan publik yang mahal — sebagaimana yang mereka tuntutan untuk anak-anak mereka sendiri — kepada anak-anak dari keluarga yang tidak mampu membayar secara proporsional.

C. Hak Due Process Konsumen dan Pegawai Negeri

Kebangkitan kembali minat yudisial terhadap hak-hak ekonomi juga tercermin dalam dua garis besar putusan yang, sekilas, tampak konvensional dalam penekanannya terhadap jaminan-jaminan prosedural murni (lihat Bab 21.1 supra). Dalam perkara *Fuentes v. Shevin*, Mahkamah Agung

membatalkan undang-undang negara bagian yang mengizinkan, setelah penyerahan jaminan (*security bond*), penyitaan kembali (*replevy*) atas suatu barang — yakni pengambilan kembali kepemilikan barang tanpa pemberitahuan atau sidang terlebih dahulu — atas dasar klaim bahwa barang tersebut adalah milik pihak yang mengajukan permohonan penyitaan. Para penggugat adalah penjual dalam kontrak jual beli angsuran, sementara para tergugat adalah pembeli yang diduga telah wanprestasi. Mahkamah berpendapat bahwa karena para pembeli memiliki hak atas penguasaan barang yang dijual berdasarkan kontrak, maka barang tersebut adalah milik mereka dalam arti ketentuan *due process* dalam Amandemen Keempat Belas Konstitusi, dan mereka tidak dapat dirampas darinya oleh tindakan negara tanpa pemberitahuan dan kesempatan untuk didengar terlebih dahulu.

Premis dasar dari putusan Mahkamah — bahwa “hak seseorang untuk menikmati apa yang menjadi miliknya, tanpa campur tangan pemerintah” merupakan hak yang patut mendapatkan perlindungan yudisial — sejalan dengan analisis ekonomi. Namun kesimpulan Mahkamah tidak demikian. Mahkamah tidak membantah bahwa penyitaan kembali merupakan upaya hukum yang sah untuk menghadapi wanprestasi dalam kontrak jual beli angsuran (lihat Bab 4.13 supra). Permasalahan yang sesungguhnya adalah bagaimana cara terbaik untuk mencegah agar upaya hukum tersebut tidak digunakan sebagai bentuk pelecehan (*harassment*) apabila tidak terjadi wanprestasi. Dari sudut pandang ekonomi, cara terbaik adalah dengan menciptakan disinsentif terhadap penyitaan kembali yang tidak berdasar. Undang-undang yang disengketakan sebenarnya telah melakukannya dengan mewajibkan penjual untuk menyerahkan jaminan.

Meskipun prosedur penyitaan kembali, sebagaimana prosedur untuk memperoleh perintah penahanan sementara (*preliminary injunction*), bersifat ringkas pada tahap awal, keputusan final tidak dapat diambil tanpa sidang. Apabila dalam sidang ternyata terbukti bahwa penyitaan dilakukan secara tidak sah, maka penjual harus mengembalikan barang tersebut dan memberikan ganti rugi kepada pembeli jika ada. Penjual juga menanggung biaya jaminan. Oleh karena itu, penjual tidak memperoleh keuntungan apa pun dan justru menanggung kerugian apabila menggunakan upaya hukum tersebut secara tidak berdasar. Karena ketentuan penyerahan jaminan oleh penjual seharusnya dapat mencegah penggunaan upaya hukum yang sembarangan

serta melindungi pembeli dari kesalahan, maka pembeli tidak banyak memperoleh manfaat tambahan dari hak atas sidang terlebih dahulu.

Mahkamah mencatat bahwa penjual memang memiliki insentif ekonomi untuk tidak menggunakan upaya hukum tersebut secara tidak berdasar, namun menyatakan bahwa insentif tersebut tidak dapat menggantikan penilaian dari pejabat netral. Preferensi Mahkamah terhadap otoritas formal alih-alih kepentingan pribadi sebagai pengatur perilaku manusia merupakan hal yang ganjil bagi seorang ekonom. Begitu pula dengan ketegasan Mahkamah dalam membedakan antara benda yang disita dan nilai ekonominya yang setara. Dengan mewajibkan penjual untuk menyerahkan jaminan dan membuktikan dasar hukum penyitaan dalam sidang berikutnya, undang-undang tersebut telah melindungi nilai ekonomi dari kepentingan pembeli, meskipun tidak melindungi kepemilikan berkelanjutan atas barang tertentu. Dalam hal produk konsumsi umum seperti yang menjadi objek perkara ini, barang tersebut dan nilai pasarnya adalah dapat dipertukarkan. Akibat dari putusan *Fuentes* adalah meningkatnya biaya kontrak jual beli angsuran — yang merupakan keuntungan yang meragukan bagi konsumen.

Garis besar putusan selanjutnya — yang juga berangkat dari premis tak terbantahkan bahwa Konstitusi melarang negara untuk merampas milik seseorang tanpa *due process of law* — menyatakan bahwa guru dan pegawai negeri lainnya yang memiliki kontrak kerja dengan ketentuan *tenure* — yaitu kontrak yang melarang pemecatan sewenang-wenang — memiliki hak milik atas pekerjaan mereka. Dengan demikian, apabila mereka diberhentikan tanpa melalui sidang, maka hak konstitusional mereka telah dilanggar. Penggunaan istilah “hak milik” (*property right*) dalam perkara-perkara ini tidak lazim. *Tenure* adalah hak kontraktual, bukan hak milik. Lawan dari *tenure* bukanlah kontrak kerja, tetapi hubungan kerja berdasarkan prinsip *employment at will* — yaitu pekerjaan tanpa perlindungan hukum yang dapat ditegakkan secara kontraktual terhadap pemutusan hubungan kerja (lihat Bab 11.4 supra).

Bagaimanapun, adalah hal yang ganjil bahwa pengadilan memandang para pegawai negeri tersebut membutuhkan perlindungan konstitusional federal. Jika seorang pegawai negeri yang memiliki *tenure* diberhentikan, ia dapat menggugat negara berdasarkan hukum kontrak negara bagian. Dan apabila negara tidak memberikan upaya hukum yang layak bagi pegawai yang diberhentikan atas pelanggaran klausul *tenure* dalam kontrak kerja mereka, maka gaji pegawai negeri akan lebih tinggi daripada seandainya upaya hukum

tersebut tersedia. Apabila biaya pemberian upaya hukum lebih rendah dibandingkan premi gaji yang harus dibayarkan sebagai kompensasi atas ketiadaan upaya hukum tersebut, negara akan memiliki insentif untuk menciptakan upaya hukum tersebut. Sebaliknya, apabila biaya upaya hukum lebih tinggi, maka pegawai yang bersangkutan secara *ex ante* lebih memilih untuk tidak memilikinya.

Karena hak yang ditegakkan dalam gugatan berdasarkan Amandemen Kelima atau Keempat Belas untuk menegakkan klausul *tenure* merupakan produk dari kontrak itu sendiri, dan karena upaya hukum atas pelanggaran dapat dipandang sebagai ketentuan tersirat dalam kontrak, maka tidak jelas hak milik apa yang telah dirampas dari pegawai tersebut apabila ia menerima upaya hukum yang secara kontraktual menjadi haknya — meskipun upaya tersebut tidak mencakup sidang yang memenuhi standar *due process* federal.

Bacaan yang Disarankan

1. Robert E. Scott, *Constitutional Regulation of Provisional Creditor Remedies: The Cost of Procedural Due Process*, 61 Virginia Law Review 807 (1975).
2. Bernard H. Siegan, *Economic Liberties and the Constitution* (1980).
3. Ralph K. Winter, Jr., *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, Supreme Court Review 1972, hal. 41.

Permasalahan

1. Apakah Mahkamah Agung menggunakan asumsi-asumsi ekonomi yang sama dalam memutus perkara-perkara antitrust seperti yang digunakan dalam perkara-perkara hak ekonomi modern, misalnya *Fuentes v. Shevin*?
2. Andaikan telah terbukti secara meyakinkan bahwa undang-undang upah minimum federal, pada tingkat yang berlaku saat ini, secara signifikan mengurangi kesempatan kerja bagi masyarakat miskin (lihat Bab 11.6 supra). Haruskah undang-undang tersebut oleh karena itu dibatalkan sebagai bentuk pelanggaran terhadap asas *equal protection*?

3. Apabila sistem pajak pendapatan negatif (*negative income tax*) diadopsi, haruskah — atau akankah — Mahkamah Agung meninjau kembali pertanyaan mengenai hak konstitusional atas transkrip dalam perkara pidana, atau pertanyaan lain yang menyangkut hak konstitusional kaum miskin?

BAB XXVI

EKONOMI DALAM

KONTEKS FEDERALISME

A. Alokasi Tanggung Jawab antara Pemerintah Federal dan Pemerintah Negara Bagian

Pemerintah Amerika Serikat dibentuk di atas struktur pemerintahan dari 50 negara bagian, dan pertanyaan yang senantiasa muncul adalah apakah suatu tanggung jawab pemerintahan tertentu sebaiknya dilaksanakan pada tingkat federal atau tingkat negara bagian. Jika dilihat dari sudut pandang ekonomi, pilihan ini mencerminkan suatu pertukaran (*tradeoff*) antara tiga faktor utama:

1. Kekuasaan monopoli pemerintah. Pemerintah federal memiliki kekuasaan monopoli yang lebih besar dibandingkan dengan masing-masing pemerintah negara bagian. Relatif mudah bagi kebanyakan orang untuk berpindah dari satu negara bagian ke negara bagian lain, namun sangat sulit untuk berpindah ke negara lain. Jika suatu pemerintah negara bagian mencoba untuk menggunakan kewenangan perpajakan atau regulasi untuk mengalihkan kekayaan dari satu kelompok warga kepada kelompok lain, para pihak yang dirugikan kemungkinan besar akan memilih pindah ke negara bagian lain. Namun, bentuk redistribusi semacam itu haruslah sangat ekstrem untuk mendorong banyak orang mencoba peruntungan di luar negeri — terutama mengingat bahwa Amerika Serikat adalah negara besar terkaya di dunia.
2. Meskipun monopoli yang berhasil dicapai cenderung lebih merugikan apabila terjadi di tingkat federal daripada di tingkat negara bagian, namun monopoli lebih sulit untuk diwujudkan di tingkat federal. Semakin besar dan heterogen suatu komunitas politik (*polity*), maka semakin tinggi pula biaya transaksi untuk mengorganisasikan suatu koalisi yang dominan. Oleh karena itu, ekspektasi terhadap kerugian akibat monopoli mungkin tidak lebih besar di tingkat federal setelah mempertimbangkan probabilitas monopoli yang lebih tinggi di tingkat negara bagian. Akan tetapi, apabila biaya yang diharapkan (*expected costs*) sama, tetapi sebagian besar orang memiliki preferensi untuk menghindari risiko (*risk-averse*), maka disutilitas monopoli yang

diharapkan bisa jadi lebih besar di tingkat federal. Hal ini mungkin menjadi alasan mengapa prinsip *separation of powers* (pemisahan kekuasaan) yang dimaksudkan untuk menyulitkan terjadinya monopoli politik, lebih kompleks dan ketat di tingkat federal dibandingkan dengan di tingkat negara bagian mana pun.

3. Diskonomi skala dan keberagaman pendekatan. Jika seluruh fungsi pemerintahan di Amerika Serikat diambil alih oleh pemerintah federal, maka birokrasi pemerintahan akan menjadi sangat besar dan tidak efisien, dan ruang untuk bereksperimen dengan pendekatan-pendekatan kebijakan publik yang berbeda-beda akan sangat terbatas. Secara prinsipil, setiap organisasi dapat menghindari masalah *giantism* (raksasisasi organisasi) dan sifat monolitik dengan menerapkan struktur organisasi yang terdesentralisasi, sebagaimana banyak perusahaan yang membentuk cabang-cabang mereka sebagai pusat laba tersendiri (lihat Bab 9.3 supra). Akan tetapi, dalam praktik hal ini tidak mudah dilakukan (mengapa demikian?); dan mengingat bahwa pemerintah negara bagian sudah ada, maka tampaknya lebih masuk akal untuk memberikan kepada mereka fungsi-fungsi di mana keberagaman atau skala kecil lebih diinginkan, daripada mencoba mendesentralisasikan pemerintah federal.
4. Eksternalitas. Apabila manfaat atau biaya dari suatu kegiatan yang dilakukan dalam suatu negara bagian dirasakan oleh pihak luar (eksternalitas tersebut bisa jadi berasal dari pemerintah negara bagian itu sendiri, sebagaimana akan kita lihat kemudian), maka insentif dari pemerintah negara bagian tersebut akan menjadi bias atau terdistorsi. Mungkin terlintas bahwa *Teorema Coase* akan relevan, terutama jika hanya melibatkan dua atau tiga negara bagian: Misalnya, jika polusi dari Negara Bagian A mencemari udara di Negara Bagian B, mengapa A dan B tidak bernegosiasi untuk mencari solusi yang meminimalkan biaya? Namun terdapat sejumlah kendala:
 - 1) Adanya situasi monopoli bilateral;
 - 2) Sulitnya mengeksekusi suatu putusan hukum terhadap negara bagian yang tidak kooperatif;
 - 3) Kurangnya insentif yang kuat di setiap tingkat pemerintahan untuk meminimalkan biaya;

- 4) Sulitnya menentukan cara untuk mendistribusikan pembayaran kepada suatu negara bagian secara adil kepada warga negaranya.

Dengan demikian, di atas telah diuraikan beberapa elemen dalam kerangka teori ekonomi mengenai federalisme. Bagian-bagian selanjutnya dalam bab ini akan membahas penerapan teori tersebut secara lebih spesifik, dimulai dengan pembagian yurisdiksi antara pengadilan negara bagian dan pengadilan federal.

B. Pengadilan Federal

Alokasi kewenangan yudisial antara pengadilan negara bagian dan pengadilan federal dapat dijelaskan berdasarkan analisis sebelumnya. Misalnya, meskipun yurisdiksi keragaman (*diversity jurisdiction*) pengadilan federal — yang memungkinkan gugatan antara warga negara bagian yang berbeda disidangkan di pengadilan federal meskipun dasar gugatannya bersumber dari hukum negara bagian — secara tradisional dibenarkan dengan merujuk pada dugaan keberpihakan terhadap pihak luar (*xenophobia*), terdapat pula penjelasan ekonomi yang tidak berkaitan dengan sentimen anti-pendatang tersebut.

Bayangkan seorang warga Negara Bagian A mengalami kecelakaan dengan warga Negara Bagian B di wilayah B, dan warga B mengajukan gugatan terhadap warga A di pengadilan negara bagian di B. Jika penggugat menang, manfaat akan dinikmati oleh negara bagian B; jika tergugat menang, manfaatnya justru akan dinikmati oleh A. Maka, terdapat potensi insentif bagi pengadilan di B untuk condong mendukung pihak penggugat.

Kecenderungan keberpihakan ini akan lebih kecil apabila para pihak memiliki hubungan hukum sebelumnya. Misalnya, sengketa tersebut timbul dari kontrak antara warga A dan warga B. Jika pengadilan di B diketahui cenderung berpihak kepada warganya sendiri, maka kemungkinan besar kontrak akan memuat klausul yang mengharuskan penyelesaian sengketa dilakukan di luar pengadilan B, atau warga B akan diwajibkan memberi kompensasi kepada warga A melalui harga atau ketentuan kontraktual lainnya atas risiko tambahan dari kemungkinan berperkara di wilayah B. Dengan demikian, dalam jangka panjang, pengadilan negara bagian B tidak akan memperoleh keuntungan dengan berpihak kepada pihak lokal.

Undang-Undang Gugatan terhadap Pemerintah Federal (*Federal Tort Claims Act*) memperbolehkan individu yang mengalami kerugian akibat perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pegawai federal untuk mengajukan gugatan terhadap Pemerintah Amerika Serikat — namun hanya di pengadilan federal. Alasan ekonomi untuk membatasi yurisdiksi gugatan ini ke pengadilan federal mirip dengan justifikasi atas *diversity jurisdiction*. Misalnya, apabila sebuah kendaraan dinas Pos AS menabrak warga Negara Bagian A, dan korban dapat menggugat Dinas Pos di pengadilan negara bagian A, maka terdapat kemungkinan pengadilan tersebut akan condong mengabulkan gugatan, dengan mengetahui bahwa jika penggugat kalah, kerugian akan tersebar ke seluruh negara, sedangkan jika menang, manfaatnya terpusat pada warga lokal.

Sebagian besar hukum pidana *federal* (yang secara eksklusif ditegakkan di pengadilan *federal*) dapat dijelaskan sebagai respons terhadap eksternalitas lintas-negara bagian. Misalnya, apabila suatu sindikat kejahatan beroperasi di banyak negara bagian, masing-masing negara bagian akan memiliki insentif tertentu untuk menegakkan hukum terhadap sindikat tersebut, namun insentif itu akan lebih kecil dibandingkan jika seluruh dampak kejahatan dirasakan sepenuhnya oleh negara bagian tersebut. Meskipun mungkin secara totalitas sumber daya penegakan hukum yang dikerahkan oleh masing-masing negara bagian sama besarnya dengan jika suatu entitas tunggal melaksanakan tugas tersebut, namun penggunaan sumber daya tersebut tidak akan seefisien apabila dilakukan secara terpusat, karena koordinasi antarnegara bagian akan menimbulkan biaya yang tidak sedikit.

Jenis eksternalitas lain yang membenarkan peran federal dalam penegakan hukum pidana adalah ketika seseorang melakukan penipuan terhadap sebuah bank yang simpanannya diasuransikan oleh *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC). Sebagian kerugian mungkin ditanggung oleh pemegang saham atau pihak lain di dalam negara bagian tersebut, namun sebagian besar kerugian akan ditanggung oleh pemerintah federal. (Apakah hal ini bergantung pada cara penetapan tarif premi asuransi simpanan?)

Sebagian yurisdiksi pidana federal juga dapat dijelaskan dengan argumen yang telah disampaikan dalam bagian sebelumnya dalam bab ini: bahwa monopoli kekuasaan politik lebih mudah terbentuk di tingkat negara bagian dibanding di tingkat federal. Oleh karena itu, penuntutan pidana oleh pemerintah federal terhadap pejabat pemerintah daerah yang korup

memanfaatkan *relatifnya ketidakrentanan pejabat federal terhadap korupsi* — yang timbul dari lebih besarnya biaya untuk menyuap atau memengaruhi lembaga federal (apa sajakah biaya-biaya tersebut?) — guna mengurangi tingkat korupsi di tingkat lokal.

Hukum perdata federal juga banyak mencerminkan perhatian terhadap eksternalitas antarnegara bagian. Contohnya adalah hukum ketenagakerjaan, yang kini secara keseluruhan telah diatur dalam rezim hukum federal. Kebijakan nasional (yang masih berlaku) mendukung pembentukan serikat pekerja, yang diketahui berusaha menaikkan upah di atas tingkat upah yang kompetitif. Kebijakan semacam itu akan sangat sulit dilaksanakan apabila diserahkan kepada negara bagian, karena akan mendorong para pengusaha untuk pindah ke negara bagian yang tidak menerapkan kebijakan promosi serikat pekerja.

C. Pajak Negara Bagian: Pajak Cukai

Setiap negara bagian memiliki insentif ekonomi untuk memberlakukan pajak yang bebannya sedapat mungkin ditanggung oleh penduduk negara bagian lain. Insentif semacam ini bersifat tidak diinginkan. Hal ini tidak hanya mengalihkan perhatian negara bagian dari pencarian metode pemajakan yang memaksimalkan efisiensi dan kriteria distribusi untuk negara secara keseluruhan, tetapi juga mendorong terjadinya pengeluaran pemerintah yang secara sosial berlebihan, dengan cara memungkinkan negara bagian tersebut mengeksternalisasi biaya dari pelayanan publiknya. Negara bagian juga dapat menggunakan pajak bukan untuk tujuan penggalangan penerimaan negara, melainkan untuk melindungi produsen atau penjual lokal dari persaingan dengan pihak nonresiden. Pajak semacam itu akan merugikan konsumen lokal serta penjual nonresiden atas barang-barang luar negara bagian yang dikenakan pajak—dan pada kenyataannya, kerugian yang diderita oleh konsumen lokal umumnya melebihi keuntungan yang diperoleh oleh penjual lokal. Namun, karena kepentingan khusus sering kali berhasil mendorong legislasi yang mengurangi efisiensi, maka tidak mengherankan jika, baik di tingkat negara bagian maupun nasional, pajak-pajak yang mendiskriminasi importir kadang kala tetap diberlakukan. Pajak semacam ini mendistorsi distribusi geografis yang optimal dari kegiatan usaha. Produksi yang seharusnya dapat dilakukan dengan lebih efisien di Negara Bagian A akan berpindah ke Negara Bagian B apabila pajak impor B atas produk dari A

melebihi keuntungan biaya dari produsen di A. Oleh karena itu, terdapat dua hal berbeda yang patut diwaspadai: pajak negara bagian yang mengekspor biaya pemerintahan, dan pajak negara bagian yang melindungi produsen lokal dari persaingan produsen luar negara bagian.

Namun demikian, terdapat dua kualifikasi yang perlu dicatat. Pertama, pajak yang mendiskriminasi demi kepentingan perusahaan luar negara bagian akan menimbulkan distorsi atas keuntungan geografis komparatif yang serupa dengan pajak yang mendiskriminasi terhadap mereka. Kedua, tidak ada diskriminasi, baik terhadap konsumen maupun produsen nonresiden, apabila perbedaan dalam beban pajak mencerminkan perbedaan dalam manfaat atau pelayanan yang diberikan oleh negara bagian kepada kelompok pembayar pajak yang berbeda tersebut.

Mahkamah Agung memiliki kewenangan formal yang memadai berdasarkan Klausul Perdagangan dan Klausul Hak dan Kekebalan dalam Konstitusi asli, serta Klausul Proses Hukum dan Perlindungan yang Setara dalam Amandemen Keempat Belas, untuk mencegah negara bagian memberlakukan pajak yang memiliki satu atau kedua ciri yang tidak ekonomis seperti yang telah diidentifikasi (yaitu, membebani konsumen nonresiden atau mengecualikan produsen nonresiden). Mahkamah telah menggunakan kewenangan ini untuk melarang pajak yang secara jelas bersifat ekstrateritorial, serta tarif atas barang yang diimpor dari negara bagian lain, tetapi sering kali gagal mencegah negara bagian menerapkan kembali pajak dan tarif tersebut dengan nama yang menyamarkan dampak ekonominya yang sebenarnya.

Jika Montana memberlakukan pajak atas penjualan batu bara di Illinois, maka ketidakabsahan pajak tersebut akan tampak jelas; namun, pajak atas pengambilan batu bara dari tambang di Montana (pajak pemisahan/*severance tax*) secara hukum dianggap sah. Perlakuan dikotomis ini tidak memiliki dasar yang rasional secara ekonomi. Jika permintaan terhadap batu bara Montana bersifat relatif tidak elastis, dan apabila konsumen akhir dari batu bara ini sebagian besar adalah pihak nonresiden, maka pajak tersebut—dengan asumsi proporsional terhadap output—akan dibayar sebagian besar oleh pihak nonresiden dalam bentuk harga batu bara yang lebih tinggi, sebagaimana ditunjukkan dalam Gambar 26.1.

Dapat diajukan argumen bahwa pajak pemisahan tersebut pada hakikatnya adalah bentuk royalti, yang secara sah menjadi hak negara bagian

sebagai pemilik awal sumber daya alam yang berada dalam batas wilayahnya. Memang benar, sebagaimana akan dibahas dalam konteks pemindahan air antar-wilayah sungai, bahwa efisiensi dapat ditingkatkan dengan memberikan hak kepemilikan awal atas sumber daya alam kepada negara bagian, selama individu atau perusahaan swasta belum memperoleh hak kepemilikan atasnya; penetapan hak awal ini merupakan langkah awal dalam pembentukan pasar atas sumber daya tersebut. Namun apabila negara bagian mempertahankan seluruh hak kepemilikan atas suatu sumber daya atau menjualnya seluruhnya kepada satu pihak, maka hasil akhirnya—jika tidak tersedia substitusi yang memadai, sebagaimana diasumsikan dalam contoh batu bara—adalah timbulnya monopoli. Monopoli bukanlah konsekuensi yang inheren dari kepemilikan negara atas sumber daya alamnya, karena negara dapat mendistribusikan hak-hak tersebut secara cukup luas untuk menjamin terciptanya persaingan. Namun, pajak pemisahan yang dikenakan atas sumber daya yang tidak memiliki substitusi memadai dari negara bagian lain bersifat monopolistik. Pajak tersebut mendorong harga melampaui tingkat harga dalam pasar yang bersaing dan menurunkan *output*, serta menghasilkan pendapatan yang berlebihan (walaupun diterima oleh negara, bukan oleh pemegang hak).

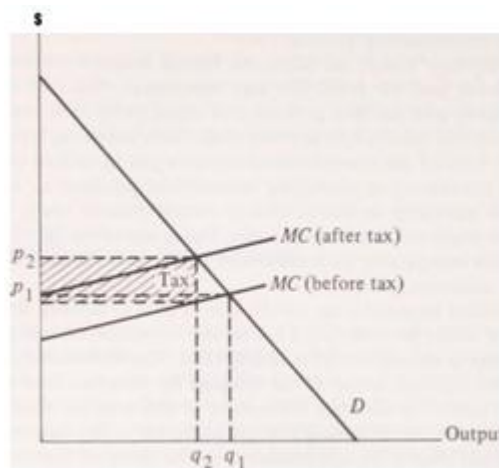


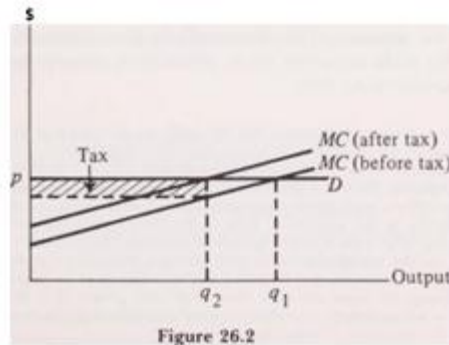
Figure 26.1

Tidak semua pajak cukai bersifat “memonopoli” dalam pengertian menciptakan efek alokasi yang merugikan sebagaimana lazim terjadi dalam monopoli. Jika terdapat substitusi yang baik untuk batu bara Montana, sehingga kurva permintaan dalam Gambar 26.1 bersifat *horizontal*, maka pajak cukai hanya akan mengurangi output batu bara tersebut dan nilai lahan

tambang batu bara di Montana, yang pada gilirannya akan memicu peningkatan *output* dan nilai lahan di tempat lain. Pajak ini akan menjadi pajak atas sewa ekonomi (lihat Gambar 26.2). Pajak semacam ini dapat dianggap sebagai bentuk pemajakan yang bertanggung jawab (dan efisien), asalkan pemilik lahan batu bara di Montana adalah penduduk Montana, sebab dalam hal ini para penduduklah yang menjadi wajib pajak riil, bukan sekadar nominal.

Sebuah kasus antara adalah ketika permintaan atas sumber daya yang dikenakan pajak bersifat inelastis karena tidak terdapat substitusi yang memadai di tempat lain, namun terdapat pasar yang cukup besar di dalam negara bagian itu sendiri, sehingga beban utama dari pajak tersebut ditanggung oleh penduduk lokal. Keberatan atas pajak tersebut masih dapat diajukan atas dasar bahwa efeknya bersifat monopolistik, namun keberatan tersebut tidak memiliki bobot yang kuat. Hampir semua pajak memiliki dampak alokasi (lihat, misalnya, Bab 17.3 *supra*). Pendapatan dari pemerintahan modern tidak dapat sepenuhnya diperoleh dari pajak atas sewa ekonomi saja. Sepanjang insidensi pajak bersifat lokal, maka tidak ada keberatan khusus; sebab dalam hal demikian, pengawasan politik terhadap tingkat pajak tetap berlaku.

Jika suatu negara bagian memberlakukan pajak untuk mengeksploitasi monopoli lokasi—misalnya Louisiana mengenakan tarif tinggi atas semua kapal yang melewati bagian Sungai Mississippi yang berada sepenuhnya dalam wilayahnya—maka elemen ekstrateritorialitas (eksternalitas antarnegara bagian) akan tampak dengan jelas, dan pajak tersebut kemungkinan besar akan dibatalkan. Namun, dalam contoh pajak pemisahan batu bara Montana, karakter ekonominya sebenarnya serupa. Satu-satunya perbedaan—yang tidak relevan secara ekonomi—adalah bahwa monopoli oleh negara bagian didasarkan pada penguasaan atas sumber daya alam yang langka, bukan atas lokasi yang strategis. Cacat dari pajak dalam kedua kasus tersebut adalah bahwa pajak membebani pihak-pihak yang tidak memiliki kendali atas besaran pajak karena mereka tidak memiliki hak suara dalam yurisdiksi pemajakan tersebut. Dengan demikian, insentif untuk menghemat pengeluaran pemerintah menjadi lemah, yang pada akhirnya meningkatkan dampak alokasi yang menyimpang dari pajak.



Mahkamah Agung telah lebih kritis terhadap pajak atas barang impor negara bagian—yaitu bentuk pengecualian terhadap produsen nonresiden, yang berbeda dengan sekadar membebani konsumen nonresiden. Putusan-putusan awal menyatakan bahwa negara bagian tidak dapat mengenakan pajak penjualan umum atas transaksi penjualan yang dilakukan oleh penjual luar negara bagian kepada penduduknya. Jika Anda bertanya-tanya bagaimana pengenaan pajak penjualan secara seragam dapat mendiskriminasi penjual luar negara bagian, pertimbangkan dua negara bagian: satu yang mengandalkan pajak penjualan (Negara Bagian A), dan satu lagi yang mengandalkan pajak properti (Negara Bagian B). Karena nilai properti komersial biasanya didasarkan pada pendapatan yang dikapitalisasi, maka pendapatan bersih dari penjualan ke penduduk Negara Bagian A oleh perusahaan yang berlokasi di B akan dikapitalisasi ke dalam pajak properti yang dibayarkan oleh perusahaan tersebut kepada B. Dengan demikian, perusahaan tersebut membayar pajak kepada B atas penjualannya di A. Pesaingnya yang berada di Negara Bagian A hanya membayar pajak penjualan. Jika perusahaan di B juga dikenai pajak penjualan oleh A, maka ia akan membayar lebih banyak pajak daripada pesaingnya di A tanpa menerima pelayanan pemerintah yang lebih besar (mengapa demikian?). Perbedaan pajak ini, yang tidak terkait dengan perbedaan biaya, merupakan bentuk diskriminasi terhadap penjual luar negara bagian, meskipun dampaknya dapat dikurangi oleh fakta bahwa pajak penjualan di Negara Bagian A mengurangi nilai properti perusahaan dan dengan demikian mengurangi jumlah pajak yang dibayarkannya kepada B.

Namun Mahkamah juga telah mengesahkan suatu bentuk penghindaran yang terang-terangan yang disebut pajak penggunaan kompensasi (*compensating use tax*). Ini adalah pajak yang besarnya setara dengan pajak penjualan, dikenakan atas barang yang dibeli oleh penduduk negara bagian

namun tidak dikenai pajak penjualan. Penduduk Negara Bagian A dalam contoh kita, yang membeli dari perusahaan di B, akan diwajibkan membayar kepada A sejumlah pajak yang setara dengan pajak penjualan yang seharusnya mereka bayarkan seandainya mereka membeli barang yang sama dari penjual di A. Mahkamah juga memperbolehkan negara bagian untuk mewajibkan penjual luar negara bagian memungut pajak penggunaan kompensasi ini, yang secara fungsional membuatnya identik dengan pajak penjualan.

Barangkali alasan mengapa Mahkamah gagal “melihat melalui” pajak pemisahan dan pajak penggunaan kompensasi—yang pertama membebani konsumen nonresiden, yang kedua mengecualikan produsen nonresiden—adalah karena hingga beberapa tahun terakhir Mahkamah merumuskan persoalannya dalam istilah apakah pajak tersebut dikenakan “atas” perdagangan antarnegara bagian. Minyak bumi yang baru saja diambil dari dalam tanah dan barang yang telah diterima oleh pembeli lokal secara fisik hadir dalam batas wilayah negara bagian, dan ini memberikan ilusi yang menenangkan. Namun dari sudut pandang ekonomi, tidak relevan apakah pajak itu dikenakan “atas” perdagangan antarnegara bagian atau di mana subjek nominal dari pajak tersebut secara fisik berada. Isu ekonomi yang relevan adalah sejauh mana beban pajak pada akhirnya ditanggung oleh pihak nonresiden dan apakah efek dari pajak tersebut adalah untuk meningkatkan harga barang impor dibandingkan barang domestik tanpa adanya pembenaran berdasarkan pada biaya layanan pemerintah yang lebih tinggi.

Dalam beberapa kasus, penekanan pada apakah pajak dikenakan “atas” perdagangan antarnegara bagian telah memberikan keuntungan pajak yang tidak berdasar kepada penjual luar negara bagian, sehingga menciptakan insentif yang sebaliknya namun sama-sama tidak tepat untuk mengganti barang dan jasa *intrastate* dengan yang *interstate*. Misalnya, jika suatu perusahaan yang berlokasi di negara bagian yang mengandalkan pajak penjualan membuat sebagian besar penjualannya kepada penduduk negara bagian lain yang mengandalkan pajak properti, dan negara tempat domisili perusahaan tersebut dilarang mengenakan pajak penjualan atas penjualan antarnegara bagian karena dianggap sebagai perdagangan antarnegara bagian, maka perusahaan tersebut akan membayar pajak yang lebih rendah dibandingkan pesaing yang kebanyakan melakukan penjualan *intrastate*, meskipun perusahaan tersebut tidak menerima pelayanan pemerintah yang lebih sedikit.

Dalam beberapa tahun terakhir, Mahkamah Agung telah mulai menjauh dari pendekatan yang membingungkan ini, dan mulai mengenali isu-isu ekonomi. Namun karena merasa dirinya secara institusional tidak mampu untuk menyelesaikan persoalan pelik seputar insidensi pajak yang muncul dalam sengketa konstitusional atas pajak negara bagian, Mahkamah terus menoleransi pajak-pajak yang secara nyata bermasalah, seperti pajak pemisahan batu bara sebesar 30 persen di Montana.

Inti persoalan ekonomi—bahwa konsumsi layanan pemerintah tidak selalu berkaitan dengan destinasi barang dari suatu perusahaan—menunjukkan bahwa dua kriteria atas pajak negara bagian yang patut dicurigai dapat saling bertentangan dalam kasus-kasus tertentu. Kriteria tersebut adalah apakah pajak tersebut terutama dibebankan kepada pihak nonresiden, dan apakah pajak tersebut mendistorsi keunggulan geografis komparatif. Dalam contoh pajak penjualan atas perusahaan yang sebagian besar menjual ke luar negara bagian, kriteria pertama akan menyiratkan larangan atas pemajakan atas penjualan antarnegara bagian oleh negara domisili perusahaan, karena beban pajaknya akan jatuh pada nonresiden. Namun kriteria kedua akan mendorong disahkannya pajak semacam itu agar pajak yang dibayarkan oleh perusahaan antarnegara bagian tidak lebih rendah dari perusahaan lokal hanya karena perbedaan status, bukan perbedaan dalam jumlah layanan pemerintah yang diterima.

Apakah kedua kriteria tersebut dapat direkonsiliasi? Salah satu pendekatannya adalah:

- 1) memperbolehkan semua negara bagian memberlakukan pajak penjualan umum yang diterapkan secara tidak diskriminatif atas penjualan antarnegara bagian dan intrastate oleh penjual dalam negara bagian tersebut; namun
- 2) melarang pajak atas produk tertentu yang terutama merupakan barang ekspor ketika produk lain yang serupa dan terutama dijual di pasar lokal tidak dikenakan pajak setinggi itu. Berdasarkan pendekatan ini, pajak pemisahan menjadi dipertanyakan, dan sisa pembenaran atas pajak penggunaan kompensasi akan hilang, karena penjual luar negara bagian akan tetap dikenakan pajak penjualan di negara tempat tinggalnya bahkan atas penjualan luar negara bagian.

D. Pajak Negara Bagian: Pajak Properti dan Pajak Penghasilan Badan

Mahkamah Agung cenderung memperlakukan pajak properti atas tanah sebagai pajak yang secara inheren bersifat lokal. Hal ini memang dapat dibenarkan apabila pajak tersebut semata-mata dikenakan atas sewa tanah dan seluruh tanah dimiliki oleh penduduk lokal. Namun karena pendapatan dari sewa tanah secara umum tidak terlalu besar (lihat Bab 17.4 supra), suatu negara bagian yang mengenakan pajak atas properti milik perusahaan kereta api, misalnya, kemungkinan besar akan mengaitkan besaran pajaknya dengan pendapatan perusahaan kereta api tersebut ketimbang dengan sewa tanahnya. Perusahaan kereta api akan memperlakukan pajak tersebut sebagai pajak cukai (*excise tax*) dan, sejauh dimungkinkan, akan mengalihkan beban pajak tersebut kepada para pelanggannya, yang sebagian besar merupakan pihak nonresiden. (Faktor apa saja yang menentukan sejauh mana perusahaan kereta api dapat mengalihkan beban ini?) Sejauh mana pajak tersebut benar-benar dikenakan atas sewa, beban pajak tersebut juga pada akhirnya akan ditanggung terutama oleh para pemegang saham nonresiden dari perusahaan tersebut. Pajak properti atas aset milik perusahaan yang dimiliki oleh dan beroperasi terutama dengan pihak nonresiden seharusnya dikenakan pengawasan yang ketat, sebagaimana halnya dengan pajak pemisahan. Namun, mungkin karena sifat fisik dari tanah menjadikannya secara tegas berada dalam yurisdiksi negara bagian, Mahkamah tidak menerapkan pengawasan yang ketat terhadap pajak properti atas perusahaan kereta api dan properti komersial sejenis.

Bahaya serupa juga melekat dalam pemajakan penghasilan badan oleh negara bagian. Beban dari pajak ini pada umumnya ditanggung secara bersama oleh konsumen dan pemegang saham (lihat Bab 17.5 supra), yang dalam kasus perusahaan yang menjalankan usahanya di beberapa negara bagian, sebagian besar bukan merupakan penduduk dari negara bagian manapun. Oleh karena itu, setiap negara bagian memiliki godaan yang besar untuk mengenakan pajak penghasilan badan yang tinggi kepada korporasi multinasional lintas-negara bagian. Mungkin terlihat bahwa sepanjang setiap negara bagian menerapkan tarif pajak yang seragam kepada semua korporasi yang beroperasi di wilayahnya, baik yang bersifat lokal maupun lintas-negara bagian, maka tidak ada bahaya diskriminasi. Namun permasalahannya—yang merupakan contoh klasik dari masalah biaya bersama (*joint-cost problem*) (lihat Bab 12.5 supra)—adalah bahwa pada umumnya mustahil untuk

mengalokasikan secara tepat sebagian penghasilan suatu perusahaan multinasional kepada satu negara bagian tertentu. Apabila suatu perusahaan memiliki pabrik di satu negara bagian, tenaga penjual di negara bagian lain, dan kantor pusat di negara bagian ketiga, maka biaya dan pendapatannya—dan dengan demikian juga penghasilannya—merupakan hasil bersama dari aktivitas yang dilakukan di ketiga negara bagian tersebut.

Karena tidak ada metode rasional untuk mengalokasikan penghasilan perusahaan tersebut di antara berbagai negara bagian tempat ia beroperasi, tidak mengherankan apabila Mahkamah Agung mengizinkan negara bagian untuk memilih, dalam batas-batas yang luas, formula pengalokasian mana pun yang mengatribusikan porsi penghasilan terbesar kepada negara bagian pemungut pajak. Namun jika suatu negara bagian—di mana perusahaan kereta api memiliki banyak jalur rel tetapi mengoperasikan sedikit gerbong—mengalokasikan penghasilan perusahaan berdasarkan panjang jalur rel, sementara negara bagian lain—yang hanya memiliki sedikit jalur rel namun banyak gerbong yang melintas—mengalokasikan penghasilan berdasarkan jumlah gerbong, maka total beban pajak penghasilan yang ditanggung oleh perusahaan kereta api tersebut akan lebih besar daripada beban pajak dua perusahaan lokal sejenis yang masing-masing beroperasi secara eksklusif di negara bagian pertama dan kedua. Upaya kedua negara bagian untuk mengeksport beban pajak mereka akan mengakibatkan perusahaan multinasional tersebut terpaksa membayar pajak yang lebih tinggi dibandingkan apabila perusahaan tersebut hanya beroperasi di satu negara bagian, meskipun perusahaan tersebut tidak membutuhkan pelayanan pemerintahan yang lebih besar. Akibatnya, muncul insentif yang tidak efisien untuk membatasi kegiatan usaha hanya di sedikit negara bagian.

Misalkan, seperti yang lazim terjadi dewasa ini, suatu negara bagian menghitung jumlah pajak penghasilan yang terutang dari suatu perusahaan multinasional yang beroperasi di wilayahnya dengan cara sebagai berikut. Untuk menentukan penghasilan kena pajak perusahaan di negara bagian tersebut, negara bagian mengalikan total penghasilan perusahaan dengan rata-rata dari tiga rasio berikut:

- a. rasio antara biaya gaji di negara bagian tersebut dengan total biaya gaji perusahaan,
- b. rasio antara nilai properti di dalam negara bagian dengan total nilai properti perusahaan, dan

- c. rasio antara pendapatan penjualan di dalam negara bagian dengan total pendapatan penjualan perusahaan.

Apakah ini merupakan satu jenis pajak atau tiga? Apakah insidensi (beban ekonomis) dari pajak tersebut semata-mata merupakan rata-rata dari insidensi pajak gaji, pajak properti, dan pajak penjualan?

E. Pembatasan Yurisdiksi Personal Berdasarkan Prinsip *Due Process*

Sebuah perusahaan yang berbasis di *New York* menjual *widgets* kepada seorang pembeli di *Oklahoma*. Transaksi penjualan dinegosiasikan di *New York* dan barang dikirimkan dari sana, tetapi penjual memiliki sebuah kantor penjualan kecil dan beberapa fasilitas gudang di *Oklahoma*. Jika timbul sengketa atas kontrak tersebut, apakah pembeli diperbolehkan menggugat penjual di *Oklahoma*, ataukah ia harus mengajukan gugatan di *New York*?

Mengizinkan pembeli untuk menggugat di *Oklahoma* akan menimbulkan biaya tambahan bagi penjual, tidak hanya berupa biaya perjalanan, tetapi juga dalam bentuk peningkatan risiko kekalahan apabila perkara disidangkan di forum yang kurang menguntungkan baginya. Namun, jika pembeli harus menggugat di *New York*, maka beban biaya yang serupa akan dikenakan kepadanya. Salah satu pendekatan yang mungkin digunakan—yang umum diterapkan dalam memutuskan pengadilan mana yang seharusnya menjadi tempat persidangan di antara dua atau lebih pengadilan yang memiliki yurisdiksi atas suatu sengketa—adalah membandingkan total biaya dari kedua belah pihak, dan mewajibkan bahwa gugatan diajukan di negara bagian yang akan meminimalkan keseluruhan biaya litigasi. Pendekatan ini dikenal dengan istilah *forum non conveniens*.

Namun, masalah dari pendekatan ini adalah bahwa pendekatan tersebut memberikan kepada penggugat keleluasaan yang sangat besar dalam memilih negara bagian tempat mengajukan gugatan—karena siapa yang benar-benar dapat memastikan di mana biaya gabungan litigasi kedua belah pihak akan paling rendah? Oleh karena itu, solusi yang telah diadopsi oleh pengadilan adalah dengan mensyaratkan bahwa negara bagian yang dipilih oleh penggugat telah memberikan setidaknya suatu manfaat atau keuntungan kepada tergugat, sehingga tergugat tidak dapat secara wajar mengeluhkan apabila ia—sebagai imbal balik (*quid pro quo*)—dipaksa untuk membela diri di forum yang tidak ideal baginya. Persyaratan ini dianggap terpenuhi dalam contoh hipotetis di atas, mengingat tergugat memiliki keberadaan fisik nyata di *Oklahoma*.

Namun sekarang pertimbangkan kasus berikut. Seorang dealer mobil di *New York* menjual sebuah mobil kepada pembeli yang juga penduduk *New York*. Pembeli tersebut kemudian mengalami cedera—yang diduga diakibatkan oleh cacat pada mobil—saat sedang melakukan perjalanan di *Oklahoma*. Apakah pembeli tersebut dapat menggugat dealer mobil tersebut di *Oklahoma*?

Jawabannya adalah: tidak dapat. Memang, ada suatu pengertian bahwa *dealer* tersebut menerima manfaat dari keberadaan jalan raya di *Oklahoma*, sebagaimana halnya sebuah perusahaan telepon di *New York* memperoleh manfaat dari keberadaan jaringan telepon di *Oklahoma*. Namun, manfaat semacam itu sangatlah lemah dan tidak substansial (*exceedingly tenuous*).

F. Transfer Air Antar-Daerah Aliran Sungai

Karena air merupakan komoditas surplus di banyak negara bagian dan komoditas defisit di negara bagian lainnya, tampaknya terdapat peluang yang menjanjikan untuk meningkatkan nilai keseluruhan dari sumber daya tersebut melalui pemindahan air dari wilayah surplus ke wilayah defisit. Biaya untuk mengangkut air dalam jarak jauh memang cukup besar; namun hambatan utama terhadap transfer antardaerah ini bukanlah faktor biaya, melainkan faktor hukum dan kelembagaan yang berasal dari struktur sistem federal.

Apabila pihak pembeli dari luar negara bagian dapat memperoleh jumlah air yang dibutuhkannya melalui pembelian hak-hak apropriasi individual milik penduduk negara bagian yang memiliki surplus air, maka hal tersebut tidak akan menimbulkan permasalahan khusus, karena suatu negara bagian tidak dapat melarang penjualan hak apropriasi kepada pembeli dari luar negara bagian. Namun demikian, tingginya biaya transaksi yang terkait dengan pembelian bahkan satu hak apropriasi saja (lihat Bab 3.10 *supra*), akan membuat upaya untuk menggabungkan sejumlah besar hak apropriasi melalui pembelian individual menjadi sangat mahal dan pada akhirnya tidak layak secara ekonomi.

Alternatif lain adalah dengan membeli air yang belum diappropriasi, yang tersedia dalam jumlah besar di beberapa negara bagian, khususnya di wilayah Pasifik Barat Laut. Sayangnya, tidak ada pihak yang dapat mengalihkan hak milik yang jelas atas air yang belum diappropriasi tersebut. Sebagaimana dijelaskan dalam Bab 3, hanya melalui tindakan apropriasi lah hak milik atas

air dapat diciptakan. Seorang nonresiden memang dapat mencoba melakukan apropriasi, tetapi kemungkinan besar akan menghadapi argumen bahwa *rents* atau nilai sewa dari air yang belum diappropriasi tersebut merupakan milik penduduk negara bagian tempat air tersebut berada. Dan yang dipertaruhkan bukan hanya *rents*. Air yang belum diappropriasi bukanlah berarti air yang tidak digunakan. Terdapat banyak penggunaan air yang bernilai ekonomi meskipun tidak bersifat apropriatif, seperti untuk kegiatan rekreasi dan untuk pengenceran polutan, yang dapat terganggu secara signifikan jika dilakukan transfer air dalam jumlah besar ke daerah aliran sungai lain.²

Permasalahan ini mungkin dapat diatasi dengan pembayaran kompensasi yang layak oleh pengguna dari luar negara bagian kepada negara asal air tersebut. Namun, alokasi kompensasi tersebut kepada penduduk yang terdampak akan menimbulkan kesulitan administratif yang cukup besar, terlebih lagi karena sebelum tindakan apropriasi dilakukan, belum terdapat pemilik yang diakui secara hukum. Selain itu, setiap hak atas air yang dialihkan oleh negara bagian pun akan terpengaruh oleh keberadaan berbagai kepentingan federal dan antarnegara bagian lainnya yang bersifat luas namun belum dikuantifikasi secara jelas.

Pemerintah federal Amerika Serikat memiliki hak—yang sejauh ini belum pernah ditentukan secara pasti—untuk menggunakan air dari sungai-sungai yang mengalir di wilayah tanah publik federal di negara-negara bagian bagian barat (misalnya di kawasan reservasi Indian, taman nasional dan hutan nasional, pangkalan militer, dan sebagainya). Selain itu, pemerintah federal juga memiliki kepentingan yang luas, meskipun tidak terdefinisikan dengan baik, atas air dari semua sungai yang dapat dilayari (*navigable rivers*) berdasarkan doktrin *navigational servitude*.

Dengan demikian, setiap upaya untuk melakukan transfer air antardaerah aliran sungai dalam skala besar hampir pasti memerlukan persetujuan dari pemerintah federal, dan kemungkinan besar hanya Kongres yang dapat memberikan persetujuan tersebut. Transfer tersebut juga akan memerlukan persetujuan dari negara-negara bagian lain yang berada dalam satu daerah aliran sungai yang sama, mengingat pengalihan volume air yang besar dari satu titik dalam suatu sistem sungai dapat memengaruhi kepentingan ekonomi yang bernilai tinggi, termasuk rekreasi dan lingkungan, di hulu maupun hilir dari sistem sungai tersebut.

Untuk mendefinisikan kepentingan masing-masing negara bagian, diperlukan suatu proses alokasi atau pembagian hak atas air (*apportionment*) yang dapat dilakukan oleh Mahkamah Agung, melalui perjanjian antarnegara bagian (*interstate compact*), atau oleh Kongres.

G. Ekspor Kemiskinan

Biaya penyelenggaraan pelayanan publik yang dikonsumsi oleh warga miskin yang tidak bekerja lebih tinggi daripada penerimaan pajak yang mereka kontribusikan untuk mendukung pelayanan tersebut; dengan demikian, kelompok ini merupakan pos defisit dalam pembiayaan publik negara bagian. Apabila di samping itu mereka juga tidak memiliki kekuatan politik yang signifikan, akan muncul dorongan kuat dari negara bagian untuk mencoba “mengekspor” mereka. Salah satu metode murah untuk melakukan hal ini adalah dengan menetapkan tingkat tunjangan kesejahteraan sosial (*welfare benefits*) yang sangat rendah, sehingga penerima manfaat terdorong untuk bermigrasi ke negara bagian yang menawarkan tunjangan yang lebih tinggi.

Masalah serupa pernah dihadapi oleh sistem *poor relief* di Inggris sejak awal sejarahnya, dan mendorong munculnya larangan bagi kaum miskin untuk meninggalkan *parish* (wilayah keagamaan) asal mereka. Solusi tradisional yang diterapkan oleh negara-negara bagian di Amerika Serikat—versi yang lebih lunak dari praktik Inggris—adalah dengan mensyaratkan bahwa seseorang harus tinggal di negara bagian tersebut selama jangka waktu tertentu, biasanya satu tahun, sebelum ia dapat menerima tunjangan kesejahteraan. Meskipun demikian, banyak warga miskin dari negara bagian dengan tunjangan rendah seperti Mississippi tetap bermigrasi ke negara bagian dengan tunjangan tinggi seperti *New York*, bertahan hidup selama masa tunggu satu tahun tersebut dengan bantuan kerabat atau teman. Namun tidak diragukan bahwa sebagian lainnya menjadi terhalang untuk bermigrasi.

Dalam perkara *Shapiro v. Thompson*,¹ Mahkamah Agung membatalkan ketentuan mengenai syarat domisili atas dasar bahwa ketentuan tersebut menghambat kebebasan berpindah antarnegara bagian. Namun, migrasi yang didorong oleh harapan akan menerima tunjangan kesejahteraan yang lebih besar daripada yang tersedia di negara asal migran justru mendistorsi, bukan mendorong, distribusi geografis penduduk yang efisien. Masyarakat tidak menjadi lebih sejahtera apabila warga miskin berpindah dari *Mississippi* ke *New York* hanya karena *New York* memberikan bantuan yang lebih besar.

Sebaliknya, masyarakat justru dirugikan; karena warga miskin dapat dipenuhi kebutuhannya secara layak dengan biaya yang lebih rendah di Mississippi dibandingkan di *New York*. Bahkan tidak jelas apakah secara keseluruhan kelompok miskin diuntungkan oleh migrasi tersebut, walaupun individu tertentu mungkin saja diuntungkan.

Kebebasan bermigrasi juga mendorong negara-negara bagian dengan tunjangan rendah untuk mempertahankan kebijakan “mendorong emigrasi” melalui penyediaan bantuan sosial yang tidak memadai. Dampaknya bagi negara-negara bagian dengan tunjangan tinggi lebih kompleks. Di satu sisi, meningkatnya jumlah penduduk miskin dapat memperkuat pengaruh politik kelompok miskin dalam negara bagian tersebut, yang pada gilirannya dapat mendorong peningkatan tunjangan kesejahteraan lebih lanjut. Namun di sisi lain, setiap peningkatan akan menarik penerima manfaat baru dari negara bagian lain, dan pada akhirnya negara bagian tersebut akan menyadari bahwa mereka sedang dimanfaatkan oleh negara-negara bagian bertunjangan rendah untuk mengalihkan beban pembiayaan penduduk miskin kepada mereka.

Begitu negara bagian dengan tunjangan tinggi berhenti meningkatkan anggaran kesejahteraannya, rata-rata tunjangan yang diterima penduduk miskin akan menurun, karena para pendatang miskin akan terus berdatangan—tertarik oleh tingkat tunjangan yang meskipun tidak bertambah, namun masih lebih tinggi dibandingkan yang tersedia di negara bagian asal mereka. Namun karena jumlah penerima manfaat meningkat sementara anggaran tidak bertambah, nilai rata-rata yang diterima tiap individu menurun: “kue” tetap sama besar, tetapi dibagi untuk lebih banyak orang.

Masalah mendasar, baik dalam sistem *poor relief* di Inggris maupun dalam sistem kesejahteraan di Amerika Serikat, adalah persoalan organisasi regional yang menciptakan insentif sosial yang tidak produktif; yaitu insentif bagi negara bagian untuk mengalihkan beban pembiayaan kesejahteraan kepada negara bagian lain, dan insentif bagi warga miskin untuk berpindah ke wilayah dengan tunjangan yang lebih besar. Persyaratan domisili merupakan metode yang kasar dan hanya sebagian efektif dalam menangani persoalan ini: dikatakan “kasar” karena sering kali ketentuan ini justru menghalangi migrasi keluarga miskin yang sebenarnya tertarik oleh peluang kerja yang lebih baik di negara bagian bertunjangan tinggi tetapi membutuhkan sedikit bantuan publik selama minggu atau bulan pertama mereka tinggal di negara bagian baru;² dan hanya sebagian efektif karena ketentuan ini membuka peluang

terjadinya kecurangan serta karena, seperti telah disebutkan, suatu keluarga miskin mungkin masih dapat bertahan selama satu tahun tanpa menerima bantuan publik.

Dengan membatalkan pendekatan regional terhadap administrasi kesejahteraan sosial, putusan *Shapiro* kemungkinan telah mempercepat arah menuju solusi nasional,³ yang tampaknya sangat diperlukan untuk mengatasi inefisiensi lokasi (*locational inefficiencies*) yang dihasilkan oleh skema kesejahteraan sosial yang terdesentralisasi secara tradisional.

Bacaan yang Disarankan

1. Walter Hellerstein, *Constitutional Limitations on State Tax Exportation*, 1982 *American Bar Foundation Research Journal* 1, hlm. 27–42.
2. -----, *State and Local Taxation of Natural Resources in the Federal System: Legal, Economic, and Political Perspectives*, bab 4–6 (1985).
3. Saul Levmore, *Interstate Exploitation and Judicial Intervention*, 69 *Virginia Law Review* 563 (1983).
4. Charles E. McLure, Jr., *Incidence Analysis and the Supreme Court: An Examination of Four Cases From the 1980 Term*, 1 *Supreme Court Economic Review* 69 (1982).
5. Richard A. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform*, bab 6 (1985).
6. Susan Rose-Ackerman, *Does Federalism Matter? Political Choice in a Federal Republic*, 89 *Journal of Political Economy* 152 (1981).
7. Stephen F. Williams, *Severance Taxes and Federalism: The Role of the Supreme Court in Preserving a National Common Market for Energy Supplies*, 53 *University of Colorado Law Review* 281 (1982).
8. *The Economics of Federalism* (disunting oleh Bhajan S. Grewal, Geoffrey Brennan & Russell L. Mathews, 1980).
9. *Fiscal Federalism and the Taxation of Natural Resources* (disunting oleh Charles E. McLure, Jr. & Peter Mieszkowski, 1983).
10. *Regulation, Federalism, and Interstate Commerce* (disunting oleh A. Daniel Tarlock, 1981).
11. *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination* (disunting oleh Charles E. McLure, Jr., 1984).

Permasalahan

1. Mengapa negara bagian Montana, dalam contoh pajak severance, sebaiknya dibatasi untuk mengenakan pajak terhadap pihak nonresiden? Bukankah konsumen batu bara yang berasal dari luar negara bagian juga memperoleh manfaat dari layanan yang diberikan oleh Montana kepada para produsen batu bara yang berlokasi di wilayahnya?
2. Dapatkah teori ekonomi membantu Anda merumuskan suatu formula untuk mengalokasikan properti bergerak suatu perusahaan (misalnya, pesawat terbang milik maskapai) di antara negara bagian untuk keperluan perpajakan negara bagian?
3. Haruskah negara bagian diperbolehkan untuk mengenakan pajak penghasilan korporasi? Misalkan negara bagian yang mengenakan pajak tersebut diwajibkan untuk mengadopsi formula seragam dalam mengalokasikan penghasilan korporasi di antara negara bagian. Formula manakah yang lebih baik: persentase pendapatan korporasi yang berasal dari penjualan kepada penduduk negara bagian pemungut pajak atau persentase karyawan yang berada di negara bagian tersebut? Apakah persentase dari properti berwujud perusahaan yang terletak di negara bagian akan menjadi dasar yang lebih baik?
4. Dalam perkara *Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 511 (1935), Mahkamah Agung menyatakan bahwa hukum Negara Bagian New York yang menetapkan harga minimum untuk susu yang dijual di negara bagian tersebut tidak dapat secara konstitusional diterapkan terhadap susu yang diproduksi di Vermont dan diimpor ke New York. Kecaman keras Mahkamah terhadap upaya New York untuk menerapkan hukum harga minimumnya terhadap susu dari luar negara bagian telah dikritik sebagai berikut: “Kepentingan New York bukanlah semata-mata bias ekonomi terhadap pesaing dari luar negara bagian; melainkan terutama terkait dengan kesejahteraan ekonomi dan kesehatan masyarakat setempat.” Gerald Gunther & Noel T. Dowling, *Cases and Materials on Constitutional Law* 651 (edisi ke-8, 1970). Dapatkah “bias ekonomi terhadap pesaing dari luar negara bagian” dibedakan dari “kesejahteraan ekonomi lokal”? Apakah kritik tersebut

secara implisit menyatakan bahwa negara bagian seharusnya diizinkan untuk mengenakan tarif tertentu?

5. Mengapa beberapa negara bagian memiliki tingkat tunjangan kesejahteraan yang lebih tinggi daripada yang lain? Apakah hal ini disebabkan karena para wajib pajak di negara-negara bagian tersebut menilai pengurangan kemiskinan sebagai sesuatu yang lebih bernilai? Jika demikian, apakah masih dapat diperdebatkan bahwa efisiensi justru berkurang (alih-alih meningkat) ketika warga miskin bermigrasi ke negara bagian dengan tunjangan tinggi?
6. Berdasarkan doktrin *market participant*, suatu negara bagian diperbolehkan untuk melakukan diskriminasi terhadap penjual nonresiden apabila negara bagian tersebut berperan sebagai pelaku pasar—misalnya sebagai pembeli—dan bukan sebagai regulator pasar privat. Dengan demikian, suatu negara bagian dapat menetapkan kebijakan bahwa mereka hanya akan membeli penjepit kertas dari penjual lokal, walaupun mereka tidak dapat mewajibkan pembeli privat untuk melakukan hal yang sama. Apakah doktrin ini masuk akal secara ekonomi apabila negara bagian memiliki insentif ekonomi yang sama seperti individu privat? Jika negara bagian bermaksud memindahkan kekayaan dari nonresiden kepada residen? Apakah mungkin terjadi perpindahan kekayaan semacam itu apabila pasar produk tersebut berskala nasional alih-alih berskala negara bagian atau lokal? Lihat *W.C.M. Window Co. v. Bernardi*, 730 F.2d 486 (7th Cir. 1984).
7. Berdasarkan interpretasi hukum antimonopoli federal (*federal antitrust law*) saat ini, lembaga negara bagian dibebaskan dari tanggung jawab hukum, namun tidak demikian halnya dengan pemerintah kota dan lembaga lokal lainnya, kecuali apabila mereka bertindak atas perintah pemerintah negara bagian. Apakah pola ini konsisten dengan teori ekonomi federalisme? Ataukah pola yang berlawanan justru lebih konsisten? Lihat Frank H. Easterbrook, *Antitrust and the Economics of Federalism*, 26 *Journal of Law & Economics* 23 (1983).

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XXVII

DISKRIMINASI RASIAL

A. Preferensi atas Diskriminasi

Sebagian orang tidak menyukai berinteraksi dengan anggota kelompok ras, agama, atau etnis yang berbeda dari kelompok mereka sendiri, dan bersedia menanggung biaya untuk mempertahankan preferensi tersebut. Dengan demikian, meskipun terdapat keuntungan ekonomi (*pecuniary gains*) dari transaksi antara orang kulit hitam dan kulit putih — seperti orang kulit hitam yang bekerja untuk orang kulit putih (atau sebaliknya), orang kulit putih yang menjual rumah kepada orang kulit hitam, dan sebagainya — sebagaimana terdapat pula keuntungan ekonomi dari perdagangan antarnegara, peningkatan interaksi antara anggota dari dua kelompok ras tersebut akan menimbulkan biaya non-ekonomi namun nyata bagi individu-individu dari masing-masing ras yang tidak menyukai interaksi dengan anggota ras lainnya. Biaya-biaya ini bersifat analogis dengan biaya transportasi perdagangan internasional, yang juga dapat mengurangi volume transaksi.

Hal ini tidaklah secara inheren tidak efisien, namun dampak terhadap distribusi kekayaan dapat sangat besar. Misalkan orang kulit putih tidak menyukai berinteraksi dengan orang kulit hitam, sedangkan orang kulit hitam bersikap netral terhadap identitas rasial dari pihak yang mereka ajak berinteraksi. Pendapatan banyak orang kulit putih akan lebih rendah daripada jika mereka tidak memiliki preferensi diskriminatif semacam itu. Mereka melepaskan peluang pertukaran yang menguntungkan: misalnya, mereka mungkin menolak menjual rumah mereka kepada orang kulit hitam yang bersedia membayar harga lebih tinggi dibandingkan pembeli kulit putih. Namun preferensi rasial dari pihak kulit putih ini juga akan menurunkan pendapatan pihak kulit hitam, karena menghalangi mereka untuk melakukan transaksi yang saling menguntungkan dengan orang kulit putih; dan penurunan pendapatan di pihak orang kulit hitam secara proporsional akan lebih besar dibandingkan penurunan pendapatan pihak kulit putih. Karena orang kulit hitam hanya merupakan bagian kecil dari keseluruhan perekonomian, jumlah transaksi saling menguntungkan yang dapat dilakukan oleh pihak kulit hitam dengan pihak kulit putih lebih besar daripada jumlah

transaksi serupa yang dapat dilakukan pihak kulit putih dengan pihak kulit hitam. Sektor kulit putih sangat besar sehingga hampir mandiri secara ekonomi; sektor kulit hitam jauh lebih kecil dan lebih tergantung pada perdagangan lintas ras.

Analogi perdagangan internasional membantu menjelaskan hal ini. Amerika Serikat, karena memiliki agregasi sumber daya, keterampilan, dan populasi yang besar, dapat bertahan meskipun perdagangan luar negerinya menurun secara signifikan. Namun hal ini tidak berlaku bagi negara seperti Swiss, yang memiliki pasar terlalu kecil dan sumber daya terlalu terbatas untuk mencapai efisiensi skala atau spesialisasi tanpa perdagangan internasional. Posisi kelompok minoritas kulit hitam di Amerika Serikat serupa dengan posisi Swiss dalam ekonomi global.

Meskipun diskriminasi sepenuhnya konsisten dengan mekanisme persaingan, sebagaimana penurunan *volume* perdagangan internasional akibat tingginya biaya transportasi tidak membuktikan bahwa pasar internasional tidak bersifat kompetitif, tetap terdapat kekuatan-kekuatan pasar dalam lingkungan persaingan yang cenderung meminimalkan diskriminasi. Dalam pasar yang terdiri dari banyak penjual, intensitas prasangka terhadap kelompok kulit hitam akan sangat bervariasi. Sebagian penjual hanya memiliki prasangka ringan. Penjual-penjual ini tidak akan melewatkan terlalu banyak peluang transaksi menguntungkan dengan orang kulit hitam dibanding pesaing mereka yang lebih berpikiran diskriminatif (selama tidak diintervensi oleh hukum). Oleh karena itu, biaya mereka akan lebih rendah dan mereka akan mampu memperbesar pangsa pasar mereka. Penjual dengan prasangka paling rendah akan cenderung mendominasi pasar, sebagaimana individu yang paling tidak takut ketinggian cenderung mendominasi pekerjaan yang mengharuskan bekerja di ketinggian: mereka menuntut premi yang lebih kecil.

Namun, kecenderungan pasar untuk didominasi oleh pihak dengan tingkat prasangka terendah ini akan lebih lemah apabila terdapat monopoli. Penjual tunggal dalam pasar monopoli akan, secara rata-rata, memiliki tingkat prasangka sebesar rata-rata komunitas, bukan sebesar pihak yang paling tidak berprasangka. Memang benar bahwa monopoli yang dapat dipindahtangankan secara bebas (seperti paten) cenderung berpindah ke tangan pihak yang tidak berprasangka. Sebuah monopoli yang mengharuskan interaksi dengan orang kulit hitam akan memiliki nilai lebih rendah bagi pemilik yang berprasangka tinggi; ia akan menanggung kerugian pendapatan (*pecuniary*) karena

melewatkan transaksi menguntungkan dengan orang kulit hitam, atau menanggung biaya *nonpecuniary* karena terpaksa menjalankan transaksi tersebut. Oleh karena itu, pemilik monopoli yang tidak berprasangka akan cenderung membeli monopoli dari pihak yang lebih berprasangka. Namun tidak semua bentuk monopoli dapat dialihkan dengan bebas.

Jika monopoli tersebut tunduk pada regulasi, kekuatan pasar yang bekerja untuk mengurangi diskriminasi akan semakin melemah. Salah satu cara untuk menghindari batas atas keuntungan (*profit ceiling*) yang dikenakan regulator adalah dengan menggantikan pendapatan pecuniary dengan pendapatan nonpecuniary, karena jenis pendapatan yang terakhir jauh lebih sulit dikontrol oleh lembaga pengatur; dan salah satu bentuk pendapatan nonpecuniary tersebut adalah kebebasan untuk tidak harus berinteraksi dengan pihak yang menjadi objek prasangka.

Serikat buruh yang memiliki kekuatan monopoli juga dapat mengurangi efektivitas persaingan dalam menekan diskriminasi. Serikat buruh monopolis, dengan menaikkan upah di atas tingkat pasar kompetitif, menciptakan kelebihan permintaan terhadap pekerjaan dengan upah tersebut. Jika serikat buruh mengendalikan akses ke pekerjaan itu, mereka harus mendistribusikannya dengan suatu cara. Mereka dapat melelang posisi yang kosong, atau mengizinkan anggota menjual keanggotaan serikatnya, atau menggunakan kriteria non-harga, seperti nepotisme atau, sebagaimana pernah terjadi di masa lalu, keanggotaan dalam ras kulit putih. Anggota serikat mengambil sebagian dari laba monopoli mereka dalam bentuk kebebasan dari interaksi yang mereka anggap tidak menyenangkan.

Dengan demikian, kebijakan pemerintah — yang bertanggung jawab atas pengendalian laba pada monopolis serta pemberdayaan serikat buruh — justru dapat meningkatkan tingkat diskriminasi melebihi apa yang mungkin terjadi dalam pasar bebas. Efeknya akan lebih besar apabila pemerintah memberlakukan dan menegakkan hukum yang mewajibkan diskriminasi, sebagaimana telah lama terjadi di negara-negara bagian selatan Amerika Serikat. Meskipun hukum-hukum semacam itu biasanya lahir dari antipati yang kuat dalam masyarakat terhadap interaksi dengan orang kulit hitam, tidak berarti bahwa hukum tersebut tidak memiliki efek aditif terhadap sentimen pribadi. Sebagian orang kulit putih mungkin hanya memiliki sedikit preferensi untuk diskriminasi dan karenanya mungkin tidak bersedia menanggung biaya

untuk memelihara fasilitas umum yang terpisah, seperti kamar kecil, sekolah, dan infrastruktur lainnya, di komunitas mereka.

B. Segregasi Sekolah

Dalam perkara *Brown v. Board of Education*, Mahkamah Agung Amerika Serikat membatalkan undang-undang negara bagian yang mewajibkan atau mengizinkan segregasi rasial di sekolah-sekolah negeri. Mahkamah menyatakan bahwa pendidikan yang terpisah secara rasial bersifat secara inheren tidak setara karena menanamkan rasa inferioritas pada anak-anak kulit hitam. Analisis dalam bagian sebelumnya menunjukkan dasar ekonomi—yang berbeda dari dasar psikologis—untuk menolak doktrin *separate but equal* (terpisah namun setara). Segregasi mengurangi peluang untuk menjalin hubungan sosial yang bernilai antar ras, yang mana hubungan tersebut sangat berharga bagi masyarakat kulit hitam mengingat posisi dominan masyarakat kulit putih dalam struktur sosial.

Mahkamah telah mengakui poin ini dalam perkara *Sweatt v. Painter*, yang memutuskan bahwa orang kulit hitam tidak dapat dikecualikan dari sekolah hukum negeri. Mahkamah menegaskan bahwa mahasiswa kulit hitam di sekolah hukum yang tersegregasi tidak memiliki kesempatan untuk mengembangkan jaringan profesional yang berharga dengan mahasiswa lain yang paling berpotensi menduduki posisi penting dalam profesi hukum di masa depan. Mahkamah menolak argumen bahwa kerugian ini dapat diimbangi oleh kerugian yang diderita mahasiswa kulit putih akibat tidak dapat berasosiasi dengan mahasiswa kulit hitam, dengan mencatat bahwa posisi lemah mahasiswa kulit hitam dalam profesi hukum membuat hubungan tersebut kurang bernilai bagi mahasiswa kulit putih.

Apabila analisis sebelumnya benar, maka undang-undang yang dibatalkan dalam perkara *Brown*, yang melarang distrik sekolah lokal menyelenggarakan sekolah terpadu, justru menyebabkan tingkat diskriminasi menjadi lebih tinggi dibandingkan jika undang-undang tersebut tidak pernah ada—meskipun peningkatannya mungkin tidak terlalu besar. Meskipun pengadilan federal, Departemen Kehakiman, dan lembaga pemerintah lainnya pada akhirnya mampu memaksa negara-negara bagian di selatan untuk menghentikan penerapan undang-undang segregasi mereka, banyak warga kulit putih yang bersedia menanggung biaya tambahan guna mempertahankan segregasi sekolah. Mereka menyekolahkan anak-anak mereka ke sekolah

swasta yang tersegregasi atau pindah ke distrik sekolah yang memiliki sedikit penduduk kulit hitam. Mahkamah Agung memang membuat diskriminasi menjadi lebih mahal, namun karena masyarakat kulit putih sangat menghargai keberlanjutan segregasi sekolah, dampak dari putusan Mahkamah terhadap tingkat diskriminasi selama bertahun-tahun tetap kecil (dan mungkin masih kecil hingga kini). Selain itu, karena masyarakat kulit putih mengendalikan keuangan publik negara bagian, mereka dapat—setidaknya sebagian—mengurangi dampak putusan Mahkamah dengan memangkas anggaran pendidikan publik dan mensubsidi pendidikan swasta melalui bantuan biaya pendidikan (*tuition grants*) dan insentif pajak. Langkah-langkah ini membuat biaya pemindahan anak-anak ke sekolah swasta yang tersegregasi menjadi lebih terjangkau bagi orang tua.

Mahkamah sebenarnya dapat memanfaatkan tingginya nilai yang dilekatkan masyarakat kulit putih terhadap segregasi sekolah dengan mensyaratkan bahwa, sebagai konsekuensi dari diperbolehkannya segregasi, negara-negara bagian selatan diwajibkan mengalokasikan anggaran yang jauh lebih besar bagi pendidikan masyarakat kulit hitam dibandingkan praktik sebelumnya. Masyarakat kulit hitam secara teoritis mungkin akan berada dalam posisi yang lebih baik dalam pengaturan seperti ini, bahkan apabila putusan *Brown* langsung dipatuhi secara menyeluruh dan tulus.

Bayangkan suatu komunitas yang terdiri dari 200 orang kulit hitam dan 800 orang kulit putih, di mana pendapatan rata-rata masyarakat kulit hitam adalah \$5.000 dan pendapatan rata-rata masyarakat kulit putih adalah \$10.000. Asumsikan bahwa penghapusan segregasi pendidikan akan meningkatkan pendapatan—baik yang bersifat finansial maupun non-finansial—masyarakat kulit hitam sebesar rata-rata \$2.000 per orang (dengan mengabaikan jeda waktu antara perubahan kondisi pendidikan dan peningkatan peluang kerja). Maka, masyarakat kulit hitam akan memperoleh manfaat kolektif sebesar \$400.000 dari desegregasi. Akan tetapi, andaikan masyarakat kulit putih dalam komunitas tersebut bersedia membayar rata-rata \$1.000 per orang untuk mempertahankan segregasi sekolah, maka secara kolektif mereka akan bersedia mengeluarkan \$800.000 untuk mendanai pendidikan yang lebih baik bagi masyarakat kulit hitam sebagai kompensasi atas kelanjutan segregasi. Dan misalkan setiap dolar yang dibelanjakan untuk tujuan ini memberikan manfaat sebesar satu dolar kepada masyarakat kulit hitam, maka pengeluaran

tersebut akan meningkatkan pendapatan masyarakat kulit hitam sebesar \$800.000—dua kali lipat dari manfaat yang diperoleh melalui integrasi.

Putusan *Brown* telah dikritik karena dianggap membatasi kebebasan berasosiasi masyarakat kulit putih, sementara di saat yang sama memajukan kebebasan berasosiasi masyarakat kulit hitam, dan karena tidak terdapat prinsip netral yang dapat digunakan untuk memilih antara preferensi asosiasi masyarakat kulit putih dan kulit hitam. Namun, analisis ekonomi menyarankan suatu pembedaan penting: karena masyarakat kulit hitam merupakan minoritas secara ekonomi, maka biaya yang harus mereka tanggung akibat prasangka masyarakat kulit putih secara proporsional jauh lebih besar daripada biaya yang harus ditanggung oleh masyarakat kulit putih.

C. Persyaratan Adanya Tindakan Negara (*State Action*)

Amandemen Keempat Belas Konstitusi Amerika Serikat, yang disahkan terutama untuk kepentingan kelompok minoritas rasial, menetapkan bahwa tidak satu negara bagian pun boleh menolak kepada siapa pun perlindungan hukum yang setara atau mencabut hak hidup, kebebasan, atau milik seseorang tanpa proses hukum yang layak. Analisis ekonomi dapat membantu memperjelas isu-isu yang muncul dalam membedakan tindakan negara dari tindakan swasta.

Terdapat tiga tingkatan keterlibatan negara dalam tindakan diskriminasi:

- 1) undang-undang atau tindakan resmi lainnya yang secara eksplisit memerintahkan adanya diskriminasi;
- 2) diskriminasi yang dilakukan oleh badan usaha milik negara atau lembaga publik; dan
- 3) keterlibatan negara dalam perusahaan swasta yang melakukan diskriminasi, tetapi keterlibatan tersebut tidak mencakup keputusan perusahaan untuk mendiskriminasi. Dua tingkat pertama dari keterlibatan negara ini hadir dalam perkara *Brown*, meskipun keduanya tidak dibedakan secara tegas dalam putusan tersebut.

Aspek pertama dari putusan Mahkamah dalam perkara tersebut adalah pembatalan undang-undang yang mewajibkan seluruh sekolah negeri dalam suatu negara bagian disegregasi. Undang-undang semacam itu dapat diasumsikan mencerminkan prasangka separuh populasi yang paling berprasangka, dan karena itu menghasilkan tingkat diskriminasi yang lebih

tinggi dibandingkan jika keputusan untuk melakukan segregasi diserahkan kepada masing-masing distrik sekolah negeri. Aspek kedua dari putusan tersebut adalah pembatalan undang-undang negara bagian yang mengizinkan distrik sekolah lokal untuk memilih apakah akan menerapkan segregasi atau tidak. Jika keputusan untuk melakukan segregasi diserahkan kepada masing-masing distrik sekolah, tidak secara otomatis jelas bahwa tingkat diskriminasi yang terjadi akan berbeda dari situasi di mana seluruh pendidikan bersifat privat; meskipun kemungkinan besar diskriminasi akan tetap lebih banyak. Sistem sekolah negeri merupakan monopoli yang tidak dapat dialihkan (*nontransferable monopoly*)—karena pendidikan swasta, yang biayanya ditanggung langsung oleh konsumen dan bukan oleh pembayar pajak, bukanlah substitusi yang cukup baik untuk sepenuhnya menghilangkan kekuatan monopoli distrik sekolah negeri. Sebagaimana telah dianalisis sebelumnya, monopoli yang tidak dapat dialihkan cenderung lebih diskriminatif, secara rata-rata, dibandingkan perusahaan kompetitif atau monopoli yang dapat dialihkan secara bebas. Karena sebagian besar layanan pemerintah memiliki karakteristik monopoli yang tidak dapat dialihkan, maka temuan ini memiliki relevansi umum terhadap lembaga publik.

Analisisnya berbeda ketika keputusan untuk melakukan diskriminasi dibuat oleh individu atau perusahaan swasta, meskipun negara terlibat sampai batas tertentu dalam aktivitas swasta tersebut. Pertanyaan yang relevan adalah apakah keterlibatan negara tersebut membuat diskriminasi menjadi lebih mungkin terjadi. Apabila keterlibatan negara berbentuk regulasi terhadap perusahaan utilitas publik atau penyelenggara jasa angkutan umum (*common carrier*), maka, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, kemungkinan perusahaan tersebut melakukan diskriminasi menjadi lebih besar, dan dengan demikian tindakannya dapat dipandang sebagai tindakan negara menurut Amandemen Keempat Belas. Namun, apabila keterlibatan negara tidak meningkatkan kemungkinan terjadinya diskriminasi, maka tidak terdapat dasar untuk mengatribusikan keputusan diskriminatif tersebut kepada negara. Negara memang menyelenggarakan sistem pencatatan hak atas tanah yang sangat luas dan secara aktif mengatur penggunaan tanah, tetapi keterlibatan tersebut tidak meningkatkan kemungkinan bahwa seorang pemilik rumah kulit putih akan menolak menjual rumahnya kepada pembeli kulit hitam karena keengganan untuk berinteraksi sosial dengan kelompok tersebut.

Analisis di atas menunjukkan bukan suatu definisi *state action* yang lebih sempit, melainkan suatu definisi yang berbeda dari yang digunakan oleh pengadilan. Analisis tersebut akan mendukung pelarangan diskriminasi rasial oleh serikat pekerja berdasarkan Amandemen Keempat Belas, karena kebijakan pemerintah yang mendorong pertumbuhan serikat pekerja yang monopolistik telah secara tidak langsung meningkatkan kemungkinan bahwa serikat pekerja akan melakukan diskriminasi rasial. Namun, diskriminasi oleh penyewa konsesi swasta dalam gedung kantor milik publik tidak akan dilarang, kecuali otoritas publik secara aktif mendorong penyewa tersebut untuk melakukan diskriminasi.

Satu pertanyaan menarik muncul ketika keterlibatan negara berbentuk penegakan hukum terhadap keputusan diskriminatif yang dibuat oleh pihak swasta. Apakah perjanjian rasial (*racial covenants*) dapat ditegakkan? Apakah kota Macon, sebagai wali amanat atas taman hibah dari Senator Bacon, dapat melaksanakan syarat rasial dalam pemberian hibah tersebut? Apakah klausul *equal protection* melarang pemilik toko yang tidak menginginkan pelanggan kulit hitam untuk menggunakan upaya hukum perdata dan pidana atas tindak *trespassing*?

Sulit untuk mempercayai bahwa tanpa adanya hak milik, diskriminasi akan menjadi lebih sedikit. Justru sebaliknya, diskriminasi mungkin akan meningkat, khususnya di komunitas di mana preferensi diskriminatif tersebar luas, karena tanpa perlindungan hukum atas hak milik, aktivitas ekonomi lebih banyak akan diarahkan oleh keputusan politik atau oleh ancaman kekerasan.

Memang benar—meskipun tidak terlalu penting—bahwa apabila negara hanya menegakkan keputusan-keputusan swasta kecuali yang bersifat diskriminatif, maka biaya dari diskriminasi akan meningkat dan kejadian diskriminatif akan berkurang. Namun, poin yang lebih menarik adalah bahwa dalam kasus perjanjian pembatasan (*restrictive covenant*) dan hibah amal yang bersyarat, penegakan syarat rasial akan menyebabkan terjadinya diskriminasi yang melebihi tingkat diskriminasi yang dikehendaki oleh masyarakat saat ini. Mengambil analogi dari perdagangan internasional, hal ini mirip dengan situasi di mana negara-negara pada abad ke-19 sepakat untuk tidak mengizinkan perdagangan internasional dilakukan selain melalui kapal layar. Ini merupakan penerapan dari isu yang lebih luas yang telah dibahas dalam Bab 18, yakni bahwa suatu kondisi yang bersifat permanen dalam akta atau hibah dapat menyebabkan sumber daya digunakan secara tidak efisien apabila

muncul keadaan tak terduga—dalam hal ini, penurunan selera masyarakat terhadap diskriminasi. Akan tetapi, apakah suatu kondisi permanen akan menghasilkan diskriminasi yang lebih besar atau lebih kecil dari yang diinginkan masyarakat kontemporer adalah hal yang bersifat kebetulan. Apabila terjadi peningkatan diskriminasi secara sekuler alih-alih penurunan, maka penegakan ketentuan-ketentuan dalam akta atau hibah yang bermotif rasial—seperti ketentuan dalam piagam yayasan yang menyatakan bahwa tujuan yayasan adalah untuk mempromosikan integrasi rasial—justru dapat menghasilkan tingkat diskriminasi yang lebih rendah daripada yang diinginkan oleh masyarakat pada masa itu.

D. Undang-Undang Antidiskriminasi

Undang-undang federal yang melarang diskriminasi oleh pihak swasta dalam penjualan dan penyewaan properti, dalam hubungan kerja, serta dalam pelayanan di restoran, hotel, dan tempat akomodasi publik lainnya, biasanya dibenarkan atas dua dasar: pertama, sebagai upaya untuk menghapus dampak dari berabad-abad legislasi yang bersifat diskriminatif; dan kedua, sebagai instrumen untuk mendukung perdagangan antarnegeri (*interstate commerce*). Dasar pembenaran kedua mungkin terkesan dibuat-buat bagi sebagian kalangan, namun memiliki dasar ekonomi yang masuk akal. Diskriminasi mengurangi jumlah transaksi antara kelompok kulit hitam dan kulit putih, dan banyak dari transaksi yang terhalang tersebut termasuk dalam lingkup perdagangan antarnegeri, bahkan dalam definisi yang sempit sekalipun.

Dasar pembenaran pertama terdengar masuk akal, tetapi cenderung tidak pasti batasnya. Setiap bentuk kerugian yang dialami oleh orang kulit hitam pada masa kini mungkin, setidaknya sebagian, merupakan akibat dari diskriminasi masa lalu yang bersumber dari undang-undang atau kebijakan pemerintah yang bersifat diskriminatif. Jika anak-anak kulit hitam pada umumnya menunjukkan prestasi akademik yang lebih rendah dibanding anak-anak kulit putih, bahkan di sekolah-sekolah di bagian utara, hal itu mungkin disebabkan oleh rendahnya tingkat pengembalian (*return*) dari pendidikan bagi masyarakat kulit hitam secara historis, akibat diskriminasi di bidang ketenagakerjaan yang sangat parah terhadap kelompok kulit hitam berpendidikan—diskriminasi yang pada gilirannya dipengaruhi oleh kebijakan diskriminatif dari negara-negara bagian selatan, tempat asal banyak warga kulit hitam di wilayah utara. Argumen seperti ini menjadi dasar yang

paling kuat untuk membenarkan diskriminasi terbalik (*reverse discrimination*), yang akan dibahas dalam bagian berikutnya dari bab ini.

Analisis ekonomi dapat membantu menjelaskan variasi dalam tingkat kepatuhan terhadap undang-undang antidiskriminasi. Apabila hubungan antar-ras yang ditimbulkan oleh penerapan suatu undang-undang tergolong ringan, maka biaya sosial akibat hubungan tersebut bagi individu yang berprasangka pun akan rendah, dan mereka tidak akan bersedia menanggung biaya tinggi dalam bentuk sanksi pidana atau biaya hukum demi menolak kepatuhan terhadap hukum tersebut hanya demi memuaskan selera diskriminatif mereka. Oleh karena itu, tidak mengherankan apabila kepatuhan terhadap undang-undang yang melarang penolakan menjual properti atas dasar ras terjadi secara umum, walaupun sumber daya penegakan hukum yang dialokasikan relatif minim. Kecuali apabila penjual berniat tetap tinggal di lingkungan tersebut, maka interaksinya dengan pembeli kulit hitam hanya terbatas pada proses transaksi jual-beli (yang dalam praktiknya pun biasanya ditangani oleh makelar). Demikian pula, hubungan antara pemilik hotel dan stafnya di satu sisi dengan para tamu hotel di sisi lain bersifat impersonal, kecuali pada penginapan yang sangat kecil—dan oleh karena itu usaha kecil tersebut dikecualikan dari cakupan undang-undang akomodasi publik. Maka tidak mengherankan bahwa kepatuhan terhadap ketentuan ini dapat dicapai secara cepat dan meluas.

Integrasi sekolah merupakan hal yang berbeda. Hubungan sosial di antara anak-anak sekolah bersifat erat dan berlangsung lama. Selain itu, sejauh anak-anak kulit hitam—dengan alasan apapun—secara rata-rata menunjukkan prestasi akademik yang lebih rendah dibanding anak-anak kulit putih, maka integrasi sekolah dapat menimbulkan biaya tambahan bagi siswa kulit putih, di luar biaya sosial non-finansial yang timbul dari hubungan sosial yang tidak diinginkan.

Undang-undang yang melarang diskriminasi di bidang ketenagakerjaan menimbulkan persoalan menarik dalam hal pembuktian, tujuan normatif, bentuk ganti rugi, serta efektivitasnya. Suatu perusahaan mungkin tidak memiliki karyawan kulit hitam, meskipun berlokasi di wilayah dengan populasi kulit hitam yang besar, bukan karena diskriminasi oleh manajemen perusahaan ataupun pekerja kulit putih, melainkan karena faktor lain. Mungkin tidak tersedia individu kulit hitam dengan keterampilan atau bakat yang sesuai, atau mereka mungkin tidak menyukai jenis pekerjaan tersebut,

atau mungkin mereka tidak mengetahui adanya lowongan kerja tersebut. Apabila pengusaha dipaksa untuk mempekerjakan pekerja kulit hitam yang tidak memenuhi syarat, membayar kompensasi tambahan agar mereka bersedia bekerja di bidang yang tidak mereka sukai, atau mengiklankan lowongan kerja di komunitas kulit hitam padahal hanya sedikit yang berminat terhadap posisi tersebut, maka perusahaan akan menanggung biaya yang lebih besar daripada manfaat yang diterima oleh pekerja yang bersangkutan. Pekerja kulit hitam yang tidak memenuhi kualifikasi menyebabkan penurunan produktivitas yang tidak diimbangi oleh kenaikan upah. Tambahan upah yang dibayarkan kepada pekerja kulit hitam yang tidak menyukai pekerjaannya bukan merupakan manfaat bagi pekerja tersebut, melainkan hanya kompensasi atas ketidaknyamanan non-finansial yang ditimbulkan oleh pekerjaan tersebut. Mengiklankan lowongan pekerjaan dalam komunitas kulit hitam juga mungkin tidak sebanding dengan biayanya apabila iklan tersebut tidak menghasilkan aliran pelamar yang memenuhi syarat. Karena sebagian besar dari biaya tambahan ini pada akhirnya akan dibebankan kepada konsumen, maka metode ini bersifat regresif dan juga tidak efisien.

Undang-undang yang melarang diskriminasi di tempat kerja tetap menimbulkan biaya, bahkan ketika diterapkan terhadap pengusaha yang benar-benar melakukan diskriminasi. Pengusaha mungkin terpaksa membayar upah lebih tinggi kepada pekerja kulit putih yang memiliki selera diskriminatif serta memiliki alternatif pekerjaan menarik di perusahaan lain yang tidak mempekerjakan pekerja kulit hitam. Jika mereka tidak memiliki alternatif tersebut, maka penghapusan diskriminasi tidak akan menimbulkan biaya finansial—karena secara hipotesis mereka tidak memiliki pilihan selain menerima keberadaan rekan kerja kulit hitam—namun tetap akan menimbulkan biaya non-finansial akibat hubungan sosial yang tidak menyenangkan bagi mereka. Biaya tersebut kecil kemungkinannya akan diimbangi oleh keuntungan yang diperoleh oleh pekerja kulit hitam yang mendapatkan pekerjaan yang lebih baik daripada opsi kerja lainnya, atau oleh keuntungan ekonomi yang diperoleh perusahaan dan konsumennya dari peningkatan hubungan perdagangan dengan masyarakat kulit hitam; karena apabila keuntungan semacam itu benar-benar signifikan, maka perusahaan kemungkinan besar sudah akan mempekerjakan pekerja kulit hitam tanpa tekanan hukum (mengapa?).

Mengenai bentuk ganti rugi yang tepat dalam kasus diskriminasi kerja yang telah terbukti, analisis ekonomi menyarankan bahwa pengusaha seharusnya diwajibkan membayar ganti rugi kepada setiap individu yang menjadi korban diskriminasi (dan mungkin digandakan atau dilipatgandakan tiga kali untuk mempermudah penegakan hukum dalam kasus dengan nilai ganti rugi kecil). Pendekatan ini memberikan efek kompensatoris sekaligus efek jera, dan tampaknya lebih disukai dibandingkan perintah pengadilan (injunksi) yang mengharuskan pengusaha mempekerjakan sejumlah atau persentase tertentu pekerja kulit hitam. Injunksi semacam itu akan memaksa pengusaha untuk memberhentikan pekerja kulit putih, atau dengan kata lain, memberikan perlakuan preferensial terhadap pelamar kerja kulit hitam hingga kuota dalam putusan pengadilan tercapai. Dengan membebani pekerja kulit putih yang mungkin tidak terlibat dalam tindakan diskriminatif, injunksi tersebut pada dasarnya merupakan bentuk pajak regresif dan sewenang-wenang terhadap kelas pekerja kulit putih.

Analisis menjadi lebih kompleks apabila pekerja turut bertanggung jawab atas terjadinya diskriminasi. Pekerja mungkin telah menolak keanggotaan serikat bagi pekerja kulit hitam. Atau pengusaha mungkin melakukan diskriminasi semata-mata karena preferensi diskriminatif dari para pekerjanya—padahal ia sendiri tidak memiliki kecenderungan diskriminatif. (Dalam pandangan ekonomi, siapakah yang lebih besar kemungkinannya untuk memiliki selera diskriminatif: pengusaha kulit putih atau pekerja kulit putih? Apa bentuk ganti rugi yang tepat apabila tanggung jawab pekerja atas diskriminasi dapat dibuktikan?)

Misalnya, seorang pengusaha membayar upah lebih tinggi kepada pekerja kulit putih dibandingkan pekerja kulit hitam dalam klasifikasi pekerjaan yang sama. Apakah ukuran ganti rugi yang tepat adalah selisih antara dua tingkat upah tersebut? Bagaimana jika terdapat kemungkinan bahwa apabila pengusaha harus membayar upah yang sama kepada pekerja kulit hitam dan kulit putih, maka ia akan mempekerjakan lebih sedikit pekerja dari kedua ras? Apakah pengusaha diperkenankan membela diri dengan menunjukkan bahwa sebagian dari selisih upah tersebut merupakan imbal hasil atas investasi pendidikan yang lebih besar dari pekerja kulit putih? Jika hanya sebagian kecil pengusaha dalam suatu pasar tenaga kerja yang melakukan diskriminasi, dapatkah dikatakan bahwa tidak ada selisih upah

antara pekerja kulit putih dan kulit hitam yang disebabkan oleh diskriminasi, tanpa memperhatikan preferensi pribadi pengusaha?

Sejauh ini telah diasumsikan bahwa, apapun dampak lainnya, undang-undang yang melarang diskriminasi (bagaimanapun didefinisikan) akan meningkatkan kesejahteraan bersih pihak-pihak yang menjadi korban diskriminasi. Namun, asumsi ini tidak selalu berlaku. Misalnya, suatu studi mengenai undang-undang ketenagakerjaan adil (*state fair employment laws*) di tingkat negara bagian menemukan bahwa meskipun undang-undang tersebut meningkatkan permintaan terhadap pekerja kulit hitam, ketentuan yang mewajibkan kesetaraan upah antara kulit hitam dan kulit putih justru menyebabkan pengangguran di kalangan pekerja kulit hitam, dan kedua efek tersebut saling meniadakan.

E. Diskriminasi Terbalik (*Reverse Discrimination*)

Sering kali dikemukakan bahwa kelompok kulit hitam seharusnya diberikan perlakuan preferensial—misalnya, bahwa sekolah hukum sepatutnya menerapkan standar penerimaan yang lebih rendah bagi calon mahasiswa kulit hitam dibandingkan kulit putih, meskipun kriteria seleksi tersebut secara obyektif memberikan estimasi yang tidak bias terhadap kinerja akademik calon mahasiswa kulit hitam. Apakah bentuk diskriminasi terbalik ini merupakan fenomena yang secara fundamental berbeda dari bentuk diskriminasi tradisional terhadap kelompok kulit hitam? Untuk menjawab pertanyaan ini, perlu kita telaah lebih lanjut melampaui asumsi yang selama ini digunakan, yaitu bahwa diskriminasi semata-mata merupakan cerminan preferensi (*taste*), dan menyelidiki lebih dalam akar penyebabnya.

Diskriminasi rasial dapat memiliki berbagai penyebab. Kebencian murni dan irasionalitas merupakan faktor dalam banyak kasus. Diskriminasi kadang bersifat anti-kompetitif—sebagaimana tampak dalam interniran warga Jepang di California selama Perang Dunia II—dan kadang pula bersifat eksploitatif, sebagaimana dalam praktik perbudakan; dalam konteks ini, ras berfungsi sebagai penanda yang mudah untuk mengidentifikasi anggota kelompok yang bersaing atau yang dieksploitasi. Namun, satu faktor penting yang kerap diabaikan adalah biaya informasi.

Sejauh mana suatu ciri seperti ras—atau atribut lain yang sulit disembunyikan seperti jenis kelamin, aksen, dan sebagainya—berkorelasi

positif dengan karakteristik yang tidak diinginkan, atau berkorelasi negatif dengan karakteristik yang diinginkan, maka penggunaan atribut tersebut sebagai proksi untuk karakteristik yang sebenarnya merupakan tindakan yang rasional dalam kerangka penghematan biaya informasi. Jika, misalnya, pengalaman (yang mungkin keliru) mengajarkan saya bahwa sebagian besar orang *Mycenae* memiliki bau napas bawang putih yang kuat, maka saya dapat menghemat biaya informasi dengan memilih untuk tidak bergabung dalam klub yang menerima anggota dari kalangan *Mycenae*. Meskipun saya mungkin kehilangan peluang untuk berinteraksi dengan individu *Mycenae* yang tidak memiliki masalah bau napas tersebut, biaya peluang itu mungkin lebih kecil dibandingkan biaya informasi yang harus dikeluarkan untuk melakukan penyaringan individu *Mycenae* secara lebih menyeluruh.

Diskriminasi yang dimotivasi oleh pertimbangan tersebut memiliki karakter dasar yang sama—meskipun dampak distribusionalnya berbeda—dengan keputusan untuk berhenti membeli pasta gigi merek X karena pengalaman buruk pada pembelian sebelumnya, sekalipun pengalaman selanjutnya mungkin lebih baik.

Fakta bahwa beberapa bentuk diskriminasi rasial dapat bersifat efisien (*efficient*) tidak serta-merta berarti bahwa tindakan tersebut sah secara hukum atau patut dibenarkan. Dari sudut pandang utilitarianisme, suatu tindakan dapat dianggap tidak adil, meskipun efisien (penjelasan tambahan diperlukan). Teori diskriminasi berbasis biaya informasi menunjukkan bahwa pendekatan penyeimbangan kepentingan (*balancing approach*) yang kadang diterapkan dalam perkara konstitusional (lihat Bab 28.2 *infra*), jika diterapkan secara jujur dalam perkara rasial, mungkin akan menghasilkan pembenaran terhadap beberapa bentuk diskriminasi rasial atas dasar efisiensi (meskipun hasil akhirnya akan sangat tergantung pada bobot yang diberikan terhadap biaya distribusional dari diskriminasi tersebut).

Alternatif dari pendekatan penyeimbangan adalah argumen bahwa yang dilarang oleh Amandemen Keempat Belas dan oleh ketentuan antidiskriminasi lainnya adalah secara tepat penggunaan ras sebagai proksi bagi karakteristik personal yang mendasarinya. Prinsip ini memiliki banyak kelebihan yang khas dari suatu aturan sederhana (*simple rule*) (lihat Bab 20.3 *supra*), dibandingkan dengan suatu aturan yang hanya melarang diskriminasi yang tidak masuk akal (*unreasonable*).

Namun, salah satu implikasi dari prinsip yang diusulkan tersebut adalah bahwa diskriminasi terbalik merupakan tindakan yang inkonstitusional, karena didasarkan pada penggunaan ras sebagai proksi atas karakteristik personal. Rasionalisasi atas penerimaan preferensial bagi mahasiswa hukum kulit hitam bukanlah karena "kekulit-hitaman" itu sendiri dianggap sebagai karakteristik yang diinginkan, tetapi karena ia berfungsi sebagai proksi bagi karakteristik yang relevan dalam proses pendidikan atau dalam profesi hukum—karakteristik seperti latar belakang penderitaan, empati terhadap kelompok yang terpinggirkan, dan sebagainya. Ras digunakan sebagai kriteria preferensi demi efisiensi dalam pencarian informasi.

Namun demikian, dapat diajukan argumen bahwa pendekatan semacam ini menghasilkan pemberian keuntungan yang bersifat sewenang-wenang kepada kalangan kulit hitam kelas menengah, dengan cara yang tidak berbeda jauh dari bagaimana diskriminasi terhadap kelompok kulit hitam—berdasarkan asumsi mengenai karakteristik kalangan kulit hitam miskin—justru memberatkan individu-individu kulit hitam dari kelas menengah yang tidak memiliki karakteristik tersebut.

Bacaan yang Disarankan

1. Gary S. Becker, *The Economics of Discrimination* (edisi ke-2, 1971).
2. *Discrimination in Labor Markets* (disunting oleh Orley Ashenfelter & Albert Rees, 1974).
3. Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, bab 12–14 (1981).
4. Thomas Sowell, *Civil Rights: Rhetoric or Reality?* (1984).

Permasalahan

1. Bab ini mengusulkan suatu prinsip netral dalam melarang diskriminasi. Apakah prinsip tersebut merupakan prinsip ekonomi? Dapatkah diajukan argumen bahwa diskriminasi merupakan tindakan yang tidak efisien? Dalam istilah ekonomi, apakah biaya dari interaksi antar-ras—dengan mempertimbangkan adanya prasangka—berbeda dengan kerusakan tanaman akibat interaksi antara kegiatan perkeretaapian dan pertanian?

2. Misalkan sejumlah orang kulit hitam membeli rumah melalui kontrak tanah (land contracts) dan kemudian gagal memenuhi kewajiban dalam kontrak tersebut. Mereka mengklaim bahwa mereka tidak seharusnya dimintai pertanggungjawaban atas wanprestasi tersebut karena telah dipaksa membayar harga yang lebih tinggi dibandingkan dengan pembeli kulit putih untuk properti serupa, sebagai akibat dari diskriminasi rasial. Para pengembang membalas dengan menyatakan bahwa orang-orang kulit hitam tersebut seharusnya bersyukur karena mereka bersedia menjual properti yang bernilai tinggi itu kepada mereka. Analisis ekonomi dapat memberikan pemahaman apa terhadap isu dalam sengketa hukum semacam ini? Apakah kesejahteraan kelompok kulit hitam secara keseluruhan akan meningkat atau menurun apabila para pengembang tersebut kalah dalam perkara tersebut?
3. Dapatkah dikemukakan argumen bahwa perjanjian pembatasan berdasarkan ras (racially restrictive covenants) justru dapat meningkatkan efisiensi?
4. Misalkan suatu fakultas hukum mendapati bahwa lulusan kulit hitamnya memiliki penghasilan profesional sepanjang hidup yang lebih rendah dibandingkan lulusan kulit putih, sebagai akibat dari diskriminasi rasial. Fakultas tersebut kemudian memutuskan untuk memberlakukan persyaratan penerimaan yang lebih tinggi bagi pelamar kulit hitam dibandingkan pelamar kulit putih. Dapatkah kebijakan tersebut dibela sebagai upaya untuk meningkatkan efisiensi? Jika ya, apakah hal itu menjadikan kebijakan tersebut sebagai kebijakan yang patut?
5. Pria kulit hitam memiliki harapan hidup yang lebih pendek dibandingkan pria kulit putih. Bahaslah implikasi alokatif dan distribusional dari ketentuan hukum yang melarang perusahaan asuransi jiwa membedakan tarif premi berdasarkan ras dari tertanggung.
6. Bandingkan dua bentuk diskriminasi terbalik (reverse discrimination): Dalam bentuk pertama, pemberi kerja menetapkan kuota untuk pekerja kulit hitam dan hanya mempekerjakan mereka hingga kuota tersebut terpenuhi; dalam bentuk kedua, pemberi kerja merekrut tanpa diskriminasi tetapi memberikan masa kerja (senioritas) yang lebih besar kepada pekerja kulit hitam daripada pekerja kulit putih, sehingga jika terjadi PHK karena kondisi ekonomi, lebih sedikit pekerja kulit hitam yang terkena PHK dibandingkan pekerja kulit putih. Pertimbangkan

apakah terdapat perbedaan apabila pemberi kerja tersebut merupakan entitas publik atau privat, apakah terdapat serikat pekerja atau tidak, serta apakah kebijakan pemberian “supersenioritas” kepada pekerja kulit hitam tersebut diterapkan sebelum atau setelah pekerja kulit putih yang terdampak dipekerjakan. Kombinasi atribut manakah yang menghasilkan bentuk diskriminasi yang paling tidak efisien dan yang paling efisien?

[Halaman Ini Sengaja Dikosongkan]

BAB XXVIII

PASAR GAGASAN DAN KEDUDUKAN UTAMA HAK POLITIK ATAS HAK EKONOMI

A. Dasar Ekonomi atas Kebebasan Berpendapat

Gagasan (*ideas*) merupakan suatu barang yang berguna dan diproduksi dalam jumlah besar di dalam suatu pasar yang sangat kompetitif. Pasar gagasan yang ditulis oleh *Holmes* bukan sekadar ungkapan kiasan, melainkan suatu realitas. Pasar ini yang menentukan “kebenaran” suatu gagasan, terkecuali untuk proposisi-proposisi deduktif murni seperti teorema Pythagoras. Ketika kita menyatakan bahwa suatu gagasan (seperti: bumi mengelilingi matahari) adalah benar, yang dimaksudkan ialah bahwa seluruh atau sebagian besar konsumen yang memiliki pengetahuan telah menerima (dalam arti “membeli”) gagasan tersebut. Bahkan dalam ilmu pengetahuan — yang secara tradisional dianggap sebagai ranah validitas objektif — suatu gagasan tidak ditinggalkan karena telah terbukti salah, melainkan karena gagasan yang bersaing memberikan jawaban yang lebih baik atas pertanyaan-pertanyaan yang menjadi perhatian utama para ilmuwan pada masanya.

Apabila kompetisi antar gagasan merupakan metode untuk menetapkan kebenaran, maka penindasan terhadap suatu gagasan atas dasar bahwa gagasan tersebut adalah keliru merupakan tindakan yang irasional, kecuali apabila terdapat kegagalan pasar (*market failure*). Suatu gagasan dianggap keliru hanya apabila ditolak dalam pasar gagasan; dan apabila telah ditolak, maka tidak terdapat alasan untuk menindasnya. Menyatakan bahwa suatu gagasan adalah benar sementara gagasan-gagasan yang bersaing telah ditindas adalah serupa dengan menyatakan bahwa suatu merek bir adalah yang paling populer, padahal penjualan merek-merek lainnya telah dilarang.

Namun, hal tersebut belum menjelaskan mengapa perlindungan konstitusional dianggap perlu diberikan secara khusus terhadap pasar gagasan, tetapi tidak terhadap pasar-pasar lainnya. Terdapat dua kemungkinan penjelasan yang sejalan dengan pemikiran ekonomi. Pertama, pengaturan terhadap pasar gagasan menimbulkan risiko subversi terhadap proses demokrasi, yang pada akhirnya dapat mengarah pada bentuk monopoli yang

paling berbahaya — yaitu monopoli atas kekuasaan pemerintahan (lihat Bab 24.2 di atas). Kedua, dan merupakan penjelasan yang lebih luas (karena penjelasan pertama terbatas pada ujaran politik), adalah bahwa pasar informasi bersifat rapuh. Sebagaimana telah dibahas pada bagian awal buku ini (lihat Bab 3.2 di atas), tidaklah layak atau memungkinkan untuk menciptakan hak milik atas gagasan murni. Oleh karena itu, gagasan cenderung akan diproduksi dalam jumlah yang lebih sedikit dari tingkat yang optimal. Permasalahan ini menjadi sangat serius apabila gagasan yang populer merupakan substitusi yang baik — sebagaimana faktanya — terhadap gagasan yang bernilai tetapi tidak populer. Dalam keadaan demikian, segala bentuk biaya yang dibebankan oleh pemerintah terhadap gagasan-gagasan yang tidak populer dapat menyebabkan terjadinya substitusi besar-besaran menjauh dari gagasan tersebut. Bahkan, pertautan antara istilah “bernilai” dan “tidak populer” mengindikasikan bahwa terdapat suatu kelas gagasan yang manfaatnya hampir sepenuhnya bersifat eksternal (*externalities*). Dengan demikian, terdapat alasan ekonomi yang kuat untuk mengkhawatirkan efek “menggigilkan” (*chilling effect*) terhadap pelaksanaan kebebasan berpendapat.

B. Ruang Lingkup Aktivitas yang Dilindungi: Hasutan, Ancaman, Pencemaran Nama Baik, dan Pornografi

Tidak semua pernyataan mengkomunikasikan suatu gagasan dalam arti yang relevan bagi konsep pasar gagasan; dan beberapa pernyataan, terlepas dari benar atau salahnya, memiliki atribut lain — yaitu membahayakan — yang dapat membenarkan pengaturan oleh negara apabila pasar gagasan gagal (dalam pengertian ekonomi mengenai kegagalan pasar) mengaturnya. Sebagai contoh, apabila saya berkata, “Saya akan pergi berjalan-jalan sekarang,” atau “Saya akan merampok bank,” atau “Saya sedang mengorganisir pemberontakan bersenjata,” maka saya tidak sedang mengajukan gagasan ke pasar gagasan, melainkan semata-mata menyatakan suatu niat, dan pernyataan tersebut dapat menjadi bukti percobaan tindak pidana yang tidak berkaitan dengan gagasan, seperti perampokan. Pemidanaan atas percobaan tindak pidana semacam ini tidak menghambat pasar gagasan. Pernyataan mengenai suatu niat tidak dimaksudkan untuk bersaing dengan pandangan lain, sebagaimana pernyataan bahwa bumi itu datar dimaksudkan untuk bersaing dengan pandangan-pandangan ilmiah lainnya; dan tidak terdapat risiko

kekurangan produksi, karena tidak ada investasi dalam penciptaan gagasan di balik pernyataan tersebut (bandingkan Bab 4.6 di atas).

Sekarang bayangkan saya berkata, “Pemberontakan bersenjata besok akan menjadi hal yang baik,” atau (jika saya adalah produsen *widget*) “Industri akan lebih baik jika harga *widget* naik 10 persen,” atau “Saya berniat memilih kandidat X.” Pernyataan-pernyataan ini menyampaikan gagasan yang otentik karena bertujuan menggantikan gagasan yang bersaing di dalam pasar gagasan. Permasalahannya adalah bahwa dua pernyataan pertama tersebut juga dapat merupakan ajakan untuk melakukan perbuatan yang melawan hukum (pengkhianatan dan pengaturan harga). Sebagai ajakan, pernyataan tersebut tampaknya dapat dihukum berdasarkan asas yang juga membuat percobaan dan persekongkolan dapat dihukum. Namun, pemidanaan atas pernyataan semacam itu akan memiliki dampak sampingan berupa penindasan terhadap suatu gagasan.

Formula ekonomi untuk menangani kasus-kasus campuran antara gagasan dan hasutan ini pernah diusulkan oleh Hakim *Learned Hand* dalam perkara *United States v. Dennis*. Dalam putusannya, ia menyatakan bahwa pengadilan harus “menilai apakah tingkat keburukan (*‘evil’*) [yakni jika hasutan berhasil] setelah dikurangi dengan probabilitas terjadinya, dapat membenarkan pelanggaran atas kebebasan berbicara sejauh yang diperlukan untuk mencegah bahaya tersebut.” Ini setara dengan formula kelalaian Hand $\{B < PL\}$, apabila B didefinisikan sebagai biaya dari berkurangnya jumlah gagasan akibat tindakan pemerintah, P sebagai probabilitas terjadinya kejahatan yang dianjurkan oleh pembicara, dan L sebagai biaya sosial jika kejahatan itu benar-benar terjadi. Jika B lebih kecil daripada PL, maka tindakan pemerintah terhadap pembicara adalah efisien. Pertanyaan lanjutannya: Haruskah ada diskonto tambahan karena “kejauhan waktu” (*remoteness*) — berbeda dari “kemustahilan” — seperti dalam perhitungan nilai kini atas kerugian penghasilan masa depan dalam perkara cedera pribadi (lihat Bab 6.11 di atas)?

Penerapan formula Dennis sangat tergantung pada tindakan apa yang hendak dilakukan pemerintah. Jika yang dimaksud adalah pemidanaan secara pidana, maka B akan cukup besar, sehingga diperlukan PL yang substansial untuk membenarkannya. Namun, apabila pemerintah hanya berniat untuk memantau aktivitas pembicara agar dapat mengambil tindakan bila bahaya kejahatan menjadi nyata dan segera, maka B akan lebih kecil (karena efek

mengerikan pada kebebasan berbicara lebih kecil), dan PL yang lebih rendah pun dapat cukup untuk membenarkan tindakan pemerintah.

Meskipun tidak dapat dikuantifikasi secara presisi, formula ini membantu menjelaskan, misalnya, mengapa ajakan terhadap kejahatan besar seperti genosida atau revolusi justru lebih mungkin ditoleransi dibandingkan ajakan untuk main hakim sendiri (*lynching*), yang kejahatannya lebih kecil, atau bahkan dibandingkan pelanggaran ringan seperti menggunakan mobil pengeras suara. Jika probabilitas keberhasilan ajakan genosida sangat kecil, maka biaya diskonto dari ujaran tersebut bisa jadi lebih kecil daripada ancaman linch. Dalam kasus mobil pengeras suara, meskipun kerugiannya (L dalam formula) kecil, manfaat yang hilang juga kecil karena pembicara masih dapat menyampaikan pesannya dengan cara lain yang tidak mengganggu. Kasus mobil suara ini, sebagaimana pembatasan waktu, tempat, dan cara penyampaian pidato lainnya (bukan isi pidatonya), secara analitis mirip dengan kasus pemerintah yang hanya menyelidiki, bukan menghukum, pembicara. Perlu dicatat bahwa baik hasutan terhadap kejahatan maupun penggunaan mobil suara menghasilkan biaya eksternal, yang merupakan dasar umum bagi regulasi.

Formula Dennis mungkin tampak paternalistik dan karenanya tidak sepenuhnya efisien. Misalnya, anggaplah suatu kelompok berusaha meyakinkan masyarakat bahwa revolusi kekerasan akan membuat kehidupan mereka lebih baik, dan probabilitas keberhasilan cukup tinggi untuk melewati ambang *formula Hand*, meskipun tidak ada seruan untuk bertindak secara langsung. Mengapa perlu intervensi terhadap pasar gagasan, jika masih ada waktu untuk kelompok lain melakukan kontra-persuasi? Salah satu jawabannya ialah bahwa dalam kerangka waktu tersebut, probabilitas P sebenarnya kecil, sehingga formula tidak membenarkan penindasan. Alasan yang lebih kuat untuk menindas ada dalam kasus hasutan langsung, di mana jeda antara ujaran dan tindakan terlalu pendek untuk memberikan kesempatan bagi pandangan lain — analoginya seperti menindak monopoli akibat kegagalan pasar.

Argumentasi ekonomi serupa dapat diberikan untuk menindas ajakan terhadap revolusi kekerasan bahkan ketika seruan itu bersifat futuristik. Meskipun ajakan tersebut mungkin memuat gagasan (misalnya bahwa kapitalis memperoleh keuntungan yang terlalu besar, atau bahwa ketimpangan pendapatan meningkat), ia juga merupakan ajakan untuk melakukan tindakan

melawan hukum. Bahkan jika pasar gagasan berhasil mengungkapkan kekeliruan ide tersebut, ajakan itu tetap dapat menarik, dan masyarakat miskin tetap bisa memutuskan untuk menjerah orang kaya. Dalam formula Hand, pasar gagasan hanya menurunkan nilai P — tidak sampai nol.

Diskusi sejauh ini mengasumsikan adanya garis tegas antara pernyataan niat dan gagasan. Namun pertimbangkan jenis pernyataan niat yang disebut ancaman. Jika saya mengatakan akan menembak Anda jika Anda tidak menyerahkan dompet, ancaman tersebut menyampaikan informasi tentang niat saya — tetapi hanya sebagian, karena biasanya pembuat ancaman tidak benar-benar ingin melaksanakannya, kecuali untuk mempertahankan kredibilitas. Oleh sebab itu, jika ancaman dapat ditekan secara efektif, maka kejahatan yang diancamkan juga akan dapat ditekan. Selain itu, investasi dalam membuat ancaman tidak memiliki produk sosial; maka kita ingin mencegah, bukan melindunginya. Namun, bagaimana dengan ancaman untuk melakukan sesuatu yang sepenuhnya sah, seperti melaporkan Anda ke polisi kecuali Anda membayar saya agar diam? Mengapa pernyataan niat untuk melakukan tindakan yang sah dapat dihukum? Sekali lagi, kuncinya adalah bahwa niat tersebut bersifat kondisional. Saya tidak ingin melaporkan Anda; saya menginginkan uang Anda. Maka jika pemerasan (*blackmail*) adalah perbuatan melawan hukum (lihat Bab 22.2 di atas), maka permintaan yang digunakan dalam konteks pemerasan juga seharusnya melawan hukum. Bentuk permintaan tersebut — apakah berupa “*wortel*” (saya menawarkan diam saya dengan bayaran) atau “tongkat” (jika Anda tidak membayar, saya akan melapor) — hanyalah detail teknis.

Pernyataan yang merugikan individu juga merupakan bagian penting dari pasar gagasan dan pada prinsipnya dapat divalidasi melalui kompetisi, sebagaimana gagasan lainnya. Namun, terdapat keistimewaan: pernyataan tersebut menimbulkan kerugian yang bersifat terfokus (mengapa ini penting?) dan setidaknya secara kasar dapat diukur; kesalahan dari fitnah dapat dengan mudah dibuktikan, sehingga penentuan hukum atas kebenaran dapat menjadi substitusi yang cukup baik bagi penentuan melalui pasar; dan (terkait) kompetisi mungkin bukanlah mekanisme yang efektif — bagaimana saya bisa bersaing dengan *Time Magazine* jika saya difitnah? Maka mungkin, produsen dan penyebar gagasan, sebagaimana barang lain, harus bertanggung jawab atas kerugian terhadap reputasi.

Namun, untuk mencegah gugatan pencemaran nama baik membatasi kebebasan berbicara dan pers secara berlebihan, Mahkamah Agung AS menetapkan batasan ketat yang tidak dapat dilampaui oleh negara bagian tanpa melanggar Amandemen Pertama. Secara khusus, mereka tidak boleh mengizinkan figur publik (biasanya pejabat atau politisi) menuntut ganti rugi tanpa menunjukkan bahwa tergugat mengetahui bahwa pernyataan tersebut salah, atau lalai secara sembrono dalam menentukan kebenarannya. Bagi individu nonpublik, standar pembuktian lebih longgar. Perbedaan ini masuk akal secara ekonomi: figur publik lebih mungkin memperoleh ruang di media untuk menjawab, dan jawaban lebih murah daripada gugatan, serta lebih selaras dengan pasar gagasan yang bebas dari regulasi. Selain itu, informasi tentang figur publik cenderung memiliki nilai sosial yang lebih tinggi dibanding informasi tentang individu biasa (mengapa dan mengapa ini relevan?).

Standar pembuktian tersebut juga dapat dibenarkan secara ekonomi karena kritik terhadap figur publik menghasilkan manfaat eksternal yang tidak seluruhnya dinikmati oleh penerbit. Misalnya, jika seorang wartawan mendapatkan berita eksklusif, koran tempat ia bekerja hanya akan memperoleh sebagian nilai dari berita tersebut, karena media lain segera mengikutinya. Bila wartawan dan medianya dihadapkan pada ancaman ganti rugi besar, mereka bisa enggan mempublikasikan berita itu, meskipun manfaat sosialnya — berdasarkan keinginan pembaca untuk membayar — mungkin melebihi kerugiannya. Salah satu cara mendorong publikasi adalah dengan mengurangi biaya publikasi, yang dilakukan melalui pengurangan beban pembuktian terhadap kebenaran absolut.

Keberatan terhadap pendekatan ini ialah bahwa korban pencemaran nama baik dipaksa menanggung subsidi bagi produksi gagasan. Ini mungkin tidak bermasalah jika dampaknya dapat dialihkan melalui asuransi. Tetapi bentuk subsidi ini justru memiliki efek membalikkan: mendorong orang agar tidak menjadi figur publik. Alternatifnya adalah dengan mensubsidi media secara langsung dan membiarkan korban mempertahankan hak-hak hukum penuhnya. Pilihan lain adalah dengan memperluas hak milik atas berita. Putusan *Associated Press* yang memungkinkan penghalangan publikasi ulang tanpa izin bisa menjadi preseden yang mendukung, andai tidak dikikis oleh putusan-putusan berikutnya.

Dalam semua kasus, baik ujaran berbahaya maupun pencemaran nama baik (dan terlebih lagi pada kasus suara bising), terdapat eksternalitas negatif, yang memberikan dasar ekonomi konvensional bagi regulasi: pembicara menghasut pendengarnya untuk menyakiti orang lain, atau media menyenangkan pembacanya dengan menuduh seseorang berperilaku tercela. Pornografi pun menciptakan eksternalitas — terutama jika ditampilkan secara publik kepada khalayak yang tidak menghendaknya, seperti di papan bioskop. Pelarangan tampilan publik atas pornografi menghilangkan gangguan pada biaya yang minimal, yakni penurunan efektivitas iklan yang dapat digantikan dengan cara lain. Ini adalah contoh nyata pembatasan terhadap waktu, tempat, dan cara ekspresi, yang umumnya lebih toleran dibanding pelarangan substansi gagasan.

Namun, terdapat satu hal penting: penindasan bukan hanya mengurangi audiens, tetapi juga mengurangi insentif untuk menciptakan karya seni atau sastra sejak awal. Pasar gagasan memiliki dimensi kreatif dan komunikatif. Seperti dibahas dalam hak paten dan hak cipta (Bab 3.2, 10.2, 13.7), insentif menciptakan gagasan ditingkatkan melalui perlindungan hukum, namun penyebarannya diperlambat. Jika pemerintah hanya mengatur tempat karya seni seksual dapat ditampilkan, maka pengurangan insentifnya kecil. Tetapi jika pemerintah memidana penciptanya, maka insentif tersebut secara drastis berkurang.

Implikasinya: jika pornografi didefinisikan sebagai bentuk ekspresi seksual yang sangat ofensif hingga layak dihukum, maka bentuk yang kurang ofensif hanya membenarkan pembatasan tempat, waktu, atau cara, misalnya dengan menempatkan buku dalam ruangan khusus di perpustakaan atau melarang film seksual di televisi. Dalam kerangka Dennis, L lebih kecil, namun B juga lebih kecil. Ini mirip dengan alasan ekonomi yang membolehkan negara menyelidiki pidato yang belum cukup berbahaya untuk dihukum.

Yang belum dijelaskan adalah pelarangan penjualan pornografi kepada orang dewasa dalam kondisi di mana kecil kemungkinan ditampilkan kepada yang menolaknya. Bukankah ini termasuk *victimless crime*? Tapi, jika kita kesampingkan segala pengaruh potensial terhadap keluarga atau kejahatan seksual, mungkinkah cukup bahwa orang yang bukan konsumen pornografi merasa terganggu hanya karena keberadaan produk tersebut di komunitas mereka? Ataukah ini bukan eksternalitas yang sah?

Terlepas dari itu, tampaknya hukum memiliki dasar ekonomi yang kuat untuk memberikan perlindungan lebih rendah terhadap karya seni dan sastra seksual dibanding gagasan politik dan ilmiah. Karya seksual eksplisit memiliki substitusi yang baik: karya yang kurang eksplisit. Maka, biaya sosial dari pelarangan lebih rendah dibanding pelarangan terhadap gagasan politik atau ilmiah — karena ide yang salah bukanlah substitusi yang baik bagi ide yang benar yang ditekan.

C. Regulasi atas Penyiaran

Salah satu pengecualian terhadap kebebasan berpendapat yang layak memperoleh perhatian khusus adalah karena pengecualian tersebut merupakan penerapan langsung dari teori ekonomi. Yang dimaksud adalah prinsip yang diilustrasikan dalam putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam perkara *Red Lion*, bahwa pemerintah diperbolehkan mengatur isi siaran karena adanya keterbatasan fisik dalam spektrum elektromagnetik. Pengaturan tersebut tidak seintrusif pemidanaan atas penyampaian gagasan tertentu dalam hal mengganggu pasar gagasan, tetapi tetap membatasi kebebasan penyiar dalam menentukan gagasan apa yang akan disiarkan, serta mengurangi insentif untuk menyiarkan materi yang kontroversial (mengapa?).

Namun, pengaturan serupa apabila diterapkan terhadap surat kabar telah dianggap melanggar Amandemen Pertama Konstitusi Amerika Serikat.

Perbedaannya, menurut Mahkamah Agung, adalah bahwa penyiar, tidak seperti pemilik surat kabar, memiliki kekuatan monopoli. Karena dua penyiar tidak dapat menyiarkan pada frekuensi yang sama dalam area yang sama tanpa menimbulkan gangguan yang tidak dapat ditoleransi, maka lisensi dari FCC (*Federal Communications Commission*) untuk menggunakan frekuensi tertentu pada wilayah tertentu memberikan kekuasaan monopoli atas frekuensi tersebut, yang tidak memiliki padanannya dalam media ekspresi lainnya.

Namun, argumen tersebut tidak berdasar secara ekonomi. Meskipun benar bahwa hanya satu penyiar yang dapat menggunakan satu frekuensi pada tempat dan waktu tertentu, hal tersebut tidak serta merta menimbulkan monopoli, karena berbagai frekuensi yang berbeda — dalam batas tertentu — merupakan substitusi sempurna satu sama lain. FCC pada umumnya memberikan lisensi kepada lebih dari satu stasiun televisi dalam setiap pasar lokal. Sebagian besar pasar memiliki setidaknya tiga atau empat stasiun, dan

beberapa memiliki sembilan hingga sebelas. Jumlah ini nyaris selalu melebihi jumlah surat kabar dalam pasar yang sama. Dan itu pun hanya mencakup stasiun siaran terbuka (*over-the-air*); sekarang telah tersedia banyak saluran televisi kabel independen.

Fakta bahwa spektrum elektromagnetik terbatas tentu saja tidak membedakannya dari sumber daya lain. Sarana input yang digunakan dalam metode komunikasi ide lainnya juga terbatas. Rentang frekuensi di mana gelombang elektromagnetik dapat dipancarkan sangat luas, dan penggunaannya dalam penyiaran dibatasi hanya oleh biaya peluang dan kebijakan pemerintah. Apabila penggunaan lain atas spektrum, seperti komunikasi seluler, dianggap kurang bernilai, maka jumlah saluran yang tersedia untuk penyiaran televisi dapat ditingkatkan secara signifikan. Penonton juga akan menerima lebih banyak sinyal televisi apabila FCC mengadopsi kebijakan alokasi frekuensi yang berbeda. Alih-alih mempromosikan stasiun lokal, FCC dapat melisensikan hanya stasiun yang menyiarkan ke pasar regional yang lebih luas. Dengan rekayasa teknis yang tepat atas sistem siaran regional, FCC dapat menghilangkan banyak “ruang mati” yang diperlukan untuk mencegah interferensi antarstasiun di pasar yang berdekatan — ruang mati yang secara signifikan mengurangi jumlah sinyal yang dapat diterima oleh pemirsa. Dengan demikian, kelangkaan saluran televisi berbeda dari kelangkaan sumber daya alam lainnya hanya karena kelangkaan tersebut, dalam batas tertentu, merupakan hasil dari kebijakan pemerintah yang disengaja.

Surat kabar justru mengalami kelangkaan yang lebih parah, yang — dikombinasikan dengan tekanan kompetisi substitutif — menyebabkan tingkat monopoli lokal yang jauh lebih tinggi daripada dalam penyiaran. Penurunan permintaan terhadap surat kabar, yang disebabkan oleh kebangkitan televisi, memperkuat kondisi monopoli alamiah dalam industri surat kabar; sebab seperti kita ketahui, kondisi ini semakin signifikan ketika permintaan terhadap suatu produk menurun (lihat Bab 13.1 di atas). Banyak biaya produksi surat kabar bersifat tetap: terutama biaya peliputan dan penulisan artikel serta fitur, dan biaya penyusunan serta pencetakan, termasuk iklan. Biaya marjinal — yakni biaya mencetak satu eksemplar tambahan — relatif kecil. Maka, kecuali jika permintaannya tinggi, umumnya tidak terdapat ruang untuk lebih dari satu surat kabar dalam satu komunitas.

Sekarang bayangkan seorang penyiar benar-benar memiliki monopoli efektif atas pasar tempat ia beroperasi. Apa dampaknya terhadap penyebaran berita dan opini? Ia mungkin membatasi durasi siarannya, yang tentu mengurangi distribusi gagasan kepada masyarakat. Namun, *fairness doctrine* (doktrin keadilan) tidak dirancang untuk meningkatkan jumlah gagasan yang disiarkan. Sebaliknya, doktrin tersebut justru menghukum penyiar karena menyiarkan gagasan kontroversial, dengan mengharuskannya menyampaikan semua sisi dari suatu kontroversi, sehingga menyulitkannya dan mendorong penyiar untuk menggantinya dengan gagasan-gagasan yang tidak kontroversial.

Apakah penyiar monopolis akan mendistorsi berita dan menyembunyikan opini yang tidak disetujuinya untuk mengubah pandangan pemirsanya? Sebenarnya semua penyiar dapat melakukan ini; perbedaan dalam monopoli terletak pada: biaya bagi penyiar menjadi lebih kecil daripada dalam pasar yang kompetitif, dan kerugian bagi pemirsa menjadi lebih besar. Biaya bagi penyiar lebih kecil karena pemirsa tidak memiliki substitusi yang baik dan karena kontrolnya atas sumber informasi menyulitkan pemirsa menyadari bahwa mereka sedang ditipu. Biaya bagi pemirsa lebih besar daripada dalam pasar kompetitif karena dalam pasar yang bersaing, keberpihakan satu penyiar tidak mencegah akses terhadap pandangan lain.

Terdapat dua tanggapan — meskipun tidak sempurna — terhadap kekhawatiran ini. Pertama, bahwa keuntungan penyiar monopolis justru akan berkurang apabila ia terlalu mencampurkan preferensi pribadi dalam penentuan isi siaran. Kedua, bahwa pengelolaan perusahaan besar yang sahamnya dimiliki publik akan kesulitan menemukan isu-isu di mana sikap partisan tidak akan mengasingkan sebagian besar pemegang sahamnya.

Kemungkinan lainnya adalah bahwa penyiar monopolis akan mengubah komposisi gagasan yang disiarkan sebagai hasil sampingan dari upaya memaksimalkan keuntungan ekonomisnya. Sebagaimana dibahas dalam Bab 9, seorang monopolis dapat menghasilkan produk dengan kualitas berbeda dibandingkan perusahaan dalam pasar kompetitif (lihat Bab 9.3 di atas). Namun, penyiar monopolis juga bisa saja menghasilkan siaran dengan kualitas lebih tinggi, bukan lebih rendah. Misalnya, dalam suatu pasar terdapat dua stasiun televisi yang masing-masing dimiliki oleh perusahaan berbeda dan bersaing ketat satu sama lain. Kemungkinan besar keduanya akan berusaha menarik sebanyak mungkin pemirsa untuk memaksimalkan pendapatan iklan.

Maka, siaran mereka cenderung sangat mirip — sebagaimana dalam sistem politik dua partai di mana kedua partai cenderung berada di posisi tengah (*centrist*). Namun, jika kedua stasiun dimiliki oleh satu entitas, pemiliknya mungkin justru menyiarkan konten yang sangat berbeda pada masing-masing stasiun, demi memaksimalkan jumlah total penonton.

D. Iklan Palsu dan Hubungan antara Hak Politik dan Ekonomi

Pembahasan terhadap satu lagi pengecualian atas hak kebebasan berpendapat akan membantu memperjelas suatu teka-teki mendasar dalam hukum konstitusi dan pemikiran sosial secara umum. Amandemen Pertama (Konstitusi Amerika Serikat) telah ditafsirkan tidak melarang pemerintah untuk mengatur komunikasi informasi dan gagasan yang terkait dengan penjualan barang atau jasa. Jika seorang penjual obat mengklaim bahwa produknya dapat menyembuhkan radang sendi (*arthritis*), maka Komisi Perdagangan Federal (*Federal Trade Commission/FTC*) dapat melarang klaim tersebut apabila terbukti kemungkinan besar klaim itu adalah palsu. Namun, apabila klaim yang sama dimuat dalam sebuah buku, Amandemen Pertama akan melindunginya dari pelarangan oleh komisi tersebut — setidaknya jika penulis buku tersebut bukanlah penjual obat tersebut.

Perbedaan perlakuan dalam dua kasus ini tampak janggal. Mengingat klaimnya identik, maka perbedaannya tidak dapat didasarkan pada anggapan bahwa klaim dalam iklan bersifat pasti benar atau pasti salah; jelas bahwa keduanya seringkali tidak termasuk dalam kategori tersebut. Perbedaan motif komersial dalam satu kasus dan ketiadaannya dalam kasus lain pun tidak dapat dijadikan pembeda. Penulis buku kesehatan pun memiliki insentif ekonomi yang kuat untuk membuat klaim palsu apabila ia yakin klaim tersebut akan meningkatkan penjualan bukunya — kecuali jika ia memperkirakan bahwa pembongkaran kebohongannya akan lebih merugikannya. Risiko akan terbongkarnya kebohongan sama saja bagi penjual obat maupun penulis buku. Demikian pula, kandidat politik memiliki insentif untuk membuat klaim palsu apabila klaim tersebut dapat mendekatkannya pada kekuasaan; hal yang sama berlaku bagi para akademisi dalam mengejar reputasi ilmiah.

Meskipun dapat dikatakan bahwa wacana komersial (*commercial speech*) memiliki bobot yang lebih rendah dibandingkan wacana politik, karena yang terakhir merupakan pilar utama dalam mencegah potensi kerugian sosial besar akibat monopoli kekuasaan politik, alasan ini tidak dapat

menjelaskan perbedaan perlakuan terhadap wacana nonkomersial nonpolitis (terutama ekspresi artistik), yang pada umumnya justru mendapat perlindungan hampir mutlak di bawah Amandemen Pertama. Perbedaan tersebut lebih berkaitan dengan dikotomi yang lebih besar, yaitu antara perlindungan terhadap persaingan dalam barang dan perlindungan terhadap persaingan dalam gagasan — dikotomi yang menjadi ciri khas pemikiran modern.

Kaum liberal klasik mempercayai pentingnya baik kebebasan ekonomi maupun kebebasan intelektual. Preferensi Mahkamah Agung modern terhadap kebebasan intelektual dapat mencerminkan pentingnya hak-hak politik bagi para pengacara, hakim, dan ahli hukum tata negara — yakni kelompok yang memiliki kepentingan kuat (baik secara pribadi maupun profesional) dalam arena publik dan politik. Sementara itu, hak-hak ekonomi justru sama pentingnya bagi bagian masyarakat yang lebih luas, meskipun lebih jarang bersuara. Kita pun mengetahui bahwa pemerintah kerap kali melanggar hak-hak ekonomi ini. Undang-undang dapat membatasi pilihan profesi, mentransfer kekayaan dari konsumen kepada pemegang saham, serta mencegah individu memperoleh jasa yang mereka butuhkan dan bersedia bayar.

Mahkamah Agung telah mulai menutup kesenjangan antara perlakuan terhadap wacana komersial dan nonkomersial dalam konteks Amandemen Pertama, antara lain melalui keputusannya yang membatalkan undang-undang yang melarang apoteker mengiklankan harga obat resep. Mahkamah menganggap larangan tersebut tidak masuk akal dan sangat memberatkan masyarakat miskin. Putusan ini membuka cakrawala baru dalam hukum konstitusi. Kini, setiap perkara iklan palsu yang diperiksa FTC, sebagaimana halnya perkara pencemaran nama baik, memunculkan potensi pertanyaan konstitusional di bawah Amandemen Pertama — meskipun umumnya akan diselesaikan dengan berpihak pada Komisi.

Namun, apakah kita telah mengabaikan perbedaan mendasar antara kebebasan berpendapat dan perdagangan bebas — bahwa yang pertama merupakan prasyarat untuk mencegah bentuk monopoli yang paling berbahaya sebagaimana telah dibahas sebelumnya, sedangkan yang kedua tidak? Mungkin. Akan tetapi, kebebasan ekonomi dan kebebasan politik tidaklah begitu mudah dipisahkan. Pembangkangan politik memerlukan sumber daya keuangan. Dalam suatu masyarakat di mana seluruh aktivitas

ekonomi dikendalikan oleh negara — di mana kertas dicatu, penerbitan harus berlisensi, dan negara, secara langsung maupun tidak langsung, menjadi pemberi kerja utama — maka akan sangat sulit untuk mengorganisasi dan membiayai aktivitas politik yang menentang pemerintah.

Pada masa kejayaan *Senator Joseph McCarthy*, individu yang dicurigai bersimpati terhadap komunisme dilarang bekerja di pemerintahan, bahkan untuk pekerjaan yang tidak tergolong sensitif. Meskipun demikian, mereka tidak sampai kelaparan. Mereka masih bisa mendapatkan pekerjaan di sektor swasta, dan sebagian dari mereka kini kembali aktif dalam politik. Biaya untuk melakukan pembangkangan akan jauh lebih tinggi seandainya pemerintah adalah satu-satunya pemberi kerja — sehingga konsekuensi dari memiliki pandangan yang tidak populer dapat berupa kehilangan seluruh peluang untuk mencari nafkah.

Hak-hak politik dan ekonomi juga bertemu dalam arti lain. Tren dalam putusan-putusan konstitusional menunjukkan kecenderungan pengakuan terhadap klaim perlindungan konstitusional dari kelompok-kelompok yang bukan hanya minoritas tradisional berdasarkan ras, agama, atau politik, tetapi juga kelompok miskin dan perempuan. Namun, kepentingan-kepentingan kelompok ini seringkali identik dengan kepentingan publik yang lebih luas atas kebebasan ekonomi. Pembatalan pembatasan atas pilihan profesi perempuan, misalnya, akan memajukan efisiensi ekonomi sekaligus memperkuat hak-hak perempuan. Demikian pula, penghapusan hukum-hukum yang membatasi kebebasan ekonomi seringkali justru memberikan manfaat yang lebih besar kepada kelompok miskin dibandingkan kelompok lainnya.

Bacaan yang Disarankan

1. Ronald H. Coase, *The Market for Goods and the Market for Ideas*, 64 *American Economic Review*, Papers & Proceedings 384 (1974).
2. -----, *Advertising and Free Speech*, 6 *Journal of Legal Studies* 1 (1977).
3. Aaron Director, *The Parity of the Economic Marketplace*, 7 *Journal of Law & Economics* 1 (1964).
4. Bruce M. Owen, *Economics and Freedom of Expression: Media Structure and the First Amendment* (1975).

Permasalahan

1. Apabila analisis ekonomi terhadap kebebasan berpendapat diterima, apakah pemerasan (*blackmail*) dapat dianggap sebagai aktivitas yang dilindungi secara konstitusional?
2. *Blockbusting* adalah praktik di mana agen properti diduga berupaya menakut-nakuti pemilik rumah kulit putih agar menjual rumah mereka dengan harga murah, dengan mengatakan bahwa lingkungan tersebut akan segera didominasi oleh warga kulit hitam.
 - a. Haruskah praktik tersebut dilindungi oleh Amandemen Pertama (hak kebebasan berpendapat)?
 - b. Apakah relevan secara hukum dan ekonomi apabila informasi yang disampaikan oleh agen properti tersebut ternyata benar?
3. Banyak pengadilan menyatakan bahwa rumah duka (*funeral parlor*) di lingkungan perumahan merupakan suatu *nuisance* (gangguan hukum). Lihat *Comment*, 20 *Syracuse Law Review* 45 (1968).
 - a. Apakah hal ini merupakan penerapan (atau perluasan) yang tepat dari teori ekonomi tentang *nuisance* (lihat Bab 3.6 supra)?
 - b. Misalnya dapat dibuktikan bahwa pendirian toko buku pornografi di suatu komunitas menurunkan nilai properti di sekitarnya. Haruskah toko tersebut dianggap sebagai *nuisance*?
4. Berdasarkan analisis ekonomi yang disampaikan dalam bab ini, haruskah suatu undang-undang yang melarang seluruh bentuk iklan rokok di radio dan televisi dianggap melanggar Amandemen Pertama? *Bandinkan: Capital Broadcasting Co. v. Mitchell*, 333 F. Supp. 582 (D.D.C. 1971), *affirmed*, 405 U.S. 1000 (1972).
5. Apakah terdapat argumen ekonomi yang mendukung regulasi pornografi (*obscenity*) yang lebih ketat di televisi atau radio dibandingkan dalam media cetak?

BAB XXIX

AMANDEMEN KEEMPAT

A. Hak atas Privasi: Suatu Tinjauan Ulang

Amandemen Keempat menjamin hak setiap orang untuk merasa aman atas diri, rumah, surat-surat, dan benda miliknya dari penggeledahan dan penyitaan yang tidak wajar, serta melarang diterbitkannya surat perintah umum (*general warrants*)—yakni surat perintah yang tidak menyebut secara khusus orang atau benda yang akan digeledah atau disita. Dalam tafsirannya yang paling sempit, Amandemen ini dapat dipandang sekadar melindungi warga negara dari pelanggaran atas diri dan harta benda oleh aparat federal (dan, sejak diberlakukannya Amandemen Keempat terhadap negara bagian melalui klausul *due process* dalam Amandemen Keempat Belas, juga oleh aparat negara bagian). Ini merupakan bentuk perlindungan terhadap privasi dalam arti penting, meskipun terbatas.

Jika aparat kepolisian memasuki rumah Anda dan menginterupsi aktivitas Anda guna melakukan penggeledahan, hal tersebut merupakan pelanggaran privasi dalam arti yang serupa dengan panggilan telepon yang tidak diinginkan—yaitu mengganggu ketenangan Anda—meskipun polisi tidak memperoleh informasi apapun tentang Anda. Namun, jika polisi menyadap telepon Anda, pelanggaran privasi terjadi dalam bentuk yang berbeda, yakni sebagai pelanggaran terhadap kerahasiaan. Tidak ada interupsi terhadap ketenangan Anda, tetapi tetap ada pelanggaran terhadap aspek kerahasiaan informasi.

Walaupun Bab 3 telah mempertanyakan nilai perlindungan atas privasi dalam pengertian ini, kecuali terkait rahasia dagang, terdapat argumen ekonomis untuk memberikan tingkat perlindungan tertentu atas komunikasi telepon yang sah. Tanpa perlindungan tersebut, orang akan menanggung biaya untuk beralih ke saluran komunikasi yang lebih aman namun kurang efisien. Ini adalah keuntungan bila komunikasi tersebut bersifat ilegal, tetapi kerugian jika komunikasi itu sah. Inilah dasar ekonomis dari putusan *Katz*, yang menyatakan bahwa penyadapan telepon merupakan bentuk penyitaan (*seizure*) dalam arti yang dimaksud oleh Amandemen Keempat dan karenanya

hanya sah apabila dilakukan secara wajar (*reasonable*), yaitu apabila manfaat sosial melebihi biayanya.¹⁹⁷

Bahwa penggeledahan dan penyitaan (termasuk penangkapan) menimbulkan biaya sosial tentu bukan alasan untuk melarangnya sama sekali. Namun, hal tersebut merupakan alasan untuk mengaturnya, agar aparat tidak melakukan penggeledahan jika biaya sosialnya melebihi manfaat sosialnya. Kita dapat menggunakan Rumusan *Hand* untuk menilai kewajaran suatu penggeledahan: Suatu penggeledahan dianggap wajar jika biaya privasi yang dikorbankan (B) lebih kecil daripada probabilitas (P) bahwa tanpa penggeledahan terdakwa tidak akan dapat dihukum, dikalikan dengan kerugian sosial (L) akibat tidak dihukumnya terdakwa tersebut.

P memiliki dua komponen: (1) kemungkinan bahwa penggeledahan akan menghasilkan bukti yang bernilai; dan (2) kemungkinan bahwa bukti tersebut benar-benar diperlukan untuk memperoleh putusan bersalah. Maka, nilai penggeledahan akan lebih kecil apabila bukti yang sama dapat diperoleh dengan cara yang tidak mengganggu privasi sebesar itu (dengan B yang lebih kecil). Semakin mengganggu suatu penggeledahan, semakin besar P atau L yang diperlukan untuk membenarkannya.

Pengadilan tampaknya, meskipun tidak sempurna, menyadari faktor-faktor ini. Penggeledahan yang minim gangguan (yakni dengan nilai B rendah)—seperti pemeriksaan cepat atau penggeledahan luar—dapat dibenarkan dengan probabilitas P yang lebih rendah dibandingkan penggeledahan rumah atau penangkapan. Jika penggeledahan diperlukan untuk mencegah kejahatan yang akan segera terjadi (yang dapat meningkatkan nilai L), maka pembuktian *probable cause* yang lebih lemah dapat dibenarkan. Namun, faktor berat-ringannya tindak pidana (L) jarang dipertimbangkan, padahal secara logis seharusnya turut diperhitungkan. Dengan kata lain, semakin besar nilai L, semakin kecil P yang diperlukan untuk membenarkan penggeledahan dengan tingkat gangguan tertentu (B).

B. Upaya Hukum

Terdapat tiga jenis upaya hukum yang umum digunakan untuk menanggapi pelanggaran terhadap Amandemen Keempat. Yang pertama

¹⁹⁷ Lihat Wayne R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (1978), 3 jilid.

bersifat preventif: yakni keharusan, apabila dimungkinkan, bagi aparat untuk memperoleh surat perintah dari hakim atau magistrat. Amandemen Keempat sejatinya tidak secara eksplisit mensyaratkan adanya surat perintah dalam setiap kasus; yang dilarang hanyalah surat perintah umum. Pada masa awal, petugas pabean atau pejabat pemerintah lainnya biasanya memperoleh surat perintah untuk melindungi diri dari gugatan perdata atas perbuatan melanggar batas (*trespass*). Baru pada 1940-an Mahkamah Agung menafsirkan bahwa surat perintah merupakan pelindung bagi subjek dari penggeledahan.

Surat perintah ini penting karena ia memungkinkan adanya pengujian independen terhadap keberadaan *probable cause* oleh magistrat yang bukan bagian dari aparat penegak hukum, sehingga diharapkan bersikap lebih imparial. Namun, dalam putusan-putusan terbaru, Mahkamah Agung menyatakan bahwa apabila aparat melaksanakan surat perintah dengan itikad baik, maka mereka tidak bertanggung jawab atas kerugian apabila surat perintah tersebut ternyata tidak sah. Masalahnya adalah bahwa penilaian *probable cause* dalam penerbitan surat perintah dilakukan secara *ex parte* oleh magistrat, bukan oleh hakim dan juri seperti dalam gugatan perdata. Maka, model ini lebih menyerupai pendekatan birokratis daripada pasar (bandingkan Bab25.2).

Upaya hukum paling penting terhadap penggeledahan yang tidak sah adalah doktrin pengecualian (*exclusionary rule*), yang melarang penggunaan bukti—maupun petunjuk yang diperoleh dari bukti tersebut—yang diperoleh dari penggeledahan ilegal dalam persidangan pidana terhadap terdakwa. Namun, doktrin ini sangat kontroversial karena dapat menimbulkan *overdeterrence*: yaitu kerugian sosial akibat ditiadakannya bukti bisa jauh melebihi biaya pelanggaran privasi itu sendiri.

Contohnya: anggap nilai B dari penggeledahan bagi terdakwa adalah \$1.000; probabilitas P bahwa terdakwa tidak bisa dihukum tanpa bukti itu adalah 1%; dan nilai L, yaitu kerugian sosial akibat tidak dihukumnya terdakwa, adalah \$50.000. Maka, berdasarkan Rumus *Hand*, penggeledahan tersebut ilegal. Tapi jika bukti tersebut ternyata sangat penting untuk pembuktian, maka mengecualikannya akan menyebabkan kerugian sosial sebesar \$50.000—jauh lebih besar daripada kerugian privasi senilai \$1.000. Maka, masyarakat dirugikan oleh aturan pengecualian tersebut, meskipun tujuannya mulia.

Kerugian semacam ini diakui dalam beberapa perkara. Misalnya, jika polisi melakukan penangkapan ilegal, mereka masih diperbolehkan mengadili terdakwa, meskipun tidak boleh menggunakan bukti hasil penangkapan. Ini karena kerugian akibat tidak mengadili seseorang secara keseluruhan pada umumnya lebih besar daripada kerugian karena tidak dapat menggunakan bukti tertentu.

Alternatif terhadap aturan pengecualian adalah gugatan perdata atas tindakan penggeledahan atau penyitaan yang inkonstitusional. Pasal 1 Undang-Undang Hak Sipil Tahun 1871¹⁹⁸ menyediakan dasar hukum yang kuat untuk menggugat pejabat negara atas pelanggaran hak konstitusional federal. Gugatan yang sama juga dapat diajukan terhadap aparat federal langsung berdasarkan Amandemen Keempat.¹⁹⁹ Dari perspektif ekonomi, gugatan perdata lebih disukai karena memungkinkan sanksi disesuaikan dengan kerugian aktual yang ditimbulkan oleh penggeledahan ilegal.

Namun, dalam gugatan seperti ini muncul isu mengenai kekebalan hukum (*immunity*) aparat. Contohnya, jika polisi bertindak dengan itikad baik, atau keliru secara wajar dalam mempercayai bahwa penggeledahan itu sah, apakah ia tetap harus bertanggung jawab? Dalam hukum perdata biasa, kekeliruan semacam itu tidak membebaskan tanggung jawab, karena tujuan tanggung gugat adalah mendorong individu untuk mengetahui hukum. Namun, karena aparat penegak hukum tidak dapat sepenuhnya menikmati manfaat sosial dari kerja yang agresif, maka secara ekonomis mereka juga tidak seharusnya menanggung seluruh biayanya.

Bahkan bila mereka bertanggung jawab penuh, pemberi kerja (yaitu negara atau kepolisian) dapat memulihkan insentif awal melalui skema indemnifikasi, yang memang umum dilakukan. Namun, patut dipertanyakan: haruskah kekebalan tersebut juga berlaku bagi institusi pemberi kerja itu sendiri? Secara logis tidak, karena institusi seperti kepolisian berada dalam posisi yang lebih baik untuk menginternalisasi manfaat dan biaya dari kebijakan kerja aparatnya. Namun, hukum saat ini tidak memungkinkan pemberi kerja dituntut secara *vicarious liability* dalam gugatan hak sipil—suatu hal yang layak dipertanyakan dari sudut pandang ekonomi.

¹⁹⁸ 42 U.S.C. th1983.

¹⁹⁹ Lihat Jerry L. Mashaw, *Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability*, 42 *Law & Contemporary Problems*, Musim Dingin 1978, hlm. 8, 26–27

Bacaan yang Disarankan

1. Richard A. Posner, *The Economics of Justice* 311–322 (1981).
2. ----- , *Rethinking the Fourth Amendment, 1981 Supreme Court Review* 49.
3. ----- , *Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases*, 57 *Washington Law Review* 635 (1982).

Permasalahan

Dalam gugatan ganti rugi hak sipil atas penggeledahan dan penyitaan yang melanggar hukum, yang diajukan oleh seseorang yang divonis bersalah berdasarkan bukti yang diperoleh dari penggeledahan tersebut, apakah hukuman pidana yang dijatuhkan kepadanya harus diperhitungkan sebagai bagian dari kerugian yang dapat dituntut secara hukum? Ataukah ganti rugi hanya mencakup biaya waktu dan ketidaknyamanan, serta kerusakan properti, cedera pribadi, atau ketakutan yang timbul akibat penggeledahan itu sendiri?

DAFTAR PERKARA

- Abrams v. United States, 627n
Adams v. Bullock, 150
Alaska Packers Assn. v. Domenico, 87, 101
Almota Farms Elevator Warehouse Co. v. United States, 76
American Commercial Lines v. Louisville 8c N.R.R., 33In
American Tobacco Co. v. United States, 270
Arizona v. Maricopa County Medical Society, 297
Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc., 613
Bentley v. State, 83
Bird v. Holbrook, 191
Blum v. Stenson, 556
Blvth v. Birmingham Water Works, 150, 167
Board of County Commissioners v. Scott, 485n
Bolger v. Youngs Drug Products Corp., 637n
Boomer v. Atlantic Cement Co., 75n, 119
Breckon v. Franklin Fuel Co., 183n
Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, 273n
Brown v. Board of Education, 617
Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 296
Buckley v. Valeo, 499n
Burton v. Wilmington Parking Authority, 620n
Camerlo c. Dassary et Demeyere, 183n
Capital Broadcasting Co. v. Mitchell, 638
Chicago Board of Trade v. United States, 297
Clauss v. Danker, 555
Coal Exporters Assn. v. United States, 341
Commissioner v. Duberstein, 463n
Commonwealth Edison Co. v. Montana, 607n
Culver v. Slater Boat Co., 180n
Doca v. Marina Mercante Nicaraguense, S.A., 180n
Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 275

Eagle-Picher Indus., Inc. v.	Goebel v. Linn, 87
Liberty Mut.Ins. Co., 96n	Goldberg v. Kollsman Instrument
Eastern Railroad Presidents	Corp., 198
Conference v. Noerr Motor	Gordon v. Cutler, 14In
Freight, Inc., 497n, 586n	Griffin v. Illinois, 593
Eastern States Retail Lumber	Groves v. John Wunder Co., 108
Dealers' Assn. v. United States,	Guille v. Swan, 164n
291n	Hadley v. Baxendale, 114, 170,
Eckert v. Long Island Railroad,	510
230	Harper v. Virginia Bd. of Elections,
Edwards v. Sims, 76	594
E.I. Du Pont de Nemours & Co. v.	Heater v. FTC, 346n
FTC, 279n	Paradine v. Jane, 124
Encyclopaedia Britannica, Inc. v.	Hendricks v. Peabody Coal Co.,
FTC, 637n	151
Enders v. Enders, 14In	Illinois v. ICC, 336n
Evans v. Abney, 482n	Illinois Bell Tel. Co. v. FCC, 326n
Evans v. Newton, 482n, 620n	Indianapolis Airport Authority v.
Everett v. Paschall, 76	American
EVRA Corp. v. Swiss Bank Corp.,	Airlines, Inc., 341
115n	In re Estate of Shirk, 14In
Ferguson v. Skrupa, 586n	In re Marriage of Haugen, 135n
Field Container Corp. v. ICC, 93n	In re Radom & Neidorff, Inc., 400
Football Club de Metz c. Wiroth,	Insurance Co. of North America v.
183n	Forty-
Fortnightly Corp. v. United Artists	Eight Insulations, Inc., 96n
Television, Inc., 360n	International News Service v.
Fuentes v. Shevin, 596	Associated Press, 632

Javins v. First National Realty Corp., 450	National Broadcasting Co. v. United States, 633n
Jones v. E. Hulton & Co., 195	National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents, 297
Katz v. United States, 639	New State Ice Co. v. Liebmann, 590
Keene Corp. v. Insurance Co. of North America, 96n	Northern Securities Co. v. United States, 278
Kotch v. Bd. of River Port Pilot Commrs., 593n	Peevyhouse v. Garland Coal Mining Co., 109n
Laffey v. Northwest Airlines, Inc., 556	Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 52n
Laidlaw v. Organ, 96, 99	Ploof v. Putnam, 159, 174
Lynch v. Household Finance Corp., 596n	Prah v. Moretti, 77
McKinnon v. City of Berwyn, 556	Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 633
MacMillan. Inc., 346n	Regina v. Dudley and Stephens, 223, 227
Mathews v. Eldridge, 518, 522, 532	Rickards v. Sun Oil Co., 169
Miami Herald Publishing Co. v. Tor-nillo, 634n	Roberts v. Sears, Roebuck & Co., 36n
Michael M. v. Sonoma County Superior Court, 227	Robinson v. Diamond Housing Corp., 447n
Missouri-Kansas-Texas R.R. v. United States, 325n	Rodale Press, Inc. v. FTC, 636n
Morin Building Products Co. v. Baystone Construction, Inc., 82n	Roland Machinery Co. v. Dresser Industries, Inc., 522n
Moss v. Commissioner of Internal Revenue, 467n	
Muller v. Oregon, 593	

San Antonio Independent School	The T.J. Hooper, 153
Dist. v. Rodriguez, 595n	Thornhill v. State of Alabama,
Sanitary	514n
Farms Dairy, Inc., 476	United States v. Arnold, Schwinn
SEC v. Chenery Corp., 576	& Co., 297
Serrano v. Priest, 595	United States v. Carroll Towing
Shapiro v. Thompson, 611	Co., 148n
Shelley v. Kraemer, 620n	United States v. Container Corp. of
Sherwood v. Walker, 90	America, 297
Sindell v. Abbott Laboratories,	United States v. Continental Can
168n	Co., 297
Smith v. California, 514n	United States v. Correll, 467n
Sony Corp. of America v.	United States v. Cors, 52n
University City	United States v. Dennis, 629
Studios, Inc., 38n	United States v. E.I. du Pont de
Southern Ry v. North Carolina,	Nemours
335n	United States v. E.I. du Pont de
Standard Fashion Co. v. Magrane-	Nemours
Houston Co., 297	O'Shea v. Riverway Towing Co.,
Standard Oil Co. (Indiana) v.	180n,
United States, 272	United States v. El Paso Natural
Sugar Institute, Inc. v. United	Gas Co., 261n
States, 297	United States v. General Electric
Sutton v. City of Milwaukee, 518n	Co., 272
Suydam v. Jackson, 64n	United States v. Holmes, 223n
Sweatt v. Painter, 617	United States v. Reading Co., 297
Tate v. Short, 209n	United States v. Sealy Inc., 297
Teleprompter Corp. v. CBS, Inc.,	
360n	

United States v. Singer Mfg. Co.,
297

United States v. United States
Gypsum Co., 297

United States v. United States
Steel Corp., 270

United States Fidelity & Guaranty
Co. v.

Jadranska Slobodna Plovidba,
148n

Vincent v. Lake Erie Transp. Co.,
159n

Virginia State Bd. of Pharmacy v.
Virginia

Citizens Consumer Council, 637n

W.C.M. Window Co. v. Bernardi,
614

Williams v. Illinois, 209

Williams v. Walker-Thomas
Furniture Co., 103n

Williamson v. Lee Optical Co.,
593n

World-Wide Volkswagen Corp. v.
Woodson, 609n

Wvcko v. Gnodtke, 183n

INDEKS PENULIS

- Abrams, Burton A., 440n
Ackerman, Bruce A., 52n, 447n, 450
Alchian, Armen A., 4In, 262n, 401, 616n
Altree, Lillian R., 57n
Anderson, Martin, 440n, 448
Anderson, Terry L., 33n
Andrews, William D., 463n, 467n
Archibald, Robert, 28In
Areeda, Phillip, 287n
Aristotle, 243-44
Amould, Richard J., 35In
Ashenfelter, Orley, 550n
Averch, Harvey, 325n
Bailey, Martin J., 183n
Baird, Douglas G., 373n
Baker, C. Edwin, 23n, 436n
Baker, Nancy C., 139n
Bangser, Paul M., 357n
Bartel, Ann P., 312n
Barton, David M., 445n
Barton, John H., 123
Barzel, Yoram, 457n
Baumol, William J., 340, 354n, 394n
Baxter, William F., 57n, 75, 426, 495n
Beales, Howard, 100n
Bebchuk, Lucian Arye, 554
Beccaria, Cesare, 20n
Becker, Gary S., 3n, 16n, 20, 138n, 144, 145, 225, 244, 496n, 507, 559-561, 568, 625
Behrman, Jere R., 309n
Belli, Melvin M., 198
Benham, Lee, 637n
Benston, George J., 422n
Bentham, Jeremy, 20n
Besen, Stanley M., 360n
Bishop, William, 65n, 117n, 244
Black, Donald J., 24n
Black, Fischer, 426
Black, Hugo, 586
Blackstone, William, 30n, 145, 21
In
Blair, Roger D., 296
Block, Michael K., 212n
Blum, Walter J., 476
Blume, Lawrence, 50n
Bothwell, James L., 394n

Bradford, David F., 340	75, 244, 261n, 328n, 367n, 636n,
Bradley, Michael, 386n, 390n	638
Brams, Marvin, 146	Coleman, Jules L., 17, 26, 229n,
Brandeis, Louis D., 272, 590-592	494n
Brealey, R. A., 414n, 426	Combs, F. Raedene, 135n
Breen, Dennis A., 495n	Conant, Michael, 589n
Brennan, Geoffrey, 476	Conard, Alfred F., 187n
Breyer, Stephen G., 317n, 340, 363	Conley, Bryan C., 184n
Brown, Charles, 309n	Conn, Robert L., 394n
Bruce, Christopher J., 188n, 190n	Cooter, Robert, 214n, 226
Brudney, Victor, 367n	Cootner, Paul H., 426
Buchanan, James M., 24n, 224n,	Copeland, Thomas E., 427
333n, 476, 507	Cragg, John G., 410n, 427
Buchholz, Bernard, 526n	Crandall, Robert W., 358n, 363
Calabresi, Guido, 19-20, 62n, 75,	Craswell, Richard, 100n, 363
186n, 197	Cronon, William, 33n
Caldwell, Bruce J., 17	Currie, David P., 589n, 599n
Campbell, Thomas J., 315	Dahlman, Carl J., 33n
Campsey, B.J., 394n	Damus, Sylvester, 330n
Carlton, Dennis W., 113n, 340, 401	Danziger, Sheldon, 440n
Cheung, Steven N. S., 64n	Danzon, Patricia Munch, 53n,
Chirelstein, Marvin A., 367n, 453n	523n, 555
Chiswick, Barry R., 433n	Darby, Michael R., 100n
Clark, Homer H., Jr., 127n	Dardis, Rachel, 183n
Clawson, Marion, 75	Dawson, John P., 109n
Clermont, Kevin M., 517n	DeAlessi, Louis, 75
Coase, Ronald H., 3n, 7n, 19-20,	DeAngelo, Harry, 39In
39n, 44n,	DeAngelo, Linda, 39In

DeMong, R. P., 394n
 Demsetz, Harold, 34n, 41n, 75, 261n, 617n
 De Vany, Arthur S., 69n
 Dewees, Donald N., 554
 Deyak, Timothy A., 54n
 Diamond, Peter A., 175n, 197
 Dicey, A. V., 134n, 299n
 Director, Aaron, 636n, 638
 Dixon, Richard L., 420n
 Dorfman, Nancy S., 73n
 Douglas, George W., 258n
 Dowling, Noel T., 614
 Downs, Anthony, 507
 Drew, Ann Barthelmes, 492n
 Dukeminier, Jesse, 29n
 Durkin, Thomas A., 350n
 Easterbrook, Frank H., 22n, 262, 265n, 287n, 371n, 385n, 387n, 388n, 401, 427, 555, 614
 Eckert, Ross D., 75, 575n
 Edwards, Linda Nosif, 138n
 Ehrlich, Isaac, 206n, 21 In, 226, 439n, 515
 Ellickson, Robert C., 29n, 75, 77
 Elliott, Byron K., 46
 Elliott, William F., 46
 Elster, Jon, 22In
 Emkin, Allen, 420n
 Engel, David L., 401
 Epstein, Richard A., 24n, 62n, 147n, 198, 315, 467n, 589n
 Farber, Daniel, 117n
 Farnsworth, E. Allen, 79n
 Feldstein, Martin, 469n
 Field, Richard H., 517n
 Fischel, Daniel R., 371n, 388n, 390n, 401, 427
 Fogel, Robert William, 236n
 Foote, Caleb, 127n
 Freeman, Richard B., 305n
 Friedlaender, Ann F., 340
 Friedland, Claire, 324n
 Friedman, Lawrence M., 229n, 236n
 Friedman, Milton, 17, 448, 475n, 477
 Gately, Dermot, 269n
 Gellhom, Ernest, 317n
 George, Henry, 458n
 Gibbons, Joel C., 211n
 Gibbons, Thomas, 557
 Gillingham, Robert, 28In
 Gilmore, Grant, 234n, 237n
 Gilroy, Curtis, 309n

Gisser, Micha, 68n	Helmholz, R. H., 70n
Glassman, Cynthia A., 394n	Henderson, Stanley D., 109n
Goetz, Charles J., 123	Henn, Harv G., 367n
Goode, Richard B., 465n	Hicks, J. R., 415n
Gordon, Robert J., 42In	Hill, P. J., 33n
Gordon, Wendy J., 38n	Hilton, George W., 495n
Gorman, Robert A., 299n	Hirsch, Werner Z., 36n, 60n, 447n
Grabowski, Henry G., 35In	Hirshleifer, Jack, 17, 262, 269n, 527n
Grady, Mark F., 197	Hjorth-Andersen, Chr., 350n
Graetz, Michael J., 463n	Hobbes, Thomas, 81
Grayston, Richard W., 188n	Hochman, Harold M., 448
Gronau, Reuben, 135n, 178n	Hocking, Ian, 24n
Grossman, Michael, 16n	Holmes, Oliver Wendell, 70, 93n, 106, 117, 229n, 278, 627
Grossman, Sanford J., 427	Horwitz, Morton J., 95n, 234n, 236, 237n
Gunther, Gerald, 581n, 587n, 614	Houthakker, H. S., 281n
Hamermesh, Daniel S., 309n	Hovenkamp, Herbert. 244, 296
Hamilton, Mary T., 407n, 414n, 427	Hutchinson, Allan C., 557
Hand, Learned, 148, 153, 629	Hovenkamp, Herbert. 244, 296
Hanushek, Eric A., 28In	Hutchinson, Allan C., 557
Harberger, Arnold C., 357n, 476	Lazear, Edward P., 315
Hart, H. L. A., 20In	Inman, Robert P., 595n
Hart, Oliver D., 427	Ippolito, Richard A., 495n
Harvey, William Burnett, 109n	Isaacson, Marc, 495n
Haveman, Robert, 440n	Jackson, Thomas H., 113n. 373n, 401
Havighurst, Clark C., 341	
Hellerstein, Jerome R., 599n	
Hellerstein, Walter, 599n, 612	

James, Fleming, Jr., 188n	Klein, Benjamin, 568n
Janczyk, Joseph T., 70n	Klevorick, Alvin K., 287n, 549n
Jarrell, Gregg A., 386n, 387n, 388n	Knight, Frank, 17, 20n, 31n
Jensen, Michael C., 387n, 401. 414n	Kohen, Andrew, 309n
Johnson, Earl, Jr., 492n	Komesar, Neil K., 181n, 447n
Johnson, Leland L., 325n	Krauskopf, Joan M., 135n
Johnson, Ronald N., 68n	Krier, James E., 29n
Jones-Lee, M. W., 183n	Kronman, Anthony T., 96n, 117n, 123
Jordan, William A., 495n	Krzyzaniak, Marian, 459n
Joskow, Paul L., 94n, 287n, 325n	Kuhn, Thomas S., 24n, 627n
Kahn, Alfred E., 340	LaFave, Wayne R., 20In, 639n
Kalt, Joseph P., 495n, 507	Lampman, Robert J., 479n
Kalven, Harry , Jr., 476, 526n	Lande, Robert H., 315
Kamien, Morton I., 258n	Landers, Jonathan, 37In
Kaplan, Benjamin, 517n	Landes, Elisabeth M., 145, 190n, 593n
Kaplow, Louis, 296	Landes, William M., 20n, 26, 104n, 122n, 149n, 157n, 197, 235n, 245, 262, 280n, 297, 507, 510n, 516, 527n, 550n, 555, 568, 623n
Kami. Edi, IOOn	Langbein, John H., 427
Kaserman, David L., 296	Lave, Lester B., 358n
Kasper, Daniel, 495n	Lavey, Warren G., 340
Kau, James B., 500n	Layson, Stephen, 21 In
Kazman, Sam, 499n	Leff, Arthur Allen, 23n, 26, 124
Keeler, Theodore E., 340, 358n	Leland, Hayne E., 324n
Keeton, Robert E., 189n	Lenzen, Godebard, 26In
Keeton, W. Page, 147n	
Kennedy, Duncan, 26, 124	
Kessel, Reuben A., 616n	
Kitch, Edmund W., 36n, 37n, 495n	

Lerner, Abba, 436n
 Leslie, Douglas L., 304n, 308n
 Leubsdorf, John, 522n, 555
 Levin, Richard C., 336n
 Levin, Sharon G., 394n
 Levin, Stanford L., 394n
 Levmore, Saul, 122n, 190n, 402, 477, 556, 613
 Levy, Robert J., 127n
 Lewis, H. Gregg, 302n
 Libecap, Gary D., 33n
 Lillard, Lee A., 523n, 555
 Lind, Robert C., 212n
 Lindert, Peter H., 479n
 Lindsay, Cotton M., 315
 Lindsey, Almont, 300n, 30In
 Linneman, Peter, 309n
 Lorie, James H., 407n, 408n, 414n, 427
 MacAvoy, Paul W., 340, 495n
 McCaffrey, David P., 312n
 McCloskey, Robert G., 589n
 McGee, John S., 266n
 McLure, Charles E., Jr., 613
 Madden, Gerald P., 394n
 Malkiel, Burton G., 410n, 427
 Marine, Henry G., 19, 392n
 Mannering, Fred, 35In
 Manning, Willard G., Jr., 360n
 Martin, Donald L., 549n
 Martinson, Robert, 24n
 Marvel, Howard P., 440n
 Mashaw, Jerry L., 518n, 642n
 Masson, Robert T., 495n
 Meckling, William H., 401
 Medoff, James L., 305n
 Melamed, A. Douglas, 62n, 75
 Mercuro, Nicholas, 244
 Merrill, Thomas W., 75
 Meyer, Robert A., 324n
 Meyers, Charles J., 29n, 67n, 61
 On
 Michael, Robert T., 145
 Michelman, Frank I., 30n, 50n, 62n, 594n
 Mill, John Stuart, 299n, 449
 Miller, Geoffrey P., 540n, 555
 Miller, James C., III, 258n, 31 In
 Miller, Merton H., 41 In, 426
 Minasian, Jora R., 39n, 69n, 333n
 Mincer, Jacob, 309n, 313n, 433n
 Mirrlees, James A., 175n
 Mishan, E. J., 44n
 Mitchell, Bridger M., 360n
 Modigliani, Franco, 41 In
 Moore, Thomas Gale, 324n

Muris, Timothy, 123
 Murphy, Jeffrie G., 229n
 Murray, Roger F., 427n
 Musgrave, Peggy B., 434n, 459n, 474n, 476
 Musgrave, Richard A., 434n, 459n, 474n, 476
 Nelson, Phillip, 100n
 Nichols, Albert L., 357n
 Noll, Roger G., 325n
 Nordhaus, William D., 258n
 O'Brien, Patrick, 236n
 O'Connell, Jeffrey, 189n, 190n
 Ofek, Haim, 313n
 Ogus, A. I., 75
 Olsen, Edgar O., 445n, 450
 Olson, Craig A., 183n
 Olson, Mancur, 315, 507
 O'Neill, June, 314n
 Ornati, Oscar, 439n
 Osberg, Lars, 449, 487
 Owen, Bruce M., 638
 Packer, Herbert L., 225n
 Page, Benjamin I., 434n, 449
 Page, William H., 297
 Paglin, Morton, 439n
 Palmer, John, 145
 Panzar, John C., 340
 Parker, George G.C., 350n
 Parsons, Donald O., 309n
 Peltzman, Sam, 351n, 363, 496n
 Pcrloff, Jeffrey, 94n, 123
 Phelps, Edmund S., 624n
 Phillips, Susan M., 427
 Pierce, Richard J., Jr., 317n
 Pigou, A.C., 20, 63n
 Pindyck, Robert S., 269n
 Polachek, Solomon W., 313n
 Polinsky, A. Mitchell, 123, 197, 226
 Popkin, William D., 465n
 Pound, Roscoe, 505n
 Pozen, Robert C., 405n
 Prentice, D.D., 65n
 Prichard, J. Robert S., 554
 Priest, George L., 121n, 527n, 540n, 568n
 Prosser, William L., 147n
 Pyle, David J., 206n, 21 In, 226
 Quigley, John M., 281n
 Rabin, Robert L., 571n
 Radzinowicz, Leon, 560n
 Rawls, John, 242n, 243, 436-438, 451, 494n
 Rea, Samuel A., Jr., 124, 125, 197
 Reimer, Richard D., 592n

Rees, Albert, 315	Schmalensee, Richard, 255n, 340
Rhoades, Stephen A., 394n	Schwartz, Alan, 79n, 113n, 117n, 373n
Rice, Edward M., 39In	Schwartz, Gary T., 234n
Richardson, G. M., 75	Schwartz, Nancy L., 258n
Ridker, Ronald G., 54n	Scott, Austin, W., 20In
Rodgers, James D., 449	Scott, Kenneth E., 402, 426, 555
Rogerson, William P., 197	Scott, Robert E., 79n, 113n, 123, 597
Rose-Ackerman, Susan, 7In, 613	Sen, Amartya K., 449
Rosen, Sherwin, 183n	Shanor, Charles A., 315
Rosenberg, Alexander, 16n	Shavell, Steven, 124, 160n, 188n, 197, 198, 222n, 226, 363, 555
Rosenheld, Andrew M., 94n, 123, 537n	Shay, Robert P., 350n
Rosenn, Keith S., 181n	Shepard, Lawrence, 402, 495n
Ross, H. Laurence, 523n	Sherwin, Robert A., 283n
Rothschild, Michael, 549n	Shoup, Carl S., 487
Rottenberg, Simon, 146	Sickles, Robin C., 309n
Ruback, Richard S., 387n	Sider, Hal, 314n
Rubin, Paul H., 100n, 244, 500n, 527n	Siegan, Bernard H., 60n, 75, 589n, 597
Rubinfeld, Daniel L., 50n, 595n	Simons, Henry, 19, 449, 476
Ryan, Timothy P., 244	Simpson, A.W.B., 163n, 223n
Salop, Steven C., 100n	Smith, Adam, 6n, 232, 235n, 300n
Samuelson, Paul A., 333n	Smith, Vernon L., 30n, 33n
Sander, Frank E.A., 127n	Smith, V. Kerry, 54n
Schelling, Thomas C., 17, 224n, 226	Snow, Arthur, 73n
Scherer, F.M., 260n, 262	Solow, Barbara Lewis, 63n
Schitz, Mark D., 440n	

Solow, Robert M., 43In
 Sowell, Thomas, 625
 Spady, Richard H., 340
 Smith, Vernon L., 30n, 33n
 Smith, V. Kerry, 54n
 Snow, Arthur, 73n
 Solow, Barbara Lewis, 63n
 Solow, Robert M., 43In
 Sowell, Thomas, 625
 Spady, Richard H., 340
 Stigler, George J., 17, 100n, 226,
 266n, 270n, 283n, 297, 315, 324n,
 421, 447n, 449, 496n, 507, 559-
 561, 568, 578
 Tarlock, A. Dan, 29n
 Taubman, Paul, 309n
 Taylor, Lester D., 28In
 Telser, Lester G., 113n, 422n
 Terr\, Henry T., 150n
 Thaler, Richard, 183n
 Thomas, Lacy Glenn, 312n, 35In
 Trebilcock, Michael J., 554
 Tullock, Gordon, 47n, 206n, 507
 Turner, Donald F., 287n
 Ulen, Thomas S., 117n, 124
 Umbeck, John R., 33n, 75, 238n
 Vagts, Detlev F., 402
 Vernon, John M., 351n
 Vriscusi, W. Kip, 183n, 235n,
 312n, 363
 Wadlington, Walter, 143n
 Wagner, Richard E., 487
 Wagner, Wayne H., 420n
 Warren, Elizabeth, 84n
 Wechsler, Herbert, 619n
 Weiss, Yoram, 145, 146
 Weitzman, LenoreJ., 135n
 W'erner, Michael, 68n
 Westin, Alan F., 559n
 Weston, J. Fred, 427
 White, Michelle J., 402
 Whitford, William C., 350n
 Wilcox, James A., 42 In
 Wilkinson, Maurice, 234n
 Williams, Stephen F., 65n, 67n, 75,
 77, 226, 234n, 610n, 613
 Williamson, Jeffrey G., 234n, 479n
 Williamson, Oliver E., 362n, 394n
 Willig, Robert D., 340
 Willis, Robert J., 145-146
 Winston, Clifford, 340, 351n
 Winter, Ralph K., Jr., 443n, 449,
 598
 Wittman, Donald, 160n, 222n
 Wizard, K. F., 54n
 Wright, Charles Alan, 517n

Zajac, Edward E., 340
Zecher, J. Richard, 427
Zeckhauser, Richard, 183n
Zeisel, Hans, 526n
Zelinsky, Edward A., 476
Zerbe, Richard O..Jr., 315
Zupan, Mark A., 507

INDEKS SUBJEK

- Abandonment, 35-36 of automobiles, 518 Abortion, 130, 14 In Absolute priority rule, 378-379, 428 Accidents, 147-148. See also Torts Accounting, 395, 460-461. See abo Depreciation Administrative agencies, 512, 513n, 571 - 578, 583-584. See also Administrative law; Regulation choice of cases by, 566-568 independent vs. executive, 584 personnel of, 575-576 Administrative law, 571-578. See abo Administrative agencies; Regulation Administrative Procedure Act, 574, 583 Admiralty, 35-36, 104-105, 125, 157, 175 Adoption, 139-143 Adultery, 133 Adverse possession, 70-71, 520n Advertising, 99, 288-290, 333, 349, 359, 487, 500, 636, 638. See abo Fraud; Information; Misrepresentation by natural monopolist, 342 corrective, 347-348 AFDC (Aid for Families with Dependent Children), 440 Affirmative action, 624-625 Agency costs, 64, 368, 412, 484-485 Aiding and abetting, 217 Airplane noise, 56-57 Alimony, 134-137 Altruism, 129, 132, 138, 174, 185, 395, 439-441, 463, 480. See abo Charity Amtrak, 334 Ancient law. See Primitive law and society Ancient lights, 46n Animus revertendi, 34 Annuity, 177, 480. See abo Discounting to present value Antitrust law, 125, 386, 412n, 497, 598 and labor, 301, 307-308 damages, 556 passing-on defense, 294-295 state action immunity, 614 Appeals, 506, 511, 547, 550-553, 577, 593-594. See abo Judicial review of administrative action final-judgment rule, 551-553 interlocutory, 551-553 prospective overruling, 516 Appellate courts.

See Appeals Apportionment for state corporate income tax purposes, 608-609, 613 Appraisal remedy in corporation law, 390-391 Arbitrage, 259, 265 Arbitration, 493-494, 506, 512, 550, 557 Arrest, 640-641 Assault, 192 Assumption of risk, 158-159, 167 Attempt.

See Criminal law, attempts and conspiracies Attorney's fees contingent fees, 534-536, 556 rules on fee shifting (indemnity), 523, 537-542, 556 Attractive nuisance, 46-47 Automobile rentals, 66 Baby selling, 139-143 Bail, 530-531, 556 Bank Holding Act, 426 Bankruptcy, 117, 268, 337, 371, 373-379, 412-413, 425, 428, 557 corporate, 375-379 Banks and banking, 424-426, 534, 601 Bargaining power, 102-104, 450. See also Duress; Monopoly; Monopsony Bargaining unit, 303-304 Barriers to entry.

See Entry Battery, 192 medical, 191 Benefit expected, 11, 148 external, 34, 62, 175, 236, 275-

276, 294, 336, 350, 374, 493, 548, 631 marginal, 148-149 Bequests.

See Inheritance Bilateral monopoly, 49, 54-55, 65-66, 104, 106, 116, 118-119, 232, 300-301, 304, 363, 368n, 399-400, 523, 600 Black market, 139-143 Blackmail, 564-565, 638 Board of directors, 384-390, 402 inside v. outside directors, 389-390 Bona fide purchasers doctrine, 71 Bonds.

See Interest rates Bounties, 559-560 Boycotts, 291-293 Bribery, 17, 561, 565-566 Broadcasting, 39-41, 69, 633-635.

See also Cable television pay television, 333 Burden of proof civil, 520-521 criminal, 521, 556 Business cycle.

See Depressions Cable Communications Policy Act of 1984, 360n Cable television, 359-364 Capital, 509-510.

See also Capital markets; Capital structure; Depreciation; Finance; Human capital precedents as a capital stock, 509-512 theory of, 509-510 Capital asset pricing

model, 395, 405-412, 41
Capital gains, 459, 465, 469-472, 476
Capital markets, 576.

See also Efficient-markets theory;
Finance Capital punishment, 210-
211, 533 Capital structure (debt-
equity ratio), 373- 374, 410-412,
428, 470.

See also Lever- Age of banks, 425-
426 Cartels, 258, 265-272, 276n,
279, 303-304, 339, 591 efficient,
274 of workers, 299-305 theory of,
applied to legislation, 497-498
Caseload, 512, 516, 545-548. See
also Litigation; Settlement
Causation, legal, 167-171, 174,
345 in criminal law, 227 Cease and
desist order, 575 Chapter 11 (of
Bankruptcy Code), 377n Charity,
174, 241, 439-441, 620-621 by
corporations, 394-397 by public
utilities, 477 charitable deduction,
469, 474 charitable trusts,
bequests, and foundations, 481-485
Children, 146.

See also Baby selling; Education;
Household production abuse of,
138-139, 141child labor laws, 130,

138, 310 earnings of, 130 legal
protection of, 137-146 value of
child's life, 183 Choice of law,
553-554 Civil Aeronautics Board,
257-258, 502 Civil procedure, 517-
521 adversarial system, 492 rules
of, 525-527, 533 Civil Rights Act
of 1871, 642 Class actions, 56, 293,
536-537, 559, 563 Clayton Act
labor exemption, 301 section 7,
278 Clean Air Act, 357-358 Close
corporations, 399-400 Closed
shop, 316 Coase Theorem, 7, 20,
43-45, 63, 106, 26In, 265, 460, 600
Collateral benefits (or source) rule,
186, 189 Collateral estoppel, 543-
544, 557.

See also Res judicata Collateral
order doctrine, 553 Collective
bargaining.

See Unions Common carriers.

See Federal Communications
Commission; Interstate Commerce
Commission; Regulation
Commerce clause, 603-609, 613-
614 Commercial law, 71, 103-104,
119-121.

See also Bankruptcy; Contracts and contract law; Repossession
Common law, 347, 506-507, 509.
See also particular common law fields efficiency theory of, 21, 23-24, 229-233, 240-241, 527-528 evolution toward efficient, 527-528 meaning of, 29 of employment, 299 of inheritance, 481-487 of trusts, 416-420, 481-487 vs. legislation, 495-499 vs. regulation, 343-346 Common stock, 406-412.

See also Capital markets; Capital structure; Securities

regulationCommunications

Satellite Corporation Comsat), 402Community property, 134-135
Comparable worth, 313-314
Comparative negligence, 156-157, 233 Compensation.

See also Eminent domain as goal of tort law, 187-190 in class actions, 537 market vs. legal, 494-495
Competition, 7-10, 104,252,269-270,330, 360, 395, 474, 520-521, 591-592, 606n.

See also Entry; Equilibrium; Market; Monopoly Competition (continued) among ideas, 627, 631 as tort, 499 among states, 391-392 effect on racial discrimination, 616 excessive, 337-339, 592 for the market, 261, 361-362 nonprice, 257-258, 268, 275-277 potential, 283-285 yardstick, 327
Complementary goods, 258n
Condemnation.

See Eminent domain Conditions in contracts, 119-122 in trusts and estates, 481-486 Conflicts of law, 553-554 Congress.

See Legislation; Legislatures
Conscription military, 454-455 of jurors, 549-550 Consideration, 85-88 Conspiracy.

See Cartels; Criminal law, at tempts and conspiracies
Constitution constitutional interpretation, 581-582 constitutional rights, 585-586 Constitutional law. See Constitution; particular provisions and rights Consumer protection.

See Federal Trade Commission; Fraud; Information Consumer surplus, 15, 256, 263, 276, 462 Consumption tax, 462-463 vs. production, 466-468, 476-477 Contracts and contract law, 29, 59, 73-74, 150, 160n, 170-171, 230-232, 234, 237, 239-240, 242-245, 367-368, 502, 506, 563, 596-597, 601.

See also Commercial law; specific substantive and remedial doctrines contracts of adhesion, 102-103.

See also form contracts, below anticipatory repudiation, 112-113 as method of regulating natural monopoly, 361-363 building contracts, 236-237 contracts for bequests, 486 child-adoption contracts, 141 conflicts of law rules, 554 contracts as insurance, 83, 91-95, 113-114 contracts of employment, 236-237 cover, 112-113 defense of illegality, 125 employment at will, 306-307 executory contracts, 110, 125 form contracts, 102-103, 557 forward vs. futures contracts, 112-114 implied

contracts, 122-123 Contracts and contract law (continued) insurance contracts, 95-96 marriage as contract, 131 material breach, 120 mitigation of damages, 114 On, 114 modification, 88, 95, 101 moral consideration, 86 penalty clauses, 393 personal-services contracts, 13 In remedies, 105-122 requirements contracts, 260-271 strict liability for breach of contract, 165 subjective vs. objective theories, 88 substantial performance, 120 Contribution (among joint tortfeasors), 172-173, 233 Contributory negligence, 154-158, 161-162, 230n, 233, 263, 353n in intentional-tort cases, 194-195 Control premium, 386-387 Conversion (tort), 192-195, 203 Copyright Revision Act of 1976, 360n Copyrights, 38, 359-360, 364 Corporations affiliated, 325-326, 380-382 business-judgment rule, 389 conglomerate, 410-411 corporate reorganization, 377-379, 460-461 German, 402 limited liability of shareholders, 370-372

political contributions by, 499n
publicly owned, 402 purchase of
own shares, 470 sale of, 460-461.
See also Lender offer taxation of,
459-461 taxation of capital gains,
469-472 taxation of corporate
income, 470 Corrective justice,
243-244 Corruption, 216.

See also Bribery Costs.

See also Transaction costs
deadweight, IOIn, 255-256, 297,
498 declining average, 317-320,
591 expected, 11, 147-149
external, 62, 159, 175-176, 197
fixed, 329-330, 334, 369, 371, 396,
408, 635 fixed vs. variable, 111-
112, 25In, 286- 288, 290-291, 317-
319, 331-332, 337

joint, 288, 60 marginal, 8, 17, 37,
103, 111-112, 148- 149, 162, 251,
253-254, 280, 286-288, 291, 318-
320, 332-334, 360, 395, 445- 447,
592-593, 635 of administering
legal system, 45, 152, 156, 162,
176 of legal errors, 517-522, 534,
543-544, 549, 551, 562 opportunity
cost, 5-9, 65, 135, 177-178, 183,
206, 209, 322, 338, 453-454 Costs

(continued) Damages (continued)
original vs. replacement, 322-323
pecuniary vs. nonpecuniary, 615,
622- 623 social cost of securities
fraud, 424 social vs. private, 162,
176n, 213, 293- 294, 514 sunk, 7
taxable, in litigation, 540-542
variable, 111-112, 124 Cost-
benefit analysis, 356-357 Counsel,
constitutional right to, 530, 568
Counterfeiting, 202 Courts. See
Federal courts; State courts
Cracking (gasoline), 272-273
Cream skimming, 335-336
Creditors' rights.

See Bankruptcy; Finance Criminal
law, 20n, 190, 192-195, 231, 498-
499, 514, 556, 639-642.

See also Criminal procedure;
Organized crime; Punishment;
specific crimes and doctrines
attempts and conspiracies, 213,
215-216, 562, 628 baby selling,
139-143 bearing of poverty, 439
common law crimes, 201-202, 213
consent as defense, 227 corporate
crimes, 397-399 criminal law
enforcement, 559-566 effect of

minimum wage laws on crime rate, 310 federal crimes, 601 ignorance as defense, 221 incapacitation (prevention) theory, 209, 213-215, 219-220 model of rational criminal behavior, 205- 206 necessity as defense, 206-207, 214, 223, 227 self-defense, 222 threats and incitements, 628-630 use of criminals as experimental subjects, 245 viclimless crimes, 203, 224-225 white collar crimes, 210 Criminal procedure, 227, 521, 529-532, 593-594.

See also Search and seizure right of indigent to trial transcript, 593- 594 Custody, 136, 146 Custom, 84, 152-154 Cy pres, 483-484 Damages, 198, 203-205 antitrust, 293-296, 556 buyers', 112-114 compensatory, 491 compensatory vs. punitive, 108, 176-177, 293 concealment factor in calculating optimal, 204 consequential, 114-115 contract expectation vs. reliance, 108-113, 124 for loss of life ("wrongful death"), 182- 185 for nonpecuniary loss, in contract

cases, 125 for securities fraud, 423-424 for unlawful searches, 641-642 implied private right of action for, 501 in death cases, 233 in tort cases, 176-186 liquidated, 115-117 penalties, 116-117, 233 punitive, 105, 116, 167, 194, 199, 203 taxation of, 476 Deadweight loss, 10In, 255-256, 498 Debentures convertible, 471 Debt.

See Bankruptcy; Capital structure; Cost, fixed; Finance Defamation, 195-197, 239, 631-632 Deficit Reduction Act of 1984, 342 Delaware Corporation Code, 390-392 Delay in administrative process, 324, 327, 578 in court, 527, 545-548 Demand, 253, 258, 268, 273, 281-282, 309, 324, 362n, 371, 455-457, 592-593. See also Elasticity, of demand curve, 10, 72-73, 162, 249, 253n, 259- 260, 263, 279, 503, 533, 561 derived, 291 excess, 546-547 Law of, 4-5, 8, 351 Demurrage, 92-93 Depository Institutions Deregulation Act of 1982, 426 Depository Institutions Deregulation Monetary Control

Act of 1980, 426 Depreciation, 289, 460-62 of precedents, 509-510 Depressions (economic), 117, 271, 421, 425, 592-593 Deregulation, 257, 337, 429 Derivative suit, 389-390 Deterrence, 243, 560-561.

See also Punishment and vagueness, 513-514 by threat of criminal sanction, 206 by tort law, 187-191 marginal, 208, 211, 215 Director's Law, 447n Disability.

See Social security disability program Disclaimers of liability, 166-167 Education (continued) Disclosure.

See Fraud; Misrepresentation; Privacy Discounting to present value, 31, 177-181, 198, 350, 526-527, 629 by criminals, 212 private vs. social discount rate, 487 Discovers' (pretrial), 525-526.

See also Federal Rules of Civil Procedure Discrimination, 240.

See also Price discrimination; Race discrimination; Sex discrimination against aged. 314-315 against interstate commerce, 602-609 Diseconomies of scale, 318, 368,

600 Distribution of income and wealth, 71-74, 124, 142-143, 198-199, 206, 209, 223, 226-227, 232-233, 241, 244-245, 337, 354-355, 397, 447-450, 461-463, 474-475, 479-481, 493, 504-505, 542, 548, 585-586, 592-597, 622-623, 625-626.

See also Distributive justice; Poverty and taxation, 453-459 by legislation, 496-499 effects of racial discrimination on, 615-616 measurement of, 431-434 Distributive justice, 13, 436-438, 451, 462, 467-468, 481 Diversification, 370-371, 380, 407 411, 417, 420, 549 by banks, 426 Diversity jurisdiction, 600-601 Dividends, 371-372, 385 Division of labor, 127-128 Divorce, 129, 131-137, 144, 565 law of, 132-137 Doctrine of worthier title, 67 Domestic relations law. See Children; Divorce Draft.

See Conscription Due process of law, 518, 544n, 586, 596-597, 602 and liberty of contract, 589-593 and personal jurisdiction, 609-610

and poverty, 593-595 Duress, 101-105 Easements, 57, 61, 159 Economic development, 233-238 Economic rent, 9, 35n, 73, 178n, 446n, 456-459, 563, 604, 607-608 Economics methodology of, 16-17, 21-22, 24, 233 Economies of scale, 127, 318, 543 in litigation, 536, 538 Education, 135, 138, 310. 433n, 453n, 468, 48C, 595, 626 of handicapped, 448 racial segregation in, 617-619 schools for criminals, 562n Education for All Handicapped Children Act, 448 Efficiency, 9, 11-15, 25, 232-233, 241, 245, 254-256, 506-507, 517n, 583, 625-626. See also Common law, efficiency theory of; Kaldor-Hicks concept of efficiency; Pareto superiority; Wealth and redistribution, 436 Efficient-markets theory, 413-415, 418-419 applied to social investing, 420 Elasticity, 263, 267-269, 271 cross-elasticity of demand, 282 firm vs. market, 280, 283, 294 income, 250 of charitable giving, to price, 469 of demand,

250, 253-254, 279-281, 283, 284-285, 294n, 295n, 329-331, 446-447, 454-457, 477, 533, 603-604 of supply, 214-215, 280-281, 283-284, 457, 464n, 546-547 price, 250 Elections, 496-497, 582 campaign financing, 498-500 poll tax, 594-595 private benefits of voting, 498 representation, 303-304 Eminent domain, 49-53, 57, 59, 76, 118n, 455n, 459, 494, 585-586 and rate of return regulation, 323 Employment.

See also Labor; Unions; Wages at will, 306-307 racial discrimination in, 622-623 Enforcement of law, against racial discrimination, 618, 621-622 by administrative agencies, 571-578 overenforcement theorem, 560 public vs. private, 559-569, 583 Entrapment, 217-218, 562 Entry, lOn, 252-253, 257-258, 261-262, 268, 290-291, 319, 328, 332, 335, 341, 349, 497n Environmental protection, 297.

See also Pollution litter problem, 358-359 Envy, 241, 437n, 474

Equal protection of laws, 516, 586-587, 602. See also Racial discrimination Equality.

See Racial discrimination; Distribution of income and wealth Equilibrium, 8 competitive, 545 general vs. partial, 72, 457n, 459n Equity (capital).

See Capital markets; Capital structure; Finance Equity (jurisprudence), 62n, 119 curity (Act), 418 Error, legal, 176-177, 210-211, 215 Estates in land, 63-67. See also Landlord-tenant law Estate tax.

See Taxation, of estate and gifts Evidence illegally seized, 639-642 marital privileges, 145-146 rules of, 493, 556-557 Eviction retaliatory, 447n unjust, 447 Ex ante vs. ex post, 86, 183-185, 212, 222 Excess capacity, 592 Exclusionary rule, 641 Exclusive sales agency, 266, 274 Externality, 62, 232, 236, 259, 359-360, 371, 379n, 380, 386, 425, 540, 548, 600-602, 605, 632-33. See also Benefit, external; Cost, externa Fairness

doctrine, 634-635 False advertising, 346-350, 636-637.

See also Fraud Family and family law.

See also Children; Divorce; Household production polygamy, 145, 547 widow's share, 486 Federal Communications Commission, 40-41, 69, 326, 360, 364, 634 Federal courts, 552-553, 577, 584, 600-601 minimum amount in controversy requirements, 546-548 Federal Deposit Insurance Corporation, 601 Federal Elections Campaign Act Amendments of 1974, 499-500 Federal Energy Regulatory Commission, 338-339 Federalism, 504-505, 599-614 Federal Power Commission, 338-339 Federal Rules of Civil Procedure, 555-556 Rule 35, 526, 556 Rule 68, 540-542 Federal Tort Claims Act, 601 Federal Trade Commission, 346-350, 574, 636-637 Fiduciaries, 100-101, 226.

See also Trusts corporate insiders as, 392 corporate managers as,

389-390 majority stockholders as,
390 Fifth Amendment.

See Due process of law; Eminent
domain Filing fees (judicial), 546-
548 Finance, theory of, 368-379,
383, 405-412.

See also Bankruptcy; Capital asset
pricing model; Commercial law;
Efficient markets theory;
Repossession; Secured
transactions Finders, 35-36, 89-90,
175n Fines.

See Punishment Firm vs.
corporation, 367-372, 382-383
First Amendment.

See Free speech Food stamps, 450
Foreseeability, 115, 170-171
foreseeable misuse, 167 Forfeiture,
116-117 Forum non conveniens,
609 Fourteenth Amendment.

See also Due process of law; Equal
protection of laws; Racial
discrimination requirement of state
action, 619-621 Fourth
Amendment. See Search and
seizure Fraud, 96-101, 103, 346-
348.

See also False advertising as
ground for divorce, 132 in
securities, 421-424 on the market,
423 political vs. commercial, 500
Free riders, 55, 236, 241, 275-276,
302, 374, 441, 453, 469, 497-498,
500, 506n, 512, 587 in charitable
giving, 440 Free speech, 585, 627-
638 commercial, 636-637
overbreadth doctrine, 514 Freedom
of speech.

See Free speech Futures markets,
112-114, 424 General average,
157n Giffin paradox, 5n Gifts,
463, 485-487.

See also Altruism; Charity taxation
of, 479-480 Glass-Steagall Act,
426 Golden parachutes, 386-387
Good Samaritans, 174-176
Goodwill, 460 Growth.

See Economic development Hand
Formula, 147-151, 154, 158-159,
165, 167, 170, 207, 218, 221, 230n,
344-345, 513, 518 applied to free
speech, 629-631, 633 applied to
intentional torts, 193-194 applied
to search and seizure, 640-641
Harter Act, 125 Health, All .

See also Safety and health regulation hospital regulation, 341 medical deduction in income taxation, 467-468 Medicare, 342 Hedging, 42, 113-114 Holder in due course, 98n, 103 Household production, 127-130, 135, 177-178, 181. 313-314, 432, 463-465 Housing codes, 445-448, 450 Human capital, 136, 138, 145, 178, 182- 183, 313-314, 393, 433, 459-461, 468, 479-480, 510, 575, 595 specific vs. general, 468n Ideas. See Free speech; Intellectual property Immunity from tort liability charitable, 236 official, 642 Impossibility, impracticability, frustration, 93-94, 114n, 165, 237, 520 Imprisonment. See Punishment Income. See also Distribution of income and wealth; Taxation, of income; Wealth how measured, 431-434 imputed rental, 465, 479 pecuniary vs. nonpecuniary, 177n, 178n, 181-182, 184, 431-434, 463-466, 505, 585, 615-618, 635 Indemnity, 173-174. See abo Attorney's fees, rules

on fee shifting (indemnity) Independent contractors, 172 Index funds.

See Market funds Inequality.

See Distribution of income and wealth Inferior good, 5n Inflation, 5n, 180-181, 202, 31 In, 323-324, 409, 417, 471-472, 474-475, 546 Information and information costs, 84, 152, 164, 166-167, 221, 235, 238, 275, 297, 312, 315, 345, 350, 368, 382, 392- 393, 483, 501, 513, 515, 525-526, 536, 564-565, 582, 586-587, 624-625, 628, 631. See abo Advertising; Efficient-markets theory; Fraud; Precedent about needs of poor, 443 about new stock issues, 421-422 mandated disclosure, 348-350 political, 498 Informers, 569.

See also Enforcement of law, public vs. private Inheritance, 67, 461-462 taxation of, 479-481 Injunctions, 491, 575 against racial discrimination, 623 preliminary, 522, 553, 557 Innovation, 258-259. See abo Patents Insanity in criminal law, 220 in tort law, 220

Insider trading, 392-393, 403, 414
Insurance, 48n, 50, 91-96, 102,
113-114, 125, 150, 157-158, 164,
186, 230, 235n, 238, 379-380, 441,
468, 495, 514, 555-556 Insurance
(continued) and race, 626
automobile, 187-190 contracts as,
83 law of, 95 legal, 594n life, 145
of bank deposits, 425-426 purchase
of by corporations, 412- 413
Intellectual property, 514, 632.

See also Copyrights; Patents;
Trade secrets; Trademarks Interest
group theory, 339-340, 497-499,
585-587. See also Legislation;
Politics Interest, prejudgment, 526-
527 Interest rates, 180-181, 368-
369, 371, 377, 406, 417, 471-472,
534 on municipal bonds, 474
Intergenerational wealth transfers.
See Inheritance Interstate
commerce, 606-607, 621.

See also Taxation, state taxation of
interstate commerce state
regulation of, 613-614 Interstate
Commerce Act, 33In Interstate
Commerce Commission, 331, 335-
336, 341 Intent.

See also Torts and tort law,
intentional torts criminal, 218-221,
227 Irish land question, 63-64 Joint
tortfeasors, 171-174 Judges, 493-
494, 496-499, 500-507, 529- 530,
545, 584 Anglo-American vs.
Continental, 492 judicial self-
restraint, 584 what they maximize,
505-507, 511-515 Judicial review
of administrative action, 574, 576-
577, 584 Judiciary, 571-572, 584.

See also Judges; Litigation federal,
546 how financed, 493-494
independence of, 500-507
Jurisdiction diversity, 600-601
personal, 609-610 Jurisprudence,
242-245 Jury, 549-550, 583 Just
compensation. See Eminent
domain Justice, 25-26, 240-244.

See also Corrective justice;
Distributive justice; Efficiency
Kaldor-Hicks concept of
efficiency, 12-14, 23Wages
common law of, 299 conditions of,
in nineteenth century U.S., 235-
237, 244 modern law of, 302-305,
602 Labor markets. See Labor
Labor unions.

See Unions Landlord-tenant law, 63-66, 124, 363 damages, 110 Last clear chance, 159-160, 167, 199 Lawyers.

See Attorney's fees; Legal profession Legal history, 33n, 211, 233-238, 299-300, 481, 559-560.

See also Primitive law and society divorce law, 132-134 English land law, 67 marriage law, 145 Legal process, 491-496.

See also Common Law; Jurisprudence; Legislation adversarial vs. inquisitorial, 492 Legal profession, 443-444, 618 contingent fees, 473n lawyers' earnings, 510 pro bono representation, 530 public interest law firms, 556 Legal Services Corporation, 443-444 Legislation, 495-507, 510, 512-514, 539, 571-572, 583, 586-587 American vs. English, 516 American vs. Continental, 515 economic theory of, 496-505 process of, 502-504 statutory interpretation, 500-506, 513, 577 Legislative intent. See

Legislation, statutory interpretation Legislatures, 582.

See also Legislation optimal size of, 512-513 Leisure, 472-473. See also Income, pecuniary vs. unpecuniary Leverage (financial), 373, 410-412, 422 in regulated firms, 416 leveraged buy-out, 403 Liability, 447-448.

See also Common law; Contracts and contract law; Limited liability; Negligence; Property; Strict liability; Torts costs of administering alternative liability rules, 528-529 errors in determining, 517-521 Libel. See Defamation Liberty of contract, 589-593 Life estate.

See Estates in land Limitations. See Statute of limitations Limited liability, 370-373, 375, 399 piercing the corporate veil, 379-382 Limit pricing, 284-285 Reorganization in bankruptcy Litigation, 54, 492-493, 515, 562n. See also Appeals; Civil Procedure; Class actions; Criminal Procedure; Judges; Settlement costs of, 53,

523-529, 532-544, 567-568, 609
court delay, 545-547 economic
model of, 511, 522-525, 538-539,
542 frivolous, 539-540 nuisance
suits, 540, 542 shareholders'
derivative suits, 389-390 Loans.

See Finance; Interest rates Long
run vs. short run. Sc? Short run vs.
long run Lorenz curve, 432
Malpractice, medical, 153, 189,
198-199, 523n Mandatory
container deposits, 358-359
Margin, 422 Marginal cost.

See Cost, marginal Marginal
revenue, 249, 279-280 Maritime
law.

See Admiralty Market.

See also Stock market allocation
by, 491-495 definition of, 281-283
failure, 343 for corporate control,
385-388, 419 for trials, 545-546 in
ideas, 627-628, 630-632 Market
funds, 414-415, 418-419, 427
Market participant doctrine, 614
Marriage, 128-137 Master-servant
law, 367-368.

See also Respondeat superior
Maximin, 437 Mercantilism, 6n

Mergers and antitrust law, 278-279
as means of transferring corporate
control, 385 as method of
internalizing costs, 58 tax
treatment of, 460 Military service.
See Conscription Minimum wage
laws, 308-310, 496n.

See also Wages Minorities. See
Racial discrimination
Misrepresentation, 380, 382. See
also False advertising; Fraud
Mistake in contract law, 84, 90-91
in criminal law, 215-216, 219, 221
Monopoly, 98, 101-102, 225, 307-
308, 349n, 395-396, 473, 498, 591,
602n, 603-604.

See also Antitrust law;
Bilateral Monopoly (continued)
monopoly; Cartels; Natural
monopoly; Public utility regulation
and "quiet life," 415 deadweight
loss from, 255-256, 293
discriminating, 259-260 effect of
on innovation, 258-259 effect of on
product quality, 635 effect of on
racial discrimination, 616- 617,
619 in broadcasting, 634-635 in
labor markets, 299-305 locational,

604-605 of durable goods, 261 of law enforcement, 563-564 of political power, 583, 585, 599-600, 628, 636-637 output under, 249-254 power, 279-281 price, 249-254 taxation of, 457, 460 Monopsony, 291-293, 306, 426 in labor markets, 300 Moral hazard, 150, 376-377 Morality, 238-244.

See also Jurisprudence; Justice Mortgages, 116 Murder, 208, 210-211, 219 felony murder rule, 219 premeditated, 219 second degree, 222 vs. manslaughter, 222 Mutual funds, 414-415, 418, 507 closed end, 470 National Industrial Recovery Act, 592 National Labor Relations Act, 302-305.

See also National Labor Relations Board; Taft-Hartley Act; Wagner Act National Labor Relations Board, 303, 574 Natural monopoly, 278, 291, 317-320, 324n, 337, 360-363, 591-592, 634 Natural resources.

See also Property exhaustible, 6, 338 Negative income tax, 441-443, 594, 598 Negligence, 148-153,

175, 194-195, 235, 239, 243-244, 353, 383, 631-632. Set a/so Contributory negligence criminal, 222 criticisms of, 186-191 vs. strict liability, 160-164, 494-495, 528-529 Nepotism, 480 No-fault automobile accident insurance, 187-191 Normal good, 5n Norris-LaGuardia Act, 301-302 Nuisance, 56-57, 76, 343, 632, 638 Obscenity. See Pornography Obsolescence.

See Depreciation Oil and gas law, 58, 65, 75-76 Oligopoly, 278-279, 532 OPEC, 269 Opportunism, 81, 87-88, 105, 116. See also Duress; Free riders Optimality, 148, 149n Organized crime, 224-225 Organ transplants, 146 OSHA, 311-312 Pain and suffering, 182, 189 Pareto superiority, 12-14, 107 Partnership, 129, 134-135, 369, 399 Patents, 36-37, 262, 616 licensing of, 271-273 Penalty clauses, 116-117 Pensions, 466, 479n.

See also Trusts Performing rights, 273-274 Plea bargaining, 529-530

Poison, 71, 386-387 Police, 204-205, 215, 560n. See also Search and seizure Politics, 481, 495-505. See also Elections; Interest group theory; Legislation Poll tax, 594-595 Pollution, 119, 343, 345, 395-396 common law regulation, 54-57 emission standards (output control), 352-353 input controls, 352 interstate, 600 licenses to pollute, 364 regulation of, 71-74, 351-358 subsidy approach, 364 taxation of, 353-357, 364 Polygamy, 145, 547 Population policy, 143-144 Pornography, 632-633, 636n, 638 Portfolio design. See Finance Portfolio management. See Efficient-markets theory; Finance Poverty, 310, 433-434, 438-448, 593-595, 598, 611-612, 614, 637. See also Distribution of income and wealth Precedent, 501, 506, 509-512, 515, 528, 551, 572, 584 Predatory pricing, 285-289, 302, 326 measure of damages, 295-296 by regulated firm, 325

Preventive detention, 531 -532. See also Bail Price. See also Competition; Demand; Equilibrium; Predatory pricing; Price discrimination average-cost pricing, 331, 334 competitive, 286 cost-plus pricing, 401 dispersion vs. level, 270 Price (continued) Property (continued) limit pricing, 284-285 marginal cost pricing, 328-329, 331 price controls, 139-143, 338, 546-547 pricing of public utility services, 328-333 Ramsey pricing, 329-330, 334 shadow price, 15 two-part pricing, 329-330 value of service pricing, 330, 334 Price controls. See under Price Price discrimination, 213-214, 259-260, 268, 329-330, 531. See also Arbitrage perfect, 260, 276 personal discrimination, 336 tie-ins as method of, 289-290 Price-Anderson Act, 403 Price-earnings ratio, 411-412 Price fixing. See Cartels; Monopoly Primitive law and society, 30n, 33, 67, 80n, 237-

238, 559 Primogeniture, 481
Principal-agent, 368n.

See also Agency costs; Fiduciaries;
Respondeat superior Prisons, 227
Privacy, 38-39, 360, 639-642
inheritability of right of, 487
Privilege in defamation law, 196-
197 in law of evidence, 145-146
Privileges and immunities, 603,
614 Prizes, taxability of, 464
Procedure.

See Civil procedure; Criminal
procedure; Federal Rules of Civil
Procedure Product marginal vs.
total, 475n Production, joint, 338.

See also Cost, joint Productivity,
179, 305-306, 309 Products
liability, 153-154, 165-167, 173,
189, 198-199, 235 Profit, 10
accounting vs. economic, 395 lost-
profit measure of contract
damages, 109-113 maximization
of, 394-397 Prohibition, 504
Property, 20n, 230-231, 515n, 563,
594, 610-611.

See also Inheritance; Intellectual
property; Trusts; Water law,
specific doctrines abandoned, 35-

36 and race, 620 communal, 66
constitutional property rights, 596-
597 cost of property rights, 32
dynamic efficiency of property
rights, 30 economic theory of, 30-
33 housing-code enforcement,
445-447 housing discrimination,
621-622 implicit property rights,
39-41 inalienable property rights,
7In in animals, 34-35 in broadcast
frequencies, 39-41, 69, 76 in
information, 100 in news, 632 joint
ownership, 535 lateral support, 66
public housing, 445, 595 real estate
taxes, 458-459, 475, 595, 605, 607-
608 recording system, 70 rent
control, 450 severance taxes, 503-
505 static efficiency of property
rights, 30-31 taxation of, 475n, 477
tax treatment of owning vs. renting,
465 Proxy fights, 386, 419 Prudent
man rule (trust law), 416-419
Public finance, 364, 475, 568-569,
576 government expenditures,
433-434 of states, 601 school
finance, 595 Public goods. See
Free riding Public housing, 445,
595 Public lands, 74-75 Public

utilities. See also Regulation.
charitable contributions by, 477
Pullman strike, 300n, 301
Punishment, 240, 491, 513-514,
560-561.

See also Capital punishment;
Criminal Law and legal error, 521
by FTC, 348 costs of, 207, 220
fines, 205, 207-210, 213, 353 fines
vs. imprisonment, 561
imprisonment, 209-210, 212-213
medieval, 211 of multiple
offenders, 213-215 optimal, 205-
212, 219 sentencing, 530-532
Queuing, 527, 545-547 figurative
vs. literal queue, 545 in jury cases,
549 Racial discrimination, 313,
481-483, 485- 486, 585-586, 615-
626, 638 by corporations, 403
effects of minimum wage laws on,
309- 310 in employment, 312-315
in public accommodations, 622
Ramsey pricing, 329-330, 334,
454n.

See also Taxation, Ramsey
principle Rape, 202 statutory, 219,
227 Rate base, 321-323 Rate of

return regulation, 321-328 Rate
regulation, 321-333 Rationing.

See Price (price controls) Real
estate.

See Property Reasonable man rule,
151-152, 176-177, 187, 194
Recklessness, 195, 221-222
Redistribution of income or wealth.
See Distribution of income and
wealth Regulation, 52-53, 616,
620.

See also Administrative law;
Administrative agen cies; names of
particular agencies and forms of
regulation by Federal
Communications Commission, 39-
41, 326, 333, 360, 633-635
franchise regulation, 360-363
interest group theory of, 339-340,
576-577 of airlines, 257-258, 502
of airports, 341 of banking, 424-
426 of broadcasting, 39-41, 326,
333, 633- 635 of ice business, 590-
592 of intercorporate relationships,
325-326 of leverage in public
utility capital structures, 416 of
monopoly, using capital asset
pricing model, 415-416 of natural

gas, 338-339 of new drugs, 351 of new stock issues, 421-422 of public utilities, 340-341, 400-401 of public utility rates, 321-333 of railroad abandonments, 335-336, 401 of railroads, 330-331, 334-336 of seatbelts, 351 pass-throughs, 327 politics of, 345 process of, 504 theory of optimal, 343-346 Regulatory lag, 324, 327, 578 Reliance, 84 detrimental, 85 Remaindermen. *See* Estates in land Remedies, 62, 98, 230.

See also Damages; Injunctions; Restitution appraisal, 390-391 creditors', 103-104, 116 damages vs. injunctions, 60, 118-119 for breach of contract, 105-122 in racial discrimination cases, 623 in tort cases, 167, 176-185, 194 self-help, 119-122 shareholders' derivative suit, 389-390 Rent. *See* Economic rent Rent control, 450 Rent-seeking.

See Economic rent Rent supplements, 443, 445, 447 Reorganization in bankruptcy, 377-379 Replacement workers,

305 Repossession, 103-104, 120, 596-597 Reputation, 196.

See also Privacy Resale price maintenance, 269, 275-277 Rescue, 85-86, 104-105, 122, 159, 174-176, 230-231, 345, 514n. *See also* Finders; Salvage Res judicata, 542-543.

See also Collateral estoppel Respondeat superior, 171-172, 173n, 397, 413, 642 Restraints on alienation, 485-486 Restitution, 105-106, 122-123, 175, 194, 345, 556 Restrictive covenants, 58-61, 486 racial, 620-621, 626 Return flow, 68-69 Revolution, 629-630 Rights, 245.

See also Constitution; Liberty of Contract; Property economic, 589-593, 636-637 Risk and uncertainty, 474.

See also Insurance behavior toward risk (risk aversion, risk neutrality, risk preference), 11, 48, 150, 158, 180n, 181, 188, 207-208, 368, 370-371, 376, 393, 398, 405-413, 416, 437-438, 441, 514, 525, 535, 539, 549, 584, 586, 600 in theory of

finance, 405-412 Risk, compensated vs. uncompensated. See Beta; Diversification Rule Against Perpetuities, 486 Rule in Shelley's Case, 67 Rules. See also Federal Rules of Civil Procedure general vs. specific, 513-514, 564 Rule 1 Ob-5, 422-424 Safety and health regulation, 351-358. See also OSHA; Pollution and advertising, 349 Sales law. See Commercial law Salvage, 104-105, 175, 535 Sanctions. See Damages; Punishment; Remedies Savings, 461-463 Search and seizure, 639-642 Search warrant, 640-641 Seatbelts, 115, 183, 351 Second best, theory of, 255n Secured transactions, 373-374, 596-597 Securities. See Common stock; Finance; Interest rates; Securities regulation; Stock market Securities and Exchange Commission, 421 - 422 Securities regulation, 390-391, 420-424 definition of security, 423 Separation of functions in

administrative agencies, 572-575 Separation of powers, 582-584, 600 Settlement (of lawsuits), 511, 528-529, 548, 565-566. See also Plea bargaining economic model of, 522-525, 538-539, 542 offer of judgment, 540-542 Sex discrimination, 313-314, 585-586, 593, 637 Sexually explicit art, 632-633 Sharecropping, 463-464 Sherman Act, 266-267, 301-302. See also Cartels Short hauling, 325 Short run vs. long run, 288, 333, 371, 395 Short selling, 42n, 422 Slander. See Defamation Slums. See Housing codes Social investing, 419-420 Social security, 479 Social security disability program, 440 Socialism, 438 Soundtrack cases, 629-630, 632 Specific performance, 105, 107, 117-119 Speculation, 42, 1 13-14, 422 Speeding, 222 Speedy Trial Act, 530 Spring guns, 191-192 Squeeze-outs, 390-392 Staggers Act, 33In, 341-342 Standardization, 349-350 Standing

to sue, 499, 548 Stare deasu, 509, 515, 528, 539, 544n States.

See also Federalism action by, vs. private, 619-621 State courts, 552-553 Statute of Frauds, 239 Statutes.

See Legislation Statutes of limitations, 70-71, 554 Strict liability, 160-167, 171-172, 176, 187, 194-195, 230, 235, 237-238, 240, 353, 514 in contract law, 165 in criminal law, 219-220, 222 for ultrahazardous activities, 163-164 Strikes, 304-305 Stock market, 392-393, 408-409, 476.

See also Mutual funds; Securities regulation crash of 1929, 421 Stock options, 392 Subsidy by common law, 233-237 internal or cross, 334-337 tax subsidy, 469 Substitutes.

See Demand, elasticity of Superior good, 5n, 472 Supply.

See also Cost, marginal; Elasticity, of supply curve, 292 long vs. short run, 546-547 of housing, 445-448 Supreme Court of the United States, 510, 512-513 Taft-Hartley Act, 302 Takeover.

See Tender offer Takings.

See Eminent domain Taxation, 50, 564 ad valorem vs. flat, 457-458, 477 as regulatory device, 353-357 by mandatory container deposits, 358- 359 by regulation, 334-337 charitable deduction, 440-441 compensating use tax, 606 conscription as form of, 454-455 deductions from income tax, 474n, 465- 477 earmarked, 504 excise, 335, 354, 442, 447, 454-459, 477, 496, 561, 602-608 head tax, 454 income averaging, 472 IRS budget, 564 , 568-569 marginal rates of, 472-474 of alimony, 137 of appreciation, 469-472 of cable television, 361-362 of corporate income, 375, 459-461, 470, 608-609, 613 of equity capital, 412 of estates, gifts, and inheritance, 479-481, 486-487 of gross receipts, 362, 519 of imports, 605-607 of income, 178n, 335, 461-477 of liquor, 364 of the poor, 433-434 payroll tax, 609 politics of, 475 poll tax, 594-595 progressive vs. proportional and regressive, 456, 472-475 Ramsey principle, 454n,

455, 461 real estate taxes, 458-459, 475, 595, 605, 607-608 sales tax, 605-606 severance tax, 603-608, 613 state taxation of interstate commerce, 602-609 Television.

See Broadcasting; Cable television Tenancy.

See Estates in land Tender offer, 386-388, 392n and market funds, 419 Tenure contracts, 597 Theft, 192-194, 206, 221 monopoly as form of, 258 Threats, 285-286, 304, 628-631 Torts and tort law, 29, 46-47, 230-231, 243, 344-345, 413, 563.

See also under name of particular torts and tort doctrine activity changes vs. care, 158, 161-162 avoidable consequences, 115 charitable immunity, 236 conflicts of law rules applicable to, 554 constitutional, 641-642 “economic loss” cases, 169-170 “eggshell skull” rule, 171 foreseeable misuse in products cases, 167 immunities, 236, 642 inducing breach of contract, 245 industrial-accident law, 234-235 insanity defense, 220

intentional torts, 147, 191-197, 201, 203-205 joint vs. alternative care, 155, 172 liability for injury by animals, 163 liability for torts of independent contractors, 172 negligence vs. strict liability, 160-164, 494-495, 528-529 official immunity, 642 private vs. public necessity, 159 remedies, 167, 176-185, 194 Trade associations, 98, 350 Trademarks, 37-38 Trade secrets, 62 Transaction costs, 44n, 45, 49-50, 54-55, 76, 85, 122-123, 152-154, 192, 223, 230-232, 267, 303-304, 362n, 367-368, 383-384, 416, 438, 486, 497, 506, 512, 514, 584, 610. See also Bilateral monopoly; Coase Theorem and corporation law, 372 Treasure trove, 35-36 Trespass, 159-160, 170, 191-192, 220, 620, 639 duty toward trespassers, 158-159 duty toward trespassing cattle, 46 Trial.

See Litigation Trustees, legal duties of. See Trusts Trusts, 65, 384n, 481-485, 487, 556, 481-485 lawr governing investment by,

416-420, 428 social investing by, 419-420 Truth in Lending Act, 348, 350 Unconscionability, 104 Uniform Commercial Code, 86n, 104, 116 Uniform Marriage and Divorce Act, 134 Unions, 299-313, 316, 402, 620, 623 organizing activities of, 302 racial discrimination by, 313, 616-617 Union shop, 303n Unitization, 58 Unjust enrichment. See Restitution Usury, 145 Utilitarianism, 12, 195, 241, 256, 436, 440- 441 Utility, 11-15, 439. See abo Utilitarianism; Wealth diminishing marginal, 11, 70, 214n, 434- 436, 449, 520 expected, 11,451 function, of judges, 504- 505 interdependent utilities, 195, 437n. See abo Altruism; Envy of public agency,- 566-567 Vagueness, 513-514 Value, 202. See abo Consumer surplus; Efficiency; Utility; Wealth of human life, 182-185, 199, 204, 222, 344-345 present-value calculations. See Discounting to present value Vertical integration,

290-291, 368n, 381-382, 572-573 Vicarious liability.

See Principal-agent; Respondeat superior Voting. See Elections Wages, 186, 300, 307, 308-311, 313-314, 316, 372, 597, 622-623 compensating differential, 181, 183,235, 31 1, 314, 467 determinants of, 179 effects of unions on, 302 minimum-wage laws, 308-311, 593, 598, 617 of civil servants, 575-576 Wagner Act, 302 Warranties, 83, 100 of liability.

See Housing codes Waste, law of, 64-65 Water law, 34-35, 41-42, 67- 70, 603n, 610 interbasin transfers, 610-611 Wealth, 44 n.

See abo Distribution of income and wealth effect of monopoly on, 256 maximization of, 15, 195, 202, 213n, 436, 451 Welfare benefits, 594, 614 residence requirements for, 611-612 Welfare programs, 440-444, 450.

See abo Poverty Widow's share, 486 Yellow dog contracts, 299, 302-303 Willingness to pay.

See Wealth Wiretapping, 639-640
Women.

See Household production; Sex
discrimination Workmen's

compensation, 235 Zoning, 53, 60-
61, 7



Dr. Diana R. W. Napitupulu, S.H., M.H., M.Kn., M.Sc.
Lahir di Jakarta, pada tanggal 5 April 1964, merupakan seorang Notaris dan Pejabat Pembuat Akta Tanah, dan juga Dosen Tetap pada Magister Hukum UKI, dan Dosen di Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya serta mediator Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Sektor Jasa Keuangan, juga aktif dalam berbagai organisasi dan juga menjadi pengurus dalam beberapa priode di **Kadin Indonesia** sejak dari tahun 1996 sampai sekarang.

Penulis merupakan lulusan Sajarna Hukum dari Fakultas Hukum UKI – Jakarta; lulusan Magister Kenotariatan Fakultas Hukum UI – Depok; lulusan Magister Hukum Pascasarjana UKI – Jakarta; lulusan Magister Science di Universitas Gadjah Mada – Yogyakarta, dan memperoleh gelar Doktor di Program Studi Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya – Malang;

Pendidikan Informal Penulis antara lain; Penataran P4 Pola 120 jam tahun 1984 yang dilaksanakan Menpora dan KNPI; Penataran Kewaspadaan Nasional tahun 1990 yang dilaksanakan Menpora; KNPI, dan Lemhannas RI; *Training of Trainers Certification for Bank* Perkreditan Rakyat dan Kursus Reguler Angkatan 39 Lemhannas RI Tahun 2006.



ukipressdigital.uki.ac.id



UKI PRESS

Pusat Penerbit dan Pencetakan
Universitas Kristen Indonesia
Jl. Mayjen Sutoyo No. 2, Cawang
Jakarta Timur 13630