

**DASAR-DASAR HUKUM
KONTRAK DAN ARBITRASE**

Arfiana Novera, SH., M.Hum
Meria Utama, SH., LL.M

DASAR-DASAR HUKUM KONTRAK DAN ARBITRASE



DASAR-DASAR HUKUM KONTRAK DAN ARBITRASE

Arfiana Novera, SH., M.Hum
Meria Utama, SH., LL.M

Editor

Irsan, SH.,M.Hum
Dody Nopriansyah, A.Md

Setting dan Desain Cover

Dian Triyani

Penerbit

TUNGGAL MANDIRI

Anggota IKAPI JTI No. 120
Jln. Taman Kebun Raya A-1 No. 9
Pakis – Malang 65154
Tlp./Faks (0341) 795261/2991813
e-mail: tunggalmandiri.cv@gmail.com

Cetakan 1, November 2014

Jumlah: viii + 172 hlm.

Ukuran: 15,5 x 23 cm

Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

ISBN: 978-602-8878-....-...

Hak Cipta dilindungi oleh undang-undang.
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian
atau seluruh isi buku tanpa izin tertulis dari penerbit.

KATA PENGANTAR

Mata kuliah hukum kontrak internasional dan penyelesaian sengketa di arbitrase adalah mata kuliah yang dipelajari baik itu mahasiswa S1, S2, S3 bahkan Magister Kenotariatan. Namun Buku mengenai hukum kontrak internasional masih dirasakan kurang terutama untuk buku yang ditulis dalam bahasa Indonesia. Oleh karena itu kami berharap bahwa buku ini akan mampu memenuhi keinginan dan kebutuhan untuk mengenal hukum kontrak internasional dan penyelesaiannya di arbitrase. Buku ini juga mencantumkan beberapa perkembangan dalam hukum kontrak internasional dan Lex Mercatoria

Penulis dalam membuat buku ini memperoleh bantuan yang sangat berarti dari Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya dan Lembaga Penelitian UNSRI yang telah membantu mendanai penelitian kami, sehingga penelitian tersebut menjadi dasar dari pembuatan buku ini. Serta juga bantuan dari pimpinan dan rekan dosen di Fakultas Hukum universitas Sriwijaya.

Harapan kami bahwa buku ini dapat menambah khasanah bacaan dan sumbangan ilmu pengetahuan khususnya di bidang kontrak internasional dan penyelesaian sengketanya. Namun disadari pula bahwa buku ini masih banyak kekurangan sehingga kritik dan masukan terhadap buku ini merupakan masukan yang luar biasa bagi kami.

Penulis

Daftar Isi

Kata Pengantar	v
Daftar Isi	vii
Bab 1	
Pendahuluan	1
Bab 2	
Kontrak Nasional dan Internasional	5
A. Pendahuluan, Sejarah dan Pengertian Kontrak	5
B. Asas-Asas dalam Berkontrak.....	14
C. Akibat Hukum Perjanjian	16
D. Fungsi Kontrak.....	19
E. Subjek dan Objek Hukum Kontrak	20
F. Asas-Asas Hukum Kontrak	23
G. Syarat-Syarat Sahnya Suatu Kontrak.....	25
H. Tahapan Terjadinya Kontrak.....	31
I. Berakhirnya Kontrak.....	43
Bab 3	
Lex Mercatoria dan Perkembangannya	47
A. Pengertian Istilah Lex Mercatoria.....	47
B. Definisi New Lex Mercatoria.....	51
C. Pilihan Hukum Para Pihak	52
D. Model Penyelesaian Sengketa dalam Kasus Lex Mercatoria	53
Bab 4	
Penggunaan Lex Mercatoria dalam Sengketa Dagang Internasional.....	55
A. Prinsip Unidroit dan CISG sebagai Lex Mercatoria Dijadikan Sumber Hukum Sekunder	63
B. Sumber Hukum Lex Mercatoria Selain Prinsip Unidroit dan CISG.....	65

Bab 5

Arbitrase dan Mekanisme Penyelesaian Sengketanya.....	81
A. Pengertian Arbitrase	81
B. Macam-Macam Arbitrase	82
C. Kelebihan dan Kekurangan Arbitrase	84
D. Kasus-Kasus yang Dapat Diselesaikan oleh Arbitrase	87
E. Persetujuan untuk Penyelesaian Sengketa ke Arbitrase (<i>Arbitration Agreement</i>).....	89
F. Prosedur Penyelesaian Sengketa di Arbitrase.....	91
G. Putusan Arbitrase atau Award.....	93
H. Syarat Formal dan Materiil Putusan Arbitrase	96
I. Pengertian Putusan Arbitrase Commercial Internasional...	100

Bab 6

Mekanisme Terhadap Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Komersial Internasional di Indonesia Menurut Hukum Indonesia.....	103
A. Hal-Hal Umum Mengenai Pelaksanaan Keputusan Arbitrase Asing Menurut Perma No.1 Tahun 1980.....	105
B. Hal-Hal Umum Mengenai Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing di Indonesia Menurut Undang-Undang No.30 Tahun 1999	108

Bab 7

Terhambatnya Pelaksanaan Putusan Arbitrase	127
A. Latar Belakang Adanya Perlawanan (<i>Challenge</i>) Terhadap Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase	128
B. Alasan Mengapa Perlawanan Putusan Arbitrase Dimungkinkan	136
C. Faktor-Faktor yang Menyebabkan Perlawanan (<i>Challenge</i>) Terhadap Suatu Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional Tersebut dapat Diterima oleh Pengadilan Nasional.....	138
 Daftar Pustaka.....	 163

PENDAHULUAN

Globalisasi telah merambah hampir di semua ranah kehidupan masyarakat, baik itu bidang ekonomi, politik, ilmu pengetahuan dan teknologi (iptek), budaya, pendidikan, dan lain-lain. Walaupun istilah ‘globalisasi’ telah menjadi suatu kosakata yang klasik, tetapi suka atau tidak suka, masyarakat di seluruh pelosok dunia sekarang ini telah hidup dalam suatu habitat yang global, transparan, tanpa batas, saling kait-mengkait (linkage), dan saling ketergantungan (interdependence).

Menurut Henry Kissinger, globalisasi adalah nama lain dari dominasi Amerika Serikat. Sedangkan globalisasi hukum merupakan desain Amerika Serikat, dalam rangka menjadikan hukum sebagai alat menguasai perekonomian negara-negara lain. Globalisasi hukum menemukan momentumnya ketika sebagian besar negara menyepakati GATT-PU. Disepakatinya GATT-PU menandakan munculnya era liberalisasi perdagangan dunia tanpa proteksi dan tanpa hambatan, dan mempertinggi tingkat persaingan perdagangan antarpelaku-pelaku ekonomi.¹ Pada tanggal 15 April 1994, dokumen akhir Putaran Uruguay telah ditandatangani oleh 124 wakil-wakil negara di Marrakesh, Maroko. Dokumen tersebut berisi 28 kesepakatan multilateral yang antara lain berisi: liberalisasi komoditi, penghapusan dan penurunan tarif produk manufakturing, penghapusan MFA yang mengatur tekstil dan pakaian jadi dalam 10 tahun, liberalisasi terbatas sektor jasa,

1 Semula GATT-PU ini ditargetkan untuk disepakati pada bulan Desember 1990, namun baru pada bulan Desember 1993 putaran ini bisa disepakati. Henry Kissinger, *The New Development of Law*, Sweet and Maxwell, Second Edition, hal. 14-16.

penghapusan proteksi bidang pertanian, pengakuan perlindungan hak milik intelektual (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPs), non-discrimination dalam perlakuan investor asing (Trade Related Investment Measures-TRIMs), penghapusan tata niaga, pengawasan (safeguards), anti dumping dan arbitrase, subsidi (Subsidies and Countervailing Measures), dan penanganan konflik dagang (Dispute Settlement Understanding).²

Sedangkan untuk mengawasi kesepakatan umum tentang tarif dan perdagangan tersebut, dibentuk sebuah lembaga yang bernama WTO-OMC (The World Trade Organization–Organization Mondiale du Commerce) sebagai wadah global permanen ketiga setelah World Bank dan IMF, yang sudah mulai bekerja sejak tanggal 1 Januari 1995. WTO ini bertindak sebagai polisi perdagangan internasional yang bertugas mengawasi dan menindak negara-negara yang melanggar ketentuan-ketentuan GATT-PU.

Di samping itu, semua negara yang ikut menandatangani kesepakatan tersebut wajib untuk menyesuaikan hukum nasional mereka dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam GATT-PU. Apabila hal ini tidak dilakukan maka WTO (World Trade Organization), selaku badan yang berfungsi untuk menafsirkan dan menjabarkan isi perjanjian GATT-PU serta menyelesaikan sengketa di antara negara anggotanya, akan memberikan sanksi yang dapat merugikan kepentingan ekonomi dan perdagangan negara tersebut.³

Dengan turutannya Indonesia menyepakati, maka mau tidak mau, semua ketentuan yang ada dalam GATT-PU harus juga diberlakukan di wilayah Indonesia. Sebab kalau negara Indonesia tidak mau memperhatikan dan mentaati kesepakatan yang tertuang dalam aturan-aturan GATT-PU, maka semua produk eksportnya akan dihambat dan tidak bisa diterima di semua negara anggota GATT-PU. Dalam kondisi negara Indonesia yang telah jatuh miskin seperti sekarang ini adanya

2 Keseluruhan system hukum yang dibuat tersebut rata-rata dikarenakan adanya permintaan asing. <http://www.Hukumonline.com>, dalam artikel Ibrahim senen, Intervensi Asing Terhadap Hukum di Indonesia.

3 Abdurrasyid Priyatna, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Fikahati Aneska and BANI, (2002).

sanksi dari WTO akan menyebabkan masyarakat Indonesia semakin menderita. Munculnya globalisasi hukum di penjuru dunia semakin mengukuhkan pondasi bangunan New Lex Mercatoria (NLM) yang sudah sejak tahun 1960-an telah banyak diperkenalkan pakar hukum bisnis internasional.

Bab 2

KONTRAK NASIONAL DAN INTERNASIONAL

A. PENDAHULUAN, SEJARAH DAN PENGERTIAN KONTRAK

1. Definisi Kontrak secara Umum

Istilah kontrak di Indonesia yang berasal dari istilah Belanda sebagai sumber aslinya, yaitu *verbinten* dan *overeenkomst*, Masih menjadi perdebatan karena masing-masing ahli hukum perdata Indonesia itu mempunyai argumentasi sendiri dan keahlian yang berbeda.

a. Pengertian Kontrak⁴

Ada beberapa pengertian kontrak yang dikemukakan oleh para ahli, yaitu:

1. Menurut Lawrence M. Friedman kontrak adalah seperangkat hukum yang hanya mengatur aspek tertentu dari pasar dan mengatur jenis perjanjian tertentu;
2. Menurut Michael D. Bayles kontrak adalah aturan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau persetujuan;
3. Menurut Van Dunne kontrak adalah suatu hubungan hukum antara dua (2) pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan hukum; dan
4. Menurut Pasal 1313 KUH-Perdata Indonesia perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya.

4 Ibid.

Dalam Black's Law dictionary kontrak diartikan sebagai suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk berbuat atau tidak berbuat suatu hal yang khusus. "*Contract: An agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a peculiar thing. Its essentials are competent parties, subject matter, a legal consideration, mutuality of agreement, and mutuality of obligation.*"

Pengertian lain dari kontrak menurut Charles L Knapp dan Nathan M. Crystal adalah: "*Contract is an agreement between two or more persons- not merely a share belief, but common understanding as to something that is to be done in the future by one or both of them*".⁵ Artinya bahwa kontrak adalah suatu persetujuan antara dua orang atau lebih, tidak hanya memberikan kepercayaan tetapi secara bersama-sama saling pengertian untuk melakukan sesuatu pada masa mendatang oleh seseorang atau keduanya dari mereka.

Hukum Kontrak sudah dikenal mulai dari kode Hammurabi hingga dalam hukum Romawi, sistem hukum di negara- negara yang berlaku tradisi hukum Eropa Kontinental, termasuk Belanda dan karenanya juga Indonesia, mempunyai dasar yang berinduk pada hukum Romawi, termasuk Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang di dalamnya terdapat banyak pasal yang mengatur tentang kontrak. Dalam dunia internasional tidak ada Undang-Undang seperti Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang mengatur mengenai perjanjian atau kontrak, namun terdapat konvensi- konvensi seperti Konvensi Wina 1969, Konvensi Den Haag, dan sebagainya. Di Indonesia sendiri, kontrak berkembang baik di dalam hukum adat, hukum tanah, keluarga dan perkawinan, tentang hibah, tentang wasiat, tentang utang piutang, pinjam meminjam, tukar menukar, jual beli, atau jaminan benda bergerak.

Berbeda dengan kontrak internasional yang bersifat dinamis, perkembangannya tidak lepas dari perkembangan umat manusia de-

5 Charles L. Knapp and Nathan M. Crystal, *Problems in Contract law cases and materials*, Boston Toronto London: Little Brown and Company, 1993, hal. 2.

ngan aktivitas perdagangannya yang secara garis besar ditandai dengan empat bentuk perkembangan kontrak yaitu sebagai berikut:

1. Hukum Kontrak Internasional yang terwujud dalam *Lex Mercatoria*.

Lex Mercatoria atau hukum para pedagang adalah aturan-aturan hukum yang dibuat oleh para pedagang dan untuk para pedagang. Lembaga hukum yang tumbuh karena adanya kebutuhan para pedagang guna menuangkan kesepakatan yang telah dicapai antara mereka.

2. Hukum Kontrak Internasional dalam Hukum Nasional

Dengan adanya aturan-aturan yang dibuat sendiri oleh para pedagang guna kepentingan mereka, pemerintah yang merasa perlu mengatur hal ini pada abad ke- 19 negara-negara mulai menyusun hukum kontrak dalam sistem hukum nasionalnya dan diundangkan dalam suatu kitab undang-undang. Di Indonesia, seperti yang diketahui dimuat dalam buku II dari BW yang diadopsi dari Belanda.

3. Hukum Kontrak Internasional dalam Bentuk Kontrak Baku

Setelah berakhirnya Perang Dunia II, para pedagang yang memilik usaha dagang yang membentuk suatu organisasi para pedagang. Organisasi dagang ini bertujuan memfasilitasi dan memperlancar usaha dagang mereka, salah satunya dengan memperkenalkan bentuk-bentuk kontrak baku atau standar. Dalam perkembangannya kontrak baku mendapat pro dan kontra tentang pemakaiannya, di suatu sisi dipandang menyimpang dari prinsip kebebasan berkontrak karena umumnya telah dibuat telah dibuat secara sepihak oleh salah satu pihak dahulu. Di sisi sebaliknya bentuk kontrak ini dirasa bermanfaat karena mempersingkat waktu yang dibutuhkan untuk formalitas penutupan dari negosiasi transaksi- transaksi dagang.

4. Hukum Kontrak Internasional dan Perjanjian Internasional
Pada tahap ini lahir lah perjanjian- perjanjian internasional yang dibentuk oleh negara ataupun lembaga- lembaga, diantaranya memuat aturan- aturan harmonisasi berbagai hu-

kum kontrak nasional. Selain itu juga mengatur mengenai kebiasaan internasional, yang disebut- sebut sebagai *New Lex Mercatoria*.

5. Hukum Kontrak dalam dunia Maya

Globalisasi dalam bidang perdagangan didukung dengan perkembangan teknologi mendorong terciptanya sistem transaksi baru dalam hal perdagangan, dengan menggunakan internet sebagai penghubung sarana perdagangan, dengan menggunakan internet sebagai penghubung yang tidak harus dilakukan secara konvensional lagi, Transaksi, kesepakatan kontrak, termasuk penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui teknologi informasi yaitu internet. Untuk itu dibentuklah lembaga- lembaga yang mengatur masalah transaksi melalui teknologi informasi, diantaranya UNCTRAL (*United Nation Commission on International Trade Law*) yang berhasil merumuskan aturan hukum yakni *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* tahun 1996 dan *United Nations Convention on the Use of Electric Communications in International Contract*.⁶

Dilihat dari sejarah perkembangan Kontrak Internasional, Kontrak Baku merupakan bagian dari Kontrak yang digunakan oleh masyarakat di dunia.

2. Definisi Kontrak Internasional dan Perjanjian Internasional

Di dalam buku Huala Adolf, S.H., L.L.M., Ph.D definisi kontrak internasional menurut para ahli adalah:

Menurut Willis Reese, guru besar ilmu hukum dari Universitas Colombia Amerika Serikat:

6 Huala Adolf, *Op.Cit.* Hlm. 33-dst.

“kontrak internasional adalah kontrak- kontrak yang di dalamnya terdapat unsur dua negara atau lebih. Kontrak-kontrak tersebut dilakukan antara negara dengan negara, negara dengan pihak swasta atau diantara pihak swasta”⁷

Dari definisi Reese tersebut tersurat adanya unsur lebih dari dua negara. Batasan yang sama namun lebih praktis dikemukakan oleh Sudargo Guatama. Kontrak internasional adalah kontrak nasional yang terdapat unsur luar negeri atau *foreign element*

Secara teoretis, unsur asing yang terdapat dalam indikator suatu kontrak adalah kontrak nasional yang ada unsur asing nya yaitu:

1. Kebangsaan yang berbeda (seperti unsur di atas)
2. Para pihak memiliki domisili hukum di negara yang berbeda.
3. Hukum yang dipilih adalah hukum berbeda dari negara asal (hukum asing), termasuk aturan atau prinsip kontrak internasional terhadap kontrak tersebut
4. Penyelesaian sengketa dilakukan di luar negeri
5. Pelaksanaan kontrak tersebut di luar negeri
6. Kontrak tersebut ditandatangani di luar negeri
7. Objek kontrak di luar negeri
8. Pemakaian bahasa yang terdapat di dalam kontrak adalah bahasa asing
9. Digunakan mata uang asing dalam kontrak tersebut

Fakta dua orang atau lebih yang kewarganegaraannya berbeda membawa konsekuensi hukum terhadap suatu kontrak tersebut. Masalahnya adalah status hukum personel masing-masing warga negara tersebut sedikit banyak akan berbeda.⁸

7 Terjemahan “*are contracts between with elemen in two or more nation states, Such contracts may be between states, between a state and private party, or exclusively between private parties*”

8 Huala Adolf, *Op.Cit* hlm. 4

Pengertian perjanjian tercantum dalam Pasal 1313 KUHPerdara yaitu suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya.

Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional selanjutnya disingkat UUPI merupakan pelaksanaan dari Pasal 11 Undang- Undang Dasar 1945, dalam Pasal 11 itu memberi kewenangan kepada Presiden untuk membuat perjanjian internasional dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat. Dan yang terdapat dalam ketentuan Pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945 bersifat ringkas sehingga memerlukan penjabaran lebih lanjut.

Perjanjian internasional, yang terdapat di dalam Undang-undang Nomor 24 Tahun 2000 ialah setiap perjanjian, di bidang hukum publik, diatur oleh hukum internasional, dan dibuat oleh pemerintah dengan negara, organisasi internasional, atau subjek hukum internasional lain.

Bentuk dan nama perjanjian internasional dalam praktiknya ada banyak macamnya, antara lain: *treaty* atau perjanjian, *convention* atau konvensi, *agreement* atau perjanjian, *memorandum of understanding* (nota kesepahaman), *protocol* atau protokol, *charter* atau piagam, *declaration* atau deklarasi, *final act* atau pernyataan terakhir, *arrangement* atau pengaturan, *summary record*, *exchange of notes*, *process verbal*, *letter of intent*, dan *modus vivendi*.⁹

Menurut Abdulkadir Muhammad, ketentuan yang terdapat dalam pasal ini dinilai kurang memuaskan karena terdapat beberapa kelemahan. Adapun kelemahan-kelemahan tersebut, yaitu¹⁰:

- a. Hanya menyangkut sepihak saja.
Mengikatkan diri yang dimaksudkan dalam kontrak baku hanya datang dari satu pihak saja, bukan dari kedua belah pihak. Harusnya dirumuskan “saling mengikatkan diri” jadi ada konsensus antara para pihak.
- b. Kata “perbuatan” mencakup tanpa konsensus.
Pengertian “perbuatan” mempunyai arti yang luas, karena

9 *Ibid.*

10 Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982, hlm.77

tidak hanya meliputi perjanjian saja, melainkan juga meliputi perbuatan lain. Misalnya suatu perbuatan mengurus barang milik orang lain dan juga perbuatan melawan hukum. Maka untuk lebih lengkap seharusnya dipakai kata “persetujuan”.

- c. Pengertian perjanjian terlalu luas.
Pengertian perjanjian pada pasal ini terlalu luas, hal ini berarti mencakup juga kelangsungan perkawinan, yang diatur dalam lapangan hukum keluarga. Padahal yang dimaksud disini adalah hubungan antara debitur dan kreditur dalam lapangan harta kekayaan saja. Perjanjian yang dimaksudkan dalam Buku III KUHPerdara sebenarnya merupakan perjanjian yang bersifat kebendaan, bukan menyangkut perjanjian yang bersifat personal.
- d. Tanpa menyebutkan tujuan.
Dalam pasal ini tidak menyebutkan tujuan mengadakan perjanjian, sehingga pihak-pihak yang mengikatkan diri itu tidak jelas untuk apa.

Berdasarkan kelemahan-kelemahan di atas, Abdulkadir Muhammad merumuskan definisi perjanjian sebagai suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.¹¹

Dalam suatu bahan hukum dari Rosmi Hasibuan, S.H., M.H., menerangkan bahwa pengertian tentang apa yang dimaksud dengan perjanjian internasional para sarjana memberikan definisi masing-masing sesuai dengan apa yang ditekankan dalam pengertian istilah tersebut, tetapi dari beberapa definisi yang dimaksud dapat ditarik persamaan yang menggambarkan ciri-ciri perjanjian internasional. Beberapa definisi itu sebagai berikut¹²:

11 *Ibid.*

12 Rosmi Hasibuan, SH., MH., Suatu Tinjauan Umum Tentang Perjanjian Internasional Pdf. (<http://library.usu.ac.id/download/fh/hukuminter-Rosmi5.pdf>. diakses 23 Mei 2012)

1. Definisi dari G. Schwarzenberger.
*“Treaties are agreements between subject of International Law creating binding obligations in International Law. They may be bilateral (i.e. concluded between contracting parties) or multilateral (i.e. concluded more than contracting parties)”*¹³
2. Definisi dari Oppenheim-Lauterpacht:
Perjanjian adalah suatu persetujuan antar negara yang menimbulkan hak dan kewajiban diantara para pihak.¹⁴

Pendapat yang lebih luas lainnya, yaitu definisi dari Mochtar Kusumaatmadja bahwa: “Perjanjian internasional adalah suatu perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa yang bertujuan untuk mengakibatkan akibat- akibat hukum tertentu”.

Berdasarkan definisi tersebut bahwa subjek hukum internasional yang mengadakan perjanjian adalah anggota masyarakat bangsa-bangsa, termasuk juga lembaga internasional dan negara. Dari definisi-definisi tersebut dapat disimpulkan mengenai ciri-ciri perjanjian internasional bahwa pihak- pihak yang mengadakan perjanjian saling menyetujui antara pihak- pihak yang dapat menimbulkan hak dan kewajiban dalam bidang internasional.

Dalam Konvensi Wina 1969, yaitu dalam pasal 1 membatasi diri dalam ruang lingkup berlakunya hanya berlaku untuk perjanjian-perjanjian antar negara, seperti dinyatakan "Konvensi-konvensi ini berlaku untuk perjanjian antara negara-negara"¹⁵. Namun Konvensi yang demikian ini menganggap perlu mengatur perjanjian-perjanjian yang diadakan oleh subjek-subjek hukum lainnya secara khusus, misalnya perjanjian antar negara dengan subjek hukum lain selain negara

13 Maksudnya bahwa perjanjian internasional diartikan sebagai suatu persetujuan antara subjek- subjek hukum internasional yang menimbulkan kewajiban- kewajiban yang mengikat dalam hukum internasional. Persetujuan tersebut dapat berbentuk bilateral maupun multilateral.

14 Terjemahan: *“International treaties are agreements of contractual charter between states, creating legal rights and obligations between the parties”*

15 Terjemahan: *“The present conventions applies to treaties between states”*

(orang atau badan hukum internasional misalnya), dan subjek hukum yang keduanya bukan negara.¹⁶

Dalam perkembangan dewasa ini kedudukan dari perjanjian internasional sebagai sumber hukum internasional adalah sangat penting mengingat perjanjian internasional lebih menjamin kepastian hukum karena dibuat secara tertulis atau tulisan. Selain itu perjanjian internasional juga mengatur masalah-masalah bersama yang penting dalam hubungan antar subjek hukum internasional.

Dalam mempelajari perjanjian internasional ini banyak dijumpai istilah-istilah untuk pengertian perjanjian internasional, seperti:

1. Traktat (*treaty*)
2. Persetujuan (*agreement*)
3. Konvensi (*Convention*)
4. Protocol (*Protocol*)
5. *Arrangement*
6. *General Act*
7. *Covenant*
8. Piagam (*Statuta*)
9. *Charter*
10. Deklarasi (*Declaration*)
11. *Modus Vivendi*
12. *Accord*
13. *Final Act*
14. Pakta (*Pact*)

Dilihat secara yuridis istilah-istilah tersebut tidak ada bedanya, semua mempunyai istilah tersebut mempunyai arti perjanjian internasional, tetapi dalam praktiknya terkadang orang membedakannya, misalnya untuk perjanjian-perjanjian penting (masalah politik) dipergunakan istilah traktat (*treaty*), sedangkan untuk perjanjian perdagangan (*executive*) dipakai istilah *agreement*.¹⁷

16 Konvensi Wina Tahun 1969 Tentang Perjanjian Internasional

17 Rosmi Hasibuan, SH., MH., *Op.Cit.*

B. ASAS-ASAS DALAM BERKONTRAK

Prinsip-prinsip atau asas- asas fundamental yang menguasai hukum kontrak adalah: prinsip konsensualitas, dimana persetujuan-persetujuan dapat terjadi karena penyesuaian kehendak atau (konsensus) para pihak. Pada umumnya persetujuan- persetujuan dapat dibuat secara bebas bentuk “bebas bentuk” dan dibuat tidak secara formal melainkan konsensual.

Prinsip atau asas “kekuatan mengikat karena persetujuan” menegaskan bahwa para pihak harus memenuhi apa yang telah diperjanjikan sehingga merupakan ikatan para pihak satu sama lain.¹⁸

Sedangkan prinsip atau asas kebebasan berkontrak yakni dimana para pihak diperkenankan membuat suatu persetujuan sesuai dengan bebas pilihan masing-masing dan setiap orang memiliki kebebasan untuk membuat kontrak dengan siapa saja yang dikehendaknya, selain itu masing-masing pihak bisa menentukan sendiri isi maupun persyaratan- persyaratan suatu perjanjian. Dengan pembatasan bahwa suatu perjanjian tidak boleh bertentangan dengan sebuah ketentuan undang- undang yang bersifat memaksa, kesusilaan dan juga ketertiban umum.¹⁹

Adapun Konsensualitas menyangkut sebuah terjadinya persetujuan prinsip kekuatan mengikat. Prinsip kekuatan mengikat menyangkut akibat persetujuan, sedangkan prinsip kebebasan berkontrak terutama berurusan dengan isi persetujuan.

1. Asas Konsensualitas

Dalam perjanjian hal utama yang harus ditonjolkan ialah bahwa umumnya berpegangan pada asas Konsensualitas, yang merupakan syarat mutlak bagi hukum perjanjian modern dan bagi terciptanya kepastian hukum.²⁰

18 P. Lindawaty S. Sewu, “Aspek Hukum Perjanjian Bakudan Posisi Berimbang Para Pihak dalam Perjanjian Waralaba”, 2007, Bandung: Program Pascasarjana Universitas Katholik Parahyangan, hlm. 70.

19 pasal 1339 KUHPerdato

20 Subekti, “Aspek- aspek hukum Perikatan Nasional”. Bandung; Citra Aditya Bakti, 1992, hlm. 5.

Asas Konsensualitas mempunyai arti yang penting, bahwa untuk melahirkan suatu perjanjian cukup dengan tercapainya sepakat mengenai hal- hal pokok mengenai perjanjian tersebut dan perjanjian itu (dan perikatan yang ditimbulkan karena nya) sudah dilahirkan pada saat atau detik tercapainya konsensus atau kesepakatan. Dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila hal- hal pokok sudah disepakati dan tidak diperlukan sebagai suatu formalitas.²¹

2. Asas Kekuatan Mengikat

Asas kekuatan mengikat landasannya ada di dalam ketentuan Pasal 1374 ayat (1) BW (lama) atau Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata²²

Di dalam pasal 1339 KUH Perdata²³ juga dimasukkan prinsip bahwa di dalam sebuah persetujuan orang menciptakan sebuah kewajiban hukum dan bahwa ia terikat pada janji- janji kontraktualnya serta harus memenuhinya, dipandang sebagai sesuatu yang patut dan bahkan orang tidak lagi mempertanyakan mengapa hal itu demikian. Suatu pergaulan hidup dimungkinkan bila seseorang dapat mempercayai kata- kata orang lain.²⁴

3. Asas Kebebasan Berkontrak

Prinsip bahwa orang terikat pada persetujuan-persetujuan men-erangkan adanya suatu kebebasan tertentu di dalam masyarakat untuk dapat turut serta di dalam lalu lintas yuridis dan hal ini mengimplikasikan pula prinsip kebebasan berkontrak.

21 Subekti, "Hukum Perjanjian"; Jakarta; Intermasa, 1984. Hlm. 15

22 Pasal tersebut berisi: "*Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang- undang bagi mereka yang membuatnya*"

23 Isi Pasal 1339 KUHPerdata: "*Suatu Perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal- hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang- undang*"

24 P. Lindawaty S. Sewu, *Op.Cit.* hlm. 90.

Jika antara para pihak telah diadakan sebuah persetujuan maka diakui bahwa telah terdapat kebebasan berkehendak ini diasumsikan adanya suatu kesetaraan minimal. Pada intinya suatu kesetaraan minimal. Pada intinya suatu kesetaraan ekonomis antara para pihak sering tidak ada, akibatnya jika kesetaraan antara para pihak tidak ada, maka nampaknya tidak pula ada kebebasan untuk mengadakan kontrak.²⁵

Berlakunya asas kebebasan berkontrak ini pada kenyataannya ternyata tidaklah berlaku mutlak. KUH Perdata memberikan pembatasan mengenai berlakunya asas kebebasan berkontrak, seperti yang dimaksudkan dalam ketentuan:

Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata yang menerangkan bahwa perjanjian tidak sah apabila dibuat tanpa adanya kata sepakat dari para pihak yang membuatnya.

Pasal 1320 ayat (2) KUH Perdata yang bias disimpulkan bahwa kebebasan untuk membuat suatu perjanjian dibatasi oleh suatu kecakapan. Pasal 1320 ayat (4) dan Pasal 1337 menerangkan bahwa para pihak tidak bebas membuat perjanjian yang menyangkut kuasa yang dilarang oleh Undang- Undang atau bertentangan dengan kesusilaan baik atau bertentangan dengan ketentuan umum.²⁶

Pasal 1332 KUH Perdata memberikan arah mengenai kebebasan para pihak untuk membuat perjanjian sepanjang menyangkut objek perjanjian. Menurut ketentuan ini adalah tidak bebas untuk memperjanjikan setiap barang apapun, hanya barang- barang yang mempunyai nilai ekonomis saja yang dapat dijadikan objek perjanjian.²⁷

C. AKIBAT HUKUM PERJANJIAN

1. Akibat Hukum Suatu Kontrak

Akibat hukum suatu kontrak pada dasarnya lahir dari adanya hubungan hukum dari suatu perikatan, yaitu dalam bentuk hak dan kewajiban. Pemenuhan hak dan kewajiban inilah yang merupakan

25 *Ibid*

26 Pasal 1320 KUH Perdata ayat (2) dan (4) dan Pasal 1337 KUH Perdata

27 Pasal 1332 KUH Perdata: "*Hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja dapat menjadi pokok suatu perjanjian*"

salah satu bentuk dari pada akibat hukum suatu kontrak. Kemudian, hal dan kewajiban ini tidak lain adalah hubungan timbale balik dari para pihak, maksudnya, kewajiban di pihak pertama merupakan hak bagi pihak kedua, begitu pun sebaliknya, kewajiban di pihak kedua merupakan hak bagi pihak pertama. Dengan demikian, akibat hukum di sini tidak lain adalah pelaksanaan dari pada suatu kontrak itu sendiri.

Untuk melaksanakan suatu perjanjian, lebih dahulu harus ditetapkan secara tegas dan cermat apa saja isi perjanjian tersebut. Atau dengan kata lain, apa saja hak dan kewajiban masing-masing pihak. Biasanya orang-orang mengadakan suatu perjanjian dengan tidak mengatur atau menetapkan secara teliti hak dan kewajiban mereka. Mereka itu hanya menetapkan hal-hal yang pokok dan penting saja. Dalam jual beli, misalnya, hanya ditetapkan tentang barang mana yang dibeli, jenisnya, jumlahnya, dan harganya. Tidak ditetapkan tentang tempat penyerahan barang, biaya pengantaran, tempat, dan waktu pembayaran, bagaimana kalau barang musnah di perjalanan, dan sebagainya.

Menurut Pasal 1339 KUH Perdata, suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan (diwajibkan) oleh kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang. Dengan demikian, setiap perjanjian diperlengkapi dengan aturan-aturan yang terdapat dalam undang-undang, dalam adat kebiasaan (di suatu tempat dan suatu kalangan tertentu), sedangkan kewajiban-kewajiban yang diharuskan oleh kepatutan (norma-norma kepatutan) harus juga diindahkan.

Ada tiga sumber norma yang ikut mengisi suatu perjanjian, yaitu undang-undang, kebiasaan, dan kepatutan, menurut Pasal 1338 ayat 3 KUH Perdata, semua perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik (dalam bahasa Belanda *tegoeder trouw*; dalam bahasa Inggris *in good faith*, dan dalam bahasa Prancis *de bonne foi*). Norma yang dituliskan di atas merupakan salah satu sendi yang terpenting dari hukum perjanjian. Apakah artinya bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik itu? Dalam hukum benda, itikad baik adalah suatu anasir subjektif. Bahkan, anasir subjektif inilah yang dimaksud oleh

Pasal 1338 ayat (3) tersebut bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Yang dimaksud pelaksanaan itu harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan. Jadi ukuran-ukuran objektif untuk menilai pelaksanaan tadi. Pelaksanaan perjanjian harus berjalan di atas rel yang benar.

Dalam pasal 1338 ayat (3) tersebut, hakim diberikan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian, jangan sampai pelaksanaan itu melanggar peraturan atau keadilan. Ini berarti, hakim itu berkuasa untuk menyimpan dari isi perjanjian menurut hurufnya, manakala pelaksanaan menurut huruf itu akan bertentangan dengan itikad baik. Jika Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata tersebut dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan kepastian hukum (janji itu mengikat), ayat ketiga ini harus kita pandang sebagai suatu tuntutan keadilan (lihat *ibid*, 39 dan 41).

Paal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang dimaksudkan di atas adalah yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Hal ini berarti bahwa perjanjian yang dibuat secara sah mengikat para pihak sebagai mana undang-undang dan perikatan ini hanya berlaku bagi para pihak perjanjian saja (Pasal 1340 KUH Perdata). Perjanjian tidak dapat membawa kerugian kepada pihak ketiga dan juga membawa keuntungan bagi pihak ketiga, kecuali memberikan haknya untuk pihak ketiga. Perjanjian tidak dapat ditarik, kecuali atas kesepakatan para pihak atau karena ada alasan-alasan yang kuat (Pasal 13338 ayat (2) KUH Perdata).

Alasan yang kuat diperbolehkan oleh undang-undang untuk membatalkan perjanjian ialah (Hardijan Rusli, *op.cit*:108):

1. Pasal 1553 ayat (2) KUH Perdata yang memperbolehkan si penyewa memilih, apakah ia akan meminta pengurangan harga sewa atau meminta pembatalan sewa apabila terjadi barang yang disewakan musnah sebagian.
2. Pasal 1688 KUH Perdata yang memperbolehkan menarik kembali suatu hibah apabila:
 - a. Tidak dipenuhi syarat-syarat dalam perjanjian hibah itu;

- b. Si penerima hibah telah bersalah melakukan kegiatan yang bertujuan mengambil jiwa si penghibah atau suatu kejahatan lain terhadap di penghibah;
- c. Si penerima hibah menolak memberikan tunjangan nafkah setelah si penghibah jatuh miskin.

Selanjutnya, Pasal 1339 KUH Perdata menyatakan bahwa perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian itu diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang.

D. FUNGSI KONTRAK

Salah satu definisi kontrak yang diberikan oleh salah satu kamus, bahwa kontrak adalah suatu kesepakatan yang diperjanjikan (*promissory agreement*) di antara 2 (dua) atau lebih pihak yang dapat menimbulkan, memodifikasi, atau menghilangkan hubungan hukum.²⁸ Selanjutnya ada juga yang memberikan pengertian kepada kontrak sebagai suatu perjanjian, atau serangkaian perjanjian di mana hukum memberikan ganti rugi terhadap wanprestasi terhadap kontrak tersebut, atau terhadap pelaksanaan kontrak tersebut oleh hukum dianggap sebagai suatu tugas. Sedangkan menurut Munir Fuady²⁹ banyak definisi tentang kontrak telah diberikan dan masing-masing bergantung kepada bagian-bagian mana dari kontrak tersebut yang dianggap sangat penting, dan bagian tersebutlah yang ditonjolkan dalam definisi tersebut.

Apabila mengacu kepada judul buku ini dan berbagai buku dan tulisan ilmiah lainnya yang memberikan kata "perancangan" terhadap kontrak, maka kontrak dapat diartikan sebagai suatu media atau piranti perikatan yang sengaja dibuat secara tertulis sebagai suatu alat bukti bagi para pihak yang berkepentingan. Atau dengan kata lain,

28 Black, Henry Campbell, 1968: 394.

29 Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Cetakan Pertama, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999. hal.4

dalam buku ini kontrak diartikan sebagai suatu perjanjian yang sengaja dibuat secara tertulis sebagai suatu alat bukti bagi para pihak yang membuat kontrak tersebut.

Dari uraian atau definisi tersebut di atas, lebih lanjut dapat dikemukakan bahwa:

1. Kontrak tersebut merupakan media atau piranti yang dapat menunjukkan apakah suatu perjanjian dibuat sesuai dengan syarat-syarat sahnya suatu perjanjian.
2. Kontrak tersebut sengaja dibuat secara tertulis untuk dapat saling memantau di antara para pihak, apakah prestasi telah dijalankan atau bahkan telah terjadi suatu wanprestasi.
3. Kontrak tersebut sengaja dibuat sebagai suatu alat bukti bagi mereka yang berkepentingan, sehingga apabila ada pihak yang dirugikan telah memiliki alat bukti untuk mengajukan suatu tuntutan ganti rugi kepada pihak lainnya.

Dari sini pulalah dapat diketahui arti pentingnya pembuatan suatu kontrak bagi para pihak yang terlibat di dalamnya, bahkan bagi pihak atau pihak lainnya.

E. SUBJEK DAN OBJEK HUKUM KONTRAK

M. Yahya Harahap menjelaskan bahwa menurut teori dan praktik kontrak, subjek hukum kontrak terdiri dari:

1. Individu sebagai *persoon* yang bersangkutan, yaitu:
 - a. *Natuurlijke persoon* atau manusia tertentu;
 - b. *Rech persoon* atau badan hukum;
2. Seseorang atas keadaan tertentu mempergunakan kedudukan/hak orang lain tertentu, misalnya seseorang *bezitter* atas kapal;
3. *Persoon* yang dapat diganti (*Vervangbaar*) yaitu berarti kreditur yang menjadi subjek semula telah ditetapkan dalam kontrak, sewaktu-waktu dapat diganti kedudukannya dengan kreditur/debitur baru, kontrak ini berbentuk “*aan order*” atau kontrak atas order/atas perintah dan kontrak

“*aan toonder*” atau kontrak atas nama atau kepada pemegang/pembawa pada surat-surat tagihan hutang.³⁰

Setiap subjek hukum yang mengadakan kontrak haruslah memenuhi persyaratan tertentu, supaya kontrak tersebut mengikat, misalnya subjek hukum “orang” harus sudah dewasa, sedangkan subjek hukum “badan hukum (*recht persoon*) harus memenuhi persyaratan formal suatu badan hukum. Kedua jenis subjek hukum tersebut memiliki hak dan kewajiban yang sama dalam melakukan kontrak seperti dapat melakukan penuntutan dan dituntut, menghadap ke pengadilan, dan sebagainya, hanya saja untuk subjek hukum “badan hukum” digerakkan oleh organ badan hukum yang merupakan sekumpulan orang-orang yang memenuhi persyaratan untuk menyelenggarakan badan hukum. Oleh karena itu, dalam hukum kontrak yang dapat menjadi subjek hukum adalah individu dengan individu atau pribadi dengan pribadi, badan hukum dengan badan hukum, seperti pemerintah dengan pemerintah, pemerintah dengan perusahaan swasta, perusahaan swasta dengan perusahaan swasta, dan sebagainya. Dalam hal ini, Pemerintah berkedudukan sebagai badan hukum privat.³¹

Objek hukum kontrak adalah suatu prestasi yang menurut ketentuan normatif dalam Pasal 1234 KUH Perdata, prestasi itu dapat berupa memberikan sesuatu, berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu. Kontrak yang prestasinya memberikan sesuatu barang/benda ditegaskan secara normatif dalam Pasal 1237 KUH Perdata. Kemudian, kontrak yang prestasinya berbuat sesuatu ditegaskan secara normatif dalam Pasal 1241 KUH Perdata. Adapun kontrak yang prestasinya tidak berbuat sesuatu ditegaskan secara normatif dalam Pasal 1242 KUH Perdata.

Menurut M. Yahya Harahap, objek hukum kontrak berupa prestasi dalam bentuk “memberikan sesuatu” (*te geven*) berupa penyerahan sesuatu barang atau memberikan sesuatu kenikmatan atas

30 M. Yahya Harahap. 1982. *Segi-segi Hukum Kontrak*, Alumni, Bandung, hlm. 13-14.

31 Joni Emirzon. 1998. *Dasar-dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Penerbit Universitas Sriwijaya, Palembang, hlm. 19.

suatu barang, misalnya dalam jual beli, penjual berkewajiban menyerahkan barangnya atau orang yang menyewakan berkewajiban memberikan kenikmatan atas barang yang disewakan. Selanjutnya, prestasi dalam bentuk “berbuat sesuatu” adalah setiap prestasi untuk melakukan sesuatu yang bukan berupa memberikan sesuatu, misalnya melukis, sedangkan tidak berbuat sesuatu adalah jika debitur berjanji untuk tidak melakukan perbuatan tertentu, misalnya tidak akan membangun sebuah pagar. Adapun prestasi dalam bentuk “melakukan sesuatu dan tidak melakukan sesuatu” (*te doen of niet te doen*) dapat bermakna positif jika kontrak ditentukan untuk melakukan berbuat sesuatu yang timbul misalnya dalam kontrak kerja yang diatur dalam Pasal 1603 KUH Perdata yang memuat ketentuan normatif, yaitu pekerja wajib sedapat mungkin melakukan pekerjaan sebaik-baiknya, sedangkan bermakna negatif jika kontrak ditentukan untuk tidak berbuat/melakukan sesuatu, misalnya sewa menyewa yang diatur dalam Pasal 1550 KUH Perdata merupakan suatu kontrak dengan prestasi yang bermakna negatif, yaitu pihak yang menyewakan harus membiarkan si penyewa menikmati barang sewaan secara tentram selama jangka waktu sewa masih berjalan.³²

Objek hukum kontrak, menurut R. Setiawan, harus memenuhi beberapa syarat tertentu agar sah, yaitu:

1. Objeknya harus tertentu atau dapat ditentukan (Pasal 1320 sub 3 KUH Perdata).
2. Objeknya diperkenankan oleh undang-undang (Pasal 1335 dan 1337 KUH Perdata)
3. Prestasinya dimungkinkan untuk dilaksanakan.³³

Agar mempunyai kekuatan mengikat, menurut Pasal 1320 sub 3 dan sub 4 KUH Perdata suatu kontrak harus memiliki objek tertentu dan menurut Pasal 1339 KUH Perdata suatu kontrak tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan.

32 M. Yahya Harahap. *Op. Cit.*, hlm. 10.

33 R. Setiawan. 1979. *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, hlm. 3.

Prestasi yang harus dilaksanakan berdasarkan kontrak harus benar-benar sesuatu yang “*mungkin*” dapat dilaksanakan. Dalam Ilmu hukum kontrak dibedakan dua ketidakmungkinan (*onmogelijk*), yaitu: *pertama*, ketidakmungkinan objektif, yang tidak akan menimbulkan perikatan, karena prestasinya tidak mungkin dapat dilaksanakan oleh siapapun, sehingga berlaku asas hukum bahwa “*impossibilium nulla obligation est* (ketidakmungkinan meniadakan kewajiban); dan *kedua*, ketidakmungkinan subjektif, yang tidak menghambat terjadinya kontrak atau tidak mengakibatkan kontrak batal, melainkan kontrak tetap sah.

F. ASAS-ASAS HUKUM KONTRAK

Dalam menyusun suatu kontrak baik itu kontrak yang bersifat Nasional maupun Internasional, adalah sangat perlu untuk memperhatikan prinsip-prinsip dan klausul dalam kontrak. Prinsip-prinsip tersebut adalah³⁴:

1. Asas Kebebasan Berkontrak

Menurut asas ini para pihak bebas untuk menentukan apa yang ingin mereka sepakati dalam kontrak yang ingin mereka buat. Asas ini sangat umum dalam hukum kontrak internasional yang disebut dengan “Freedom of Contract”. Hukum internasional mengakui bahwa para pihak memiliki kebebasan penuh untuk menentukan apa yang ingin mereka cantumkan dalam kontrak.

Akan tetapi bukan berarti prinsip ini tidak memiliki batas. Walaupun dikatakan para pihak bebas untuk menentukan apa yang ingin mereka tuangkan dalam kontrak, akan tetapi hukum negara yang mereka tunjuk membatasinya. Misalnya dalam hukum Indonesia³⁵ dirumuskan bahwa:

34 *Ibid*, Hal. 4-10.

35 Pasal 1338 KUH-Perdata Indonesia

1. Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya
2. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kata sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan –alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu.
3. Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik

2. Asas Konsensualitas

Pengertian dari asas ini adalah sebelum adanya kata sepakat, maka perjanjian tidak mengikat, konsensus juga tidak perlu di taati apabila salah satu pihak menggunakan paksaan, penipuan, atau apapun terdapat kekeliruan akan objek kontrak.

3. Asas Kebiasaan

Bahwa menurut asas ini kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam persetujuan, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.

4. Asas Peralihan Resiko

Dalam kontrak tertentu terjadi peralihan resiko. Misalnya di Indonesia terjadi dalam kontrak jual beli, tukar menukar, pinjam pakai, sewa menyewa, pemborongan pekerjaan dan lain sebagainya. Walaupun klausul ini tidak dicantumkan dalam perjanjian yang dibuat. Akan tetapi jika para pihak ingin mengaturnya tersendiri dalam kontrak, mereka boleh melakukannya sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang yang berlaku.

5. Asas Ganti Kerugian

Para pihak dalam kontrak dapat memberikan maknanya sendiri mengenai ganti kerugian ini.

6. Asas kepatutan (Equity Principle)

Pada prinsip ini, apa saja klausul yang dituangkan dalam kontrak maka para pihak harus memperhatikan prinsip kepatutan (Kelayakan/Keseimbangan) sebab melalui tolak ukur kelayakan ini hubungan hukum yang ditimbulkan oleh suatu persetujuan itu ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat.

7. Asas Ketepatan Waktu

Setiap kontrak harus memiliki batas akhirnya dan juga unsur kepastian pelaksanaan suatu prestasi (Objek kontrak). Jadi para pihak wajib memenuhi kewajibannya sesuai dengan batas waktu yang ditentukan.

8. Asas Keadaan darurat (Force Majeur)

Asas ini sangat penting untuk dicantumkan dalam suatu kontrak untuk mengantisipasi situasi dan kondisi yang melingkupi objek kontrak. Klausul ini mengantisipasi hal-hal yang terjadi di luar kemampuan manusia, atau dalam hukum Inggris disebut dengan "Act of God". Maka bila terjadi keadaan ini, maka ditentukan siapa yang akan bertanggung jawab.

9. Klausul Pilihan Hukum

Klausul ini sangat penting untuk menentukan apakah perjanjian itu sah atau tidak menurut hukum yang berlaku. Pilihan hukum ini ditentukan sendiri oleh para pihak yang membuat untuk menunjuk hukum mana yang berlaku bagi kontrak mereka (*law governing the contract*).

G. SYARAT-SYARAT SAHNYA SUATU KONTRAK

Dalam Pasal 1320 KUH Perdata memuat ketentuan normatif bahwa untuk sahnya suatu kontrak diperlukan empat syarat, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Cakap untuk membuat suatu kontrak;
3. Objek atau pokok persoalan tertentu;
4. Sebab atau causa yang tidak dilarang;

Syarat kesatu dan kedua disebut *syarat subjektif*, karena menyangkut orang-orang atau pihak-pihak yang membuat kontrak. Orang-orang atau pihak-pihak ini adalah subjek hukum yang membuat kontrak. Sedangkan syarat ke tiga dan ke empat disebut sebagai *syarat objektif*, karena menyangkut objek hukum yang diperjanjikan oleh orang-orang atau subjek hukum yang membuat kontrak.

Jika syarat subjektif tidak dipenuhi, maka kontrak itu dapat dibatalkan (*cancelling*) oleh satu pihak yang tidak cakap. Dapat dibatalkan oleh satu pihak, artinya satu pihak atau dua pihak dapat melakukan pembatalan atau tidak melakukan pembatalan. Jika satu pihak tidak membatalkan kontrak itu, maka kontrak yang telah dibuat tetap sah. Yang dimaksud satu pihak yang membatalkan di sini adalah pihak yang tidak cakap menurut hukum, yaitu orang tuanya atau walinya atau orang yang tidak cakap itu jika suatu saat menjadi cakap atau orang yang membuat kontrak itu jika pada saat membuat kontrak tidak bebas atau karena tekanan atau pemaksaan.

Jika syarat objektif tidak terpenuhi, maka kontrak tersebut batal demi hukum (*null and void*), artinya kontrak yang dibuat para pihak tersebut sejak awal dianggap tidak pernah ada. Jadi, para pihak tidak terikat dengan kontrak itu, sehingga masing-masing pihak tidak dapat menuntut pemenuhan kontrak, karena kontrak sebagai dasar hukum tidak ada sejak semula.

Syarat ke satu adalah sepakat mereka yang mengikatkan dirinya, artinya orang-orang yang membuat kontrak tersebut harus sepakat atau setuju mengenai hal-hal yang pokok dari kontrak yang dibuat dan juga sepakat mengenai syarat-syarat lain untuk mendukung sepakat mengenai hal-hal yang pokok. Contohnya, dalam kontrak jual beli, pihak penjual menghendaki uang sebagai harga jual, sedangkan pihak pembeli menghendaki barang yang dibeli. Harga jual dan barang tersebut merupakan kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari kontrak jual beli, sedangkan di mana barang harus diserahkan

dan kapan penyerahannya merupakan kesepakatan di luar sepakat mengenai hal-hal yang pokok.

Sepakat juga mengandung arti apa yang dikehendaki pihak yang satu juga dikehendaki pihak yang lainnya. Jadi, pihak-pihak dalam kontrak harus mempunyai kehendak yang bebas untuk mengikatkan diri dan kehendak itu harus dinyatakan secara tegas atau diam. Contoh kehendak yang dinyatakan secara tegas adalah dalam membuat kontrak sewa menyewa, kontrak jual beli, dan lain-lain. Contoh kehendak yang dinyatakan secara diam adalah orang naik mobil taxi atau angkutan umum lainnya, seorang penumpang membayar ongkos angkutan dan seorang sopir mengangkut penumpang sesuai jurusan atau trayeknya. Secara diam-diam antara penumpang dan sopir telah sepakat mengadakan kontrak pengangkutan yang masing-masing mempunyai hak dan kewajiban timbal balik, penumpang membayar ongkos dan sopir berkewajiban mengangkut penumpang tersebut.

Sepakat juga berarti ada kebebasan para pihak dan tidak ada unsur tekanan yang mengakibatkan adanya cacat dari kebebasan itu. Kesepakatan itu dianggap tidak ada jika sepakat itu diberikan karena kekhilafan atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan.

Paksaan (*dwang, duress*) terjadi jika satu pihak dalam kontrak memberikan persetujuan karena takut ada ancaman. Misalnya, ancaman akan dibunuh jika tidak bersedia menandatangani kontrak jual beli sekapling tanah. Dengan adanya ancaman ini berarti tidak ada kehendak bebas bagi orang yang menandatangani kontrak jual beli sekapling tanah bahkan orang tersebut sebenarnya tidak menghendaki adanya kontrak jual beli sekapling tanah. Ancaman harus berupa ancaman yang bertentangan dengan undang-undang, misalnya diancam dibunuh, diculik, dan lain-lain. Ancaman yang tidak bertentangan dengan undang-undang tidak dapat dianggap sebagai paksaan, misalnya akan digugat secara perdata ke pengadilan negeri. Ancaman berupa gugatan perdata ke pengadilan negeri tidak dianggap sebagai ancaman yang mengakibatkan adanya unsur paksaan.

Kekhilafan (*dwaling, mistake*) dapat terjadi mengenai orang yang mengadakan kontrak atau barang yang menjadi objek kontrak. Contoh kekhilafan mengenai orangnya adalah seseorang yang akan mengadakan kontrak dengan seorang pelawak yang terkenal, tetapi

kenyataannya bukan dengan pelawak yang terkenal yang dikehendaki. Kemudian, contoh kekhilafan mengenai barangnya adalah lukisan asli karya Basuki Abdullah, tetapi ternyata hanya tiruannya saja.

Penipuan (*bedrog, fraud*) terjadi jika satu pihak dalam kontrak memberikan keterangan yang tidak benar disertai kelicikan-kelicikan, sehingga membuat pihak yang lain terbujuk untuk memberikan persetujuan atau sepakat mengenai hal itu.

Berkaitan dengan syarat sahnya kontrak berupa kesepakatan, apabila suatu kontrak dibuat oleh dua pihak yang tidak bertemu muka dan percakapan tidak dilakukan secara lisan, tetapi menggunakan surat atau telegram, maka akan timbul pertanyaan “kapan saat terjadinya kesepakatan tersebut?”. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, dapat mengacu kepada beberapa teori hukum kontrak, sebagai berikut:

1. Teori penerimaan (*ontvangstheory*)
Menurut teori ini, kesepakatan itu terjadi manakala jawaban atas penawaran yang berisi tentang penerimaan penawaran tersebut telah diterima oleh pihak yang menawarkan.
2. Teori pengiriman (*verzendingstheory*)
Menurut teori ini, lahirnya kesepakatan adalah pada saat pengiriman jawaban yang isinya berupa penerimaan atas penawaran yang diterimanya dari pihak lain.
3. Teori pengetahuan (*vernemingstheory*)
Menurut teori ini, terjadinya kesepakatan bukan pada saat penawaran dan penerimaan itu dinyatakan, tetapi pada saat kedua belah pihak itu mengetahui pernyataan masing-masing. Jadi, kesepakatan baru terjadi ketika pihak yang memberikan penawaran membaca surat dari pihak yang memberikan penerimaan.
4. Teori pernyataan (*Uitingstheory*)
Menurut teori ini, terjadinya kesepakatan pada saat telah ditulis surat jawaban penerimaan.³⁶

36 J. Satrio. 1992. *Hukum Kontrak*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 3.

Selain itu, dapat juga terjadi ketidaksesuaian antara kehendak dan pernyataan, misalnya seseorang bermaksud menyatakan “ya”, tetapi keliru dalam menulis, sehingga menyatakan “tidak”, maka dapat menggunakan satu di antara tiga teori hukum kontrak, yaitu:

1. Teori kehendak (*wilstheory*);
2. Teori pernyataan (*verklaringstheory*);
3. Teori kepercayaan (*vertrouwenstheory*)³⁷

Syarat ke dua adalah cakap untuk membuat suatu kontrak, artinya orang-orang yang membuat kontrak harus cakap menurut hukum. Seorang telah dewasa atau akil baligh, sehat jasmani dan rohani dianggap cakap menurut hukum, sehingga dapat membuat suatu kontrak. Orang-orang yang dianggap tidak cakap menurut hukum ditentukan secara normatif dalam Pasal 1330 KUH Perdata, yaitu:

1. Orang-orang yang belum dewasa.
2. Orang-orang yang ditaruh di bawah pengampunan (*under curatele*).
3. Orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat kontrak-kontrak tertentu. Ketentuan ke tiga ini telah direvisi oleh Mahkamah Agung RI berdasarkan Surat Edaran No. 3/1963 tanggal 4 Agustus 1963 yang ditujukan kepada Ketua Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri di seluruh Indonesia bahwa perempuan adalah cakap sepanjang memenuhi syarat telah dewasa dan tidak di bawah pengampunan.

Persyaratan kecakapan seseorang yang membuat kontrak sangat diperlukan, karena hanya orang yang cakap yang mampu memahami dan melaksanakan isi kontrak yang dibuat. Membuat kontrak berarti terikat dan bertanggung jawab untuk melaksanakan apa yang dijanjikan bahkan harta kekayaan orang tersebut akan menjadi jaminan apa

37 Djaja S. Meliala. 2007. *Perkembangan Hukum Perdata tentang Benda dan Hukum Perikatan*, Nuansa Aulia, Bandung, hlm. 93-94.

yang telah dijanjikan (*vide* Pasal 1131 dan Pasal 1132 KUH Perdata). Orang yang sakit ingatan berarti tidak sehat pikirannya, orang seperti itu sudah tentu tidak mampu memahami dan melaksanakan apa yang dijanjikan, sehingga tidak cakap. Orang yang ditaruh di bawah pengampuan tidak bebas berbuat terhadap harta kekayaannya, tetapi di bawah pengawasan pengampu. Orang seperti itu disamakan dengan orang yang belum dewasa.

Syarat ke tiga adalah objek atau pokok persoalan tertentu, artinya dalam membuat kontrak, apa yang diperjanjikan harus jelas, sehingga hak dan kewajiban para pihak dapat diterapkan. Contohnya, kontrak utang piutang harus jelas jumlah utang, jangka waktu pengembalian, tempat dan cara pengembalian. Contoh lainnya, dalam kontrak jual beli mobil, mobil yang menjadi objek jual beli harus jelas merek, nomor mesin, dan spesifikasi lainnya.

Syarat ke empat adalah sebab atau causa yang tidak dilarang, artinya suatu kontrak harus berdasarkan sebab yang tidak dilarang atau yang diperbolehkan oleh undang-undang. Kriteria atau ukuran sebab atau causa yang tidak dilarang, adalah:

1. Kontrak yang dibuat tidak boleh bertentangan dengan undang-undang. Misalnya, kontrak yang menyanggupi untuk melakukan pembunuhan dengan imbalan tertentu. Kontrak ini yang didasarkan sebab atau causa dilarang atau bertentangan dengan Pasal 338 KUH Pidana. Sebab atau causa yang dilarang atau bertentangan dengan undang-undang jelas dan mudah tampak. Kontrak seperti ini adalah batal demi hukum, artinya sejak semula kontrak dianggap tidak pernah ada, para pihak tidak terikat untuk melaksanakan isi kontrak ini;
2. Kontrak yang dibuat tidak bertentangan dengan kesusilaan. Sebab atau causa yang bertentangan dengan kesusilaan adalah relatif tidak sama wujudnya di seluruh dunia, sehingga di Indonesia suatu perbuatan tertentu dapat dianggap bertentangan dengan kesusilaan, tetapi sebaliknya di negara lain suatu perbuatan tertentu tersebut tidak dianggap bertentangan dengan kesusilaan. Jadi tergantung pada anggapan yang didasarkan nilai-nilai yang dianut dalam masyarakat

- terhadap perbuatan itu. Kontrak yang bertentangan dengan kesusilaan, misalnya kontrak dengan seorang artis film yang berpakaian sangat minim atau mempertontonkan auratnya.
3. Kontrak tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum. Ketertiban umum sebagai lawan atau kebalikan dari kepentingan individu. Contohnya, dalam kontrak pengangkutan barang yang melebihi daya muat alat pengangkut yang dapat membahayakan ketertiban umum.

H. TAHAPAN TERJADINYA KONTRAK

KUH Perdata tidak menyebutkan secara eksplisit kapan suatu kontrak mulai berlaku dan bagaimana tahap-tahap terjadinya kontrak. Pasal 1320 KUH Perdata hanya menyatakan kontrak eksis berdasarkan consensus para pihak dan tidak member penjelasan rinci kapan suatu kontrak mulai eksis setelah melalui tahapan-tahapan pembentukannya lahirnya suatu kontrak menimbulkan hubungan hukum perikatan dalam bentuk hak dan kewajiban. Pemenuhan hak dan kewajiban inilah yang merupakan akibat hukum suatu kontrak.

Untuk menyusun suatu kontrak yang baik dan fungsional, diperlukan persiapan atau perencanaan yang sungguh-sungguh, matang, dan melalui diskusi atau pembicaraan awal yang tidak mengikat. Para pihak yang terlibat dalam kontrak harus menyiapkan waktu khusus yang dianggap cukup untuk membicarakan maksud dan tujuan pengadaan kontrak dengan bahasa/terminology yang dipahami para pihak.

Tahapan penyusunan kontrak biasanya dilakukan dalam tiga tahap, yaitu pra-penyusunan kontrak, tahap penyusunan kontrak, dan tahap pasca penandatanganan kontrak.

1. Tahapan Pra-Penyusunan Kontrak

Sebelum suatu kontrak disusun, para pihak perlu memperhatikan hal-hal menyangkut catatan awal. Resume pembicaraan awal, dan pokok-pokok yang telah dijadikan dan terdapat titik temu dalam negosiasi (perundingan) pembuatan kontrak awal.

Mengingat pra-penyusunan kontrak merupakan landasan kontrak final maka setiap kesepakatan ada baiknya dituangkan dalam nota kesepahaman atau lazim disebut *Memorandum of Understanding (MoU)*.

Tahapan-tahapan pra-penyusunan kontrak sebagai berikut.

a. **Negosiasi**

Negosiasi merupakan sarana bagi para untuk mengadakan komunikasi dua arah yang dirancang demi mencapai kesepakatan sebagai akibat adanya perbedaan pandangan atau tafsir terhadap suatu hal yang berkaitan dengan kerangka kontrak. Biasanya, saat negosiasi inilah masing-masing pihak melemparkan penawarannya terhadap yang lain hingga tercapai kesepakatan. Dalam praktik, proses negosiasi ini ada kalanya singkat dan langsung masuk pada intisari yang diperjuangkan (contoh, kontrak sewa motor di antara teman sekantor), tetapi ada kalanya a lot, baik karena belum bertemu keinginan soal harga, soal kondisi objek kontrak, soal pembayaran, dan soal risiko barang atau asuransi.

1. Demi suksesnya proses negosiasi maka para pihak perlu memiliki persiapan yang matang menyangkut hal-hal berikut.
2. Menguasai konsep atau rancangan kontrak bisnis atau untuk subjek yang akan diperjanjikan;
3. Menguasai peraturan perundang-undangan yang melingkupi apa yang diperjanjikan;
4. Mengidentifikasi poin-poin yang berpotensi menjadi masalah;
5. Percaya diri dan tidak mudah menyerah.

b. **Pembuatan Nota Kesepakatan (MoU)**

Sebelum menyusun nota kesepakatan, para pihak perlu melakukan identifikasi diri apakah sudah memenuhi ketentuan perundang-undangan, seperti cakap hukum, tentang objek, dan tempat domisili yang jelas dari masing-masing pihak. Biasanya, masalah ini tidak ditelusuri secara teliti, terutama diantara mereka yang awalnya saling mengenal. Layaknya jargon perusahaan yang telah kita kenal, “teliti

barang sebelum membeli”, hal ini juga berlaku dalam proses negosiasi, yaitu posisi hukum dari objek yang akan diperjanjikan. Posisi hukum dari objek kontrak harus jelas identitasnya, tempat berada, kondisi fisik, dan kedudukan hukumnya (misalnya apakah barang tersebut terikat gadai atau tidak).

Setelah negosiasi selesai dilakukan, tahapan pra-kontrak membuat Nota Kesepakatan (MoU) yang merupakan pencatatan atau penyusunan pokok-pokok persetujuan hasil negosiasi awal dalam bentuk tertulis. Walaupun belum merupakan suatu kontrak, nota kesepakatan (MoU) mempunyai peran sebagai pegangan untuk melakukan negosiasi lanjutan atau sebagai dasar pembuatan kontrak.

Perlu diperhatikan bahwa yang terpenting dalam pembuatan nota kesepakatan adalah mencantumkan poin-poin penting atau “kata kunci” dalam pembicaraan negosiasi yang sedang dilakukan. Penulis nota kesepakatan (MoU) sebaiknya ikut terlibat dalam negosiasi atau mendapat dokumen tertulis atau rincian yang lengkap dari hasil negosiasi. Memang diakui bahwa nota kesepakatan (MoU) sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional Indonesia, tetapi sering dilakukan, terutama pada kontrak proyek-proyek besar dan mahal. Dari segi hukum, nota kesepakatan (MoU) dianggap sebagai kontrak yang setengah jadi atau simple, tidak disusun secara formal, dan dianggap sebagai pembuka suatu kesepakatan atau merupakan kontrak pendahuluan yang kurang jelas sanksi hukumnya.

2. Tahapan Penyusunan Kontrak

Salah satu tahapan yang merupakan dalam pembuatan suatu kontrak adalah tahap penyusunan kontak. Dalam tahap ini, disusunlah kesepakatan yang dicapai dalam negosiasi dan yang dituangkan dalam nota kesepakatan (MoU) serta perundingan lanjutan hingga dicapai kesepakatan untuk bergerak ke arah pembuatan bentuk format dari kesepakatan itu menjadi suatu kontrak.

Menyusun suatu kontrak merupakan ketelitian dan kejelian dari para pihak maupun para notaries atau pejabat lainnya. Karena apabila keliru merumuskan nama dan data pokok, kontrak itu mungkin menimbulkan kesulitan dalam pelaksanaannya di kemudian hari. Pada

umumnya, dikenal lima fase dalam penyusunan kontrak di Indonesia sebagai berikut.

a. **Membuat konsep (draft) pertama prosesnya meliputi pembuatan:**

1. **Judul kontrak**
Dalam kontrak, harus diperhatikan kecocokan isi dengan judul kontrak serta acuan hukum yang mengikatnya. Hal ini dilakukan untuk menghindari kesalahpahaman di kemudian hari.
2. **Pembukaan**
Biasanya, berisi tanggal pembuatan kontrak.
3. **Pihak-pihak (para pihak) dalam kontrak**
Para pihak dijelaskan identitasnya secara lengkap dengan menyebutkan nama, pekerjaan atau jabatan, tempat tinggal, kewarganegaraan, dan bertindak atas nama siapa. Bagi perusahaan, disebutkan tempat kedudukannya sebagai pengganti tempat tinggal seperti tercantum dalam akta pendirian.
4. **Latar belakang kesepakatan (recital)**
Berisi penjelasan resmi tentang latar belakang terjadinya suatu kesepakatan (kontrak).
5. **Isi kontrak**
Bagian yang merupakan inti kontrak, yang membuat apa yang dikehendaki, hak, dan kewajiban termasuk pilihan penyelesaian sengketa. Pada bagian inti dari sebuah kontrak diuraikan secara rinci isi kontrak yang biasanya dibuat dalam pasal-pasal, ayat-ayat, huruf-huruf, angka-angka tertentu.
6. **Penutup**
Jika semua hal yang diperlukan telah tercantum di dalam bagian isi kontrak, barulah dirumuskan bagian penutup kontrak. Penutup memuat tata cara pengesahan suatu kontrak.

b. Saling menukar konsep (draft) kontrak

Dengan cara ini, setiap pihak yang melakukan kontrak dapat mengkaji ulang atau membuat konsep akhir tersebut untuk diformalkan secara hukum.

c. Lakukan revisi (jika perlu)

Hal ini ditempuh karena jika ada masalah yang belum jelas, atau terjadi perubahan situasi politik, atau adanya bencana/malapetaka seperti tsunami.

d. Lakukan penyelesaian akhir

e. Menandatangani kontrak oleh masing-masing pihak

Jika kontrak sudah ditandatangani, berarti penyusunan sudah selesai dan tinggal pelaksanaannya di lapangan.

Untuk memahami isi kontrak secara sempurna, ada baiknya para pihak mengetahui bagaimana konsep dasar atau struktur kontrak berikut unsur-unsur pokok yang harus ada yang disebut anatomi kontrak. Hal ini layaknya menguraikan suatu pohon, dengan jenis pohon, akar, batang, dan daunnya harus diketahui dengan jelas.

Pada dasarnya, susunan dan anatomi kontrak dapat dikelompokkan menjadi tiga bagian yaitu pendahuluan, isi, dan penutup.

Bagian pendahuluan

Bagian pendahuluan dapat dibagi lagi menjadi tiga subbagian, yaitu subbagian pembuka, subbagian pencantuman identitas para pihak, dan subbagian penjelasan. Jadi, bagian pendahuluan harus memuat secara lengkap semua hal seperti nama kontrak, tanggal. Hari, bulan, tahun, dan tempat kontrak di tandatangi. Selanjutnya, kontrak harus memuat identitas lengkap para pihak yang mengikat diri dalam kontrak dan siapa yang menandatangani kontrak tersebut. Dalam bagian penjelasan harus dicantumkan juga penjelasan mengapa para pihak membuat kontrak itu.

Bagian isi

Isi kontrak lazimnya memuat klausul yang merupakan intisari kontrak. Khusus dalam kontrak berskala besar (jumlah, rupiah, dan

pihak-pihak yang terlibat), dalam kontrak dimuat definisi-definisi tentang maksud dan rumusan yang terdapat dalam kontrak yang merupakan kamus, atau biasa disebut ketentuan umum.

Selanjutnya, agar isi kontrak lengkap dan baik, serta dapat menjadi pedoman dalam suatu hubungan hukum di antara para pihak, suatu perjanjian harus memenuhi faktor-faktor berikut.

1. **Apa isi atau hal-hal yang diatur di dalam kontrak?**

Hal atau materi yang menjadi objek perikatan, yang diatur dalam kontrak wajib dirumuskan dengan jelas menggunakan bahasa yang lugas dan tidak mempunyai tafsiran ganda.

2. **Siapa saja yang membuat kontrak?**

Orang-orang yang tercantum dalam kontrak adalah para pihak yang terikat dengan kontrak. Selain itu, harus dijelaskan juga dengan gambling dalam bahasa yang dimengerti para pihak motif atau latar belakang pembuatan kontrak, agar kontrak itu dapat mengikat kuat dan tidak mungkin dipungkiri para pihak yang bersepakat.

3. **Di mana kontrak dibuat?**

Tempat atau lokasi pembuatan kontrak harus dijelaskan untuk menentukan ketentuan yang berlaku atas perikatan. Hal ini erat kaitannya dengan kewajiban hukum, seperti perpajakan dan kewenangan pengadilan yang berhak mengadili perkara apabila timbul perselisihan mengenai isi kontrak.

4. **Kapan kontrak mulai berlaku?**

Penentuan kapan suatu kontrak mulai berlaku merupakan unsur penting untuk menentukan awal berlakunya kontrak dengan konsekuensi turunannya, seperti penyerahan barang, konsekuensi perpajakan, dan ketentuan hukum yang berlaku. Dengan demikian, dapat diketahui kapan hak dan kewajiban para pihak diterima dan dipenuhi.

Bagian penutup

Suatu kontrak biasanya memiliki dua hal yang dicantumkan di dalam penutup, yaitu:

Kata penutup biasanya menerangkan bahwa kontrak tersebut dibuat dan ditandatangani oleh pihak-pihak yang memiliki kapasitas untuk itu. Selain itu, para pihak juga menyatakan ulang bahwa mereka akan terikat dengan isi kontrak.

Ruang penempatan tanda tangan adalah tempat pihak-pihak menandatangani kontrak disertai nama jelas orang yang menandatangani dan jabatan dari orang yang bersangkutan. Kalimat penutup lazimnya dibuat sebagai berikut.

“demikian kontrak ini dibuat oleh para pihak dengan keadaan sadar tanpa tekanan dari pihak manapun, untuk dilaksanakan dengan penuh itikad baik dari masing-masing pihak”.

Selain mencantumkan ketentuan dalam penutup kontrak seperti di atas, kita juga perlu memperhatikan ketentuan-ketentuan lain, yaitu:

1. Saksi

Dalam praktik hukum, keberadaan saksi merupakan unsur penting dalam menentukan. Suatu kontrak dengan saksi yang lengkap dan memenuhi persyaratan hukum menjadi landasan hukum dalam pembuktian kontrak itu. Kehadiran saksi yang ikut menyaksikan dan menandatangani/paraf di setiap halaman kontrak dapat mendukung fakta atas sah dan berlakunya suatu kontrak, demi lengkapnya persyaratan hukum dari suatu kontrak maka ada baiknya mengajukan 2 (dua) orang atau lebih yang bertindak sebagai saksi. Hal ini perlu dipenuhi untuk menghindari ketentuan hukum yang berbunyi, “*satu saksi bukanlah saksi*”

2. Materai

Tidak semua kontrak harus dibubuhi (ditempel) materai. Materai berfungsi sebagai pajak atas dokumen-dokumen, seperti

3. Surat kontrak dan surat-surat lain yang dibuat dengan tujuan untuk digunakan sebagai alat pembuktian mengenai perbuatan, kenyataan, atau keadaan yang bersifat perdata;
4. Akta-akta notaries termasuk salinannya; dan

Dokumen yang akan digunakan sebagai alat pembuktian dimuka pengadilan.

5. Bea materai dalam kaitannya dengan pembuatan kontrak adalah sebagai pajak atas dokumen. Dengan demikian, fungsi materai bukan sebagai pengesahan kontrak, melainkan sebagai pajak atas dokumen yang akan diajukan sebagai barang bukti jika terdapat sengketa di pengadilan. Pembubukan materai bersifat wajib sesuai dengan ketentuan undang-undang untuk memenuhi kewajiban perpajakan.
6. Tanda tangan atau cap jempol
Setelah kontrak selesai dirancang dan masuk ke bentuk final, maka para pihak membubuhkan tanda tangan atau cap jempol di kolom (ruang) tanda tangan yang telah dipersiapkan di bagian penutup suatu kontrak. Jika salah satu dari pihak tidak melek huruf latin, bias diganti dengan cap jempol yang mempunyai kekuatan yang sama dengan tanda tangan. Keabsahan cap jempol dapat diteliti lewat tes forensik jika kelah terjadi perselisihan tentang isi kontrak di pengadilan.
7. Paraf di setiap halaman kontrak
Demi amannya isi kontrak maka kontrak yang terdiri dari beberapa halaman harus diberi tanda persetujuan berupa paraf di setiap halaman oleh pihak-pihak yang berwenang, termasuk para saksi.
8. Lampiran sebagai kelengkapan kontrak
Ada kalanya kontrak memerlukan lampiran yang tidak dapat dipisahkan dari isi kontrak induk. Lampiran tersebut harus disebut dalam teks isi kontrak dan merupakan satu kesatuan. Lampiran tersebut dapat berupa gambar, table harga, jadwal pembayaran, dan sebagainya, tergantung pada kebutuhan masing-masing pihak sesuai sifat kontrak tersebut.
9. Catatan tepi pada akta (*renvooi*)
Seperti akta yang dibuat notaries, catatan perubahan, perbaikan naskah kontrak berupa coretan, dan perbaikannya dibuat di tepi akta yang selanjutnya diparaf oleh pihak-

pihak sebagai tanda setuju atas perbaikan itu, juga paraf dari para saksi.

3. Tahapan Pasca Penandatanganan Kontrak

Beberapa tahap pasca penandatanganan kontrak sebagai berikut.

a. Pelaksanaan dan penafsiran kontrak

Ketika kontrak telah selesai ditandatangani oleh para pihak, bukan berarti segala isi kontrak dapat berlaku secara mulus. Hal ini terutama jika menyangkut kontrak berskala besar yang dalam pelaksanaan kontraknya terdapat atau dijumpai rumusan isi kontrak yang kurang teliti, terjadi perubahan politik, atau kejadian lainnya yang erat dengan isi kontrak dimaksud. Biasanya, hal itu terjadi dalam hal pemenuhan kewajiban yang tidak dapat ditepati tepat waktu atau tepat jumlah karena alasan yang masuk akal. Bias juga terjadi karena ada penafsiran yang berbeda terhadap rumusan isi kontrak oleh para pihak karena ada kontrak yang telah disusun dan ditandatangani ada hal yang tidak jelas atau tidak lengkap sehingga memerlukan penafsiran.

Untuk mengatasi masalah pelaksanaan kontrak, dapat ditempuh dengan cara memberitahukan kepada pihak yang dirugikan secara tertulis atau lisan agar isi kontrak ditafsir ulang dan penafsiran tersebut mengikat kedua belah pihak yang biasanya dirumuskan dalam “Tambahan Kontrak” atau bias disebut *addendum*. *Addendum* dirumuskan secara musyawarah dan merupakan bagian yang mengikat dan saling melengkapi dengan kontrak induk. Pelaksanaan suatu kontrak dapat juga tergantung apabila dalam masa pelaksanaannya terjadi hal-hal yang digolongkan keadaan memaksa atau bias disebut “*force majeure*”.

Ketentuan keadaan memaksa diatur dalam Pasal 1244 KUH Perdata disebutkan “*jika ada alasan untuk itu, debitur harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga apabila ia tidak dapat membuktikan bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan karena suatu hal yang tidak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya,, kesemuanya itu pun jika*

itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya”. Selanjutnya, dalam Pasal 1245 KUH Perdata diatur lebih lanjut, *tidak ada penggantian biaya, kerugian, dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena hal yang tersedia secara kebetulan, debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat suatu yang diwajibkan, atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang.*”

Keadaan memaksa (*force majeure*) ini sebenarnya merupakan klausul dalam kontrak yang terkadang tidak dirumuskan dalam isi kontrak. Alas an keadaan memaksa tidak terjadi begitu saja, tetapi memerlukan pembuktian secara hukum, kecuali untuk hal-hal factual yang tidak dapat dipungkiri, seperti terjadi bencana tsunami di Aceh – Nias pada tahun 2004 lalu.

b. Penyelesaian sengketa di bidang kontrak

Pada dasarnya, setiap kontrak yang dibuat dan disepakati oleh para pihak harus dapat dilaksanakan sesuai dengan isi kontrak dengan itikad baik. Namun, dalam praktik kita menjumpai fakta bahwa para pihak, baik debitur maupun kreditur, banyak yang tidak memenuhi isi kontrak dengan berbagai alasan, seperti melarikan diri atau upaya tidak terpuji lainnya. Namun, ada juga salah satu pihak yang tidak mempunyai itikad baik dan melakukan ingkar janji. Melihat gejala ini, seharusnya sejak awal peraturan perundang-undangan telah mengantisipasi keadaan yang selalu mungkin terjadi diantara para pihak, yang biasanya tidak dapat atau tidak mau memenuhi kewajibannya. Pada praktiknya, penyelesaian perselisihan dalam hal tidak memenuhi isi kontrak adalah lewat musyawarah, litigasi, atau alternative penyelesaian sengketa yang lain.

1. Musyawarah para pihak kontrak

Terdapat banyak cara yang dapat ditempuh oleh para pihak dalam penyelesaian permasalahan kontrak. Namun, cara yang paling sering dianjurkan adalah lewat musyawarah, para pihak dapat bertatap muka dan menyelesaikan masalah secara langsung tanpa intervensi pihak luar. Dengan pikiran positif bahwa dari awal dan selama proses pembuatan kontrak dilakukan secara sukarela dan tanpa paksaan maka cukup terhormat apabila para pihak kontrak atau perikatan

menyelesaikan silang-sengketa secara keluarga. Hal ini didasari atas pertimbangan biaya yang murah dan proses yang cepat, tanpa menimbulkan permusuhan diantara para pihak.

2. *Melalui pengadilan (litigasi)*

Litigasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa melalui jalur hukum lewat pengadilan. Salah satu pihak mengajukan gugatan ke lembaga pengadilan atas perselisihan atau sengketa yang dialami salah satu pihak yang terkait kontrak. Namun, para pihak yang menghendaki litigasi dalam penyelesaian perselisihan tentang pelaksanaan isi suatu perjanjian, harus sudah menyadari untung rugi proses litigasi. Dalam proses litigasi, berlaku prinsip “perang” habis-habisan sehingga pihak-pihak yang bersengketa menjadi tegang dan siap yang menang atau kalah terkadang tidak menyelesaikan secara tuntas inti perkara, tetapi menimbulkan ketegangan yang mengarah kepada permusuhan.

Adapun yang disebut sebagai keuntungan penyelesaian perselisihan lewat litigasi sebagai berikut.

1. Litigasi sangat baik untuk menemukan berbagai kesalahan dan maslaah dalam posisi pihak lawan.
2. Litigasi memberi standar bagi prosedur yang adil dan memberikan peluang yang luas kepada para pihak untuk didengar keterangannya sebelum mengambil keputusan.
3. Litigasi membawa nilai-nilai masyarakat untuk menyelesaikan sengketa pribadi
4. Litigasi merupakan alternatif terbaik untuk mencari kepastian hukum lewat proses pengadilan dan keputusan hakim.

Dengan litigasi, keputusan tidak hanya menyelesaikan sengketa, tetapi lebih dari itu, juga menjamin suatu bentuk ketertiban umum sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

3. *Alternatif Penyelesaian sengketa*

Alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan merupakan jalan tengah yang ditempuh para pihak yang bersengketa, secara sukarela melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak. Adapun

alternatif jenis penyelesaian sengketa atau beda pendapat di luar pengadilan dapat dilakukan dengan cara:

1. Konsultasi,
2. Negosiasi,
3. Mediasi,
4. Konsiliasi, atau
5. Penilaian ahli.

Penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa dapat diselesaikan oleh para pihak yang bersengketa, yang didasarkan pada itikad baik dengan mengesampingkan penyelesaian cara litigasi di Pengadilan Negeri. Proses terlaksananya alternative sengketa ditempuh para pihak dengan sukarela dan berlandaskan itikad baik dengan batasan waktu yang relatif singkat. biasanya, dilakukan lewat pertemuan langsung para pihak yang bersengketa dalam waktu paling lama 14 hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis.

Jika upaya penyelesaian sengketa lewat alternatif tidak tercapai dan tidak dapat diselesaikan, atas kesepakatan para pihak, sengketa dapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli, atau melalui seorang mediator. Apa bila semua upaya menemui jalan buntu maka para pihak dapat menghubungi sebuah lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa dengan menunjuk seorang mediator baru. Diharapkan dalam jangka waktu 7 hari proses mediasi telah dapat dimulai.

Upaya penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui mediator tersebut harus mencapai suatu kesepakatan dalam jangka waktu paling lama 30 hari dan dituangkan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak yang terkait. Rumusan kesepakatan tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak terkait adalah final yang mengikat para pihak untuk melaksanakannya dengan itikad baik serta wajib didaftarkan di pengadilan Negeri dalam waktu paling lama 30 hari sejak penandatanganan kesepakatan tersebut. Keputusan ini wajib dilaksanakan sampai selesai dalam waktu paling lama 30 hari, terhitung sejak pendaftaran di Pengadilan Negeri.

Dalam praktiknya, penyelesaian sengketa atau beda pendapat tentang isi kontrak melalui mediasi banyak yang berhasil. Namun, ada kalanya, terutama praktik yang dilakukan oleh orang-orang licik, kesepakatan itu masih tidak dipatuhi. Dalam hal ini, para pihak berdasarkan kesepakatan tertulis dapat mengajukan usaha penyelesaian sengketa tersebut melalui lembaga arbitrase atau arbitrase ad-hoc.

Penyelesaian sengketa dengan arbitrase baik melalui jalur formal atau jalur ad hoc, pasti tidak selalu mudah dan memerlukan proses yang tidak sederhana. Namun, beberapa pendapat menyatakan bahwa pemilihan lembaga arbitrase dalam menyelesaikan sengketa merupakan alternatif yang cukup bijaksana karena Penyelesaian cepat, Kerahasiaan terjaga, Biaya relative lebih rendah, dan Ditangani oleh tenaga ahli.

Selain keuntungan tersebut, keputusan arbitrase mudah dilaksanakan dibandingkan dengan putusan pengadilan. Hal ini karena keputusan arbitrase pada umumnya bersifat final dan tidak diajukan banding, kecuali atas dasar hal-hal yang sangat khusus (lihat: UU No.30 Tahun 1999 tentang arbitrase alternatif penyelesaian sengketa). Untuk lebih lanjut penjelasan mengenai arbitrase akan dibahas dalam bab khusus di buku ini.

I. BERAKHIRNYA KONTRAK

Seperti sudah dijelaskan sebelumnya, berakhirnya kontrak juga memiliki sinonim lain, seperti berakhirnya kontrak dan hapusnya perikatan (KUH Perdata, Pasal 1381). Secara umum, berakhirnya kontrak merupakan selesai atau hapusnya suatu kontrak yang dibuat di antara dua pihak, yaitu pihak kreditur dan debitur, tentang suatu hal. Pihak kreditur di pahami sebagai pihak atau orang yang berhak atas suatu hal. Pihak kreditur dipahami sebagai pihak atau orang yang berhak atas suatu prestasi sesuai dengan isi kontrak. Pihak debitur adalah pihak yang berkewajiban untuk memenuhi suatu prestasi sesuai dengan apa yang diperjanjikan. Apabila kontrak berjalan lancar dan dipenuhi dengan saksama maka pemenuhan itu adalah tanda pengakhiran suatu kontrak secara otomatis.

1. Dasar Hukum Berakhirnya Kontrak

Sampai saat ini, pedoman atau dasar hukum yang dipakai sebagai landasan berakhirnya kontrak (perikatan) masih merujuk pada isi Pasal 1381 KUH Perdata, yang dalam beberapa hal telah ketinggalan zaman. Menurut Pasal 1381 KUH Perdata,

“Perikatan-perikatan dapat hapus:

Karena pembayaran;

Karena penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;

Karena pembaruan utang;

Karena perjumpaan utang atau kompensasi;

Karena percampuran utang;

Karena pembebasan utangnya;

Karena musnahnya barang-barang yang terutang;

Karena kebatalan atau pembatalan;

Karena berlakunya suatu syarat batal, yang diatur dalam bab pertama buku ini;

Karena lewatnya waktu, hal mana akan diatur dalam satu bab tersendiri”

Rumusan Pasal 1381 KUH Perdata ini relatif kaku, kemudian diuraikan lebih rinci lagi dalam rumusan pasal-pasal yang mengatur tiap subjek berakhirnya kontrak.

Namun sebagai pedoman umum, pasal-pasal KUH Perdata tentang berakhirnya kontrak (perikatan) relatif luas, yang singkatnya dituangkan dalam 10 ketentuan yang telah dijelaskan, yaitu, (1) pembayaran; (2)konsinyasi; (3)novasi (pembaruan utang); (4)kompensasi; (5)konfusio (pencampuran utang); (6)pembebasan utang; (7)musnahnya barang terutang; (8)kebatalan atau pembatalan; (9)berlaku syarat batal; dan (10) Daluwarsa.

2. Berakhir karena Undang-Undang dan Kontrak

Rumusan berakhirnya kontrak dalam KUH Perdata tidak menjelaskan apakah karena kontrak atau undang-undang. Namun, secara tersirat KUH Perdata telah mengatakan atau memuat hal ini secara

inklusif. Dari praktik, dapat diamati kontrak (perikatan) yang berakhir karena undang-undang adalah:

- Konsinyasi;
- Musnahnya barang terutang; dan
- Daluwarsa.

Adapun kontrak (perikatan) yang berakhir karena kontrak adalah:

- Pembayaran;
- Novasi (pembaruan utang);
- Kompensasi;
- Pencampuran utang (konfusio);
- Pembebasan utang;
- Kebatalan atau pembatalan; dan
- Berlaku syarat batal.

Dalam praktik, ditemukan juga fakta cara berakhirnya kontrak (perikatan) yang disebabkan oleh;

- Jangka waktunya berakhir,
- Dilaksanakannya objek kontrak,
- Kesepakatan kedua belah pihak,
- Pemutusan kontrak secara sepihak oleh salah satu pihak, dan
- Adanya keputusan pengadilan.

Demikian garis besar bagaimana dan kapan berakhirnya suatu kontrak dengan segala konsekuensi hukumnya. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, hukum kontrak termasuk materi hukum rumit yang mengatur tentang kegiatan kehidupan sehari-hari, walaupun skala mungkin berbeda antara satu orang dengan yang lain.

BAB 3

LEX MERCATORIA DAN PERKEMBANGANNYA

A. PENGERTIAN ISTILAH *LEX MERCATORIA*

Peristilahan hukum merupakan terminologi khusus yang pengertiannya diberikan oleh para ahli hukum, sehingga akan berbeda dengan pengertian secara linguistik.³⁸ Kata *Lex Mercatoria* diambil dari bahasa Latin, yaitu *Lex* dalam bahasa Inggris mengandung arti *Law* atau dalam bahasa Indonesia berarti hukum dan *mercatoria* dalam bahasa Inggris dipadankan dengan kata *merchant* artinya, perniagaan atau komersial.³⁹ Di dalam kepustakaan hukum Indonesia dikenal dengan hukum dagang atau hukum komersial sebagai terjemahan bahasa Inggris *the law of merchant*.

Doktrin *Lex Mercatoria* dikembangkan oleh para pakar hukum Eropa, seperti Fragistas, Goldstain, Clift Schmitthoff, Goldman, Kahn, Fouchard, Horn, Ole Lando, dan Eugen Langen.⁴⁰ Dalam tulisan ini, penulis mencoba menggunakan padanan kata “Hukum Komersial”. Alasan penulis menggunakan padanan kata itu karena sejalan dengan istilah yang digunakan dalam Prinsip Kontrak Komersial Internasional UNIDROIT (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*).

38 Lihat Roland Dworkin, *Semantic Theories of Law, Propositions and Grounds of Law*, dalam *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, hlm. 31-72.

39 Lihat misalnya K. Prent C.M dkk., *Kamus Latin-Indonesia*, Jakarta: Penerbit: Kanisius, 1969.

40 Klaus Peter Berger, *The Lex Mercatoria Doctrin and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Georgetown: Law and Policy in International Business, Vol. 28, 1997, hlm. 943.

Pada umumnya di dalam beberapa kepustakaan istilah *lex mercatoria* diberikan pengertian sebagai hukum yang seragam (*uniform law*) yang keberadaannya diterima oleh komunitas komersial di berbagai Negara. Namun kata “seragam” (*uniform*) dikritik bahwa tidak mungkin terwujud suatu hukum perdata yang seragam yang berlaku di berbagai Negara. Menurut Alan D. Rose⁴¹ lebih tepat digunakan istilah harmonisasi (*harmonization*) dan istilah inilah yang banyak diadun sebagai padanan kata dari kata *lex mercatoria* atau *the law of merchant* itu.⁴² Di dalam beberapa kepustakaan terdapat banyak pendapat tentang definisi *lex mercatoria* dan sebagian besar memberikan definisi sebagai hukum kebiasaan komersial internasional (*international commercial customary law*). Misalnya Jan Ramberg⁴³ menyatakan:

Lex Mercatoria is defined as customary transnational law of international strict sensu, rules and institution conceived by nations (from which they were taken) to govern their international (commercial relation) which is position with respect to positive law could be looked at in two ways that lex mercatoria perceived and applied as a body of legal rules within the international community of merchants, or at least-so as not to prejudice the controverted existence of a legal order formed by this international community-within homogenous milieu of agents of international trade.

41 Alan D. Rose A.O, *The Chalanges for Uniform Law in The Twenty-First Century*, Uniform Law Review, NS-Vol. 1, 1996-1, p 9-25.

42 Lihat Norbert Horn, *The United Nations Conventions on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria*, Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997; Klaus Peter Berger, *The Lex Mercatoria Doctrin and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Law and Policy in International Business, 1997; Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Boston: Kluwer Law International, 1999; Alexander Goldstain, *Usages of The Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*, dalam *Dubrovnik Lectures on International sale of Good*, Rome: Oceana Publications, 1986.

43 Jan Ramberg, *International Commercial Transactions*, Icc Kluwer Law International, Stockholm: Norstedts Juridik AB, November 1997, hlm. 17-24.

Berthold Goldman⁴⁴ Misalnya Jan Ramberg⁴⁵ menyatakan:

Lex Mercatoria is defined as customary transnational law of international strict sensu, rules and institution conceived by nations (from which they were taken) to govern their international (commercial relation) which is position with respect to positive law could be looked at in two ways that lex mercatoria perceived and applied as a body of legal rules within the international community of merchants, or at least-so as not to prejudice the controverted existence of a legal order formed by this international community-within homogenous milieu of agents of international trade.

Julian Lew⁴⁶ mendefinisikannya *a nonnational or transnational commercial law (which) governs those aspects of international trade not regulated by some national law, and are applied by arbitrators.*

Peter North⁴⁷ mendefinisikan *a set legal rules not tied to the law of any country.* Bernardo Cremades dan Steven Plehn mendefinisikan sebagai *a single outonomous body of law created by the international business community.*

Misalnya Jan Ramberg⁴⁸ menyatakan:

Lex Mercatoria is defined as customary transnational law of international strict sensu, rules and institution conceived by nations (from which they were taken) to govern their international (commercial relation) which is position with respect to positive law could be looked at in two ways that lex mercatoria perceived and applied as a body of legal

44 Vanessa L.D. Wilkinson, *The New Lex Mercatoria, Reality or Academic Fantasy?*, Journal of International Arbitration, Vol. 2 No. 2, June 1995.

45 Jan Ramberg, *International Commercial Transactions, Icc Kluwer Law International*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, November 1997, hlm. 17-24.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 Jan Ramberg, *International Commercial Transactions, Icc Kluwer Law International*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, November 1997, hlm. 17-24.

rules within the international community of merchants, or at least-so as not to prejudice the controverted existence of a legal order formed by this international community-within homogenous milieu of agents of international trade.

Ole Lando⁴⁹ tidak memberikan definisi secara langsung tetapi beliau menyatakan:

*The parties to international contract sometimes agree not to have their dispute governed by national law. Instead they submit it to the customs and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the States engaged in international trade or to those States which are connected to the dispute. Where such common rules are not ascertainable, the arbitrator applies the rules or choose the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so, he considers the laws of several legal systems. This judicial process, which is partly an application of the legal rules and partly a selective process, is here called application of the *lex mercatoria*.*

Walaupun definisi tersebut bermacam-macam, pada umumnya *lex mercatoria* diartikan kebiasaan dan kepatutan umum dari masyarakat bisnis yang diterapkan ke dalam praktik hukum komersial di berbagai Negara, digunakan apabila terjadi kekosongan (*gaps*) hukum. Hal itu dapat memberikan jalan keluar karena kendala tidak adanya hukum nasional yang mengatur, sehingga para hakim dan arbitrator dapat memilih *lex mercatoria* dilengkapinya dengan prinsip *equity* sebagai bahan penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh para hakim atau arbitrator. Sebagaimana dikatakan oleh **Martin Hunter**⁵⁰:

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*

The concept of the modern law of the merchant is described in various ways, including 'including transnational law of contracts'. Whatever the description, the purpose is clear. It is to regulate international commercial transactions by a system of law which avoids the vagaries of different national systems.

B. DEFINISI NEW LEX MERCATORIA

New Lex Mercatoria atau yang biasa disingkat NLM diartikan sebagai *a set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law*.⁵¹ NLM, yang lahirnya dilandasi adanya semangat melakukan unifikasi hukum perdagangan internasional, mempunyai beberapa karakteristik, yaitu: 1) NLM atau hukum perdagangan internasional modern bukanlah cabang dari hukum internasional atau jus gentium. Namun demikian NLM ini berlaku dan diterapkan oleh negara dengan berdasarkan semangat toleransi dari negara-negara yang berdaulat secara sukarela, 2) NLM ini bukan kumpulan kaidah-kaidah hukum yang tak beraturan, melainkan ia disusun secara sistematis oleh berbagai lembaga internasional yang kegiatannya bergerak di bidang perdagangan internasional. 3) NLM ini secara praktis sama di seluruh belahan dunia. Kesamaan inilah yang menyebabkan NLM (biasanya terlihat dalam bentuk model law, uniform law, the rules of international organizations, atau konvensi internasional) sering juga dianggap hukum yang mampu menembus sekat ruang dan waktu untuk menjembatani perbedaan ideologi, politik, dan ekonomi dari berbagai negara. Para pemikir hukum (legal thinker) di Indonesia sudah selayaknya harus mencermati dan mengantisipasi adanya revolusi perdagangan internasional tersebut, karena sekarang ini telah terjadi perubahan paradigma di bidang hukum ekonomi.⁵²

51 Okenzie Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Westport: Quorum Books, (1994).

52 Christopher H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius Publication Limited, 1998, hal. 258.

C. PILIHAN HUKUM PARA PIHAK

Masalah pilihan hukum dalam penyelesaian sengketa merupakan salah satu *issue* yang harus diperhatikan oleh para pihak apabila mereka ingin penyelesaian sengketanya diselesaikan melalui proses arbitrase. Masalah pilihan hukum ini bukanlah persoalan yang mudah sebab pihak-pihak yang bersangkutan berasal dari negara-negara dengan sistem hukum yang berbeda.

Ada dua macam pilihan hukum yang dikenal dalam Hukum Perdata Internasional. Pertama, pilihan hukum secara tegas. Umumnya pilihan hukum ini dinyatakan secara tegas dalam suatu perjanjian arbitrase. Artinya, dalam perjanjian arbitrase tersebut telah dinyatakan dengan tegas hukum apa yang akan digunakan oleh para pihak untuk menyelesaikan sengketa yang akan terjadi di kemudian hari.

Yang kedua adalah pilihan hukum secara diam-diam. Pilihan hukum ini umumnya tidak dinyatakan secara tegas dalam perjanjian, tapi pilihan hukum ini akan tampak melalui penafsiran terhadap isi kontrak atau kehendak para pihak. Misalnya, dalam suatu kontrak perjanjian antara perusahaan Indonesia dengan Amerika dicantumkan beberapa Pasal dari Hukum Perdata Indonesia, maka secara tidak langsung tampak bahwa para pihak menginginkan kontrak tersebut tunduk pada hukum Indonesia. Sehingga apabila di kemudian hari terjadi sengketa antara para pihak tersebut, maka hukum yang akan dipakai untuk menyelesaikan masalah tersebut adalah hukum Indonesia.⁵³

Pada prinsipnya penentuan hukum yang akan digunakan, didasarkan atas keinginan dan kesepakatan antara kedua belah pihak yang bersengketa serta dipengaruhi pula oleh tempat dimana arbitrase tersebut akan diadakan. Oleh sebab itu para pihak sangat berhati-hati sekali dalam menentukan tempat dimana arbitrase tersebut diadakan, karena hal ini berkaitan dengan hukum nasional dari tempat arbitrase

53 Yahya Harahap. *Arbitrase, Ditinjau Dari Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre For The Settlement Of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention Of The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Award, Perma No.1 Tahun 1990*, Edisi Kedua. Jakarta: PT. Sinar Grafika, 2001.hal. 102.

tersebut yang akan dipergunakan oleh para pihak yang bersengketa sebagai pedoman dari pelaksanaan arbitrase.

Untuk membantu para pihak dalam menentukan pilihan hukum yang akan digunakan dalam arbitrase misalnya, maka beberapa Konvensi internasional mencantumkan mengenai masalah ini dalam Pasal-pasalnya. Salah satunya adalah ICC, dimana dalam Article 15 (1) ICC disebutkan bahwa dalam proses arbitrase, aturan ICC berlaku terlebih dahulu, tapi dalam hal terdapat beberapa masalah yang belum diatur dalam ICC *rules*, maka para pihak boleh menentukan sendiri aturan yang akan digunakan.

D. MODEL PENYELESAIAN SENGKETA DALAM KASUS LEX MERCATORIA

Saat ini pihak yang bersengketa di bidang komersial lebih menyukai penyelesaian sengketa mereka melalui alternative penyelesaian sengketa misalnya melalui negosiasi, mediasi dan juga arbitrase. Hal ini seperti yang telah dijelaskan dalam bab sebelumnya dikarenakan metode alternatif ini memiliki beberapa keuntungan dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui pengadilan. Misalkan penyelesaian sengketa melalui mediasi, para pihak dapat terlibat langsung dalam menyelesaikan permasalahan mereka dan bebas memilih mediator yang menurut mereka mampu untuk membantu penyelesaian sengketa dengan hasil yang win-win solution.⁵⁴ Sementara di sisi lain, keuntungan dari arbitrase adalah biaya yang pasti, lebih cepat dari pengadilan dan tentunya kerahasiaan pihak yang bersengketa lebih terjaga. Selain itu sifat putusan yang final dan binding serta internationally enforceable juga menjadi salah satu alasan mengapa pihak yang bersengketa lebih memilih jalur ini.⁵⁵

Seiring dengan perkembangan zaman dan juga kebutuhan para pebisnis maka alternative penyelesaian sengketa dan arbitrase juga

54 Achmad Romsan, *Teknik Penyelesaian Sengketa di luar pengadilan: Negosiasi dan Mediasi*, TB. Angrek Palembang, 2007. hlm 25.

55 Abdurrasyid Priyatna, *Arbitral Awards*, BANI Quarterly Newsletter Number 5/2008. published by BANI Arbitration Center. hlm. 2

mengalami beberapa perkembangan baik dalam bentuk maupun prosedurnya. Selain Melalui jalur litigasi dan non litigasi seperti negosiasi, mediasi, konsiliasi dan arbitrase maka untuk mengisi kekurangan dari mediasi dimana hasilnya hanya merupakan kesepakatan yang *morality enforceable* dan proses arbitrase yang hampir mirip dengan pengadilan yaitu para pihak menyerahkan putusan sepenuhnya kepada arbiter, maka terdapat pengembangan dari dua metode ini yang disebut dengan *hybrid nature of arbitration* berupa med-arb dan arb-med-arb.⁵⁶

Perkembangan di bidang teknologi juga telah membawa dampak berkembangnya metode penyelesaian sengketa. Para pihak tidak harus bertemu muka dalam menyelesaikan sengketa mereka tetapi dapat menggunakan metode mediasi online atau arbitrase online dengan menggunakan internet sebagai media.

Hal lain yang berkembang dalam penyelesaian sengketa alternatif ini adalah adanya penyelesaian sengketa melalui arbitrase syariah yang khusus digunakan oleh pihak yang beragama Islam. Dan juga ada *small amount claim procedure* untuk pihak yang bersengketa di bawah 150 juta rupiah.

56 Pada saat ini BANI telah pula melaksanakan hybrid arbitrase ini yang disebut dengan arb-med-arb.

■ PENGGUNAAN LEX MERCATORIA DALAM SENGKETA DAGANG INTERNASIONAL

Ketidakpuasan terhadap HPI sebagai bidang hukum yang seharusnya menentukan hukum apa yang berlaku dalam transaksi-transaksi perdagangan internasional di atas, mendorong orang untuk melihat ke arah aturan-aturan hukum substantif (jadi bukan aturan HPI) yang memang dibuat untuk menyelesaikan transaksi-transaksi yang bersifat transnasional. Kaidah-kaidah semacam ini semula tumbuh sebagai hukum kebiasaan dalam perdagangan internasional, tetapi lambat laun memperoleh pengakuan sebagai sekumpulan aturan hukum di bidang perdagangan yang khusus dibuat untuk aktivitas perdagangan yang bersifat internasional/transnasional. Aturan-aturan hukum semacam ini sebenarnya pernah subur berkembang pada abad ke-17 di Eropa dan dikenal dengan sebutan *lex mercatoria* 13 serta menjadi sumber kaidah hukum utama para pedagang di Eropa dan menyelesaikan perselisihan-perselisihan di antara mereka. Baru ketika semangat dan ajaran nasionalisme tumbuh subur di Eropa, kaidah-kaidah *lex mercatoria* seakan-akan tenggelam karena kaidah-kaidahnya di resap ke dalam sistem-sistem hukum negara-negara nasional (Eropa pada abad ke-18).

Dalam praktik perdagangan dan bisnis modern, lambat laun tumbuh aturan-aturan main dalam bidang perdagangan internasional yang mengingatkan kita pada pertumbuhan *lex mercatoria* di Eropa pada masa lampau. Demi alasan praktis dan untuk menghindari dari penyelesaian perkara-perkara di pengadilan berdasarkan aturan-aturan hukum nasional dari salah satu pihak yang tidak dikenal oleh pihak yang lain, maka dalam transaksi-transaksi perdagangan dan bisnis in-

ternasional kemudian diciptakan dan tumbuh sekumpulan kaidah dan asas kebiasaan dalam perdagangan internasional (*international trade usages*) yang menjadi semacam "aturan main" para pedagang internasional dan lambat laun diterima sebagai hukum kebiasaan. Asas dan kaidah-kaidah yang tidak berafiliasi sama sekali pada suatu sistem hukum nasional negara tertentu, lama kelamaan dianggap sebagai suatu sistem hukum (tidak tertulis) yang independen dan berdiri sendiri. Perkembangan inilah yang mendorong kecenderungan di kalangan para pelaku bisnis internasional untuk menyelesaikan perkara-perkara di antara mereka melalui arbitrase perdagangan internasional (*international commercial arbitration*), dan membentuk forum arbitrase sebagai *amiable compositeurs* yang berwenang untuk menyelesaikan perkara atas dasar keadilan, itikad baik, dan tidak harus mendasarkan putusannya pada suatu sistem hukum nasional tertentu. Karena itu, forum-forum arbitrase perdagangan internasional adakalanya dianggap sebagai lembaga yang mempertahankan dan menguatkan eksistensi "hukumnya para pedagang" (*law of merchants*) atau *lex mercatoria* itu.

Salah satu keberatan yang dianggap melekat pada penerimaan *lex mercatoria* sebagai sebuah sistem hukum yang otonom dan independen terletak pada kenyataan bahwa asas-asas dan kaidah-kaidahnya tidak dapat dijumpai di dalam sumber-sumber hukum yang pasti dan tradisional ada (konvensi-konvensi, peraturan perundang-undangan, dan sebagainya)

Pada hakikatnya pembuatan kontrak merupakan salah satu sistem pembuatan hukum dalam hubungan keperdataan. Kontrak akan berlaku sebagai undang-undang bagi para pembuatnya,⁵⁷ pada pembuatan kontrak terdapat unsur proses seperti pada pembuatan undang-undang.⁵⁸ L.J. Van Apeldoorn⁵⁹ menyatakan bahwa perjan-

57 Pasal 1338 KUH Perdata.

58 Misalnya Pasal 1338 KUH Perdata menyatakan bahwa Perjanjian merupakan undang-undang bagi para pembuatnya yang berarti proses pembuatan kontrak dapat dianalogikan dengan proses pembuatan undang-undang walaupun dalam pengertian mikro.

59 L.J. Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Paramita, cet. Ke-28, 1996, hlm. 155.

jian atau kontrak dikelompokkan ke dalam faktor yang membantu pembentukan hukum. Oleh karena itu, dalam beberapa hal tertentu pembentukan hukum atau undang-undang dapat dianalogikan dengan perjanjian atau kontrak karena kedua-duanya memiliki sifat yang sama, yaitu mengikat (lihat pasal 1338 KUH Perdata). Hingga batas-batas tertentu, para pihak dalam suatu perjanjian atau kontrak bertindak seperti pembentuk undang-undang, yaitu untuk mengikatkan diri di antara mereka sendiri.⁶⁰

Perbedaannya adalah jika perjanjian yang akan terikat, yaitu para pihak yang membuatnya sedangkan dalam undang-undang yang terikat adalah semua warga Negara. Oleh karena itu, Pasal 1338 muncul kalimat yang menyatakan *semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya*. Dalam mengadakan perjanjian, para pihak melakukan perikatan secara konkret, sedangkan apa yang dilakukan oleh pembuat undang-undang pada umumnya mengatur perbuatan yang bersifat abstrak.

Diktrin *Lex Mercatoria* sangat berkaitan juga dengan hukum kontrak, khususnya kontrak komersial, yaitu hukum kebiasaan dalam masyarakat bisnis dalam proses pembuatan dan pelaksanaan kontrak bisnis. Dilihat dari tahapannya, semua kontrak melewati 3 (tiga) tahap, yaitu tahap negosiasi (*negotiation*), pembuatan kontrak (*formation of contract*), dan tahap pelaksanaan (*performance of contract*). Sebelum melakukan negosiasi, kedua belah pihak harus memenuhi syarat untuk menjamin *validitas* (keabsahan) dalam menutup suatu kontrak. Ketentuan yang membatasi validitas kontrak seperti masalah kedewasaan, immoralitas, dan kepentingan umum. Hal itu dianggap sebagai urusan hukum nasional masing-masing Negara, sehingga UN-IDROIT tidak mengatur secara khusus masalah ini.

60 Dalam Pasal 1374 B.W. Belanda dikatakan: *Alle Wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken denegenen die dezelve hebben aangeaan tot wet.*

Dalam pembuatan kontrak ada dua pihak atau lebih yang bernegosiasi untuk membuat seperangkat aturan yang mengatur hubungan hukum di kemudian hari.⁶¹

Negosiasi tersebut dapat dilakukan oleh mereka yang tinggal dalam suatu Negara atau antara pihak yang tinggal di suatu Negara dengan pihak yang tinggal di Negara lain, sehingga terjadi negosiasi yang bersifat transnasional. Namun, tidak selalu kaidah hukum yang mengatur hubungan antar pihak bersifat transnasional dapat dikategorikan sebagai *lex mercatoria*. Karena faktor yang sangat penting yang harus dipenuhi, adalah kaidah itu harus menjadi kebiasaan di dalam praktik yang diakui secara internasional.

Hal itu dapat dicapai dengan cara sebagai berikut:

1. Meratifikasi konvensi internasional dan substansi konvensi tersebut telah diterima dan dipraktikkan di dalam hukum nasional Negara peserta.
2. Jika tidak ada konvensi internasional yang diratifikasi, praktik hukum di negara tersebut telah menerapkan prinsip-prinsip yang sama untuk substansi hukum tertentu bagi warga negaranya. Negara dapat menerapkan prinsip-prinsip yang beragam dengan berbagai cara penyusunan peraturan nasional yang berpedoman pada *Model Law*, *Legal Guide*, atau menerapkan prinsip-prinsip UNIDROIT.

61 Perbedaan pembuatan kontrak dengan pembuatan undang-undang adalah kontrak didasarkan pada hasil negosiasi antara para pihak berdasarkan pertimbangan ekonomi atau bisnis yang hasilnya hanya mengikat para pihak saja. Adapun dalam pembuatan undang-undang sebagai hasil perdebatan politik dan keputusan politik yang hasilnya berupa undang-undang yang akan mengikat semua warga. Namun demikian pada hakikatnya ada persamaan-persamaan penting, yaitu adanya (a) kehendak dari berbagai pihak yang harus dipertemukan melalui argumentasi-argumentasi; (b) proses mempertemukan kehendak itu yang akan dituangkan ke dalam aturan-aturan; *out-put* berupa aturan yang mengikat; (c) adanya akibat hukum apabila para pihak yang tunduk dalam “aturan” itu. Sebagai perbandingan lihat Moh. Machfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: LP3ES, 1998, hlm. 7.

Seorang pakar Jerman, Klaus Peter Berger di dalam bukunya yang berjudul *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*⁶² menyatakan bahwa prinsip *lex mercatoria* berkembang dari praktik hukum komersial sejak awal abad XVII (tahun 1622) yang kemudian berkembang sampai sekarang. Pendapat tersebut diperkuat oleh Calvin W. Corman⁶³ yang menekankan bahwa praktik hukum tersebut merupakan refleksi dari kondisi cara penyelesaian konflik social ekonomi para pedagang yang diterapkan oleh hakim atau arbitrator. *Lex mercatoria* mengalami perkembangan secara terus menerus sehingga memiliki sejarah tersendiri.

Sebelum tumbuh Negara-negara modern, perdagangan internasional diatur oleh para pedagang sendiri (*self regulating*) berupa aturan hukum kebiasaan komersial (*commercial customary law*) yang terbebas dari campur tangan Negara. Hukum kebiasaan komersial internasional berkembang dalam masyarakat abad pertengahan di Eropa Barat melalui berbagai praktik dan sopan santun dalam interaksi masyarakat komersial secara terus menerus. Hukum komersial berakar dari hukum Romawi dan Kanonik, yang berawal dari *Codes of Rhodes Basilica* dan tumbuh menjadi suatu kebiasaan perniagaan (*mercantile custom*) di Negara Italia. Kemudian disebarkan melalui perdagangan dan pemasaran barang pada abad pertengahan.

Hukum kebiasaan komersial dikembangkan dan diberi kekuatan mengikat oleh pengadilan niaga (*mercantile courts*) yang diselenggarakan oleh para pedagang untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka. Penerapan hukum didasarkan pada pengalaman dan pengetahuan dari para pedagang itu sendiri. Dari itu hakim niaga menerapkan aturan kebiasaan itu untuk dipatuhi oleh pihak yang berselisih. Apabila pihak yang kalah menolak untuk mematuhi keputusan hakim niaga tersebut, ia akan menanggung resiko terhadap reputasinya, misalnya dikucilkan dari pergaulan komunitas para pedagang dan dari segala hubungan komersial yang penting, di mana pengadilan niaga berada.

62 Lihat Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Boston: Kluwer Law International, 1999.

63 Calvin W. Corman, *Commercial Law Cases and Materials*, Canada: Little, Brown and Company, 1983, p.1.

Aturan yang diterapkan itu selanjutnya menjadi sistem yang independen, menjadi hukum tersendiri, dan ditegakkan oleh komunitas para pedagang. Hukum itulah yang dikenal dengan istilah *lex mercatoria*.

Pada awal tahun 1291 ketika Inggris masih merupakan Negara agraris, raja mengundang para pedagang dari berbagai Negara Eropa Kontinental untuk tinggal di Inggris. Mereka membuka perdagangan dengan para pedagang local dan diadakan pameran komersial besar-besaran, dalam rangka mendorong perdagangan internasional. Kegiatan tersebut melahirkan keputusan transaksi kontraktual yang dipengaruhi oleh kebiasaan perdagangan yang diakui secara internasional. Kontrak jual beli sesuai dengan perdagangan itu sendiri, pada saat itulah mulai dikenal istilah dokumen perdagangan misalnya *bill of exchange*, *bill of lading*, dan *letter of credit*.

Pada awal abad XIV, pemerintahan di Negara Eropa mulai memperhatikan hukum komersial⁶⁴ dalam rangka nasionalisasi hukum transnasional. Maka, dimasukkanlah prinsip-prinsip *lex mercatoria* ke dalam hukum nasional dan upaya tersebut berlanjut sampai abad XVIII dan XIX. Dengan demikian, terjadilah asimilasi dari beberapa prinsip hukum *lex mercatoria* ke dalam sistem hukum nasional. *Lex mercatoria* itu sendiri hidup sebagai pranata hukum, yang homogen dan otonom. Oleh karena itu, prinsip ini merupakan sarana untuk melakukan harmonisasi hukum yang berkembang di negara Eropa.

Melalui penelitian dan upaya yang cukup lama, pada tahun 1971 UNIDROIT berusaha menelaah prinsip *lex mercatoria* agar dapat dihipunkan menjadi dokumen autentik. Baru pada tahun 1994 berhasil disusun prinsip-prinsip umum yang dikenal dengan *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICCs)* tahun 1994 yang oleh para pakar dikategorikan ke dalam *the new Lex Mercatoria*.

The New Lex Mercatoria adalah produk lembaga internasional yang mengupayakan harmonisasi hukum melalui pembuatan *model*

64 Istilah hukum otonom disinggung pula oleh Donald H. Gjerdingen, *The Future of Legal Scholarship and the Search for a Modern Theory of Law*, Buffalo Law Review, Vol. 35, No. 2, 1986, hlm. 381-409. Lihat pula Selznick, Philip, *Law, Society and Industrial Justice*, New Yoerk: Russel Sage Foundation, 1969.

law, legal principles, dan legal directives yang mengatur bidang hukum baru misalnya transaksi elektronik, yang belum diatur oleh hukum nasional. Setelah Perang Dunia II organisasi PBB seperti UNCITRAL dan organisasi antar pemerintah seperti UNIDROIT telah mengembangkan prinsip-prinsip hukum dalam bentuk aturan yang secara formal tidak mengikat. Akan tetapi, diberikan kekuatan mengikat dengan cara seperti diadopsi ke dalam hukum nasional, dijadikan materi kontrak, atau dijadikan sumber hukum sekunder oleh Hakim atau Arbiter dalam memutus perkara berdasarkan penerapan prinsip *ex aequo et bono*.

Prinsip hukum yang tidak formal diangkat dari kebutuhan praktis oleh para ahli disebut *lex mercatoria* Baru (*The New Lex Mercatoria*) yang banyak dikembangkan setelah berakhirnya Perang Dunia II. Hal ini akan terus berkembang bahkan memiliki sejarah tersendiri, sebagai akibat globalisasi ekonomi yang sekurang-kurangnya berdasarkan dua alasan, yaitu adanya perubahan orientasi ekonomi dan hambatan hukum nasional yang sulit mengantisipasi perkembangan yang sangat cepat.

Setelah berakhirnya Perang Dunia II, beberapa Negara mengalihkan orientasi ekonominya dari selain melihat ke dalam (*inward looking*). Di samping itu juga mengusahakan pengembangan ekonominya dengan mengembangkan pasar ke luar negeri (*outward looking*) dan berdirinya berbagai komunitas bisnis internasional yang telah mendorong tumbuhnya *lex mercatoria* baru. Hal ini ditegaskan oleh Schmitthoff:⁶⁵

After the Second World War, there has been a continuous expansion of international trade. Even the world recession of the early 1980s has only slowed down its growth but has not arrested it. Further, as a result of unprecedented progress in science and technology, the world has become a smaller place. Mass production of industrial and agricultural goods calls for larger markets and improved means of distribution. The population of the countries in the course

65 Dikutip oleh Venessa L.D. Wilkinson, *op. cit.*

of development no longer accepts poverty and lack of opportunity as the natural conditions of life and looks to the richer nations for help and assistance. “..the causes for the emergence of an autonomous international commercial law seem to lie in the diversity and inadequacy of many traditional national systems of law in the changed circumstances of modern international trade.

Alasan kedua, adanya kendala perbedaan sistem hukum nasional di antara Negara sehingga mendorong para pelaku bisnis untuk menyusun prinsip *lex mercatoria* baru. Para praktisi hukum komersial mengusulkan agar tercipta kesamaan hukum komersial di seluruh dunia berupa prinsip teknik perdagangan internasional sebagai *lex mercatoria* baru. Bahkan *lex mercatoria* baru diangkat dari prinsip yang telah diterima secara universal sebagai teknik agar prinsip-prinsip hukum komersial internasional dapat diterima dengan mudah. Selain melalui penyusunan prinsip hukum yang seragam, penyelesaian sengketa komersial juga melalui arbitrase internasional merupakan contributor perkembangan *lex mercatoria* baru. Dengan demikian, lahirnya *lex mercatoria* yang didorong oleh keinginan para pelaku bisnis untuk menghindari kompleksitas dari aturan hukum perselisihan.

Menurut **Martin Shapiro**⁶⁶ alasan timbulnya kebutuhan harmonisasi hukum komersial secara transnasional adalah konsekuensi logis dari praktik transaksi yang diterapkan oleh masyarakat bisnis kemudian diintegrasikan ke dalam kebijaksanaan internal perusahaan ataupun kebijaksanaan pemerintah. Pada akhirnya muncul prinsip-prinsip baru dari *lex mercatoria* setelah Perang Dunia II yang didasarkan pada beberapa alasan, sebagai berikut.

1. Adanya disparitas kemampuan ekonomi akibat tingkat perbaikan ekonomi yang berbeda setelah decade pembangunan, sehingga ada Negara berkembang dan Negara maju. Banyak kontrak yang dibuat di antara para pihak dari Negara

66 Martin Shapiro, *The Globalization of Law*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 1, Issue 1, Bloomington: Indiana University School of Law, 1993, hlm. 37-64.

- yang memiliki latar belakang berbeda itu, dalam pelaksanaannya menimbulkan ketidakadilan, sehingga diperlukan prinsip hukum yang lebih adil.
2. Berkembangnya technology dan informasi yang memerlukan prinsip hukum kontrak untuk mencegah terjadinya ketidakadilan dan ketidakseimbangan antara para pihak yang menguasai informasi dan teknologi.
 3. Adanya kendala tradisi hukum yang berbeda antara *common law*, *civil law*, dan sistem hukum sosialis, sehingga diperlukan prinsip-prinsip yang dapat diterima bersama.
 4. Akibat kebijaksanaan nilai tukar mengambang (*floating exchange rate*) dan perubahan social politik, sering menimbulkan perubahan keadaan yang dapat mengatasi masalah secara adil.

A. PRINSIP UNIDROIT DAN CISG SEBAGAI LEX MERCATORIA DIJADIKAN SUMBER HUKUM SEKUNDER

Di dalam praktek hukum komersial internasional, prinsip *lex mercatoria* diakui sebagai salah satu sumber pilihan hukum. Michael Medwig menyatakan:⁶⁷

The most compelling argument for the law of merchant ... is that the continued growth of international trade simply demands a reconstituted law-merchant capable of accommodating the multilateral aspects of contemporary commerce. The ultimate justification for international arbitration and the law-merchant is that both conform to and effectuate what merchants understand to be the consequences of their contractual undertakings.

Berdasarkan pendapat di atas dapat disimpulkan bahwa aturan yang berlaku pada sistem hukum nasional atau hukum positif adaka-

67 Dikutip oleh Vanessa L.D. Wilkinson, *op. cit.*

lanya tidak bisa menjawab permasalahan yang dihadapi terutama yang dihadapi terutama masalah transaksi yang bersifat perdagangan internasional modern, sehingga hanya dengan menggunakan prinsip *lex mercatoria* kebutuhan hukum dapat terjawab. Terdapat beberapa alasan praktis mengapa diperlukan *lex mercatoria* sebagai pilihan hukum untuk dijadikan substansi kontrak atau materi hukum dalam penyelesaian perselisihan.

Alasan pertama, *lex mercatoria* sebagai pilihan hukum menjadi (relative) tepat apabila kontrak dibuat antara pihak swasta asing dengan pihak yang mewakili lembaga pemerintah (*government contract*). Di dalam praktik apabila para pihak dihadapkan dengan permasalahan yang bersifat lintas Negara, sulit sekali untuk menggunakan hukum nasional yang cocok dengan permasalahan yang dihadapi. Biasanya para *lawyer* akan merujuk pada teori hukum perdata internasional.

Perlu dijelaskan di sini, bahwa penggunaan hukum perdata internasional pada hakikatnya adalah juga menggunakan hukum nasional negara tertentu. Karena hukum perdata internasional akan menjawab permasalahan, hukum mana yang berlaku apakah hukum nasional Indonesia atau hukum nasional Negara asing. Biasanya apabila salah satu pihak adalah pemerintah, akan cenderung menghindar untuk tunduk pada hukum Negara lain. Di sisi lain, pihak swasta asing akan skeptik menerima begitu saja hukum yang berlaku di Negara lain, terutama biasanya dipengaruhi oleh kepercayaan kalangan swasta terhadap pengadilan dengan perlakuan yang wajar di pengadilan Negara lain.

Alasan kedua, prinsip *lex mercatoria* merupakan pilihan yang tepat, untuk menghindari kesulitan penerapan hukum perdata internasional yang tidak sesuai dengan kontrak tersebut, karena biasanya hukum perdata internasional sering kali terjadi *renvoi* (penunjukan kembali). Berbagai kesulitan aturan hukum perselisihan juga dapat dihindari dengan langsung menggunakan ketentuan prinsip *lex mercatoria*. Dengan memilih *lex mercatoria* para pelaku bisnis dapat terhindar dari hal-hal tersembunyi dalam hukum komersial nasional yang penerapannya sering tidak dapat diperkirakan pada saat para pihak mengadakan transaksi internasional.

Dengan demikian, *lex mercatoria* dijadikan pilihan hukum (*choice of law*) akan lebih baik karena sifatnya yang fleksibel, sebagai

hukum yang berlaku baik bagi transaksi maupun bagi penyelesaian sengketa yang timbul.

B. SUMBER HUKUM *LEX MERCATORIA* SELAIN PRINSIP UNIDROIT DAN CISG

Menurut beberapa kepustakaan yang membahas mengenai sumber hukum dari *lex mercatoria*, walaupun di antara sarjana masih belum tercapai kesepakatan, ada juga beberapa persamaannya. *Alexandar Goldstain*⁶⁸ membagi sumber hukum dalam dua macam, yaitu:

1. Peraturan perundang-undangan internasional (*International Legislation*) yang mencakup juga setiap hukum nasional suatu Negara yang diberlakukan untuk transaksi komersial internasional dan perjanjian internasional;
2. Kebiasaan komersial internasional (*international commercial custom*) meliputi praktik komersial, kepatutan, standar-standar yang secara luas digunakan oleh pelaku bisnis atau yang dikeluarkan oleh lembaga seperti ICC (*International Chamber of Commerce*), UNECE (*United Nations Economic Commission Of Europe*), atau asosiasi perdagangan internasional lainnya.

Selanjutnya **Jan Ramberg** mengklasifikasikan peringkat *lex mercatoria* meliputi 10 (sepuluh) jenis sumber, yaitu kontrak-kontrak, praktik transaksi yang dilakukan oleh para pihak, syarat umum (*general conditions*) atau standar kontrak (apabila secara tegas atau diam diterima oleh para pihak), atau konvensi internasional (kecuali dikesampingkan oleh kontrak). Di samping itu hukum nasional yang berlaku terhadap kontrak (apabila ditentukan dalam kontrak, atau ditentukan oleh hukum perdata internasional); dalam beberapa kasus aturan memaksa (*mandatory provisions*) dari hukum domestic; putusan pera-

68 *Alexandar Goldstain, Usages of The Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980 Sales Convention)*, dalam kumpulan *International sale of Goods Dubrovnik Lectures*, New York: Oceana Publications Inc, 1986.

dilan internasional; dan tulisan ilmiah para sarjana (sebagai sumber tidak langsung).

Pakar lainnya **Ole Lando**⁶⁹ menyebutkan bahwa sumber dari *lex mercatoria* baru meliputi hukum *uniform*, prinsip hukum umum, aturan dari organisasi internasional, kebiasaan dan kepatutan, kontrak standard an laporan arbitrase. Sementara **Julian Lew**⁷⁰ menyebutkan sumber dari *lex mercatoria* meliputi aturan substantive perdagangan internasional, kode dari praktik perdagangan internasional, kebiasaan, dan kepatutan perdagangan internasional.

Menurut **Schmitthoff**⁷¹ pada dasarnya sumber *lex mercatoria* ada dua kategori besar, yaitu legislasi internasional dan kebiasaan internasional. Walaupun ada perbedaan rincian dari keduanya, sumber tersebut dibagi lagi menjadi empat kategori, yaitu prinsip hukum umum, hukum *uniform* dari perdagangan internasional, kebiasaan dan kepatutan, dan putusan arbitrase.

1. Prinsip Hukum Umum (General Principles of Law)

Prinsip hukum umum adalah prinsip yang berlaku di semua Negara atau di mayoritas sistem hukum Negara di dunia. Prinsip hukum umum diketahui melalui survey dan inventarisasi atas berbagai hukum nasional untuk menemukan prinsip yang secara umum berlaku di berbagai Negara. Pendekatan ini dilakukan oleh **Ole Lando** untuk dijadikan bahan bagi para arbitrator melalui penyelidikan atas prinsip hukum untuk mengetahui prinsip yang bersifat umum, yang berkaitan dengan pokok masalah dalam sengketa. Prinsip hukum umum merupakan bagian dari doktrin *lex mercatoria*. Sebagaimana ditegaskan oleh **Okezie Chukwumerije**⁷² bahwa:

General principles are said to be part of the lex mercatoria because they are generally accepted and thus form a sort

69 Dikutip dalam Alexandar Goldstain, *op.cit.*

70 Dikutip oleh Vanessa L.D. Wilkinson, *op.cit.*

71 Dalam A. Goldstain, *op.cit.*

72 *Ibid.*

of universal practice that parties to an international commercial transaction implicitly accept as part of the regulatory framework of their transaction.

Salah satu contoh dari prinsip hukum umum adalah *pacta sunt servanda*, yaitu suatu prinsip yang menentukan bahwa persetujuan mengikat para pihak dan harus dihormati. Namun, dalam praktik mungkin saja timbul kesulitan dalam penggunaan prinsip hukum umum sebagai sumber dari *lex mercatoria*. Masyarakat bisnis internasional terdiri atas orang-orang dari Negara yang berbeda, sehingga kesulitan timbul tidak hanya ketika melakukan upaya menemukan prinsip hukum umumnya itu saja, tetapi juga ketika penerapannya. Sebab, apabila prinsip itu hanya berupa ungkapan yang sangat umum, akan sulit menerapkan substansinya dalam kasus yang konkret.

Prinsip hukum umum tidak kebal terhadap penerapan aturan hukum nasional yang menyeleksi prinsip tersebut. Prinsip-prinsip umum dapat dipengaruhi, dibentuk, atau ditambah oleh aturan hukum nasional. Akibatnya, prinsip hukum umum mungkin pada akhirnya tinggal nama saja. Walaupun dimungkinkan untuk menerapkan prinsip hukum umum dari berbagai sistem hukum nasional, prinsip-prinsip tersebut mengandung kelemahan pada tingkat substansinya, sehingga sulit dicapai penyeragaman yang diinginkan apabila dihadapkan pada kasus yang konkret.

2. Hukum Komersial Internasional Seragam (*The Uniform International Commercial Law*)

Hukum seragam bagi perdagangan internasional dapat terwujud melalui dua cara, yaitu *ratifikasi dan penerapan konvensi internasional* atau *adopsi model laws*. Konvensi *model laws* seringkali merupakan produk dari institusi seperti UNCITRAL (*United Nation Commission on International Trade Law*) atau UNIDROIT (*International Institute for the Unification of International Private Law*). Tujuan dibuatnya hukum seragam adalah untuk menyediakan aturan yang diterima secara internasional bagi pengaturan berbagai aspek dari hubungan komersial yang bersangkutan.

Konvensi multilateral merupakan persetujuan antarnegara untuk mengatur kepentingan bersama para pesertanya. Negara yang menjadi pihak dari konvensi tersebut harus memberlakukan aturan-aturannya ke dalam peraturan perundang-undangan di negaranya agar memiliki akibat hukum yang mengikat warga negaranya. Contoh *Hague-Visby Rules*, di Australia melalui *Carriage of Goods by Sea Act*, 1991 (Cth).

Proses pembuatan *Model Laws* meliputi tahap penulisan rancangan hukumnya dengan mempertimbangkan kesesuaian antara kepentingan perdagangan internasional dengan kepentingan nasional dari Negara-negara secara individual. Apabila telah selesai dirancang, *model laws* dapat diadopsi secara keseluruhan atau sebagian oleh Negara manapun. Seperti halnya konvensi internasional, *model laws* hanya mengikat suatu Negara berdaulat setelah dan sepanjang secara tegas diadopsi oleh Negara tersebut.

Proses pembuatan *model laws* tersebut menggambarkan kompromi antara proses pembuatan perjanjian dengan tindakan sepihak dari Negara yang bersangkutan. Contoh *model laws* seperti *Uniform Laws on the International Sale of Goods*, *The Uniform Laws on The Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, dan *UN-CITRAL model laws on International Commercial Arbitration*.

Walaupun hakikat tujuan dari konvensi internasional dan *model laws* adalah untuk mewujudkan hukum yang seragam (*lex mercatoria*), namun pada kenyataannya tujuan tersebut sering tidak tercapai. Sebab aturan baru dapat dianggap sebagai *lex mercatoria* jika telah digunakan oleh mayoritas Negara-negara. Lagi pula ada kendala lain, jika mayoritas Negara hanya mengadopsi sebagian saja dari konvensi atau *model laws* itu maka hukum itu akan kehilangan sifat seragamnya. Biasanya Negara pengguna kemudian menambah atau mengurangi serta memberikan penafsiran yang berbeda-beda. Akibat dari tidak tepatnya proses adopsi hukum seragam itu, syarat sebagai sumber *lex mercatoria* tidak terpenuhi.

Jika mayoritas Negara-negara tidak mengadopsi hukum seragam ke dalam hukum nasionalnya, maka dalam memutus perkara para hakim atau arbitrator tidak perlu lagi merujuk pada prinsip *lex mercatoria*. Akan tetapi, cukup hanya dengan menggunakan hukum nasional yang sudah diharmonisasikan.

3. Kebiasaan dan Keputusan dalam Perdagangan Internasional

Kebiasaan dan keputusan dalam perdagangan internasional sebagai sumber lain dari *lex mercatoria*. Kebiasaan⁷³ dan keputusan ini dikelompokkan ke dalam dua bagian, yaitu hukum kebiasaan yang dikodifikasikan dan kontrak standar yang sering disebut kontrak baku.

Hukum kebiasaan dan keputusan dalam hukum komersial tertentu yang secara umum berlaku, oleh para pakar dicatat dan dihim-pun untuk dijadikan pedoman hukum bagi mereka.

Julian Lew⁷⁴ mengatakan:

“... existence of these customs and usages is well known, their having developed through practice over the years. Participants in particular areas of commerce know the customs and usages relevant to them; they presume their application and give them effect automatically. When contracting, parties rarely discuss the application of practical customs or usages for do they reduce them to writing in the contract; they just take them for granted.”

Kebiasaan dan keputusan dikodifikasikan oleh badan komersial internasional. Substansi dan kodifikasi tersebut mencakup praktik, kebiasaan, dan standar yang berlaku di antara mereka. Hasil dari kodifikasi tersebut dijadikan pedoman bagi para pelaku bisnis yang memuat norma kebiasaan dan keputusan bagi mereka secara tetap. Contoh kebiasaan yang dikodifikasi oleh ICC (*International Chamber of Commerce*) misalnya INCOTERM (*International Rules for the Interpretation of Trade Term*), dan UCP (*the Uniform Customs and Practice for Documentary Credit*). Kebiasaan itu hanya berlaku apabila digunakan oleh para pihak dalam kontrak. Praktik aturan kebiasaan internasional

73 Mengenai kebiasaan dibahas lengkap dalam Sir Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, London: Oxford University Press, 1958, hlm. 65.

74 Vanessa L.D. Wilkinson, *op.cit.*

dijadikan pedoman oleh pengadilan atau arbitrase walaupun kadang-kadang kontraknya sendiri tidak menyebutkan dengan tegas.

Kebiasaan dari praktik tidak serta merta dapat dianggap sebagai sumber hukum *lex mercatoria*, karena harus diikuti oleh masyarakat bisnis dan mereka merasa terikat untuk mengikutinya. Dalam berbagai hal, kebiasaan tersebut pada umumnya diterapkan oleh pengadilan atau arbitrase tanpa perlu merujuk kepada pranata hukum tertentu. Jika materi muatan kodifikasi dimasukkan ke dalam kontrak, dengan sendirinya kontrak itulah yang berlaku bagi penyelesaian perselisihannya tanpa perlu merujuk pada *lex mercatoria* lagi.

4. Kontrak Standar atau Kontrak Baku

Menurut Ole Lando⁷⁵ istilah kontrak baku memiliki banyak padanan kata seperti *adhesion contract*, *agreed document*, *document made by official bodies*, dan *general conditions*. Penggunaan kontrak baku pada dasarnya dibolehkan untuk memudahkan pembuatan kontrak. Untuk transaksi barang produksi massal yang menguasai hajat hidup orang banyak, tidak mungkin dibuat kontrak satu per satu.

Namun, pada umumnya kontrak baku dibuat secara sepihak yang seringkali menguntungkan pihak yang membuatnya, sehingga perlu ada aturan hukum yang dapat memberikan perlindungan kepada pihak yang lemah. Misalnya, di Amerika Serikat diatur dalam UCC (*Uniform Commercial Code*) pasal 2-207 Code Civil Italia diatur pada pasal 1370 yang mengatur prinsip *in dubio contra anticipatorem* atau *contra proferentem*, di Jerman diatur dalam pasal 138, 242, dan 315 Code Civil-nya, bahkan di Israel diatur dalam *Standard Contracts Law* tahun 1964.

Kontrak baku juga dapat dimasukkan ke dalam bagian dari kebiasaan sebagai sumber *lex mercatoria* dengan persyaratan tertentu. Pembuatan kontrak baku pada awalnya dilakukan oleh perusahaan secara individual, kemudian oleh asosiasi bisnis. Pembuatan kontrak

75 Ole Lando, *Standard Contracts a Proposal and a Perspective*, Scandinavia: Scandinavian Studies in Law, 1986, hlm. 131.

baku oleh lembaga internasional untuk Negara Eropa diprakarsai oleh UNECE (*United Nations Economic Commission for Europe*). Demikian pula berbagai asosiasi perdagangan seperti GFTA (*Grain and Free Trade Association*) dan FOFA (*Federation of Oilseeds and Fats Association*) telah mengembangkan kontrak baku untuk transaksi perdagangan jenis komoditi tersebut.

Kontrak baku tidak langsung menjadi sumber *lex mercatoria*, tetapi harus memenuhi syarat tertentu sebagai berikut:

1. Kontrak harus digunakan dalam praktik masyarakat bisnis internasional yang tentunya tidak mudah mendapatkan pengakuan secara luas.
2. Pada dasarnya tidak ada kewajiban bagi para pihak dalam transaksi untuk mengikatkan dirinya terhadap kontrak baku tersebut, karena kontrak yang mengikat secara universal sebenarnya tidak pernah ada. Selain itu banyaknya bidang perdagangan atau institusi yang menerbitkan berbagai kontrak baku tersebut.

Pada prinsipnya para pihak tidak diwajibkan untuk memilih kontrak baku tertentu, atau menggunakan kontrak baku untuk transaksi yang dilakukannya. Jika kontrak baku itu dipilih, tindakannya semata-mata sebagai preseden yang kemudian terpola dan didasarkan pada kebutuhan praktis saja.

Dengan demikian, tidak ada jaminan terwujudnya suatu penyeragaman melalui kontrak baku walaupun praktik itu dibiarkan tumbuh dan berkembang dalam hubungan komersial internasional. Keadaan demikian sebenarnya kurang kondusif bagi perkembangan praktik kebiasaan yang membentuk *lex mercatoria*.

Persoalan yang harus diperhatikan dalam mengatur standar kontrak, menurut Gyula Eorsi⁷⁶ adalah

1. Adakah di antara para pihak secara ekonomi lebih lemah dan pihak mana yang menduduki posisi domina (*are there*

76 Gyula Eorsi, *Contracts of Adhesion and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations, UNIDROIT New Directions in International Trade Law*, Roma: Oceana Publications Inc, 1977, hlm. 155-156.

- economically weaker parties in business life at all, and which are the principal groups of these*);
2. Adakah tendensi untuk memanfaatkan kekuatan superior secara ekonomi termasuk dengan cara menggunakan kontrak standar (*are the tendencies to exploit superior strength in the economy, including by means of standard contracts*);
 3. Dapatkah pihak yang secara ekonomi lebih lemah memperoleh perlindungan dalam bisnis dan pasar internasional (*may the economically weaker party lay claim to protection in business life and also in international market*);
 4. Jika dapat, bagaimana caranya (*if so, by what means*).

Selanjutnya Gyula Eorsi menyebutkan bahwa sekurang-kurangnya ada 6 (enam) ciri pengaturan kontrak standar yang dilakukan oleh berbagai Negara, sebagai berikut:

1. Dalam kebanyakan Negara terdapat pengaturan batas minimum tanggungjawab berupa hukum memaksa (*mandatory law*) dari hukum public.
2. Penafsiran kontrak standar cenderung ditekan pada upaya menghilangkan syarat-syarat yang menekan (*oppressive term*). Misalnya dengan ketentuan *contra preferentem*, aturan yang membebankan klausul yang memberatkan (*onerous clause*) kepada pihak pembuat kontrak baku, atau untuk keuntungan pihak yang dilindungi penerapan klausul *exoneration* harus ditafsirkan secara sempit.
3. Ada kecenderungan dalam praktik peradilan untuk mengurangi digunakannya klausul yang menekan dengan diperkenalkannya prinsip hukum umum. Seperti *bonos mores, Treu und Glauben* yaitu aturan yang melarang klausul yang mengandung tindakan curang, melanggar kepentingan umum, dan ketidakpatutan (*unconscionability*) di dalam esensi kontrak tersebut.
4. Ada negara-negara yang mewajibkan kontrak standarnya di bawah pengawasan Negara.
5. Organisasi yang memiliki kekuatan yang sama dengan pihak pembuat kontrak misalnya organisasi konsumen, membuat

pula standar kontrak tandingan, sehingga kepentingan para pihak menjadi seimbang.

6. Organisasi internasional seperti PBB (Perserikatan Bangsa-Bangsa) atau Uni Eropa membuat standar kontrak untuk digunakan oleh warga Negara dari Negara anggotanya.

a. Sifat putusan Pengadilan dan Arbitrase terhadap sengketa yang menggunakan Lex Mercatoria sebagai dasar hukum penyelesaian sengketanya

Ada kaitan yang erat antara proses globalisasi ekonomi dengan perkembangan *lex mercatoria* yang akan mempengaruhi pembaruan hukum nasional di berbagai Negara, termasuk di Indonesia. Indonesia saat ini telah masuk pada perdagangan bebas global dan regional melalui keterikatannya pada perjanjian internasional dan interaksinya dengan berbagai transaksi bisnis dengan pihak asing. Pasar dalam negeri telah menjadi ajang pasar produk dari berbagai Negara.

Indonesia adalah salah satu dari 81 negara yang pada tanggal 1 Januari 1995 resmi menjadi *Original Member* dari Organisasi Perdagangan Dunia (WTO). Indonesia telah mengikatkan diri pada WTO dengan undang-undang No. 7 tahun 1994 tentang Pengesahan Persetujuan Pendirian Organisasi Perdagangan Dunia tanggal 2 November 1994. Ikut sertanya Indonesia dalam WTO dengan pelaksanaan berbagai komitmennya, akan mempengaruhi rangkaian kebijaksanaan di sector perdagangan khususnya perdagangan luar negeri.

Berbagai komitmen persetujuan hasil Putaran Uruguay harus ditindaklanjuti dengan memperbaiki kinerja para pelaku bisnis dan kinerja pemerintah, meliputi perluasan akses pasar barang dan jasa, penyempurnaan berbagai peraturan perdagangan, dan perbaikan institusi perdagangan. Akibat semakin terintegrasinya perekonomian nasional dengan perekonomian dunia, semua pihak baik dari kalangan pemerintah maupun dunia usaha harus lebih gigih menghadapi persaingan.

Proses pentahapan liberalisasi perdagangan bagi Indonesia sebagai anggota ASEAN jika dihitung dari tahun 2001, berarti telah berjalan selama 8 tahun (dimulai pada tanggal 1 Januari 1993). Di samping itu, dalam lingkup global berjalan selama 7 tahun (dimulai

pada tanggal 1 Januari 1994), yang seyogyanya pada tahun 2003 (*fast tract*) sudah terbentuk Kawasan Perdagangan Bebas ASEAN (AFTA) dan pada akhir 2010 komitmen APEC dan GATT 1994 akan berlaku sepenuhnya. Harmonisasi hukum kontrak di antara Negara ASEAN sangat diperlukan dan sebaiknya mengacu pada prinsip-prinsip UN-IDROIT.

Menurut **Richard G. Limpsey**⁷⁷ setiap jenis sistem perekonomian terdiri atas ribuan pasar individual, seperti pasar komoditi pertanian, industry barang dan jasa, pasar barang antara seperti baja, yang merupakan *output* bagi industry tertentu sekaligus *input* bagi industry lainnya, pasar bagi bahan baku, seperti bijih besi, pohon, bauksit, dan tembaga, pasar bagi tanah dan ribuan jenis tenaga kerja. Ada pasar yang merupakan tempat uang dipinjam dan surat berharga dijual.

Perekonomian bukanlah serangkaian pasar yang berfungsi terpisah, namun merupakan sistem yang saling mengait, yaitu kejadian dalam satu pasar akan berdampak pada pasar lainnya. Salah satu aspek hukum yang terpengaruh atau terkait dengan perkembangan ekonomi dan bisnis adalah bidang hukum kontrak sebagai akibat berlakunya kebebasan berkontrak. Pengaruh perkembangan ekonomi dan bisnis terhadap praktik perdagangan internasional telah membentuk kebiasaan-kebiasaan internasional.

Misalnya, akibat dari praktik bisnis perusahaan multinasional yang berusaha menanam modal atau memasarkan produk barang dan jasanya di pasar domestic, menyebabkan kontrak komersial mengikuti

77 Richard G. Limpsey dkk, *Pengantar Mikroekonomi*, terjemahan Agus Maulana dan Kirbrandoko, Jakarta: Binarupa Aksara, 1994, hlm. 268-292.

standar internasional.⁷⁸ **Martin Shapiro**⁷⁹ berpendapat bahwa sepanjang hukum nasional dari suatu Negara mengaturnya serta pengadilan dapat mengakui dan melaksanakan putusan itu maka hukum komersial internasional dapat berguna bagi pengembangan hukum perdata. Hal ini terjadi karena adanya dorongan penyeragaman, prediktabilitas, dan transparansi hukum yang berlaku di berbagai Negara. Di samping itu, mendorong para ahli hukum untuk menggunakan seperangkat ketentuan hukum kontrak yang relative seragam.

Setelah perang dunia II, terjadi pertumbuhan ekonomi yang cukup konstan, ekspansi perdagangan, revolusi teknologi komunikasi dan pemrosesan data, serta terjadinya merger dan akuisisi transnasional terutama setelah tahun 1980-an. Kebanyakan transaksi dilakukan secara cepat yang mendorong diperlukannya lebih banyak konsultan hukum dan pengacara untuk mengamankan transaksi tersebut dan menyelesaikan berbagai perselisihan.

Orientasi dari organisasi bisnis telah mengubah sistem yang semula tertutup menekankan pada batas-batas yang jelas antara perusahaan di suatu Negara dengan dunia lainnya ke arah bentuk terbuka yang menghilangkan batas-batas tersebut. sebagai contoh, Indonesia saat ini berusaha melakukan privatisasi BUMN (Badan Usaha Milik Negara) melalui penjualan saham di pasar modal baik bagi investor local maupun asing. Maka muncul kebutuhan berbagai aturan baru seperti akuisisi, *joint venture*, *franchise*, *job shop*, perusahaan cabang

78 Lihat Martin Shapiro, *The Globalization of Law*, dalam *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 1, Issue 1, Bloomington: Indiana University School of Law, 1993, hlm. 37-64. Akan tetapi, pendapat itu dikritik oleh Alan D. Rose yang menyatakan bahwa istilah *uniformity* tidak tepat, karena tidak mungkin dilakukan semacam kodifikasi hukum perdata untuk seluruh dunia. Oleh karena itu UNIDROIT yang semula bertujuan mengupayakan kodifikasi hukum perdata, telah mengubah metodenya melalui penyusunan pembuatan Prinsip Kontrak Komersial Internasional dalam bentuk seperti *Restatement* yang dilakukan oleh *American Law Institute*. Lihat D. Alan Rose, *The Challenge for Uniform Law in the Twenty-First Century, uniform law review*, NS-Vol. 1, Roma: UNIDROIT, 1996, hlm. 9-25. Mengenai *Restatement*, Lihat Geoffrey C. Hazard, Jr, *The American Law Institute What it is and what it does*, Roma: Centro di Studi e recherche di dirito comparator e statiero, 1994.

79 *Op. cit.* hlm. 126.

(*subsidiary*), *spin-off*, kontrak pemasokan jangka panjang, *patent pool*, pembiayaan sindikasi bank (*bank coordinated interlocking financing*), dan sebagainya.

Dalam sistem ekonomi pasar, peraturan perusahaan secara esensial merupakan perjanjian. Keputusan perusahaan tidak dalam bentuk perintah internal, tetapi lebih berupa persetujuan yang telah dinegosiasikan. Walaupun posisi kekuatan mungkin tidak sepadan, namun sebagian paling tidak memiliki kedudukan yang seimbang.

Saat ini hamper di seluruh dunia diterapkan sistem ekonomi campuran antara *ekonomi pasar* dengan *ekonomi komando* untuk memenuhi harapan kebutuhan masyarakat. Sistem ekonomi campuran pada dasarnya merupakan pelaksanaan sistem pasar bebas yang dibatasi oleh peraturan hukum public. Sebaliknya tanpa ada aturan dan penegakan pasar bebas yang jelas maka mekanisme pasar bebas tidak akan berfungsi.

Seerti dikatakan oleh Klaus Peter Berger⁸⁰ bahwa *lex mercatoria* sejalan dengan perkembangan bisnis itu sendiri. Perkembangan tersebut dimulai dari adanya kebiasaan masyarakat pada umumnya (*ius commune*) yang tidak terkodifikasi dan tidak tertulis namun dianggap sebagai hukum (*communis opinio doctorum*). Norma-norma kebiasaan itu terformulasi ketika dilakukan penyelesaian sengketa oleh arbitrator.

Perkembangan selanjutnya dalam kebiasaan itu terbentuk secara khusus oleh masyarakat pedagang yang membentuk hukum kebiasaan di antara para pelaku bisnis. Lambat laun, atas usaha para pakar hukum komersial, dan oleh kebutuhan praktis, praktik-praktik itu kemudian dikodifikasikan.

Dewasa ini banyak lembaga yang mengupayakan harmonisasi hukum komersial, misalnya UNCITRAL (*United Nations Conference on Trade Law*) sebagai organ subside dari Majelis Umum PBB (Perserikatan Bangsa-Bangsa) atau lembaga mandiri seperti UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) atau lembaga

80 Lihat Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the lex mercatoria*, Boston: Kluwer Law International, 1999.

swasta seperti ICC (*International Chamber of Commerce*) atau perdagangan dan perbankan dan FIDIC (*Federation Internationale Des Ingenieurs Conceils*) untuk bidang konstruksi. FIDIC telah mengeluarkan *Conditions Contract for Work of Civil Engineering Construction* tahun 1987. Contoh lain ICC telah membuat UCP (*Uniform Customs and Practices for Documentary Credit*) yang menurut Rolf Eberth⁸¹ dengan mengambil pendapat dari Jacoby bahwa:

The UCP have evolved through a gradual process of crystallization of standard procedures. Soon after the ICC's founding in 1919, this development began to show itself in a tendency towards harmonization of domestic banking practice, with attempts by a number of banks to formulate a set of uniform rules designed to put an end to the theoretical uncertainty existing in legal assessments of documentary credit operations and the wide differences in their actual implementation.

Akibat perdagangan bebas, Indonesia dituntut untuk meningkatkan volume dan kualitas barang dan jasa untuk bersaing dengan produk sejenis lainnya. Hal ini berarti akan meningkatkan frekuensi ekspor atau impor.

Prosedur dan persyaratan yang dicantumkan dalam perjanjian ekspor atau impor menjadi sangat kompleks, karena para pihak berasal dari Negara yang berbeda memiliki perbedaan tradisi hukum. Misalnya dalam transaksi ekspor atau impor melibatkan banyak pihak, seperti eksportir produsen, eksportir *merchant* (agen penjual), *confirming house*, bank, *buying agent*, asuransi, *freight forwarder*, *consignment agent*, *surveyor*, maskapai pelayaran, bea cukai, konsulat, dan kedutaan. Demikian pula halnya dari pihak importer terdapat banyak pihak yang terkait. Perjanjian ekspor-impor akan melibatkan perjanjian credit (*Letter of Credit*) yang mengacu pada ketentuan UCP.

81 Rolf Eberth & EP Ellinger, *The Uniform Customs and Practice for Documentary Credit*, dimuat dalam *Proceeding Singapore Conference on International Business Law*, Singapore: Butterworths, 1990.

Namun, penulisan ini tidak akan membahas ketentuan dari ICC atau FIDIC, karena pada prinsipnya UNIDROIT menggunakan model-model kontrak tersebut sebagai rujukan, bahkan prinsip hukum kontrak yang berlaku di Negara tertentu juga sudah dijadikan bahan perbandingan. Demikian pula ketentuan dari CISG dijadikan rujukan pula, terutama pada bagian umumnya, sedangkan pada bagian lainnya khusus mengatur tentang kontrak jual beli barang.

Berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak, para pihak bebas menentukan dengan siapa akan mengikatkan dirinya dan hukum apa yang akan dipilihnya. Akan tetapi, adakalanya para pihak membiarkan hal tertentu tidak diatur maka dalam menghadapi masalah ini biasanya diserahkan pada penafsiran hakim atau arbitrator yang biasanya merujuk pada *Rule of Law* atau *general principles of law* atau dikenal dengan *lex mercatoria*.

Para pihak dapat menentukan mekanisme arbitrase atau menunjuk pengadilan tertentu, atau keduanya, untuk menyelesaikan perselisihan kontrak mereka. Biasanya mereka menentukan hukum kontrak atau hukum komersial dari beberapa Negara tertentu sebagai hukum yang berlaku, yang akan menjadi dasar bila terjadi perselisihan.

Baik putusan pengadilan atau arbitrase, putusannya tetap sama karena *lex mercatoria* memang diakui sebagai pilihan hukum bagi para pihak dalam penyelesaian sengketa mereka, bahkan Putusan arbitrase juga dianggap sebagai sumber dari *lex mercatoria*, yaitu Putusan tribunal arbitrase yang memuat pertimbangan hukum yang diterima di dalam masyarakat perdagangan internasional. Untuk mendorong agar sumber ini menjadi *lex mercatoria*, diperlukan publikasi dari putusan arbitrase tersebut. **Julian Lew**⁸² menyarankan agar:

... the publication of arbitration awards would facilitate the development of the lex mercatoria into a coherent body of rules which, through the arbitral case-law, would make it easier for arbitrators and parties to identify the relevant commercial rules for the different aspects of international trade.

82 Dikutip oleh Vanessa L.D. Wilkinson, *op.cit.*

Publikasi putusan arbitrase sangat penting bagi pengembangan *lex mercatoria*. Dari putusan tersebut para pelaku bisnis atau para ahli hukum dapat mempelajari aspek hukum komersial yang berkembang dalam praktik penyelesaian perselisihan yang ditangani oleh arbitrase.

Seperti dikatakan oleh **Thomas Carbonneu**⁸³ bahwa saat ini telah terbentuk seperangkat prinsip hukum yang dikembangkan dari putusan arbitrase. Penarikan prinsip tersebut didasarkan pada hasil penelitian atas pertimbangan hukum dari putusan Arbitrase ICC selama 10 (sepuluh) tahun. Prinsip-prinsip hukum yang dikembangkan oleh Arbitrase dalam kurun waktu tertentu meliputi prinsip-prinsip iktikad baik (*good faith*), kewajiban untuk mengurangi kerugian, kewajiban untuk merenegosiasi, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, dan aturan keadaan memaksa (*force majeure*).

Ada kesulitan dalam menggunakan prinsip-prinsip yang diambil dari putusan arbitrase sebagai sumber *lex mercatoria* berdasarkan hasil penelitian Carbonneu. Karena norma-normanya sangat umum, sehingga kesulitannya sama seperti ketika menerapkan prinsip hukum umum. Oleh karena itu, prinsip itu hanya berguna untuk dijadikan pedoman umum saja ketika menyelesaikan perselisihan komersial internasional.

83 *Ibid.*

BAB 5

ARBITRASE DAN MEKANISME PENYELESAIAN SENGKETANYA

A. PENGERTIAN ARBITRASE

Arbitrase merupakan suatu pengadilan swasta yang sering juga disebut dengan “Pengadilan Wasit” dikarenakan para *arbiter* dalam arbitrase berfungsi sebagai seorang wasit atau referee.⁸⁴ Asal kata arbitrase adalah abit rare dalam bahasa latin, arbitration dalam bahas Inggris dalam bahasa Belanda.

Ada banyak definisi mengenai apakah itu arbitrase yaitu, dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian Sengketa memberikan definisi bahwa arbitrase adalah “Cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”.⁸⁵

Definisi lain mengenai arbitrase diberikan oleh Phillip Capper yaitu “*arbitration may be describe in general terms as a consensual, private process for the submission of a dispute for the decision of the tribunal, comprising one or more independent third person*”⁸⁶, dan menurut Black dan Henri Campell yang dikutip dari buku Munir Fuadi⁸⁷ bahwa arbitrase adalah “*The submissioan for the determination of disputed matter to private unofficial persons selected in manner provided by law or agreement*”.

84 Munir Fuadi, Arbitrase Nasional, Penyelesaian sengketa Bisnis, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hal 12.

85 Pasal 1 (1) UU No. 30 Tahun 1999.

86 Phillip Capper, International Arbitration: A handbook, Third edition LLP, London-Singapore, 2004, hal. 2.

87 Munir Fuadi, *Op.Cit.*, hlm. 12.

Jadi berdasarkan beberapa definisi di atas dapat kita simpulkan secara umum elemen arbitrase yaitu adanya pihak-pihak yang bersengketa yang tidak dapat menyelesaikan sengketa mereka sehingga meminta pihak ketiga untuk membantu menyelesaikan sengketa yang ada, dan penunjukan orang ketiga ini dilakukan dengan persetujuan para pihak yang sesuai dengan peraturan yang ada.

B. MACAM-MACAM ARBITRASE

Macam-macam arbitrase menurut permanent atau tidaknya badan arbitrase tersebut yaitu:

1. Arbitrase yang bersifat incidental (*Ad-hoc Arbitration*)
Arbitrase ini adalah arbitrase yang dibentuk secara incidental yaitu bahwa para pihak atau hakim dapat menunjuk para arbiter untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi dan apabila sengketa tersebut telah diselesaikan maka arbitrase yang dibentuk bubar karena tugas mereka telah selesai.
2. Arbitrase yang bersifat permanent (*Permanent arbitration*)
Berbeda dengan *Ad-hoc arbitration* yang langsung bubar apabila sengketa telah selesai, maka badan arbitrase yang bersifat tetap ini walaupun ada atau tidak ada kasus, lembaga ini tetap ada. Ada banyak contoh lembaga arbitrase yang permanent ini yaitu misalnya di Indonesia BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia), BAMUI (Badan Arbitrase Muamalat Indonesia), atau di Negara lain seperti AAA (American Arbitration Association), PCA (Permanent Court of Arbitration), SIAC (Singapore International Arbitration Court), LCIA (London Court of Arbitration), ICC (International Court of Arbitration) dan lain-lain.⁸⁸

Beberapa sarjana mengatakan bahwa terdapat dua jenis arbitrase berdasarkan kedudukannya yaitu arbitrase nasional dan arbitrase

88 Meria Utama, *Choice of Place of Arbitration and The Law Governing the Arbitration Procedure*, Rotterdam 2006, hlm.5.

internasional. Akan tetapi definisi mengenai arbitrase internasional sedikit berbeda dengan pengertian arbitrase secara umum.⁸⁹ Dalam praktek kita juga sering mendengar istilah *domestic arbitration* dan *international arbitration* dimana sesungguhnya pembedaan istilah arbitrase ini bukanlah berdasarkan tempat dimana arbitrase ini berada, akan tetapi suatu badan arbitrase untuk dapat disebut sebagai Arbitrase Internasional memiliki elemen-elemen tertentu seperti yang teruang dalam beberapa konvensi internasional.⁹⁰

Seorang pakar di bidang arbitrase yaitu Okenzie Chukwumerije memberikan 2 metode untuk menentukan apakah suatu arbitrase itu bersifat nasional (domestic) atau internasional yaitu:

1. Identitas para pihak
Bahwa arbitrase itu internasional “if the arbitration parties, whether there are individual or corporate identities, they should have different habitual resident”⁹¹ dari pengertian ini dapat kita simpulkan bahwa apabila pihak dalam arbitrase ini baik individual atau perusahaan haruslah memiliki domisili atau tempat tinggal tetap di Negara yang berbeda.
2. Sengketa akan diselesaikan
Bahwa suatu arbitrase dapat juga disebut sebagai arbitrase

89 Beberapa pakar arbitrase seperti Philip de ly, Alan Redfern, Martin Hunter, Arthur Marriot dalam buku-buku yang mereka buat menyatakan bahwa arbitrase internasional memiliki karakteristik tersendiri untuk dapat disebut sebagai arbitrase internasional, Supra, hlm. 5-6.

90 Karakteristik Arbitrase Internasional dapat kita lihat pada UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration yang memberikan definisi tersendiri mengenai apakah yang dimaksud dengan arbitrase internasional yaitu “an arbitration is international if (a) The parties to an arbitration agreement have, at the time of conclusion of that agreement, their places of business in different states; or (b) one of the following places in situated outside the states in which the parties have their places of business; The places of arbitration if determined in, or pursuant to the arbitration agreement; any place where the substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject matter of the disputes is most closely connected, (c) The parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country”.

91 Okeziew Chukwumerije. *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Westport Quorum Books, 1994. hlm. 29.

internasional jika “dispute is relating to the international commercial interest” yang berarti bahwa apabila sengketa mengenai komersial atau perdagangan internasional maka arbitrase tersebut adalah arbitrase internasional.⁹²

Jadi berdasarkan karakteristik di atas maka dapat kita lihat bahwa istilah arbitrase nasional dan internasional dapat dilihat dari bagaimanakah arbitrase itu dibentuk dan tempatnya, sehingga apabila ada yang menyebutkan arbitrase nasional adalah arbitrase yang dibuat oleh suatu negara maka definisi tersebut tidaklah tepat.⁹³

C. KELEBIHAN DAN KEKURANGAN ARBITRASE

Badan arbitrase internasional sekarang ini menjadi cara penyelesaian sengketa bisnis yang paling disukai dibandingkan melalui jalur pengadilan. Dikarenakan cara ini memiliki kelebihan dengan cara lain. Alasan-alasan para pengusaha menyukai badan ini daripada pengadilan nasional bermacam-macam. Berikut ini adalah beberapa kelebihan penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase dibandingkan dengan penyelesaian sengketa di pengadilan nasional yaitu:

1. Kebebasan untuk memilih arbitrator

Dalam arbitrase para pihak bebas untuk memilih arbitrator yang mereka inginkan dan yang menurut para pihak paling cocok untuk menyelesaikan sengketa mereka. Para pihak dapat memilih arbitrator yang ahli di bidang masalah yang

92 Ibid

93 Beberapa Negara memiliki dua jenis peraturan mengenai arbitrase yaitu untuk arbitrase nasional dan untuk arbitrase internasional. Contoh dari Negara yang memiliki dualisme hukum seperti ini adalah Prancis dan Switzerland. Menurut hukum Prancis maka suatu badan arbitrase akan menjadi arbitrase internasional apabila sengketa yang akan diselesaikan mengenai masalah perdagangan internasional, sedangkan menurut hukum Swiss maka suatu badan arbitrase itu internasional apabila pihak yang bersengketa memiliki nasionalitas yang berbeda atau domisili di Negara yang berbeda. Gerald J. Meijer, *International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, London, 1996, hlm. 85.

disengketakan sehingga pada akhirnya lebih mempercepat penyelesaian sengketa yang terjadi.⁹⁴

2. Kerahasiaan

Banyak para pihak yang memilih arbitrase dikarenakan dijaminnya kerahasiaan oleh badan ini, dimana jika dalam pengadilan biasa maka adanya proses yang kita sebut dengan proses hearing, sehingga kadangkala kerahasiaan para pihak terungkap pada proses ini. Dalam arbitrase dapat dihindari expose didepan umum sehingga apabila kita kaitkan dengan kelangsungan perusahaan yang bersengketa, maka sesuai sengketa terjadi maka mereka masih tetap dapat melanjutkan bisnisnya dikarenakan nama dari perusahaan tersebut masih tetap bersih.

3. Lebih cepat

Dibandingkan dengan pengadilan nasional maka proses dalam arbitrase dinilai lebih cepat, karena tidak adanya banding dan kasasi dalam proses ini. Walaupun dalam arbitrase kita kenal setting aside dalam proses arbitrase, tetapi ini adalah merupakan hal yang luar biasa, misalnya tidak adanya persetujuan dari para pihak, sehingga putusan arbitrase dapat ditinjau ulang.

4. Fleksibel

Badan arbitrase ini cenderung fleksibel dikarenakan waktu dan tempat untuk proses arbitrase dapat ditentukan oleh para pihak.

5. Final dan Binding

Putusan dalam arbitrase adalah final dan binding, tidak memungkinkan adanya naik banding dan kasasi. Hal ini

94 Kadang-kadang arbitrator yang menyelesaikan suatu sengketa tidak memiliki pendidikan hukum, tetapi mereka memiliki kemampuan untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi karena sesuai dengan bidang yang mereka ketahui. Arbitrator seperti ini dimungkinkan dalam ICC Arbitration Court di Prancis. Gerard J. Meijer, Op.cit. hlm 92.

dikarenakan persetujuan para pihak sebelum atau sesudah sengketa terjadi.⁹⁵

6. Para pihak dapat memilih hukum mana yang akan dipakai untuk menyelesaikan kasus mereka.

Pada arbitrase para pihak dapat memilih hukum manakah yang akan digunakan untuk menyelesaikan kasus mereka, juga hukum mana yang akan digunakan, untuk proses arbitrase tersebut.

7. Menutup kemungkinan untuk dilakukan “*forum shopping*”.

Forum shopping dalam arbitrase tidak akan terjadi dikarenakan para pihak telah memutuskan dimanakah tempat proses arbitrase akan dilaksanakan, dan para pihak pun dapat sepakat mengenai tempat tersebut, sehingga forum shopping tidak mungkin akan terjadi.

Demikianlah kelebihan-kelebihan dari arbitrase, akan tetapi di samping kelebihan-kelebihan yang dimiliki oleh badan arbitrase ini, arbitrase juga memiliki kekurangan-kekurangan antara lain;

- a. Kualitas keputusan arbitrase sangat tergantung pada kualitas para arbitrator

Hal ini dikarenakan tidak ada norma atau aturan yang cukup untuk menjaga standar dari arbitrase tersebut. Sehingga banyak yang menyebutkan bahwa arbitrase itu baik jika arbitratornya baik “*An arbitration is a good arbitrators*”⁹⁶

- b. Pengakuan dan Pelaksanaan dari putusan arbitrase asing

Di beberapa Negara pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ini dirasakan masih sulit untuk dilaksanakan, hal ini dikarenakan bermacam-macam alasan, salah satunya adalah kurangnya dukungan dari hukum tempat arbitrase ini akan dilaksanakan.

95 Munir Fuady., Op.Cit, hlm. 94.

96 Huala Adolf, Arbitrase Komersial Internasional, Bina Cipta Bandung, hlm. 17.

- c. Tidak adanya preseden hukum (*legal presedent*)
Maksudnya adalah dalam arbitrase tidak dikenal standar baku mengenai cara pengambilan keputusan arbitrase. Juga putusan yang telah diambil oleh para arbitrator hanya berlaku untuk sengketa yang diselesaikan saja, hal ini mengakibatkan tidak adanya preseden dalam arbitrase. Sehingga akan adanya suatu kemungkinan putusan arbitrase yang satu dengan yang lain akan saling bertentangan (*conflicting decision*).
- d. Biaya yang tinggi
Biaya penyelesaian sengketa melalui arbitrase terkadang lebih tinggi bila dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui jalur pengadilan. Hal ini dikarenakan bayaran untuk para arbitrator tinggi dan dibayar oleh para pihak sendiri. Hal ini berbeda dengan pengadilan dikarenakan hakim yang menyelesaikan sengketa di bayar oleh Negara bukan oleh pihak yang bersengketa. Juga ongkos yang tinggi dalam arbitrase ini dikarenakan akomodasi, menyewa tempat untuk proses arbitrase, transport, juga dibayar oleh para pihak.⁹⁷
- e. Kurangnya power dari arbitrator
Dalam proses arbitrase sering terjadi kurangnya power dari arbitrator untuk menggiring para pihak untuk memutuskan sengketa dan juga menghadirkan barang bukti, saksi dan lain-lain.

D. KASUS-KASUS YANG DAPAT DISELESAIKAN OLEH ARBITRASE

Pada dasarnya semua kasus bisnis atau komersial dapat diselesaikan di arbitrase, Akan tetapi ada beberapa sengketa yang memang tidak dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase. New York Convention

⁹⁷ Jhon Collir dan Vaughan lowe., *The settlement of disputes in International Law, Institution and Procedure*, Oxpourt University Press inc, New York, 2000, hlm. 8.

juga memperhatikan beberapa sengketa yang tidak dapat diselesaikan oleh badan arbitrase. Alasan kenapa kasus tersebut tidak dapat diselesaikan oleh badan arbitrase adalah bukan dikarenakan oleh proses dalam arbitrase akan tetapi dikarenakan ada beberapa jenis sengketa yang berhubungan dengan system hukum suatu Negara lebih cocok untuk diselesaikan melalui jalur pengadilan nasional suatu Negara. Misalkan kasus anti trust atau kasus mengenai property atau hak milik, beberapa Negara memperbolehkan untuk diselesaikan melalui jalur arbitrase, sedangkan beberapa Negara lain tidak memperbolehkannya melainkan hanya dapat diselesaikan melalui pengadilan nasional suatu Negara saja. Jadi adalah suatu hal yang sangat penting untuk mengetahui apakah dalam suatu Negara suatu kasus dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase atau tidak.⁹⁸

Di Indonesia kasus-kasus yang dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah kasus-kasus yang termasuk dalam lingkup hukum perdagangan. Kasus-kasus tersebut adalah kasus tentang:

1. Perniagaan
2. Perbankan
3. Keuangan
4. Penanaman Modal
5. Industri;
6. Hak Kekayaan Intelektual.⁹⁹

98 Sering terjadi dalam suatu sengketa maka hakim akan melihat klausul-klausul dalam kontrak yang ada, kemudian apabila kemudian sang hakim menemukan suatu kebingungan mengenai arti klausul tersebut, beberapa hakim mengatakan kasus tersebut tidak dapat diselesaikan oleh arbitrase “non-arbitrable”, yang berarti maksud dari mereka bahwa kasus tersebut bukan merupakan yurisdiksi dari arbitrase dan menolak kasus tersebut, dan kemudian diajukan ke pengadilan nasional suatu Negara. Sehingga sangatlah penting untuk melihat terlebih dahulu kasus-kasus apa sajakah yang menjadi kompetensi pengadilan dan apa saja yang menjadi kompetensi dari arbitrase. Alan Redfern dan Martin Hunter, Op.cit. hlm. 20.

99 Pasal 6, UU No. 30 Tahun 1999.

E. PERSETUJUAN UNTUK PENYELESAIAN SENGKETA KE ARBITRASE (*ARBITRATION AGREEMENT*)

Pemilihan arbitrase sebagai lembaga yang akan menyelesaikan sengketa dapat dilakukan baik sebelum sengketa atau setelah sengketa. Maksud dari kontrak arbitrase atau *arbitration agreement* adalah kesepakatan dari para pihak yang bersengketa untuk membawa setiap sengketa yang timbul dari deal bisnis yang terbit dari transaksi tertentu ke arbitrase, baik arbitrase internasional atau arbitrase ad hoc.

Dalam suatu kontrak, apabila terdapat klausul arbitrase maka terdapat suatu prinsip yang berlaku umum terhadap kontrak arbitrase ini, yaitu disebut dengan “Prinsip Separabilitas” (*separability*). Yang dimaksud dengan prinsip ini adalah kontrak atau klausula arbitrase berdiri independent dan terlepas sama sekali dengan perjanjian pokoknya dianggap cacat hukum atau tidak sah, kontrak atau klausul arbitrase tetap dianggap sah dan mengikat.

Ada dua macam kontrak arbitrase yaitu:

1. **Pactum de compromitendo**

Yaitu kesepakatan pemilihan arbitrase diantara para pihak yang dilakukan sebelum terjadinya perselisihan. Jadi para pihak menyatakan bahwa mereka setuju untuk memilih jalur arbitrase dalam menyelesaikan sengketa yang akan terjadi diantara pihak tersebut.¹⁰⁰ Dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 hanya menyebutkan bahwa para pihak dapat menyetujui suatu sengketa yang terjadi diantara mereka untuk diselesaikan melalui jalur arbitrase, tetapi tidak menyebutkan syarat-syaratnya.

Para pihak sebenarnya bebas untuk menuangkan pilihan arbitrase mereka dalam suatu klausul arbitrase terpisah dalam kontrak tersendiri atau ditempatkan menjadi bagian dari kontrak yang merupakan transaksi pokok, sebagaimana lazimnya dalam praktek.

Kontrak arbitrase ini dalam ilmu hukum dianggap sebagai kontrak buntutan (*accessoir*). Akan tetapi walaupun *accessoir* tetapi klausul ini memiliki sifat-sifat yang unik yaitu walaupun perjanjian

100 Pasal 7 UU No. 30 Tahun 1999.

pokok batal, akan tetapi klausul arbitrase tidak ikut batal.¹⁰¹

Jadi kontrak arbitrase tidak akan batal jika terjadi:

- a. Meninggalnya salah satu pihak.
- b. Bangkrutnya salah satu pihak.
- c. Novasi.
- d. Insolvensi salah satu pihak.
- e. Pewarisan.
- f. Berlakunya syarat-syarat hapusnya perikatan pokok.
- g. Bilamana pelaksanaan perjanjian tersebut di alih tugaskan pada pihak ketiga dengan persetujuan pihak yang melakukan perjanjian arbitrase tersebut.
- h. Berakhirnya atau batalnya perjanjian pokok.

2. Akta Kompromis

Maksudnya adalah kesepakatan penyelesaian sengketa lewat arbitrase. Kesepakatan ini dilakukan setelah adanya sengketa tersebut. Akan tetapi akta kompromis ini memiliki syarat-syarat yang harus dipenuhi, dan diancam batal apabila satu syarat tersebut tidak terpenuhi.

Syarat-syarat tersebut adalah¹⁰² ;

- a. harus dibuat dalam bentuk tertulis.
- b. Perjanjian tertulis tersebut harus ditandatangani oleh para pihak.
- c. Jika para pihak tidak dapat menandatangani maka harus dibuat dalam bentuk akta notaris.
- d. Muatan wajib dalam akta tertulis tersebut adalah sebagai berikut;
 - i. Masalah yang dipersengketakan.
 - ii. Nama lengkap pihak yang bersengketa.
 - iii. Tempat tinggal para pihak.
 - iv. Nama lengkap arbiter atau majelis arbitrase.

101 Pasal 10 UU No. 30 Tahun 1999.

102 Pasal 9 UU No. 30 Tahun 1999.

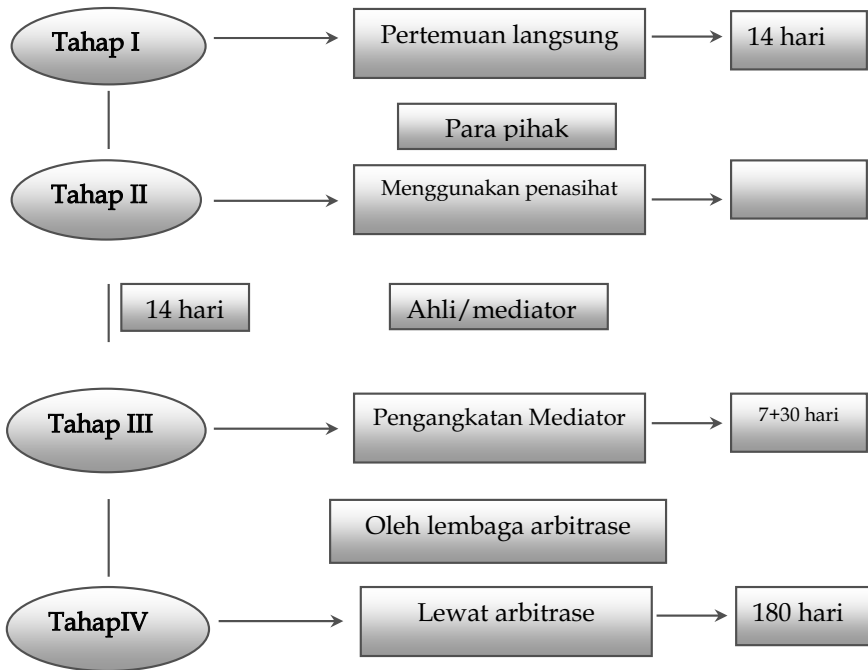
- v. Tempat tinggal arbiter atau majelis arbitrase.
- vi. Tempat arbiter atau majelis arbitrase yang akan mengambil keputusan.
- vii. Nama lengkap sekretaris.
- viii. Jangka waktu penyelesaian sengketa.
- ix. Pernyataan kesediaan dari arbiter.
- x. Pernyataan kesediaan dari para pihak yang bersengketa untuk menanggung biaya arbitrase.

F. PROSEDUR PENYELESAIAN SENGKETA DI ARBITRASE

Seperti yang telah disebutkan di atas bahwa penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase relative singkat dibandingkan dengan pengadilan nasional. Di Indonesia sendiri dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 mengatur bagaimanakah tahap-tahap penyelesaian sengketa dalam arbitrase ini yaitu:

- Tahap I : Pertemuan langsung para pihak
- Tahap II : Penunjukan penasihat ahli atau mediator oleh para pihak
- Tahap III : Penunjukan mediator oleh lembaga arbitrase atau lembaga penyelesaian sengketa
- Tahap IV : Penyelesaian oleh lembaga arbitrase atau oleh arbitrase ad hoc.

Diagram 1: penyelesaian sengketa arbitrase¹⁰³



Keterangan diagram:

1. Tahap I adalah pertemuan langsung para pihak. Putusan harus sudah diambil dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari sejak dimulai penyelesaian sengketa.
2. Tahap II yaitu penunjukan dan penyelesaian sengketa oleh penasehat ahli atau mediator ini sudah harus mengambil keputusan 14 hari setelah penunjukannya.
3. Tahap III yaitu penunjukan mediator oleh lembaga arbitrase. Dalam waktu 7 hari setelah penunjukannya. Mediator sudah harus mulai bekerja. Putusan dari mediator ini harus sudah diambil dalam jangka waktu 30 hari sejak dimulai pekerjaan mediasi.
4. Tahap IV yaitu penyelesaian oleh lembaga arbitrase atau oleh arbitrase ad hoc. Jangka waktu penyelesaiannya 180 hari sejak arbier terbentuk.¹⁰⁴
5. Pendaftaran merupakan kesepakatan tertulis yang telah dicapai, pendaftaran dilakukan di Pengadilan Negeri dalam jangka waktu 30 hari sejak penandatanganan kesepakatan tersebut.

103 Prosedur ini tertuang dalam Pasal 6 UU No. 30 Tahun 1999.

104 Pasal 48 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999.

6. Pelaksanaan merupakan pelaksanaan kesepakatan yang telah dicapai, pelaksanaan tersebut harus sudah dilakukan dalam jangka waktu 30 hari sejak pendaftaran keputusan di Pengadilan Negeri.
7. Dapat kita lihat dalam prosedur ini bahwa penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase ini relative singkat.

G. PUTUSAN ARBITRASE ATAU AWARD.

Apabila kita ingin menyelesaikan sengketa di badan arbitrase maka tujuan terpenting dari arbitrase tersebut adalah adanya suatu putusan yang valid dan dapat dilaksanakan. Akan tetapi haruslah dibedakan apa yang dimaksud dengan pendapat arbitrase dan putusan arbitrase.

Yang dimaksud dengan pendapat arbitrase adalah pendapat yang mengikat yang diberikan oleh suatu lembaga arbitrase yang diajukan oleh para pihak dalam suatu kontrak terhadap suatu masalah atau hubungan hukum tertentu dari perjanjian. Pendapat yang mengikat ini (*binding opinion*) diberikan oleh suatu lembaga arbitrase tanpa adanya suatu sengketa.¹⁰⁵ Konsekuensi yuridis dari pendapat ini adalah bahwa para pihak terikat sepenuhnya terhadap pendapat tersebut sebagaimana keterikatannya atas suatu kontrak yang bersangkutan. Sedangkan yang dimaksud dengan putusan arbitrase adalah putusan yang sering diberikan oleh arbitrase (*institutional* atau *ad hoc*) dan diberikan terhadap suatu “sengketa” diantara para pihak. Jadi yang membedakan antara putusan dan pendapat arbitrase adalah ada atau tidak adanya sengketa, putusan arbitrase diberikan apabila ada suatu sengketa sedangkan pendapat arbitrase diberikan tanpa adanya suatu sengketa.¹⁰⁶

Pada putusan arbitrase tidak memungkinkan adanya upaya banding dan kasasi. Jadi putusan arbitrase adalah bersifat *final and binding*. Walaupun ada upaya perlawanan terhadap putusan arbitrase, upaya tersebut sangat terbatas.¹⁰⁷

105 Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 97-98.

106 *Ibid*, hlm. 99.

107 Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999.

Suatu keputusan arbitrase untuk dapat diakui dan dilaksanakan haruslah valid. Akan tetapi tidak semua putusan arbitrase yang valid dapat diakui dan dilaksanakan. Menurut Phillip Capper dalam bukunya *International arbitration: a handbook* menyatakan bahwa

“an arbitration which is not valid (i.e. at the seat of arbitration) is not normally capable of recognition and enforcement. The validity of an award depends on the provision of:

*The arbitration agreement (including any applicable rules),
and*

The law of the seat of the arbitration.”¹⁰⁸

Hal ini berarti validitas suatu putusan arbitrase tergantung pada perjanjian arbitrase sendiri dan hukum tempat arbitrase dilaksanakan. Dalam hal perjanjian arbitrase yang ada tidak sah maka akan sulit suatu putusan arbitrase untuk dapat diakui dan dilaksanakan. Validitas suatu perjanjian arbitrase juga tergantung pada hukum tempat arbitrase dilaksanakan. Contoh suatu perjanjian arbitrase tidak dapat diakui misalnya perjanjian arbitrase dibuat atas suatu paksaan, dan dibuat dalam bentuk tertulis, dan beberapa aturan lain berdasarkan hukum dari masing-masing Negara.

Lebih lanjut Philip Capper juga menyebutkan bahwa:

“... as to form, most applicable arbitration laws and rules require that an award should, at least:

be in writing,

state the reasons upon which it is based (unless the parties that it should not),

state its date,

state the place where it was made, or deemed to be made, i.e. the seat of the arbitration, and,

be signed by the members of tribunal, if one member of a three-person tribunal is not in agreement with the decision

108 Phillip Capper, *International Arbitration: a handbook*, Edisi ketiga, LLP, London-Singapore, 2004, hlm. 117.

of the other two and refuses to sign the award. The rules of the principal arbitration institution and the UNCITRAL Arbitration Rules do not allow this to detract from the validity of the award."¹⁰⁹

Jadi suatu putusan arbitrase harus dalam bentuk tertulis, menyebutkan dasar putusannya, mencantumkan tanggal pembuatan, tempat keputusan tersebut dibuat juga harus dicantumkan dan ditandatangani oleh para arbitrator.

Berdasarkan hukum Indonesia yang tertuang dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 juga mencantumkan syarat-syarat suatu putusan arbitrase yaitu bahwa suatu putusan arbitrase haruslah memuat data-data, analisis, kesimpulan dan amar putusan yang sejelas mungkin dan putusannya tidak boleh kabur, harus pasti. Selain itu bahasa yang dipakai harus bahasa yang jelas, tidak berliku-liku sebagaimana biasanya suatu putusan pengadilan di Indonesia.¹¹⁰ Karena itu, apabila terdapat kekaburan dalam putusan arbitrase maka merupakan alasan para pihak untuk meminta dilakukan penambahan atau pengurangan terhadap putusan bukan membatalkan putusan tersebut.

Koreksi terhadap putusan arbitrase berbeda dengan pembatalan atas putusan arbitrase. Yang dimaksud dengan koreksi putusan arbitrase adalah suatu hak kepada para pihak untuk mengajukan pembetulan-pembetulan terhadap suatu putusan arbitrase. Koreksi ini hanya dibenarkan apabila memenuhi syarat sebagai berikut:

1. Pengajuan koreksi hanya dapat dilakukan dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari setelah putusan diterima.¹¹¹
2. Koreksi hanya dapat dilakukan atas kekeliruan administrative dalam putusan arbitrase. Misalnya kekeliruan atas penulisan nama dan alamat para pihak atau arbiter.

109 Phillip, hlm. 118.

110 Untuk lebih jelas mengenai syarat-syarat putusan arbitrase ini, maka dapat dilihat dalam Pasal 54 ayat (1) UU No. 30 Tahun 1999.

111 Pasal 58 UU No. 30 Tahun 1999.

Yang dimaksud pembatalan atas putusan arbitrase menurut hukum Indonesia adalah suatu upaya hukum yang diberikan kepada para pihak yang bersengketa untuk meminta kepada Pengadilan Negeri agar suatu putusan arbitrase dibatalkan. Baik terhadap sebagian isi putusan ataupun terhadap seluruh isi putusan tersebut. Permohonan pembatalan tersebut dapat dilakukan dengan alasan-alasan sebagai berikut:

1. Surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui atau dinyatakan palsu;
2. Setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau
3. Putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

Konsekwensi hukum dari pembatalan putusan arbitrase oleh ketua Pengadilan Negeri dapat berupa:

1. Batalnya seluruh atau sebagian isi putusan tersebut. Hal ini harus ditentukan dengan tegas dalam pembatalan oleh ketua Pengadilan Negeri tersebut.
2. Ketua Pengadilan Negeri tersebut dapat memutuskan bahwa perkara tersebut diperiksa kembali oleh:
 - i. Arbitrator yang sama, atau
 - ii. Arbitrator yang lain, ataupun
 - iii. Tidak mungkin lagi diselesaikan melalui arbitrase.

H. SYARAT FORMAL DAN MATERIIL PUTUSAN ARBITRASE

1. Syarat Formal Putusan Arbitrase

Di dalam UNCITRAL dinyatakan bahwa syarat formal putusan arbitrase adalah: ¹¹²

112 Article 31 (1) UNCITRAL.

“the award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signature of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice

(putusan dibuat tertulis dan ditandatangani oleh arbitrator atau para arbitrator. Dalam suatu arbitrase yang memiliki lebih dari satu arbitrator, maka tanda tangan dari mayoritas anggota mahkamah arbitrase sudah dianggap cukup)”

Hal yang sama juga ditegaskan dalam ICSID Article 48 (2) ditegaskan bahwa., *“the award of the tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the tribunal who voted for it...”*.

Putusan arbitrase harus berbentuk tertulis rasionya adalah untuk menjamin tegaknya kepastian hukum maupun untuk mewujudkan sifat autentikasi putusan¹¹³. Hal ini dikarenakan akan sangat sulit untuk dibayangkan bagaimana isi dan rumusan yang pasti, apabila bentuk putusan secara lisan. Jika sekiranya putusan dibolehkan berbentuk lisan, maka bukan penyelesaian sengketa yang akan dihasilkan, tapi malah putusan itu sendiri akan menebarkan sengketa baru. Selain itu jika putusan diberikan secara lisan maka, tidak ada pegangan bagi pengadilan untuk menjalankan eksekusi.

Putusan arbitrase harus ditandatangani oleh arbitrator, dalam hal hanya terdapat satu orang arbitrator. Jika dalam arbitrase tersebut terdapat lebih dari satu orang arbitrator, maka putusan tersebut harus ditandatangani oleh semua arbitrator atau oleh mayoritas arbitrator, dalam hal ada arbitrator yang menolak putusan tersebut dengan syarat alasan penolakan tersebut dijelaskan dalam putusan. Meskipun yang menandatangani hanya anggota mayoritas, putusan sudah sah dan berkekuatan hukum dan pihak yang menolak tetap dianggap ikut menandatangani. Jadi, yang menjadi prinsip keabsahan putusan asal sudah ditandatangani oleh anggota mayoritas.

Selain itu, dalam suatu putusan arbitrase harus dicantumkan pula tanggal dan tempat dimana putusan itu diambil. Syarat ini merupakan

113 M. Yahaya Harahap, Op. Cit, hlm 244.

salah satu faktor pendukung keautentikan sebuah putusan. Kelalaian menyebut tanggal dan tempat putusan diambil dapat dijadikan alasan penolakan pengakuan dan eksekusi putusan.

2. Syarat Materiil Putusan Arbitrase

Semua fakta serta permasalahan yang telah diuraikan oleh para pihak atau bukti-bukti yang ditemukan oleh mahkamah dalam proses pemeriksaan harus dideskripsikan sebagai dasar-dasar pertimbangan dan kesimpulan hukum. Hal ini adalah salah satu syarat materiil dalam suatu putusan arbitrase. Namun, syarat ini boleh ditiadakan apabila berdasarkan kesepakatan, para pihak menyatakan dalam klausula arbitrase bahwa putusan arbitrase tidak perlu menguraikan dasar-dasar alasan pertimbangan hukum. Kebolehan seperti ini tampak dalam Article 31 (2) UNCITRAL *“the award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given...”*.

Berdasarkan ketentuan tersebut, para pihak boleh memuat klausula yang menyatakan *no reason to be given in award*. Apabila ada kesepakatan demikian dalam perjanjian, maka putusan tidak mutlak harus mengutarakan dasar-dasar alasan pertimbangan. Oleh karena itu, syarat materiil ini bersifat mutlak secara relatif¹¹⁴. Apabila tidak ada kesepakatan yang menghendaki tidak perlu ada uraian pertimbangan yang lengkap, putusan mutlak harus memuatnya. Namun, apabila ada kesepakatan para pihak tentang tidak diperlukannya uraian dasar pertimbangan, maka kesepakatan ini boleh dipenuhi ataupun tidak, maksudnya adalah, dasar pertimbangan putusan boleh dicantumkan ataupun tidak.

Di dalam ICSID disebutkan bahwa putusan arbitrase juga dapat dilampiri dengan pendapat masing-masing arbitrator. Hal ini terdapat dalam Artikel 48 (4), yang berbunyi: *“any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whwther he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent...”*.

114 *Ibid*, Yahya Harahap, hlm 246.

Jadi, setiap arbitrator dapat melampirkan atau memasukkan pendapat pribadinya ke dalam putusan. Tidak menjadi soal apakah pendapat itu bertentangan dengan pendapat mayoritas atau tidak. Begitu juga dengan pernyataan yang berbeda antara anggota yang satu dengan yang lain dapat dimasukkan ke dalam putusan.

Dalam ketentuan tersebut terselip kata *may attach his individual opinion*. Berarti, untuk melampirkan atau memasukkan pendapat atau pernyataan pribadi arbitrator dalam putusan harus didasarkan keinginan arbitrator yang bersangkutan. Jikalau ia menghendaki, maka pendapat pribadi tersebut harus dicantumkan.

Syarat materiil selanjutnya adalah harus dicantumkannya diktum putusan. Diktum putusan ini menjadi syarat materiil, karena dari segi doktrin dan asas, setiap putusan yang sah dan mengikat hanya putusan yang mencantumkan diktum secara rinci. Jadi, setiap putusan arbitrase yang memenuhi syarat materiil harus mencantumkan rincian rumusan diktum. Tanpa diktum, tidak dapat dibedakan apakah putusan arbitrase tersebut bersifat *deklaratoir*¹¹⁵ atau *condemnatoir*¹¹⁶.

Syarat formal dan materiil putusan arbitrase tersebut secara lengkap dapat dilihat dalam Pasal 54 Ayat (1) Undang-Undang No. 30 tahun 1999, dimana dalam Pasal 54 Ayat (1) disebutkan bahwa putusan arbitrase harus memuat:

- a. Kepala putusan yang berbunyi “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”
- b. Nama lengkap dan alamat para pihak
- c. Uraian singkat sengketa
- d. Pendirian para pihak
- e. Nama lengkap dan alamat arbiter
- f. Pertimbangan dan kesimpulan arbiter atau majelis arbitrase mengenai keseluruhan sengketa
- g. Pendapat tiap-tiap arbitrase dalam hal terdapat perbedaan pendapat dalam majelis arbitrase
- h. Amar putusan

115 *Deklaratoir* adalah putusan yang menetapkan

116 *Condemnatoir* adalah putusan yang bersifat menghukum

- i. Tempat dan tanggal putusan
- j. Tanda tangan arbiter atau majelis arbitrase”

I. PENGERTIAN PUTUSAN ARBITRASE COMMERCIAL INTERNASIONAL

Mengenai pengertian putusan arbitrase asing menurut hukum Indonesia tertuang dalam Pasal 2 Perma No.1 Tahun 1990 dan Pasal 1 ayat (1) Konvensi New York Tahun 1958.

Menurut Perma No. 1 Tahun 1990 bahwa putusan arbitrase asing adalah putusan yang dibuat di luar wilayah Republik Indonesia. Jadi setiap keputusan yang dibuat oleh badan arbitrase di luar wilayah RI dikategorikan sebagai arbitrase asing.

Sedangkan menurut Konvensi New York Tahun 1959, yang dimaksud dengan arbitrase asing adalah “*arbitral award is made by a state rather than a state*”. Definisi ini hampir sama dengan definisi dari Perma No.1 tahun 1990, akan tetapi dalam konvensi juga dikatakan bahwa putusan arbitrase asing tersebut dimintakan dahulu pengakuan dan eksekusinya di negara lain tempat putusan arbitrase tersebut akan dieksekusi.

Jadi putusan arbitrase komersial internasional disini adalah putusan arbitrase yang dibuat oleh lembaga arbitrase komersial asing yang karena putusannya dibuat di luar wilayah negara Republik Indonesia maka dapat dikategorikan sebagai putusan arbitrase asing. Selanjutnya dalam tulisan ini pemakaian istilah putusan arbitrase komersial internasional juga disamakan dengan istilah putusan arbitrase asing.

Sedangkan mengenai arbitrase internasional dalam arti sempit yaitu yang tidak termasuk arbitrase nasional negeri lain, maka seperti yang termasuk dalam model hukum arbitrase UNCITRAL baru termasuk arbitrase internasional jika memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Jika pada saat penandatanganan kontrak yang menjadi sengketa, para pihak mempunyai tempat bisnis di negara yang berbeda, atau

2. Jika tempat arbitrase sesuai dengan kontrak arbitrase berada di luar tempat bisnis para pihak, atau
3. Jika pelaksanaan sebagian besar kewajiban dalam kontrak berada di luar bisnis para pihak atau pokok sengketa sangat terkait dengan tempat yang berada di luar tempat bisnisnya para pihak, atau

Para pihak dengan tegas telah menyetujui bahwa pokok persoalan dalam kontrak arbitrase berhubungan dengan lebih dari satu negara.¹¹⁷

117 Article 1 Ayat 3 dan 4, UNCITRAL Model Law.

MEKANISME TERHADAP PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE KOMERSIAL INTERNASIONAL DI INDONESIA MENURUT HUKUM INDONESIA

Masalah pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase yang dibuat di luar negeri hingga saat ini masih menjadi pembahasan oleh pakar-pakar hukum di Indonesia. Hal ini menjadi masalah terutama karena pihak yang kalah di dalam suatu sengketa arbitrase komersial kadang kala merasa keberatan melaksanakan keputusan tersebut dan pengadilan dalam negeri yang diharapkan dapat membantu proses pelaksanaan keputusan arbitrase ternyata kurang memberi respon yang konstruktif.

Sedangkan telah diketahui bahwa peranan pengadilan inilah yang sangat diharapkan untuk dapat memaksakan pelaksanaan keputusan tersebut. Tentang peran pengadilan ini, dari hasil penelitian yang dilakukan oleh christoph H. Screuer terungkap sebagai berikut: *"It is only at the last stage, when it comes to enforcement, that the victorious litigant ultimately depends on the authority of domestic courts"*¹¹⁸

Peraturan yang mengatur mengenai arbitrase tertuang dalam Undang-undang No.30 Tahun 1999, yang merupakan ratifikasi dari Konvensi New York tahun 1958. Keanggotaan Indonesia dalam Konvensi New York Tahun 1958 dilakukan dengan aksesinya melalui keputusan Presiden N0.34 tahun 1981, dan didaftar di sekretaris jendral PBB

118 Christopher H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius Publication Limited, 1988, Hlm.75

7 Oktober 1981. Dalam aksesi ini Indonesia mengajukan satu syarat saja yaitu pada asas resiprositas.

Pada awalnya meskipun Indonesia telah mengaksesi yang berarti ketentuan konvensi tersebut mengikat Indonesia, akan tetapi dalam pelaksanaannya kemudian masalah baru tentang pelaksanaan keputusan arbitrase yang dibuat di luar negeri muncul. Masalah tersebut yaitu mengenai adanya dua pendapat yang saling bertentangan antara Mahkamah Agung RI dengan para pakar hukum.¹¹⁹

Mahkamah agung berpendapat bahwa meskipun pemerintah RI telah mengaksesi Konvensi New York tahun 1958 melalui Keppres No.34 1981 namun dengan adanya perundang-undangan tersebut tidak berarti bahwa keputusan arbitrase asing dapat dilaksanakan secara langsung di Indonesia, diperlukan prosedur tertentu untuk dapat dieksekusi suatu putusan arbitrase asing tersebut. Maka diperlukan peraturan pelaksana. Dan apabila peraturan pelaksana belum ada maka putusan arbitrase tidak dapat di eksekusi di Indonesia. Pernyataan Mahkamah agung mengenai hal ini adalah sebagai berikut:

”Bahwa selanjutnya mengenai Keppres No.34 tahun 1981 tanggal 5 Agustus 1981 dan lampirannya tentang pengesahan Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards sesuai dengan praktek hukum yang masih berlaku harus ada peraturan pelaksanaannya tentang apakah permohonan eksekusi putusan arbitrase dapat diajukan langsung kepada Pengadilan Negeri, Kepada Pengadilan Negeri yang mana, ataukah permohonan eksekusi diajukan melalui Mahkamah Agung dengan maksud untuk dipertimbangkan apakah putusan tersebut tidak mengandung hal-hal yang bertentangan dengan ketertiban hukum Indonesia bahwa berdasarkan hal-hal yang diurai-

119 Salah satu pakar hukum yang berbeda pendapat adalah Prof. Mr. Sudargo Gautama. Huala adolf., Ibid, hal. 76.

kan di atas, permohonan pelaksanaan hakim Arbitrase asing seharusnya dinyatakan tidak dapat diterima.”¹²⁰

Keputusan sepihak dari MA yang belum mau mengakui keputusan arbitrase asing juga ditentang oleh para ahli hukum di Indonesia. Mereka tidak sepakat seandainya Konvensi yang diakses melalui Keppres memerlukan peraturan perundang-undangan pelaksanaannya. Sementara pendapat lain mengatakan bahwa pertentangan antara Mahkamah Agung dan Para Sarjana tidak perlu dipertentangkan, karena yang paling penting adalah bagaimanakah suatu klausula arbitrase tersebut dipatuhi para pihak, dan juga bagaimana pengaturan mengenai *recognition* dan *enforcementnya*.

A. HAL-HAL UMUM MENGENAI PELAKSANAAN KEPUTUSAN ARBITRASE ASING MENURUT PERMA NO.1 TAHUN 1980.

Akhirnya untuk mengatasi ketidakpastian hukum di Indonesia, maka masalah mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan asing diatur kemudian oleh Peraturan MA No.1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. (Selanjutnya akan disebut PERMA No.1 Tahun 1990)

Eksekusi Putusan Arbitrase Asing (Internasional) mengikuti tata cara eksekusi acara biasa. Mengenai tata cara eksekusi putusan arbitrase asing diatur dalam Pasal 6 ayat (3) Perma No. 1 Tahun 1990, yang mengikuti Pasal 195 sampai dengan 224 HIR. Penegasan Pasal 6 ayat (3) Perma sama dengan yang dirumuskan Pasal 639 Rv, yang mengatakan putusan arbitrase dieksekusi, menurut tata cara yang biasa berlaku terhadap eksekusi putusan pengadilan. Baik ketentuan tata cara eksekusi putusan arbitrase dalam negeri dan putusan arbitrase asing tidak ada perbedaan, sama-sama tunduk pada Ketentuan Pasal 195 sampai Pasal 224 HIR atau Pasal 206 sampai Pasal 258 RBG. Mulai dari tindakan “*aanmaning*” (peringatan), serta eksekusi, pelelangan

120 Sudargo gautama, Perkembangan Arbitrase Dagang Internasional di Indonesia (Huala adolf hal 93), Bandung Eresco, 1989, hlm.57.

(*executorial verkoop*) sampai dengan pelaksanaan eksekusi riil, dilakukan berdasarkan ketentuan-ketentuan dimaksud.¹²¹

Permasalahan eksekusi meliputi ruang lingkup yang sangat luas. Dalam hal ini yang menjadi pokok pembahasan dalam eksekusi putusan arbitrase asing hanya menyangkut hal-hal yang telah diuraikan, mulai dari tindakan pendeponiran, pemberian *exequatur*, dan penolakan *exequatur*. Masalah pendeponiran dan *exequatur* putusan sedikit berbeda dengan permohonan eksekusi putusan arbitrase nasional. Masalah-masalah tersebut merupakan permasalahan khusus yang ada sangkut pautnya dengan eksekusi putusan arbitrase dan merupakan tahap awal pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase, yang sama sekali tidak berlaku terhadap eksekusi putusan pengadilan.

Dalam eksekusi putusan arbitrase asing (internasional) juga perlu diperhatikan masalah pendelegasian eksekusi. Mengenai pendelegasian eksekusi juga disinggung dalam Perma No. 1 Tahun 1990, yaitu Pasal 6 ayat (2) yang menyatakan “dalam hal eksekusi harus dilakukan di luar daerah hukum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, pelaksanaan eksekusi didelegasikan kepada Pengadilan Negeri yang secara relatif berwenang untuk menjalankannya. Pendelegasian ini berpedoman kepada Ketentuan Pasal 195 ayat (2) HIR atau Pasal 206 ayat (2) RBG. Seperti yang dicantumkan dalam Pasal 6 ayat (2) Perma tersebut, pendelegasian eksekusi mesti diterapkan oleh Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, apabila ternyata barang yang hendak di eksekusi berada di luar daerah hukumnya.

Adapun tujuannya adalah agar tidak timbul pengertian yang keliru tentang pelampauan batas-batas kewenangan relatif dimaksud. Dengan demikian, diharap pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing terhindar dari saling pertentangan antara Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan Pengadilan Negeri lain apabila barang yang hendak di eksekusi terletak di luar wilayah hukum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

121 Ahmaturrahman, *Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Umum*, (Diktat), Fakultas Hukum UNSRI, 2004, hlm. 115.

Untuk pelaksanaan eksekusi diperlukan tindakan sita eksekutorial (*executorial beslag*) guna memenuhi pembayaran sejumlah uang kepada pihak *claimant*, penyitaan dapat dilakukan terhadap semua harta kekayaan serta barang-barang milik termohon eksekusi (pihak *respondent*). Hal itu ditegaskan pada Pasal 6 ayat (3) Perma No. 1 Tahun 1990, yang menyatakan bahwa sita eksekutorial dapat dilakukan atas harta kekayaan serta barang-barang milik termohon eksekusi. Pasal 196 HIR juga menegaskan, guna memenuhi pelaksanaan eksekusi yang berkenaan dengan pembayaran atas sejumlah uang, dapat ditetapkan sita eksekutorial atas semua harta milik kekayaan tereksekusi sampai tercapai jumlah yang harus dibayarkan kepada pemohon eksekusi. Sesuai dengan doktrin ilmu hukum, semua harta kekayaan seorang debitur dapat dituntut untuk memenuhi pelunasan hutang terhadap pihak kreditur. Oleh karena itu walaupun Pasal 6 ayat (3) Perma tersebut tidak menegaskan hal itu, tata cara atau penetapan sita eksekutorial terhadap semua harta kekayaan guna memenuhi pelunasan terhadap pihak pemohon eksekusi atas putusan arbitrase, merupakan kebolehan yang dibenarkan hukum. Patokan atas kebolehan tersebut hanya berlaku asal putusan arbitrase yang bersangkutan menyangkut pembayaran sejumlah uang untuk membayar ganti kerugian atas dasar perbuatan wanprestasi maupun perbuatan melawan hukum. Adapun batas kebolehannya adalah sampai penyitaan dapat diperkirakan mencapai jumlah yang hendak dibayar kepada pihak *claimant* melalui *executorial verkoop* (penjualan lelang) yang dilakukan.

Kewenangan dalam menangani masalah putusan arbitrase asing terjawab dalam pasal 1 PERMA No1 tahun 1990. yaitu Badan yang diberi wewenang untuk menangani masalah-masalah yang berhubungan dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Pasal 2 PERMA No.1 tahun 1990 memberi batasan arti Putusan Arbitrase Asing. Yakni putusan yang dijatuhkan oleh suatu badan Arbitrase ataupun arbitrator perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia ataupun putusan-putusan suatu Badan Arbitrase ataupun arbitrator perorangan yang menurut hukum Indonesia dianggap sebagai suatu arbitrase asing, yang berkekuatan hukum tetap sesuai dengan Keppres No.34 tahun 1981.

Pasal 3 memuat tentang syarat-syarat untuk dapat dilaksanakannya suatu putusan arbitrase asing Pasal ini merupakan guideline dalam menguji untuk dilaksanakannya atau ditolaknya suatu putusan arbitrase. Suatu Putusan arbitrase asing untuk dapat dilaksanakan di Indonesia harus memenuhi syarat sebagai berikut:

1. Putusan itu harus dijatuhkan oleh suatu badan arbitrase ataupun arbiter perorangan di suatu negara yang dengan negara Indonesia ataupun bersama-sama dengan Negara Indonesia terikat dalam Konvensi Internasional perihal Pengakuan serta Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing;
2. Putusan-putusan arbitrase asing di atas hanyalah terbatas pada putusan-putusan yang menurut ketentuan Hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup Hukum Dagang.
3. Putusan-putusan arbitrase asing di atas hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan-putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum;
4. Suatu putusan arbitrase asing dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh Exequatur dari mahkamah agung RI.

Pasal 4 dijelaskan lebih lanjut bahwa pihak yang berhak memberikan aquatur adalah ketua MA atau wakil Ketua MA. Selanjutnya ditentukan bahwa exequatur tidak dapat diberikan apabila putusan Arbitrase Asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat di Indonesia (Ketertiban Umum). Dalam perkembangannya arbitrase di Indonesia diatur oleh Undang-undang No.30 tahun 1999.

B. HAL-HAL UMUM MENGENAI PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING DI INDONESIA MENURUT UNDANG-UNDANG NO.30 TAHUN 1999

Pengakuan terhadap keputusan arbitrase asing di Indonesia dapat di eksekusi di Indonesia setelah dikeluarkannya Keppres No.34 Tahun 1981, yang mengesahkan Convention on the Recognition and

enforcement of foreign arbitral award, yang selanjutnya disebut sebagai New York Convention.

Yang menjadi permasalahan adalah tidak semua putusan arbitrase komersial dapat dieksekusi di suatu negara. Dan mengenai tata cara dalam pelaksanaan putusan arbitrase itupun berbeda dari satu negara dengan negara lainnya.

Menurut undang-undang No.30 tahun 1999, hal yang berhubungan dengan eksekusi putusan arbitrase asing adalah sebagai berikut;

1. Yang berwenang menangani eksekusi arbitrase Internasional

Suatu putusan arbitrase internasional harus dilaksanakan di negara mana pihak yang dimenangkan mempunyai kepentingan. Jika putusan tersebut harus dilaksanakan di Indonesia, siapakah yang berwenang dan bertanggung jawab melaksanakan putusan tersebut. Pasal 66 UU No.30 Tahun 1999 mengatur mengenai hal ini, dimana pihak yang berwenang menangani masalah pengakuan dan eksekusi dari putusan arbitrase internasional adalah pengadilan negeri dalam bentuk "perintah pelaksanaan" yang dalam praktiknya disebut sebagai "exequatur".

2. Syarat-syarat agar putusan arbitrase internasional dapat dijalankan di Indonesia

Pelaksanaan putusan arbitrase komersial internasional, sebetulnya dapat dikategorikan arbitrase asing dalam Undang-undang No.30 Tahun 1999. Mengenai arbitrase asing ini diatur dalam Pasal 65 – 69, dimana dalam Pasal 66 ditegaskan bahwa putusan arbitrase asing (internasional) hanya diakui serta dapat *di enforce* (dilaksanakan) di Indonesia apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:¹²²

- a. Putusan arbitrase internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan

122 Pasal 66 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

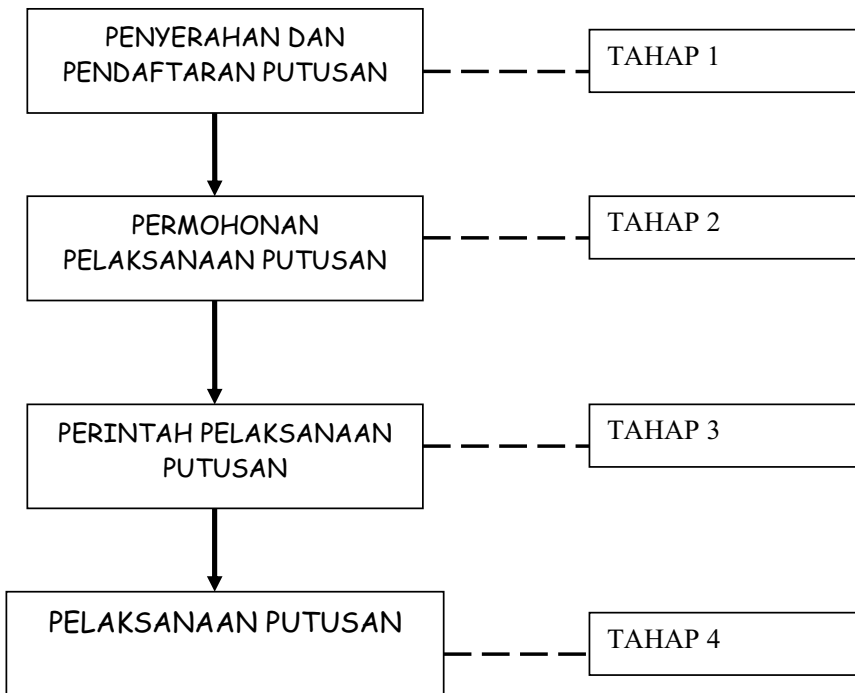
Negara Indonesia terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Hal ini tertuang dalam Pasal 66 huruf a. Pasal ini berarti bahwa asas resiprositas (saling mengakui) berlaku. Asas resiprositas yakni asas yang menyatakan bahwa putusan negara dimana arbitrase berasal tersebut harus pula dapat melaksanakan putusan arbitrase internasional bila arbitrase tersebut berkedudukan di Indonesia. Asas resiprositas juga berlaku untuk negara dari mana pihak pemohon eksekusi berada.¹²³

- b. Putusan arbitrase internasional terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan. Hukum perdagangan yang dimaksud adalah:
 - Perniagaan
 - Perbankan
 - Keuangan
 - Penanaman modal
 - Industri
 - Hak kekayaan intelektual¹²⁴
- c. Putusan arbitrase internasional hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.
- d. Putusan arbitrase internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat; dan
- e. Putusan arbitrase internasional yang menyangkut Negara Indonesia sebagai salah satu pihak dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung dan selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

123 Pasal 66 huruf a, Undang-undang No.30 tahun 1999 dan pasal 67 ayat 2 huruf c.

124 Penjelasan pasal 66 huruf b

Mengenai Kapan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase internasional dapat dilaksanakan. Undang-undang No.30 Tahun 1999 menentukan bahwa suatu putusan arbitrase internasional hanya dapat dijalankan jika putusan tersebut telah diserahkan dan didaftarkan kepada panitera pengadilan negeri Jakarta Pusat.¹²⁵ Secara sederhana tahap eksekusi putusan arbitrase asing adalah sebagai berikut:



Gambar 1. Tahap-Tahap Eksekusi Putusan Arbitrase

Jadi ada empat tahap pelaksanaan putusan arbitrase asing:

1. tahap penyerahan dan pendaftaran putusan
2. Tahap permohonan pelaksanaan putusan
3. Tahap perintah pelaksanaan oleh Mahkamah Agung (exequatur)

¹²⁵ Pasal 67 ayat 1 Undang-undang No,30 Tahun 1999.

4. Tahap pelaksanaan putusan arbitrase

Penjelasannya diuraikan dalam subab berikut:

1. Pendaftaran Putusan Arbitrase Asing (Internasional)

Secara garis besar mengenai prosedur pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia diawali dengan pendaftaran putusan arbitrase di Kantor Kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Hal tersebut ditegaskan dalam Pasal 1 Perma No. 1 Tahun 1990 yang berbunyi: “Yang diberi wewenang menangani masalah-masalah yang berhubungan dengan pengakuan serta pelaksanaan putusan arbitrase asing, adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat”.

Pendaftaran putusan arbitrase asing (internasional) dikenal dengan istilah “*pendeponiran*”, yang berasal dari kata “*deponir*” artinya “*meregister*” atau “*mendaftar*” putusan arbitrase di Kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang dibuat dalam buku khusus.¹²⁶ Tujuannya adalah agar terhadap putusan dapat dimintakan eksekusi apabila para pihak tidak mau melakukan putusan secara sukarela (pemenuhan administrasi yustisial). Dengan terdaftarnya putusan tersebut maka Panitera wajib membuat akta deponir, yang sifatnya imperatif. Tindakan ini juga merupakan syarat formal keabsahan atau kesempurnaan permohonan eksekusi.

Tempat pendaftaran putusan arbitrase asing di Indonesia adalah di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pemilihan tempat Jakarta Pusat dikarenakan Jakarta adalah center dari di Indonesia, dan terdapat kepastian hukum sehingga tidak terjadi kesimpangsiuran tempat pendeponiran putusan arbitrase asing.

Pendaftaran (pendeponiran) putusan arbitrase asing pada prinsipnya mengikuti ketentuan Pasal 634 dan 635 Rv (*Reglement op de Rechtsvordering*), dimana bagi putusan arbitrase asing berpegang pada ajaran *ius sanguinis*.¹²⁷ Artinya segala ketentuan yang menyangkut ek-

126 Yahya Harahap, Arbitrase di Tinjau dari Rv, Prosedur BANI, UNSITRAL, NewYork Convention, Perma No.1 Tahun 1990, Sinar Grafika, Edisi Kedua, 2004, hal. 338.

127 *Ibid*, hal 339

sekusi putusan arbitrase asing tunduk mengikuti aturan hukum negara tempat mana pengakuan dan eksekusi diminta. Asas dan doktrin ini ditegaskan dalam Pasal 54 ayat (3) ICSID, yang mengatakan “*execution of the awards shall be govered by laws concerning the execution of judgement in force in the state in whose territories such execution is sought*”. Tujuan daripada asas ini adalah untuk menghormati dan mempertahankan integritas kedaulatan hukum dan kedaulatan negara yang bersangkutan.

Akan tetapi baik dalam Perma No.1 Tahun 1990 atau Konvensi New York Tahun 1958 tidak memberikan batasan waktu yang jelas kapan limit waktu suatu putusan arbitrase asing dapat di daftarkan. Hanya saja diambil jalan tengah yaitu karena dalam putusan arbitrase nasional paling lama pendeponiran untuk daerah di Jawa 14 hari dan di luar Jawa dan Madura 3 bulan, maka untuk putusan arbitrase asing tenggang waktunya adalah 3 bulan.

Kemudian mengenai dokumen yang diserahkan ke pengadilan Jakarta pusat, lebih lengkap dibandingkan dengan dokumen yang harus diserahkan pada waktu pendaftaran putusan arbitrase nasional. Misalnya, asli putusan atau salinan resmi putusan, naskah terjemahan resmi dalam bahasa Indonesia, Perjanjian yang dijadikan dasar putusan yang telah diautentikkan, keterangan dari wakil diplomatik dimana putusan arbitrase asing dibuat. Jadi ada tambahan dokumen selain yang diatur dalam pasal 364-365 Rv.

Dalam Pasal 67 Undang-Undang Arbitrase, permohonan pelaksanaan putusan arbitrase asing (internasional) dilakukan setelah putusan tersebut diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter atau kuasanya kepada Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan menyampaikan berkas permohonan.

2. Berkas permohonan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional

Selanjutnya meminta permohonan *exequatur* yang dilimpahkan kepada Panitera /Sekretaris Jenderal Mahkamah Agung, karena fungsi dan kewenangan memberi atau menolak *exequatur* putusan arbitrase asing dipegang oleh Mahkamah Agung. Hal ini diatur dalam Pasal

4 Perma No. 1 Tahun 1990. Menurut Pasal 5 ayat (2) Perma No. 1 Tahun 1990 penanganan permohonan *exequatur* tetap menjadi fungsi Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk mengirimkan semua berkas permohonan *exequatur* kepada Panitera/Sekretaris Jenderal Mahkamah Agung dalam tenggang waktu 14 hari.

Untuk dapat diberikan perintah pelaksanaan (*execuatur*) terhadap suatu putusan arbitrase internasional, harus terlebih dahulu diajukan berkas-berkas permohonan eksekusi yang berisikan hal-hal sebagai berikut:

1. Permohonan pelaksanaan eksekusi
2. Lembar asli atau salinan otentik dari putusan arbitrase tersebut
3. Terjemahan resmi dari putusan arbitrase ke dalam bahasa Indonesia dari putusan tersebut
4. lembar asli atau salinan otentik dari suatu kontrak yang menjadi dasar putusan arbitrase.
5. Terjemahan resmi ke dalam bahasa Indonesia dari kontrak yang menjadi dasar putusan arbitrase.

Surat keterangan dari perwakilan domestik RI di negara mana diputuskan, yang menyatakan bahwa negara pemohon terikat pada perjanjian baik secara bilateral maupun secara multilateral dengan negara RI tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional.¹²⁸

3. Tahap perintah pelaksanaan oleh Ketua Mahkamah Agung (Pemberian *exequatur*)

a. Pengertian *Exequatur*

Secara umum eksekusi merupakan pelaksanaan (*enforcement*) dari putusan. Sedangkan *exequatur* yang dimaksud disini mempunyai makna, permintaan kepada Ketua Pengadilan Negeri agar dikeluarkan perintah eksekusi terhadap putusan yang dijatuhkan Mahkamah

128 Ibid, Munir f. fuadi, arbitrase nasional, hal 195.

Arbitrase, karena terhadap putusan arbitrase harus dimohon terlebih dahulu permintaan “mendapat *exequatur*”.¹²⁹ Dengan kata lain pemberian *exequatur* ialah permintaan kepada Ketua Pengadilan Negeri agar putusan arbitrase yang bersangkutan dapat dieksekusi. Apabila Ketua Pengadilan Negeri telah memberi *exequatur* terhadap putusan maka sudah dapat langsung mengeluarkan penetapan perintah eksekusi. Berbeda dengan permintaan eksekusi terhadap putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan yang tidak memerlukan proses *exequatur*, tetapi dapat langsung diminta eksekusi.

Urgensi dari proses permintaan *exequatur* adalah memberikan kesempatan kepada Ketua Pengadilan Negeri untuk mempelajari dan meneliti putusan arbitrase dapat atau tidak dieksekusi. Berdasarkan penelitian tersebut apabila putusan dinyatakan dapat dieksekusi, dia “memberi” *exequatur* pada putusan, yang dilanjutkan dengan tahap pengeluaran “surat penetapan” perintah eksekusi. Dan apabila dalam putusan ditemukan cacat formal dan fundamental sehingga putusan tidak dapat dieksekusi (menolak pemberian *exequatur*), maka penolakan tersebut dituangkan dalam “surat penetapan” yang dilengkapi dengan alasan pertimbangan yang cukup dasarnya.¹³⁰ Hal tersebut dikarenakan bahwa pada prinsipnya penelitian terhadap putusan arbitrase dalam melaksanakan fungsi pemberian *exequatur* adalah bersifat formal. Jadi, dalam pemberian *exequatur* putusan arbitrase asing harus bersifat formal bukan pemeriksaan banding dan bukan merupakan fungsi pengawasan.

Berdasarkan Keppres No. 34 Tahun 1981, yang juga merupakan sumber hukum berlakunya arbitrase asing di Indonesia, putusan arbitrase asing memiliki daya *self execution* di negara Indonesia.¹³¹ Sifat tersebut didasarkan atas asas “*resiprositas*” (*reciprocity*), dimana adanya hubungan timbal balik antara negara yang bersangkutan dengan negara Indonesia. Oleh karena itu, sikap pengakuan dan kerelaan pihak Indonesia mengeksekusi putusan arbitrase asing atas permintaan

129 M. Yahya Harahap, *Op Cit.*, hlm. 305.

130 *Ibid* hlm. 306.

131 Lihat Keppres No. 34 Tahun 1981.

yang datang dari suatu negara lain, harus didasarkan atas asas ikatan bilateral atau multilateral dan tidak bisa dipaksakan secara unilateral.

Dalam Pasal 4 Peraturan MA No. 1 Tahun 1990, tentang *exequatur*, dijelaskan lebih lanjut tentang pihak mana yang berhak memberikannya. Menurut pasal ini *exequatur* diberikan oleh Ketua Mahkamah Agung atau Wakil Ketua atau Ketua Muda Bidang Hukum Perdata Tertulis yang diberi wewenang oleh Ketua Mahkamah Agung atau Wakil Ketua Mahkamah Agung. Ditentukan pula bahwa *exequatur* tidak akan diberikan apabila putusan Arbitrase Asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat Indonesia (*ketertiban umum*).

b. Asas Exequatur Putusan Arbitrase Asing (Internasional)

Dalam melaksanakan putusan arbitrase asing (internasional), pengadilan harus berpijak pada landasan asas-asas yang ditentukan dalam Perma. Asas-asas tersebut merupakan asas yang “fundamental” dan dianggap memiliki nilai sentral dalam penerapan Perma. Adapun beberapa asas yang dimaksud adalah sebagai berikut:¹³²

1. Asas *Executorial Kracht*

Asas *executorial kracht* atas putusan arbitrase asing merupakan salah satu fundamentum Perma. Pada hakikatnya asas ini sama dengan makna binding atau kekuatan mengikat karena secara resmi Indonesia telah mengakui dengan tegas sifat “*final*” dan “*binding*” yang melekat pada putusan arbitrase asing.¹³³

Berdasarkan Pasal 2 Perma no 1 tahun 1990 putusan arbitrase asing (internasional) disamakan dengan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, dengan demikian dalam putusan tersebut telah terkandung kekuatan eksekusi atau *executorial kracht* yang berarti bahwa setiap putusan arbitrase asing (internasional) yang diajukan permintaan eksekusinya di Indonesia harus diakui keabsahannya (*recognize*) dan harus dijalankan eksekusinya (*enforcement*). Hal tersebut dapat dis-

132 *Ibid*

133 *Ibid.*

impulkan berdasarkan Ketentuan Pasal III Konvensi New York. Dengan demikian setiap putusan arbitrase asing bersifat *binding* kepada setiap anggota negara peserta Konvensi (*Contracting State*) sebagaimana yang telah ditegaskan dalam konvensi tersebut.

2. Asas Resiprositas

Asas resiprositas adalah asas yang menyatakan bahwa putusan negara dimana arbitrase berasal tersebut harus pula dapat melaksanakan putusan arbitrase internasional bila arbitrase tersebut berkedudukan di Indonesia. Asas “resiprositas” (*reciprocity*) merupakan asas fundamentum dalam Konvensi New 1958. Pada prinsipnya asas resiprositas sudah mengikat para negara anggota peserta (*Contracting State*), baik dalam ikatan hubungan bilateral atau multilateral, maupun sama-sama terikat dalam suatu Konvensi Internasional dengan Negara Indonesia mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing. Asas ini diatur dalam Pasal I ayat (3) Konvensi, yang menyatakan bahwa setiap negara anggota peserta konvensi berhak menyatakan atau mengumumkan pada waktu ratifikasi bahwa pengakuan dan pengeksekusian putusan arbitrase asing didasarkan atas asas resiprositas diantara sesama negara peserta konvensi (*any states may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State*). Asas ini diambil sepenuhnya oleh Perma sebagaimana yang dirumuskan dalam Pasal 3 ayat (1) yang berbunyi: “Putusan Arbitrase Asing hanya diakui serta dapat dilaksanakan di dalam hukum Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat, yaitu: Putusan itu dijatuhkan oleh suatu Badan Arbitrase atau Arbiter perorangan di suatu negara yang dengan Negara Indonesia atau bersama-sama dengan Negara Indonesia terikat dalam Konvensi Internasional perihal pengakuan serta pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Jadi pelaksanaannya didasarkan pada asas timbal balik (resiprositas).

3. Asas Pembatasan

Berdasarkan Pasal 3 ayat (2) Perma, jangkauan berlakunya pengakuan serta pelaksanaan putusan arbitrase asing hanya terbatas pada putusan-putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup Hukum Dagang. Asas yang dimaksud disini adalah pembatasan pengakuan Indonesia terhadap putusan arbitrase asing, hanya meliputi sepanjang yang berkenaan dengan kasus atau perselisihan bidang Hukum Dagang yang berpatokan kepada ketentuan sistem tata hukum Indonesia, bukan pada sistem tata hukum negara tempat dimana putusan itu dijatuhkan.¹³⁴

Adapun jangkauan perselisihan yang termasuk disini pada dasarnya meliputi segala perjanjian yang tunduk pada KUH Dagang (*Wetboek van Koophandel*) yang secara garis besar mencakup dagang pada umumnya, sebagaimana yang diatur dalam Buku Kesatu yakni mengenai perseroan, bursa dagang, makelar, komisioner, ekspediter, pengangkutan, surat wesel, surat *order*, cek, promes, hak reklame, dan asuransi. Juga dalam Buku Kedua yaitu mencakup perjanjian bidang pelayaran dan masalah kepailitan. Namun ada bentuk bisnis lain yang tidak diatur dalam Hukum Dagang Indonesia, karena merupakan hal baru dalam praktek hukum di lingkungan pengadilan, tetapi dapat dianggap sebagai salah satu aspek komersial. Misalnya bentuk kasus mengenai *financial leasing* dan *franchise* (suatu perikatan kegiatan bisnis) seperti usaha bisnis *fast food* atau makanan cepat.¹³⁵ Asas ini hanya merupakan penyesuaian dengan pembatasan yang dinyatakan dalam Lampiran Keppres No. 34 Tahun 1981.

4. Asas Ketertiban Umum (*Public Policy* atau *Public Order*)

Asas ini diatur dalam Pasal 3 ayat (3) Perma No. 1 Tahun 1990 yang menegaskan bahwa putusan arbitrase asing yang diakui serta dapat dieksekusi di Indonesia hanya terbatas pada putusan-

134 Pasal 3 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1990.

135 Lihat sengketa yang dapat diarbitrasekan atau diselesaikan dalam BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia), H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Suatu Pengantar. *Op Cit.*, hlm 417.

putusan yang tidak bertentangan dengan “ketertiban umum”. Asas ini juga diatur dalam Pasal V ayat (2) huruf b Konvensi New York 1958 yang berbunyi “ *the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy*”. Pengakuan atau eksekusi putusan arbitrase asing tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum dari negara di tempat dimana diminta eksekusi. Maksudnya dari pernyataan ini adalah apabila putusan arbitrase asing bertentangan dengan ketertiban umum di Indonesia, permintaan *exequatur* harus ditolak. Arti dan batasan ketertiban umum dijelaskan pada uraian penjelasan tentang Perma No. 1 Tahun 1990 maupun pada uraian penjelasan Konvensi New York 1958. Pada uraian tersebut, putusan yang bertentangan dengan ketertiban umum dikatakan salah satu alasan penolakan pemberian *exequatur*. Secara umum sesuatu dianggap bertentangan dengan ketertiban umum pada suatu lingkungan, dalam hal ini negara, apabila di dalamnya terkandung sesuatu hal atau keadaan yang bertentangan dengan sendi-sendi dan nilai-nilai asasi sistem hukum dan kepentingan nasional suatu bangsa.¹³⁶ Bertitik tolak dari pengertian di atas, makna ketertiban umum atau *public policy* sangat luas dan sulit untuk diberi batasan positif. Dilihat dari makna yuridis ketertiban umum mengandung pengertian yang tak terbatas atau *unlimited*. Namun jika dihubungkan dengan tuntutan kepastian hukum dalam pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing, pengertian ketertiban umum harus ditempatkan dalam makna yang sempit. Dengan batasan pengertian yang sempit, maka putusan arbitrase asing yang digolongkan sebagai putusan yang bertentangan dengan ketertiban umum ialah putusan yang benar-benar bertentangan dengan pasal-pasal undang-undang dan peraturan suatu negara.

Hal lain yang harus diperhatikan adalah bahwa yang menjadi patokan tentang ada atau tidaknya unsur melawan atau berten-

136 Toni Budidjaja, *Artikel Pembatalan Putusan Arbitrase di Indonesia*, 20 Juli 2005, hlm. 7.

tangan dengan ketertiban umum suatu putusan arbitrase asing, penilaiannya adalah ketertiban umum nasional negara tempat di mana permintaan eksekusi diajukan. Dalam hal ini jika putusan arbitrase asing diminta eksekusinya di Indonesia, yang menjadi patokan untuk menilai apakah putusan bertentangan dengan ketertiban umum, harus merujuk pada nilai-nilai ketertiban umum Negara Indonesia. Di samping itu tentunya penilaian terhadap nilai-nilai ketertiban umum yang sudah termasuk dan diakui oleh hukum perdata internasional juga dapat diterima karena dapat dianggap sebagai kebutuhan sendi-sendi sistem hukum internasional suatu bangsa. Oleh karena itu pelanggaran terhadap asas “ketertiban umum” seharusnya dianggap sebagai suatu pelanggaran yang bobotnya melampaui atau lebih berat dari alasan yang termuat dalam Pasal 70 Undang-Undang Arbitrase.

4. Pelaksanaan Eksekusi Putusan Arbitrase Komersial Internasional

Secara khusus mengenai pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing berpedoman pada Pasal 6 Perma No. 1 Tahun 1990. Berdasarkan aturan ini dapat disimpulkan bahwa apabila Mahkamah Agung telah selesai menetapkan penyelesaian permohonan pemberian *exequatur*, penetapan segera dikirimkan atau disampaikan kepada Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pengiriman penetapan dilakukan bersama-sama dengan berkas permohonan. Setelah Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menerima penetapan pemberian *exequatur* dari Mahkamah Agung, kemudian disampaikan pemberitahuan tersebut kepada para pihak (kepada pemohon dan termohon) dengan tata cara biasa yang ditentukan terhadap pemberitahuan putusan dan dilakukan oleh juru sita di tempat kediaman atau alamat tempat tinggal para pihak secara *in person*.¹³⁷ Hal ini berarti permohonan *exequatur* diterima, dengan demikian putusan arbitrase asing tersebut dapat dieksekusi (dilaksanakan).

137 Tata cara penyitaan serta pelaksanaan ini dapat juga kita lihat dan bandingkan dengan Pasal 69 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Terhadap putusan ketua Pengadilan Negeri Domestik, in casu ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Mengenai pelaksana putusan arbitrase internasional dalam hal-hal tertentu dapat diajukan upaya hukum tertentu. Dalam hal ini upaya hal tersebut adalah:

- Terhadap putusan ketua pengadilan negeri menerima eksekusi
Putusan eksekusi Pengadilan Negeri yang menerima dan memerintahkan eksekusi putusan arbitrase bersifat final sehingga terhadapnya tidak dapat diajukan banding atau kasasi.
- Terhadap putusan ketua pengadilan negeri menolak eksekusi
Terhadap putusan ketua pengadilan negeri Jakarta pusat dapat menolak untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase internasional, masih tersedia upaya hukum berupa kasasi ke mahkamah agung.¹³⁸
- Terhadap putusan eksekutor Mahkamah Agung
Terhadap putusan pelaksanaan / penolakan pelaksanaan putusan arbitrase oleh Mahkamah Agung (Dalam hal negara terlibat sebagai salah satu pihak yang bersengketa tersebut), baik yang menerima atau menolak eksekusi tidak tersedia upaya hukum apapun termasuk upaya perlawanan atau peninjauan kembali (PK).

Penjelasan Tambahan:

- a. Pelimpahan Kewenangan Eksekusi Kepada Pengadilan yang Berwenang secara Relatif
Pengadilan Jakarta Pusat dapat melaksanakan sendiri putusan eksekusinya (Dalam hal menjadi kewenangan relatif dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, akan tetapi jika eksekusi kewenangan pengadilan negeri lain, maka Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mendelegasikan kewenangan pelaksanaan eksekusi kepada pen-

138 Lihat Pasal 68 ayat 3 Undang-undang No.30 tahun 1999

gadilan yang berwenang secara relatif, misalnya dilimpahkan kepada pengadilan negeri dimana keberadaan benda tidak bergerak menjadi objek eksekusi.

b. Sita eksekusi putusan arbitrase internasional

Terhadap aset-aset milik termohon eksekusi dapat diletakkan sita eksekusi. Tata cara mengenai sita eksekusi ini berlaku ketentuan dalam acara perdata.

Sebetulnya dalam Pasal 26 Ayat (1) UNCITRAL ditegaskan bahwa, putusan sela hanya dapat dilakukan berdasarkan permintaan salah satu pihak. Hal ini dapat dibaca dalam kalimat yang berbunyi “*At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures...*”

Jadi, putusan sela ini dapat dikeluarkan oleh arbitrator apabila salah satu pihak dalam sengketa meminta hal tersebut guna memberikan jaminan keadilan serta kepastian perlindungan hukum baginya dalam proses arbitrase.

Putusan sela ini menjadi *issue* yang sangat penting dalam proses arbitrase. Hal ini dikarenakan arbitrase, dalam prinsipnya mirip dengan penyelesaian sengketa melalui pengadilan. Perbedaan mendasar hanyalah bahwa arbitrase adalah penyelesaian sengketa di luar pengadilan, dimana mahkamah arbitrase mendapatkan kewenangannya dari pihak-pihak yang bersengketa melalui perjanjian kesepakatan di antara pihak-pihak tersebut untuk menyelesaikan sengketanya melalui arbitrase, sedangkan Pengadilan mendapatkan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa dari negara.

Kebutuhan akan putusan sela dalam arbitrase ini sama pentingnya seperti dalam pengadilan biasa. Putusan sela ini menjadi sangat penting terutama apabila dalam suatu proses arbitrase salah satu pihak mengetahui kalau pihak lawannya berusaha untuk menyembunyikan atau mentransfer aset-aset yang disengketakan dan melanggar perjanjian yang telah disepakati.

Selain alasan-alasan yang tersebut di atas, alasan lainnya adalah karena waktu yang diperlukan untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase sekarang ini semakin lama, contohnya adalah diperlukan waktu satu atau dua tahun lamanya bagi para pihak

untuk menyelesaikan sengketa melalui ICC. Walaupun terdapat alasan-alasan yang logis untuk penundaan ini, misalnya jauhnya jarak antara para pihak dikarenakan perbedaan wilayah kediaman atau karena perbedaan jadwal antara arbitrator dan pihak-pihak yang bersengketa. Tapi terkadang penundaan ini juga bisa disebabkan karena siasat yang digunakan oleh salah satu pihak untuk memperlambat proses penyelesaian sengketa. Karena alasan-alasan tersebut, maka putusan sela sangat dibutuhkan untuk membantu memperlancar proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Jadi, adanya putusan sela ini sangat diperlukan demi keefektifan proses arbitrase serta untuk memberikan kepastian perlindungan hukum bagi pihak-pihak yang bersengketa sehingga tidak ada pihak-pihak yang merasa dirugikan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini., *“by having the provisional and protective measures, it will achieve the fundamental objective of every legal system, the effectiveness of judicial protection. It also comes under the principle that justice should not be avoided and justice delay is justice denied”*.¹³⁹

Dalam Pasal 32 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 disebutkan bahwa “Atas permohonan salah satu pihak, arbiter atau majelis arbitrase dapat mengambil putusan provisional atau putusan sela lainnya untuk mengatur ketertiban jalannya pemeriksaan sengketa termasuk penetapan sita jaminan, memerintahkan penitipan barang kepada pihak ketiga, atau menjual barang yang mudah rusak...”

Jadi Undang-undang No.30 Tahun 1999 menentukan bahwa bagaimana tata cara pelaksanaan eksekusi terhadap pelaksanaan eksekusi terhadap suatu putusan arbitrase internasional, selain dari yang telah ditentukan dalam Undang-undang arbitrase tersebut, berlaku ketentuan-ketentuan tentang pelaksanaan eksekusi dalam hukum acara

139 Ibrahim Senen, Op. Cit, hlm 7

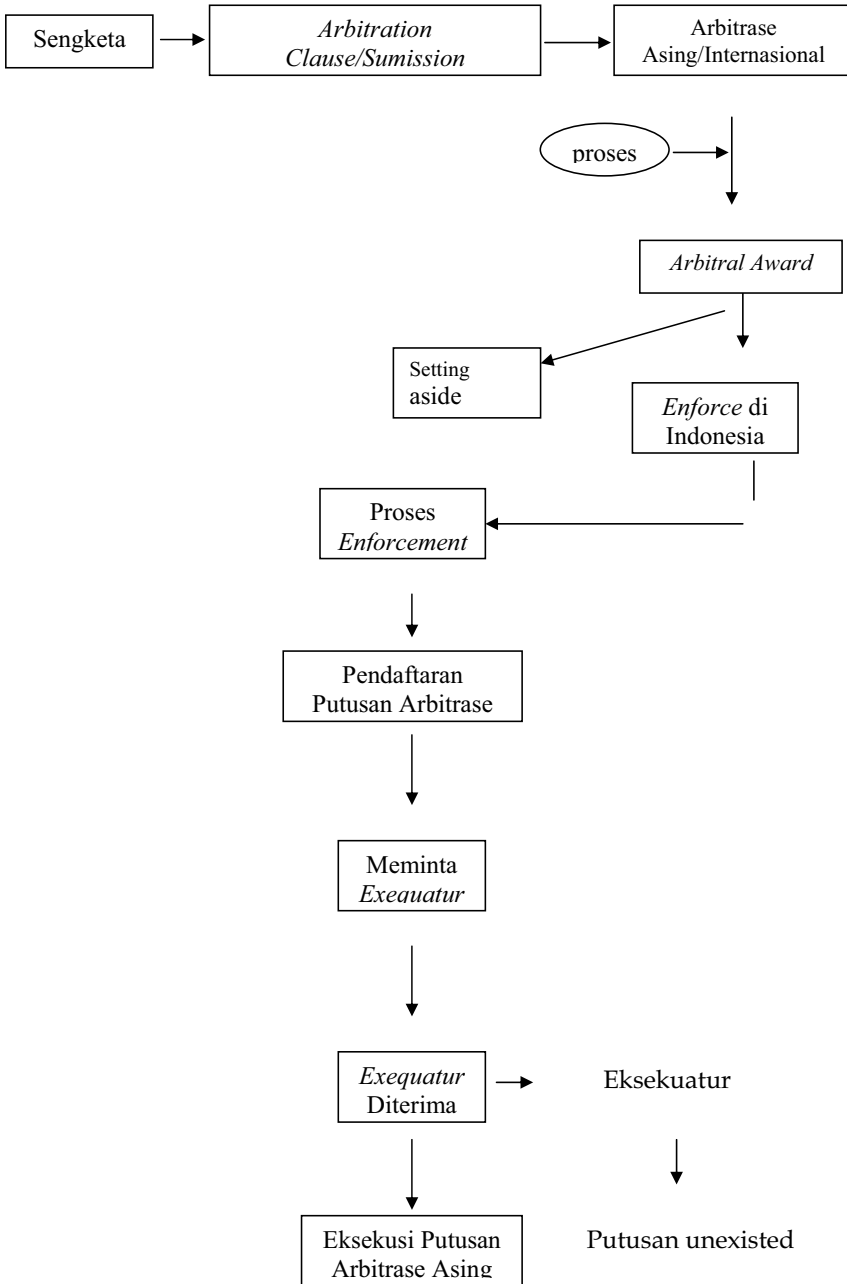
perdata yang umum.¹⁴⁰ Dalam hubungannya dengan eksekusi (pelaksanaan) putusan arbitrase internasional, Undang-undang No.30 Tahun 1999 mengatur hal ini dalam Pasal 65, 66, 67, 68 dan pasal 69.

Bila dilihat dari diagram tata cara pelaksanaan putusan arbitrase internasional dimulai dari penyerahan sengketa ke arbitrase sampai pelaksanaan putusan secara singkat dapat dilihat pada bagan berikut ini adalah sebagai berikut.¹⁴¹

140 Lihat Pasal 69 (ayat 3) UU No.30 Tahun 1999

141 Prosedur ini tertuang dalam Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1990, Tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Diagram 2: Prosedur pelaksanaan putusan arbitrase asing secara lengkap.



TERHAMBATNYA PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE

Salah satu alasan yang dapat menyebabkan terhambatnya proses eksekusi suatu putusan arbitrase komersial internasional adalah adanya upaya perlawanan dari pihak yang kalah, atau bisa juga penolakan dari lembaga peradilan suatu negara untuk mengeksekusi putusan tersebut.

Sebetulnya kata-kata perlawanan telah lama ada dalam sejarah arbitrase internasional. Akan tetapi istilah dari perlawanan ini berbeda dalam sistem hukum anglo saxon (*common law*) dan sistem hukum Eropa continental (*civil law*).

Perlawanan ini dalam bahasa Inggris bisa disebut sebagai challenge yang diartikan sebagai perbuatan untuk menolak suatu putusan arbitrase. Selanjutnya pemakaian istilah challenge sama dengan perlawanan.¹⁴²

Pengertian dari perlawanan ini menurut Alan Redfern dan Martin Hunter adalah ” *challenge captures the idea of an offensive effort to overturn an award, as distinct from mere resistance to enforcement. It covers recourse to a court for the setting aside or the revision the award, it also covers an appeal on a point of law which might lead to the setting aside or revision of an awards.*”¹⁴³ Tujuan dari perlawanan ini, adalah agar suatu putusan arbitrase asing tidak dapat di *recognize* atau di *enforce*, dan kemudian akan dilakukan upaya hukum yang lain terhadap sengketa yang ada. Umumnya perlawanan ini dilakukan oleh pihak yang kalah dalam proses arbitrase. Mengapakah adanya upaya perlawanan pada putusan arbitrase yang notabene adalah final dan

142 Ibid, Phillip Chapper, hal. 128.

143 Ibid, Alan redfern dan Martin hunter, Op.cit. hal. 416.

binding, dan dengan alasan apakah perlawanan dapat diajukan akan dibahas lebih lanjut berikut ini.

A. LATAR BELAKANG ADANYA PERLOWANAN (CHALLENGE) TERHADAP PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE

Tidak ada seorangpun yang sedang bersengketa merasa senang apabila ternyata mereka kalah dalam proses penyelesaian sengketa yang terjadi. Sehingga tidak akan heran apabila pihak yang dinyatakan kalah tersebut akan memberikan satu pertanyaan yaitu ” Bagaimakah caranya supaya bisa banding?”. Apabila pertanyaan ini diajukan kepada seorang pengacara maka jawabannya adalah ”Tergantung”

Berdasarkan hukum internasional, upaya banding itu tergantung pada:

1. Apakah aturan yang berlaku dalam arbitrase tersebut memungkinkan untuk dilakukannya proses banding secara internal seperti pada sistem-sistem arbitrase di bidang maritim dan barang.
2. Apakah hukum dari tempat proses arbitrase dilaksanakan atau *seat of arbitration* terdapat aturan yang perbolehkan sikap perlawanan terhadap putusan arbitrase.
3. Umumnya walaupun hukum dari arbitrase tempat proses arbitrase tersebut menyatakan bahwa keputusan arbitrase adalah *final and binding*, akan tetapi hukum di negara tersebut tetap memiliki aturan yang mengatur mengenai perlawanan atau *challenge* terhadap putusan arbitrase tersebut.

Adapun tujuan dari perlawanan terhadap keputusan arbitrase yang diajukan di pengadilan nasional tempat arbitrase itu dilaksanakan adalah pernyataan bahwa putusan arbitrase tersebut akan di *setting aside* oleh pengadilan nasional setempat. Dan apabila setting aside ini telah dilakukan, maka berdasarkan hukum internasional (Dalam hal ini New York Convention dan UNCITRAL Model Law), maka putusan arbitrase tersebut tidak dapat diakui dan dilaksanakan.

Sulitnya melaksanakan suatu keputusan arbitrase, Rene david memberikan alasan sebagai berikut. Kontrak dibuat oleh kedua belah pihak sehingga untuk melaksanakan kontrak tersebut tidak begitu merupakan masalah, sedangkan keputusan arbitrase dibuat oleh pihak ketiga (arbitrator), yang terutama keberatan terhadapnya terutama pihak yang kalah, selalu ada.¹⁴⁴ Dan biasanya keberatan terhadap keputusan arbitrase dilontarkan setelah keputusan dikeluarkan

Masalah ini pula yang menjadi ciri utama kelemahan badan arbitrase komersial (internasional). Upaya masyarakat internasional dalam mengurangi dan memperbaiki kelemahan ini telah lama dilakukan, yaitu sejak tahun 1927 ketika dikeluarkannya konvensi Jenewa tahun 1927 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Keputusan Arbitrase yang kemudian diganti oleh Konvensi New York Tahun 1958.

Pelaksanaan atau eksekusi putusan kepada pihak yang kalah selalu menjadi masalah. Pihak yang kalah kadangkala berusaha agar putusan yang telah dibuat oleh arbitrator tidak dapat di laksanakan atau *dienforce*. Tidak hanya arbitrase dalam negeri, arbitrase komersial asing pun sangat sering di lakukan *challenge* terhadap pelaksanaan dan pengakuan terhadap *award* yang dibuatnya.

Keputusan arbitrase internasional pada prinsipnya sudah dapat dieksekusi di Indonesia. Pengakuan terhadap keputusan arbitrase internasional di Indonesia, yang seyogyanya tentu sudah dapat dieksekusi, telah terjadi sejak dikeluarkannya Keppres No. 34 Tahun 1981, yang mengesahkan *Convention On The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*, yang dikenal dengan New York Convention 1958. Akan tetapi, salah satu masalah yang banyak dibahas adalah masalah eksekusi putusan arbitrase internasional. Tentunya tidak semua putusan arbitrase internasional dapat dieksekusi di sesuatu negara. Di samping itu, cara dan prosedur eksekusi untuk putusan arbitrase internasional juga bervariasi dari suatu negara ke negara lainnya. http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini_-_ftn1

144 Rene David, *Arbitration in International Trade*, Kluwer, 1985, 1985, hlm.361

Dalam proses penyelesaian sengketa pada arbitrase Internasional, sebagaimana lazim dikenal dalam lembaga peradilan, pemeriksaan sengketa akan berujung pada sebuah putusan (“Putusan arbitrase Internasional”). Setelah putusan dibuat dan diucapkan, pihak yang dikalahkan, apabila tidak puas, paling tidak akan mengajukan upaya hukum terhadap putusan tersebut. Permasalahan yang muncul adalah adanya perlawanan terhadap putusan arbitrase ini, maka yang menjadi pertanyaan besar, mengapakah suatu putusan yang telah final and binding masih dapat dilakukan perlawanan atau eksekusinya.

Tentang pengakuan kekuatan mengikat suatu putusan arbitrase yang dibuat di luar negeri umumnya telah diterima oleh negara-negara, khususnya mereka yang terikat oleh aturan konvensi New York tahun 1958, namun dalam pelaksanaannya justru yang sering terjadi adalah sangat sulit untuk mengeksekusi putusan arbitrase asing dalam wilayah suatu negara.¹⁴⁵

Sebetulnya setiap putusan arbitrase adalah final and binding, akan tetapi tetap ada upaya perlawanan dikarenakan pihak-pihak kadang kala sering merasa tidak puas, dan dilihat dari karakteristik arbitrase yang memiliki kelemahan dalam pelaksanaan eksekusinya maka celah ini lah yang diambil oleh para pihak untuk men*chanllenge* pelaksanaan putusan arbitrase internasional tersebut.

Dari beberapa statistik umumnya putusan arbitrase dilaksanakan dengan sukarela, karena masing-masing pihak telah menyadari bahwa begitu mereka membuat arbitration clause or submission arbitration agreement, artinya putusan adalah final and binding. tetapi dari statistik yang ada juga dinyatakan bahwa tetap ada upaya perlawanan dari pihak yang kalah. upaya perlawanan ini dilakukan karena berbagai

145 Sebenarnya timbul masalah ini adalah refleksi dari peraturan atau konvensi internasional pada umumnya termasuk konvensi New York tahun 1958, yakni konvensi internasional hanya mengatur masalah-masalah yang pokok saja. Dalam lingkup nasional konvensi internasional di ibaratkan Undang-undang pokok yang pelaksanaannya dijabarkan oleh keputusan presiden, keputusan menteri, peraturan pemerintah dan instruksi presiden, yang kesemuanya merupakan *implementing legislation*nya

macam alasan, akan tetapi pada intinya adalah agar putusan arbitrase terhadap pihak yang kalah tidak dapat dilaksanakan.¹⁴⁶

Berdasarkan konvensi-konvensi internasional, bahwa pelaksanaan putusan arbitrase diserahkan kepada negara masing-masing, hal ini dikarenakan setiap negara memiliki hukum dan peraturan-peraturan yang berbeda-beda. Kelemahan dari arbitrase yang utama adalah, begitu arbitrase telah menghasilkan sebuah keputusan arbitrase atau *award*, maka arbitrase tidak dapat melakukan apapun kecuali membuat tambahan terhadap putusan */additional to award*, atau membuat tambahan interpretasi. Pengertian tambahan terhadap *award*-nya. dan begitu *award* telah dibuat maka *nothing can do by those arbitral award*.¹⁴⁷ Di sisi lain, perlawanan atau *challenge* tetap dilaksanakan oleh para pihak.

Hal ini berarti bahwa putusan arbitrase yang final dan binding tidak memiliki arti. Dimana masih ada upaya perlawanan lainnya. Pengertian dari final disini maksudnya adalah final dari arbitral tribunal, dan jika sudah berhubungan dengan eksekusi maka arbitral tribunal tersebut tidak dapat melakukan apa-apa.

Sebetulnya terdapat dua hal penolakan dari pihak yang kalah¹⁴⁸, yaitu yang pertama adalah

1. Penolakan terhadap putusan arbitrase, *challenge to the arbitral award* diatur dalam Pasal 70-72 UU No.30 tahun 1999. Dalam Undang-undang No.30 Tahun 1999 Pasal 70 -72 dapat dijadikan pedoman bagi pengadilan untuk memeriksa permohonan pembatalan putusan arbitrase di Indonesia. Pasal 70 Undang-undang ini menentukan terhadap putusan arbitrase para

146 Hasil diskusi dengan khrinawenda sekretaris BANI bahwa tidak hanya putusan arbitrase internasional, putusan arbitrase nasionalpun kadang sering dilakukan perlawanan oleh pihak yang kalah, dan kemudian di setting aside ke pengadilan negeri. Jakarta, Agustus 2006.

147 Hal ini juga dikemukakan sewaktu berkunjung ke BANI Jakarta, dimana sekretaris BaNI menyatakan jika putusan telah di buat, maka para pihak akan meminta pengadilan untuk mengenfocoe putusan arbitrase tersebut. Hasil wawancara agustus 2006.

148 Hasil wawancara dengan Ibu krisnawenda, sekretaris BANI, di Jakarta tanggal 9 Agustus 2006.

pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur,

- a. Surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu.
- b. Setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan.
- c. Putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.¹⁴⁹

Dalam pasal 71 disebutkan ” Permohonan pembatalan putusan arbitrase harus diajukan secara tertulis dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak hari penyerahan dan pendaftaran putusan arbitrase kepada Panitera Pengadilan Negeri.

Ketentuan penjelasan Pasal 72 (2) menyebutkan bahwa: "Ketua Pengadilan Negeri dapat memutuskan bahwa setelah diucapkan pembatalan, arbiter yang sama atau arbiter lain akan memeriksa kembali sengketa bersangkutan atau *menentukan bahwa suatu sengketa tidak mungkin diselesaikan lagi melalui arbitrase*". Berdasarkan ketentuan ini, UU Arbitrase jelas mengatur kewenangan pengadilan untuk mengabulkan permohonan pembatalan putusan arbitrase dan “menentukan bahwa suatu sengketa tidak mungkin diselesaikan lagi melalui arbitrase”.

Dilihat dari pasal-pasal tersebut sebetulnya pasal 70 hanya mengatur alasan-alasan yang dapat digunakan untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase. Dan alasan inipun hanya bersifat fakultatif atau optional artinya dapat digunakan dapat pula tidak. Pasal 70 ini sebetulnya memberikan perlindungan hukum terhadap pihak-pihak yang terlibat dalam putusan arbitrase, yang mempunyai dugaan bahwa putusan arbitrase yang diajukan kepadanya mengandung unsur penipuan.

149 Pasal 70 Undang-Undang No.30 Tahun 1999.

2. Penolakan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase, "*challenge to the recognition and enforcement of the arbitral award*"

Pada dasarnya adalah penolakan untuk melaksanakan hasil keputusan arbitrase tersebut. Pihak yang kalah tidak mau mematuhi hasil keputusan arbitrase. Alasan mendasar mengapa adanya perlawanan terhadap eksekusi putusan arbitrase ini, adalah sebetulnya untuk memberikan perlindungan kepada pihak yang kalah karena dikhawatirkan setelah arbitrase dibuat, dikemudian hari ditemukan fakta-fakta baru, maka apabila tidak ada celah sama sekali terhadap perlawanan putusan arbitrase, maka apabila ditemukan fakta baru maka pihak tidak dapat melakukan apapun, maka celah ini dibuat benar-benar untuk melindungi pihak yang kalah karena fakta yang mendukung tidak dapat ditemukan.

Oleh karena itu sebagian pihak untuk mengantisipasi perlawanan terhadap putusan arbitrase ini dapat meminta putusan sela. Putusan sela mempunyai berbagai macam bentuk. Dalam literatur internasional, putusan sela ini terbagi menjadi tiga, yaitu:

- " a) *Conservatory measures: measures that are designed to secure the enforcement of the decision on the merits*
b) *Regulatory measures: measures that are designed to cover a wide range of measures that can be ordered to maintain status quo or to arrive at a provisional arrangement of some kind*
c) *Anticipatory measures: measures that mean to anticipate the outcome of the procedure, which can consist of the same contents as the final decision*¹⁵⁰"

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa bentuk-bentuk putusan sela itu terdiri atas:

- Putusan penyitaan, yaitu putusan untuk menjamin pelaksanaan pokok putusan

150 Ibrahim Senen, Op. Cit, hlm 7

- Putusan penetapan, yaitu putusan yang dibuat untuk melindungi sejumlah harta benda dan dapat dimintakan penetapan *status quo* untuk mengatur harta tersebut
- Putusan antisipasi, yaitu putusan yang isinya pada dasarnya sama dengan putusan akhir. Dimana, putusan ini adalah suatu putusan persiapan untuk putusan akhir nanti.

Tujuan dikeluarkannya putusan sela ini ada berbagai macam dan umumnya berbeda dalam setiap kasus tergantung daripada kepentingan atau kebutuhan salah satu pihak yang bersengketa dalam setiap kasus tersebut.

Tiga tujuan dasar dari putusan sela tersebut, yaitu:

- a) *To ensure that the very purpose of the arbitration is not frustrated while awaiting the pronouncement and enforcement of the Arbitral Tribunal's decision on the merits; thus ensuring the effectiveness of judicial/arbitral protection; preventing a party from concealing or transferring beyond the reach of the relevant jurisdiction the assets which are the subject matter the dispute or the assets from which the successful party may find satisfaction*
- b. *to regulate the conduct of and the relation between the parties during the arbitral proceedings; there might be a need, during the arbitral proceeding for the parties to or abstain from doing certain acts (e.g. suspend the calling of a performance bond) so as to preserve the status quo until a final decision on the dispute has been rendered*
- c. *to conserve evidence and regulate its administration; for instance, a piece evidence may otherwise become unavailable, either through an act of one of the parties, or through the passage of time¹⁵¹*

Dari pendapat di atas dapat disimpulkan bahwa putusan sela ini bertujuan untuk memberikan efektivitas perlindungan dari

151 Ibid, hlm 8

proses arbitrase, hal ini dikarenakan bahwa tujuan dari proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase bukan hanya putusan akhir, tapi juga untuk menjamin agar hak-hak pihak yang bersengketa tidak dilanggar. Hal ini sangat penting bagi penggugat karena apabila sekiranya gugatannya dikabulkan atau ia dimenangkan, maka haknya dapat terjamin atau dengan lain perkataan dapat dijamin bahwa putusan arbitrase tersebut dapat dilaksanakan. Sebab ada kemungkinan pihak lawan atau tergugat selama sidang berjalan mengalihkan harta kekayaannya kepada orang lain, sehingga apabila kemudian gugatan dari penggugat dikabulkan, maka putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan dikarenakan tergugat tidak lagi mempunyai harta kekayaan. Jadi, untuk kepentingan penggugat agar terjamin haknya sekiranya gugatannya dikabulkan nanti, maka diadakanlah putusan sela.¹⁵²

Selain itu dalam suatu proses arbitrase tidak menutup kemungkinan salah satu pihak yang bersengketa karena suatu alasan berhalangan untuk hadir dan dalam hal terjadi peristiwa ini, maka arbitrator dalam proses arbitrase dapat menetapkan *status quo* demi kelancaran proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase tersebut.

Dalam hal barang bukti ataupun objek sengketa pada sengketa arbitrase komersial ini adalah barang yang tidak tahan lama atau mudah rusak, maka putusan sela ini juga dapat digunakan untuk mengatur pemeliharaan terhadap barang bukti ataupun objek sengketa yang mudah rusak tersebut.

Jadi latarbelakang mengapa adanya perlawanan adalah adanya keinginan dari pihak yang kalah untuk tidak mau melaksanakan hasil keputusan arbitrase.

152 Sudikno Mertokusumo, Op. Cit, hlm 83

B. ALASAN MENGAPA PERLAWANAN PUTUSAN ARBITRASE DIMUNGKINKAN

Alasan yang menjadi dasar terhambatnya pelaksanaan terhadap pelaksanaan putusan arbitrase adalah adanya upaya perlawanan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase yang menyebabkan tidak dapat diakui dan dilaksanakan suatu putusan arbitrase. Dalam UU No.30 Tahun 1999, tidak dengan jelas menjelaskan alasan mengapa upaya perlawanan ini diperbolehkan. Hanya menyebutkan alasan-alasan mengapa suatu perlawanan dapat dikabulkan.

Namun terdapat terdapat berbagai pendapat para sarjana mengenai perlawanan ini, tetapi salah satunya adalah pendapat dari Alan Redfern dan Martin Hunter¹⁵³ yaitu:

1. Karena memang terdapat ketentuan dalam undang-undang yang mengatur masalah perlawanan tersebut. Misalnya di Indonesia, dalam pasal 70-72 UU No.30 tahun 1999 dimungkinkan untuk dilakukan perlawanan terhadap putusan arbitrase. Pihak yang kalah masih dimungkinkan untuk melakukan perlawanan seandainya terdapat hal-hal yang diatur oleh undang-undang dapat untuk melakukan upaya hukum tersebut.¹⁵⁴
2. Alasan yang lebih bersifat filosofis adalah untuk melindungi pihak yang kalah seandainya dikemudian hari ditemukan fakta-fakta yang mendukung argumennya, dan fakta tersebut dapat mempengaruhi keputusan arbitrase tersebut. Hal ini dikarenakan, pihak-pihak yang terlibat dalam proses arbitrase adalah manusia biasa. Arbiter adalah manusia biasa, yang tidak pernah luput dari kesalahan. Hakim yang sudah mendapatkan pendidikan dan pelatihan khusus saja tidak luput dari kesalahan, apalagi arbiter, yang mungkin saja tidak berlatarbelakang pendidikan hukum. Suatu putusan arbitrase karenanya tidak kebal (*immune*) terhadap kontrol (pengawasan) atau pemeriksaan oleh pengadilan. Justru, un-

153 Alan Redfern dan Martin Hunter, *law and Practice of Internatioan Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwel, 2003, hal. 436-437.

154 Lihat pasal 70-72 Undang-undang No.30 Tahun 1999.

tuk menjaga kualitasnya sehingga pada akhirnya arbitrase dapat berkembang, arbitrase membutuhkan kontrol pengadilan.

Itu sebabnya, pembatalan suatu putusan arbitrase adalah upaya hukum yang “biasa” yang berlaku secara universal. Hukum arbitrase di negara manapun pasti mengatur upaya hukum yang dapat dilakukan terhadap suatu putusan arbitrase, walaupun istilah yang digunakan mereka mungkin berbeda-beda. Di Amerika Serikat misalnya menggunakan istilah “*vacating the award*” (dapat diterjemahkan “peniadaan putusan”); di Perancis seperti halnya di Belanda dan Indonesia menggunakan istilah pembatalan (*annulment; recours en annulations*); di beberapa negara lainnya menggunakan istilah “*setting aside*” (dapat diterjemahkan “pengesampingan”).

Penolakan putusan arbitrase asing juga mendapat pengaturan dalam perjanjian internasional yang kemudian ditransformasikan dalam bentuk peraturan perundang-undangan nasional. Alasan mengapa mendapat pengaturan dalam perjanjian internasional karena dalam hukum internasional dikenal adanya kedaulatan dan yurisdiksi. Pelaksanaan yurisdiksi kekuasaan negara hanya dapat dilakukan di wilayah teritorialnya. Pelaksanaan yurisdiksi suatu negara di negara lain harus seizin negara lain tersebut. Dalam konteks putusan arbitrase ini dibuat suatu negara dan hendak dilaksanakan di negara lain maka harus ada pengakuan dan pelaksanaan oleh negara lain tersebut. Oleh karenanya pengaturan tentang pelaksanaan putusan arbitrase asing dilakukan dalam bentuk perjanjian internasional. Dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut tetap diserahkan ke masing-masing negara karena adanya penghormatan terhadap kedaulatan suatu negara *to prescribe its law da to enforce its law*.

Penolakan putusan arbitrase oleh pengadilan tidak berarti menafikan putusan tersebut. Penolakan mempunyai konsekuensi tidak dapatnya putusan arbitrase dilaksanakan di yurisdiksi pengadilan yang telah menolaknya. Apabila ternyata di negara lain terdapat aset pihak yang dikalahkan, pihak yang dimenangkan masih dapat meminta eksekusi di pengadilan negara tersebut. http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini - _ftn12 Merujuk kepada

pembahasan di atas, secara tidak langsung dapat ditemukan bahwa pengaturan tentang pelaksanaan putusan arbitrase asing dilakukan dalam bentuk perjanjian internasional. Perjanjian Internasional yang mengatur masalah pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional adalah *Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* atau yang lebih dikenal dengan istilah New York Convention 1958 karena dibuat di New York pada tahun 1958 (“Konvensi New York 1958”). Konvensi New York 1958 mulai berlaku pada tanggal 7 Juni 1958 dan Indonesia meratifikasi pada tahun 1981 dengan Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981.

Meski demikian, walau ada kemungkinan adanya pembatalan terhadap putusan arbitrase, tentu saja, upaya pembatalan putusan arbitrase tidak boleh dilakukan secara berlebihan. Campur-tangan pengadilan melalui kewenangannya untuk membatalkan putusan arbitrase perlu dibatasi, dengan tetap memperhatikan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat mengenai arbitrase.

C. FAKTOR-FAKTOR YANG MENYEBABKAN PERLAWANAN (CHALLENGE) TERHADAP SUATU PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE INTERNASIONAL TERSEBUT DAPAT DITERIMA OLEH PENGADILAN NASIONAL.

Lembaga Peradilan diharuskan menghormati lembaga arbitrase sebagaimana yang termuat dalam Pasal 11 ayat (2) UU No.30 tahun 1999 yang menyatakan bahwa pengadilan negeri tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak ikut campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase. Hal tersebut merupakan prinsip *limited court involvement*. Sebuah pengadilan harus merelakan yurisdiksinya apabila pihak-pihak telah sepakat untuk membuat perjanjian menyerahkan kasus mereka ke arbitrase, Namun dalam praktiknya masih saja ditemukan penga-

dilan yang menentang, bahkan ketika arbitrase itu sendiri sudah menjatuhkan putusannya.¹⁵⁵

1. **Perlawanan terhadap Pelaksanaan suatu Putusan Arbitrase Oleh Pihak yang Kalah dengan Alasan Ketertiban Umum atau “Public Policy”**

Undang-undang No.30 tahun 1999, sangat sedikit sekali membahas mengenai diterimanya suatu perlawanan terhadap pelaksanaan suatu putusan arbitrase. Salah satu pasal yang membahas masalah ini adalah Pasal 66. Pasal 66 UU No. 30 Tahun 1999 khususnya huruf c menyatakan bahwa Putusan Arbitrase Internasional hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Dalam Pasal 66 ini sebetulnya tidak menerangkan secara jelas, bahwa suatu putusan arbitrase dapat ditolak berdasarkan ketertiban umum, akan tetapi dari penafsiran pasal ini dapat diartikan apabila putusan tersebut melanggar ketertiban umum maka dapat dilakukan penolakan terhadap pengakuan dan pelaksanaan dari putusan arbitrase tersebut.

Namun apakah yang dimaksud dengan ‘kepentingan umum’ itu?. Penjelasan Pasal 66 huruf c tidak menjelaskan secara lebih lanjut.¹⁵⁶ Pasal 3 ayat 3 Perma No. 1 Tahun 1990 juga mengatur mengenai ketertiban umum, akan tetapi hanya menjelaskan bahwa putu-

155 Seperti dalam kasus Bankers Trust Company dan Bankers Trust International PLC (BT) melawan PT Mayora Indah Tbk (Mayora), PN Jakarta Selatan tetap menerima gugatan Mayora (walaupun ada klausul arbitrase di dalamnya) dan menjatuhkan putusan No.46/Pdt.G/1999 tanggal 9 Desember 1999, yang memenangkan Mayora. Ketua PN Jakarta Pusat dalam putusan No.001 dan 002/Pdt/Arb.Int/1999/PN.JKT.PST juncto 02/Pdt.P/2000/PNJKT.PST, tanggal 3 Februari 2000, menolak permohonan BT bagi pelaksanaan putusan Arbitrase London, dengan alasan pelanggaran ketertiban umum, pelanggaran ketertiban umum yang dimaksud adalah bahwa perkara tersebut masih dalam proses peradilan dan belum memiliki kekuatan hukum tetap. Penolakan PN Jakarta Pusat tersebut dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung No.02 K/Ex'r/Arb.Int/Pdt/2000, tanggal 5 September 2000. <http://www.hukumonline.com> .

156 Lihat Pasal 60 UU No.30 tahun 1999

san-putusan arbitrase asing hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan-putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Pasal 4 ayat (2) pun hanya menyatakan bahwa Ex-equator (pelaksanaan) putusan arbitrase internasional hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas kepada putusan-putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Seperti halnya Pasal 66 huruf c, Pasal 4 ayat (2) Perma No. 1 Tahun 1990 juga tidak memiliki penjelasan lebih lanjut mengenai arti dari “kepentingan umum”. Lalu, apakah tepat bila permohonan pembatalan suatu putusan arbitrase Internasional menjadi diterima dengan menggunakan alasan ‘ketertiban umum’ dengan mengkaitkannya pada Pasal V.2 huruf b Konvensi New York. Pasal V.2 huruf b Konvensi New York mengandung arti bahwa pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase Internasional dapat menjadi ditolak, jika putusan tersebut bertentangan dengan kepentingan umum dari negara yang mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase tersebut. [http://www.pemantau-peradilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini - _ftn19](http://www.pemantau-peradilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini_-_ftn19) Alasan ini akan memberikan dasar hukum yang kuat kepada pengadilan dimana permohonan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing diminta untuk menolak pelaksanaan putusan.

Menurut Prof. Sudargo Gautama, lembaga ketertiban umum ini seyogyanya hanya dipakai sebagai suatu tameng dan tidak sebagai suatu pedang untuk menusuk hukum asing. Dengan lain perkataan fungsinya hanya defensif, hanya sebagai perlindungan, tidak supaya aktif mentiadakan pemakaian hukum asing. Konsepsi ketertiban umum adalah berlainan di masing-masing negara. Ketertiban umum terikat pada faktor tempat dan waktu. Jika situasi dan kondisi berlainan, paham-paham ketertiban umum juga berlainan.¹⁵⁷

Untuk menentukan apakah sesuatu hal tersebut adalah bertentangan dengan ‘kepentingan umum’ atau tidak, hal tersebut merupa-

157 Budi Budiman, Mencari Model Idal Penyelesaian Sengketa, Kajian terhadap Praktek Peradilan Perdata dan Undang-Undang No.30 Tahun 1999, <http://www.hukumonline.com>

kan keputusan dari pengadilan dan akan diputuskan secara kasus per kasus. Pengakuan dan pelaksanaan dari putusan arbitrase internasional akan bergantung kepada bagaimana pengadilan Indonesia melihat setiap permintaan. Pengadilan akan menentukan mana putusan arbitrase internasional yang akan diakui atau dilaksanakan di Indonesia dan mana putusan yang akan ditolak pengakuan dan pelaksanaannya. Namun, bagaimana mungkin hal tersebut dapat dilakukan apabila pengertian dari “kepentingan umum’ itu sendiri tidak diatur secara jelas di dalam UU No. 30 Tahun 1999 sebagai ketentuan hukum yang mengatur mengenai arbitrase di Indonesia. Pengertian “kepentingan umum” mana yang lantas akan dipakai?. Hal ini tentunya akan melahirkan suatu interpretasi yang sangat luas, dan bahkan dapat menjadi pengertian yang sangat luas dan tidak terbatas.¹⁵⁸Tidak adanya pengertian yang jelas mengenai arti dari “kepentingan umum”, menjadikan pelaksanaan dari putusan arbitrase internasional di Indonesia kembali menjadi tidak pasti. Yang jelas apabila terjadi perlawanan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan asing atau putusan dari arbitrase komersial, maka dengan alasan ketertiban umum, maka pengadilan dapat menerima perlawanan dari pihak yang kalah tersebut, dan memeriksa kembali perkara tersebut.

Perlawanan terhadap putusan arbitrase asing dapat dilakukan oleh pihak yang kalah dengan mengajukan alasan penolakan terhadap pengakuan dan pelaksanaan arbitrase dan juga dapat dilakukan sendiri oleh pejabat yang berwenang, dalam hal ini Mahkamah Internasional, baik karena asas ketertiban umum atau pelanggaran terhadap asas lainnya. Jadi apabila terjadi pelanggaran seperti ini walau tidak dimintakan para pihak maka hakim akan menolak pemberian *exequatur* terhadap putusan asing tersebut yang mengakibatkan putusan arbitrase asing tidak dapat di akui dan dilaksanakan.

158 [http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini -
_ftn22](http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini_ftn22)

2. Perlawanan Berdasarkan Pelanggaran Asas Secara Ex Officio

Tata cara penolakan permintaan pengakuan dan eksekusi putusan arbitrase asing dapat dilakukan pada putusan yang mengandung pelanggaran terhadap salah satu asas yang disebut dalam Pasal 3 PERMA No. 1 tahun 1990. Menurut ketentuan Pasal V Ayat (2) Konvensi New York Tahun 1958, dilakukan pengadilan berdasarkan “Jabatan” tanpa ada permintaan dari pihak yang bersengketa. Jadi disini tidak ada permohonan dari pihak-pihak yang bersengketa. Dalam pasal tersebut ditegaskan:

- “ Recognition and enforcement of an arbitral award may be also refuse if the competence authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:*
- a. The subject matter of difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country,*
 - or*
 - b. The recognition or enforcement of award would be contrary to the public policy of that country.”*

Dalam kasus perlawanan berdasarkan pelanggaran terhadap asas, badan kekuasaan yang berwenang (The competence authority) dalam hal ini Indonesia adalah Mahkamah Agung yang bertindak berdasarkan kewenangan sendiri *ex officio*. Jika putusan arbitrase asing tersebut menyangkut pelanggaran terhadap tata hukum di Indonesia, misalnya pokok yang disengketakan dalam putusan berada di luar lingkup hukum dagang, maka Indonesia berwenang untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase asing tersebut. Begitu juga pelanggaran atas asas resiprositas dan ketertiban umum, maka pengadilan secara *ex officio* dapat melakukan penolakan terhadap pelaksanaan putusan walaupun tanpa adanya permohonan dari para pihak.¹⁵⁹

Sebetulnya pada Perma No.1 Tahun 1990 sudah dijelaskan beberapa asas yang terkandung di dalamnya. Asas-asas ini digunakan untuk landasan pada penelitian pemberian exequatur, setiap putusan

159 Ibid, Yahya harahap. Hal 355.

arbitrase asing yang diminta *exequatur* tidak boleh bertentangan dengan asas-asas tersebut, sehingga apabila dilanggar maka *exequatur* dapat ditolak. Asas-asas ini juga dapat menjadi alasan diterimanya suatu perlawanan terhadap pelaksanaan dan pengakuan putusan arbitrase asing. Adapun asas-asas tersebut adalah:

- Asas resiprositas: yaitu suatu asas yang penting, dimana asas ini digunakan untuk melihat apakah di negara tempat dimana putusan diajukan, mempunyai ikatan hubungan bilateral atau multilateral maupun sama-sama terikat dalam suatu konvensi bersama Indonesia. Jika ada putusan arbitrase dari suatu negara dan akan dieksekusi di Indonesia, maka pengadilan dengan adanya asas ini akan melihat apakah negara tersebut akan melakukan hal yang sama seandainya ada putusan arbitrase yang di buat di Indonesia akan dieksekusi di negara tersebut. Jika tidak maka *exequatur* terhadap putusan arbitrase tersebut dapat ditolak. Asas ini tercantum dalam Pasal 3 ayat 1 Perma No.1 tahun 1990, dimana asas ini merupakan landasan atau prinsip kedaulatan negara dan kedaulatan hukum maupun kedaulatan pengadilan Indonesia. Indonesia akan saling menghormati negara lain apabila secara timbal balik negara tersebut juga menghormati Indonesia. Jadi apabila ternyata putusan arbitrase asing dibuat oleh negara yang bukan anggota New York convention 1959, maka pada pengakuan dan pelaksanaan tersebut dapat dilakukan perlawanan.
- Asas pengakuan terbatas sepanjang hukum dagang: Artinya suatu putusan arbitrase hanya dapat diakui dan dilaksanakan di Indonesia apabila putusan tersebut adalah putusan di bidang perdagangan, dan apakah suatu sengketa masuk atau tidak di bidang perdagangan, Masing-masing negara memiliki aturannya sendiri begitu juga Indonesia. Pengertian terhadap lingkup hukum dagang ini juga harus dilihat secara luas, tidak hanya yang ada dalam undang-undang di Indonesia tetapi juga melihat ke dalam praktek-praktek internasional dan kebiasaan-kebiasaan internasional. Misalnya beberapa jenis bentuk bisnis yang dapat dimasukkan dalam

ruang lingkup commercial yang tidak diatur dalam hukum Indonesia, akan tetapi umumnya dikenal sebagai bidang perdagangan misalnya dalam kasus leasing atau franchising

- Asas ketertiban umum: Asas ini telah dijelaskan di atas, yaitu tertuang dalam Pasal 3 ayat 3 Perma No.1 tahun 1990. dan pihak yang bersengketa dapat mengajukan perlawanan berdasarkan alasan adanya pelanggaran terhadap asas ini dan dalam hal tidak ada upaya perlawanan dari para pihak, akan tetapi MA melihat adanya pelanggaran asas ini, maka *exequatur* tidak bisa diberikan.

Jadi pelanggaran terhadap asas-asas di atas dapat menjadi dasar perlawanan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan asing, dan apabila asas ini dilanggar maka pengadilan dengan alasan tersebut, dapat mengabulkan upaya perlawanan terhadap *recognition and enforcement of the arbitral award*.

3. Perlawanan Menurut Konvensi-Konvensi Internasional

Selain perlawanan berdasarkan pelanggaran terhadap asas-asas maka perlawanan juga dapat didasarkan pada ketentuan dalam Konvensi New York Tahun 1958 dan Rules dalam ICSID, hal ini dikarenakan Indonesia telah mengaksesi kedua konvensi ini, maka dapat dijadikan sebagai salah satu sumber hukum.

1. Konvensi New York tahun 1958

UU No.30 Tahun 1999 atau Perma No.1 Tahun 1990 tidak memuat secara jelas alasan-alasan yang dapat dijadikan alasan penolakan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan asing, maka dikarenakan Indonesia sendiri telah meratifikasi New York Convention tahun 1958, maka konvensi ini dapat dijadikan sumber hukum dalam hal penolakan terhadap suatu putusan arbitrase. Sebetulnya penolakan pengakuan dan pemberian *exequatur* terhadap putusan arbitrase asing disini adalah menyangkut tata cara dan syarat formalnya, yaitu harus ada permohonan dari pihak terhadap siapa eksekusi akan dijalankan (*at the request of the party against whom it is invoke*), permohonan pe-

nolakan disampaikan kepada pejabat yang kompeten (*the competence authority*),¹⁶⁰ dan permohonan itu harus dilengkapi dengan bukti tentang adanya pelanggaran terhadap salah satu alasan yang ditentukan dalam Pasal V ayat (1) Konvensi New York 1958. Dengan tidak dipatuhinya ketiga syarat tersebut oleh pihak-pihak yang terlibat dalam putusan, maka dapat dijadikan alasan penolakan pemberian *exequatur* terhadap putusan arbitrase asing.

Ada sebanyak 5 (lima) alasan yang dapat dijadikan sebagai dasar alasan permohonan penolakan putusan, dimana alasan-alasan ini sifatnya “alternatif”, bukan “kumulatif”.¹⁶¹ Kelima alasan tersebut adalah hal-hal sebagaimana yang diuraikan sebagai berikut:

a. Perjanjian Arbitrase Tidak Sah

Maksudnya putusan arbitrase asing yang diminta pengakuan dan eksekusi bersumber dari perjanjian arbitrase yang “tidak sah” (*the agreement is not valid*). Hal tersebut ditegaskan dalam Pasal V ayat (1) huruf a Konvensi New York 1958. Ketidakabsahan perjanjian arbitrase yang menjadi sumber putusan tersebut menurut hukum yang berlaku terhadap para pihak baik ditinjau dari ketentuan hukum dari negara tempat dimana putusan dijatuhkan maupun berdasar ketentuan hukum di negara mana permintaan pengakuan dan eksekusi diminta, disebabkan para pihak atau salah satu pihak yang membuat perjanjian arbitrase, terdiri dari oknum yang “tidak berwenang” membuat perjanjian. Para pihak atau salah satu pihak berada dalam keadaan *under incapacity* membuat perjanjian atau melakukan tindakan hukum disebabkan yang bersangkutan masih di bawah umur, atau masih berada di bawah pengampuan (*kuratele*).

Ditinjau dari segi praktek peradilan, putusan yang didasarkan dari perjanjian yang tidak sah disebabkan salah satu pihak tidak berwenang melakukan tindakan dapat “dibatalkan” (*voidable*). Sebagaimana yang diketahui bahwasanya klausula arbitrase dalam perjanjian sifatnya *assessor* terhadap perjanjian pokok (*basic agreement*). Oleh

160 *Ibid* hlm. 356.

161 *Ibid*

karena itu jika ada putusan arbitrase asing yang lahir dari perjanjian pokok yang tidak sah, secara assessor putusan arbitrase yang bersangkutan otomatis tidak sah. Oleh karena itulah, hal tersebut dapat dijadikan alasan permohonan untuk mengajukan penolakan pengakuan dan pemberian *exequatur* terhadap putusan. Dalam hal ini tidak ada pilihan hukum bagi Mahkamah Agung selain daripada mengabulkan permohonan penolakan dengan mengeluarkan penetapan yang berisi pernyataan “menolak pemberian pengakuan dan pemberian *exequatur* terhadap putusan arbitrase asing yang bersangkutan” dan harus dilengkapi dengan bukti (*furnish with proof*).

b. Tidak Memperoleh Kesempatan Melakukan Pembelaan

Seperti yang sudah sering disinggung, dalam proses pemeriksaan penyelesaian sengketa di muka forum arbitrase, harus ditegakkan asas *audi et alteram partem*. Artinya kepada para pihak harus diberi kesempatan yang sama dan cukup untuk membela kepentingan masing-masing. Oleh karena itu Mahkamah Arbitrase mesti menegakkan asas ini terhadap pihak *claimant* (pemohon) dan *respondent* (termohon) untuk diberi kesempatan yang sama dan secukupnya untuk mengajukan pembelaan dalam semua tingkat pemeriksaan. Terjadinya hal ini bisa juga karena disebabkan karena pihak yang dipanggil tersebut belum dipanggil atau diberi tahu menurut sepatutnya. Berarti dia sama sekali tidak tahu tentang adanya proses pemeriksaan sehingga tidak diberi kesempatan mengajukan bantahan dalam mempertahankan hak dan kepentingannya. Dalam hal tersebut keputusan arbitrase dianggap tidak wajar atau *unreasonable*. Jika demikian halnya permohonan eksekusi dapat ditolak. Ketentuan penolakan eksekusi putusan berdasarkan alasan pemeriksaan dan berkaitan erat dengan asas *audi et alteram partem* dalam pemeriksaan persidangan pengadilan. Oleh karena itu dalam setiap pemeriksaan para pihak harus diberi tahu secara resmi dan patut

c. Putusan Tidak Sesuai dengan Penugasan

Memutus sengketa secara nyata-nyata melampaui batas kekuasaan sama maknanya menjatuhkan putusan tidak sesuai dengan penu-

gasan yang diberikan kepada arbitrase yang dikenal dengan istilah *manifestly exceeded its power*.

Suatu putusan arbitrase dianggap melampaui ruang lingkup penugasan yang dimaksud apabila terdapat hal-hal seperti berikut:¹⁶²

- putusan tidak sejalan dengan yang disengketakan (*the award deals with a differences no contemplated by*);
- putusan tidak sesuai dengan syarat yang diajukan kepada arbitrase (*not falling within the terms of the submission to arbitration*);
- putusan berisi ketetapan mengenai hal-hal yang berada di luar ruang lingkup yang diajukan kepada arbitrase (*the award contains decision on matters beyond the scope of the submission to arbitration*).

Alasan ini dapat diterapkan penolakan oleh Mahkamah Agung secara *ex officio* karena dengan putusan yang tidak sesuai dengan penugasan atau *manifestly exceeded its powers* dipandang dan dinilai sebagai pelanggaran tata tertib beracara (aturan formal) bahkan merupakan pelanggaran terhadap *public policy* di Indonesia.

d. Susunan atau Penunjukan Arbiter Tidak Sesuai dengan Kesepakatan yang Dijanjikan Para Pihak

Dalam hal ini susunan mahkamah arbitrase yang menjatuhkan putusan itu sendiri tidak sesuai dengan kesepakatan para pihak (*was not accordance with the agreement of the parties*). Bisa juga putusan yang diambil didasarkan atas penunjukan anggota arbiter yang tidak sesuai dengan kesepakatan atau dengan prosedur yang ditentukan dalam rules yang disepakati yaitu sistem tata hukum dari negara tempat dimana putusan dijatuhkan (*failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place*). Alasan ini ditegaskan dalam Pasal V huruf d Konvensi New York 1958, yang dapat dirangkai menjadi 3 (tiga) bagian, yaitu:

162 Lihat Pasal V ayat (1) Konvensi New York 1958.

- Susunan mahkamah arbitrase yang menjatuhkan putusan tidak sesuai dengan kesepakatan para pihak;
- Penunjukan anggota arbiter tidak sesuai dengan kesepakatan atau dengan prosedur yang ditentukan dalam rules yang disepakati; dan
- Persetujuan yang menjadi dasar sengketa tidak sesuai dengan sistem dan nilai tata hukum negara tempat di mana arbitrase berkedudukan.

e. Putusan Belum Mengikat Para Pihak

Dalam Pasal V ayat (1) huruf e Konvensi New York ditegaskan bahwa “*The award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made*”.¹⁶³ Dari rumusan pasal ini suatu putusan yang telah *binding* bisa berubah menjadi belum *binding* (*not yet binding*). Atau putusan yang sudah *binding* pun masih mungkin ditolak *exequatur*-nya apabila terdapat pelanggaran. Dengan adanya putusan yang belum *binding*, maka terbuka kesempatan untuk mengajukan upaya terhadap putusan. Upaya tersebut dapat berupa permintaan *interpretation of the award*, permintaan *correction of the award*, permintaan *additional award*, atau pembatalan putusan (*request annulment of the award*).¹⁶⁴ Dan apabila pembatalan dikabulkan dengan sendirinya putusan semula “telah dikesampingkan” (*has been set aside*).¹⁶⁵

Dalam ayat 2 Pasal V, menyebutkan bahwa “pengakuan dan eksekusi putusan arbitrase asing yang bersangkutan bertentangan dengan ketertiban umum atau public policy”. Pengertian dan pemahaman dari public policy ini berbeda dari satu negara dengan negara lainnya.

163 Phillip Capper, *International Arbitration: A Handbook*, Third Edition, London Singapore, 2004, hlm. 132.

164 M. Yahya Harahap, M. Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari: Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award dan PERMA No. 1 Tahun 1990*, Edisi Kedua, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2001, hlm. 366.

165 *Ibid*

Indonesia pun tidak terlalu jelas memberikan definisi sebenarnya dari ketertiban umum ini. Pasal V ayat I adalah alasan penolakan secara formal dan sedangkan ayat 2 merupakan alasan yang bertitik tolak dari hukum materiil, putusan yang diambil mengenai masalah yang dilarang diselesaikan melalui arbitrase atau putusan bertentangan dengan ketertiban umum.

2. Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other

Konvensi ini umumnya disebut dengan World Bank Convention atau Konvensi Bank Dunia. Indonesia telah membuat Undang-undang sehubungan dengan konvensi ini yaitu UU No.3 Tahun 1968 yang merupakan persetujuan atas Konvensi Tentang Penyelesaian Perselisihan Antar Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Tujuan dari undang-undang ini adalah untuk meningkatkan investasi yang ada di Indonesia. Dengan meratifikasi konvensi ini pihak asing lebih ingin menginvestasikan modalnya ke Indonesia karena telah adanya jaminan bahwa kasus mereka akan diselesaikan melalui jalur arbitrase dan tidak akan diselesaikan ke jalur nasional dan menggunakan hukum di Indonesia yang tidak bisa mereka mengerti.

Akan tetapi walaupun Indonesia telah meratifikasi konvensi ini tidak secara otomatis bahwa sengketa yang terjadi di bidang investasi akan diajukan ke arbitrase. Tetap harus ada persetujuan arbitrase terlebih dahulu. Dalam hal Indonesia sebagai pihak dalam kontrak kerja sama investasi maka Pemerintah akan mewakili Indonesia dalam membuat persetujuan arbitrase. Pemerintah juga berhak untuk menentukan bentuk investasi yang bagaimanakah yang dapat diajukan ke arbitrase.¹⁶⁶ Badan penyelesaian sengketa arbitrase di bidang investasi ini selanjutnya akan disebut sebagai Badan Arbitrase Center ICSID.

Putusan yang dijatuhkan arbitrase center ICSID pada dasarnya memiliki self executing, artinya Convention on the Settlement of Investment Disputes Between states and Nationals of Other States,

166 Lihat. Pasal 2 UU No.5 tahun 1968

merupakan konvensi yang tidak memerlukan suatu tindakan perundang-undangan untuk dapat berlaku dalam suasana tata hukum intern. Jadi bagi Indonesia, dengan lahirnya UU No. 5 Tahun 1968 tentang Persetujuan RI atas Konvensi ini, berarti aturan Konvensi sudah menjadi bagian dari tata hukum intern Indonesia sebagai salah satu *contracting state*. Dengan demikian, Konvensi memiliki daya *self executing*. Oleh karena itu, pengakuan (*recognition*) dan eksekusi (*enforcement*) dari putusan arbitrase Centre, merupakan bagian tata hukum Indonesia tanpa memerlukan peraturan pelaksana dari UU No. 5 Tahun 1968 atas pengakuan dan eksekusinya.

Bertitik tolak dari apa yang dikemukakan, dihubungkan dengan ketentuan pasal 53 dan pasal 54 Konvensi, dapat dijelaskan hal-hal berikut.

a. Putusan Mengikat

Setiap putusan yang dijatuhkan arbitrase Centre “mengikat” atau *binding* kepada para pihak. Bersamaan dengan sifat mengikat tersebut, putusan juga bersifat *final* dan “menentukan” kepada para pihak.

Selain daripada itu, sifat mengikat dan final atas putusan arbitrase Centre kepada para pihak, sekaligus menutup upaya apapun terhadap putusan. Tidak ada kemungkinan untuk mengajukan upaya banding (*appeal*) atas putusan.

Sifat mengikat dan final, tidak hanya terhadap putusan itu sendiri tetapi juga meliputi segala penetapan yang menyangkut interpretasi, revisi, dan pembatalan putusan. Hal itu ditegaskan dalam pasal 5 ayat (2) Konvensi yang menyatakan: “*for the purpose of this Section, “award” shall include any decision interpreting or annulling....*”

b. Pengakuan Putusan

Di samping putusan bersifat mengikat dan final, putusan juga mesti diakui (*recognize*) oleh setiap negara peserta Konvensi (*Contracting state*). Makna pengakuan putusan arbitrase Centre, mempersamakan daya kekuatan mengikatnya seperti putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, yang dijatuhkan oleh badan peradilan di negara yang bersangkutan.

Dengan makna pengakuan atas putusan arbitrase Centre yang demikian, negara yang menerima putusan untuk menilai secara materiil. Kebolehan suatu negara untuk menilainya hanya dari segi formal.

c. Eksekusi Putusan

Sebagaimana sudah disinggung, putusan arbitrase Centre bersifat *self executing*, sehingga di samping putusan mengikat dan diakui para pihak, putusan harus dieksekusi oleh negara yang menerima putusan. Eksekusi menurut pasal 54 Konvensi berpedoman kepada ketentuan hukum yang berlaku di negara tersebut. Pelaksanaan dilakukan oleh hakim melalui badan peradilan resmi yang memiliki kompetensi relatif untuk itu.

Khusus di negara Indonesia, dikeluarkan peraturan Mahkamah Agung No. 1 tahun 1990 (Perma No. 1 Tahun 1990, tanggal 1 Mei 1990) sebagai aturan pelaksana eksekusi putusan arbitrase asing. Dapat dikatakan, Perma merupakan ketentuan tambahan eksekusi yang telah diatur dalam HIR. Dengan demikian, khusus mengenai eksekusi putusan arbitrase asing, harus sekaligus berpedoman kepada ketentuan Perma No. 1 Tahun 1990 dan pasal-pasal yang diatur dalam HIR (pasal 195-pasal 225 HIR).

Dari penegasan pasal 54 ayat (3) Konvensi di atas, pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase Centre harus dipatuhi para pihak, terutama pihak tereksekusi. Demikian uraian singkat mengenai hal-hal pokok yang diatur dalam Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of Other States.

d. Pembatalan Putusan

Pasal 52 Konvensi memberi hak kepada masing-masing pihak untuk mengajukan “pembatalan” atau *annulment* putusan Centre. Pengajuan permohonan pembatalan putusan diajukan dalam bentuk tertulis, dan ditujukan kepada Sekretaris Jenderal, setiap permohonan pembatalan putusan harus didasarkan atas alasan yang telah ditentukan secara limitatif dalam pasal 52 ayat (1) Konvensi, yang terdiri dari:

1. Pembentukan tribunal arbitrase yang memutus, tidak tepat.
2. Tribunal arbitrase yang memutus “melampaui batas kewenangan” atau *manifestly exceeded its powers*.
3. Ada “kecurangan” atau *corruption* dari sementara anggota arbiter.
4. Ada penyimpangan yang sangat serius dari fundamentum atau aturan acara, atau
5. putusan gagal mencantumkan alasan-alasan yang menjadi dasar putusan.

Permohonan pembatalan putusan diajukan dalam tenggang waktu 120 hari dari tanggal pengiriman salinan putusan. Kecuali jika pembatalan didasarkan atas alasan “kecurangan” (*corruption*), tenggang waktunya 120 hari dari tanggal kecurangan ditemukan. Adapun Tata cara pembatalan putusan adalah:

Ketua Dewan Administratif (*Chairman of the Administratif Council*), dalam hal ini Presiden Bank Dunia, menunjuk anggota arbiter untuk duduk dalam suatu Komite *ad hoc* yang terdiri dari tiga (3) orang. Penunjukan anggota arbiter yang akan duduk dalam Komite *ad hoc*, tidak boleh diambil dari anggota arbiter yang semula menjatuhkan putusan yang dimohon pembatalan, selama permohonan berjalan, pelaksanaan putusan “dapat” ditangguhkan dan jika putusan dibatalkan, atas permintaan salah satu pihak, perselisihan semula akan diputus oleh tribunal arbitrase baru yang dibentuk untuk itu. Jadi sedikit berbeda dengan peraturan di Indonesia dan Juga konvensi New York tahun 1958, maka perlawanan terhadap pelaksanaan putusan arbitrase hanya dapat di ajukan ke badan ICSID sendiri, tidak ke pengadilan nasional suatu negara.¹⁶⁷

167 Philip Capper, *International Arbitration, a handbook*, third edition, LLP Singapore 2004, p. 144-145.

4. Contoh-contoh kasus sehubungan dengan perlawanan terhadap pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing.

a. Kasus Kontrak Jual Beli Gula Pasir antara Pengusaha Indonesia dengan Pengusaha Inggris

Sewaktu Perma No1 Tahun 1990 berlaku, timbul kontroversi yang cukup hangat dibicarakan sekitar masalah pelaksanaan putusan arbitrase asing. Beberapa waktu yang lalu, Mahkamah Agung (MA) mengeluarkan suatu putusan eksekusi suatu putusan arbitrase asing terhadap kasus jual beli gula pasir, namun kemudian, putusan eksekusi tersebut ternyata dibatalkan. Alasannya adalah karena putusan arbitrase asing itu bertentangan dengan ketertiban umum di Indonesia.

Duduk perkara kasus itu adalah sebagai berikut:

Haryanto, pengusaha Indonesia, dan Man, pengusaha Inggris, sepakat membuat kontrak jual beli 400.000 metrik ton gula pasir pada Februari dan Maret 1982.

Dalam kontrak disepakati bahwa jika terjadi sengketa, mereka akan menyelesaikan melalui arbitrase London dan menurut hukum Inggris.

Haryanto, yang menjadi perantara Bulog, membatalkan kedua kontrak itu, sebab ketika itu harga gula internasional jatuh dan Bulog membatalkan janji untuk membeli gulanya. Akibatnya, importir gula Inggris Man yang merasa dirugikan karena terlanjur membeli gula dari sumber lain, tidak menerima putusan demikian.

Karena itu sesuai dengan kontrak, Man menyerahkan sengketa itu ke Arbitrase di London. Haryanto divonis arbitrator membayar ganti rugi US \$ 22 juta kepada Man.

Namun Haryanto tidak mematuhi putusan itu, Bahkan pada Agustus 1988, melalui pengacara Prof Sudargo Gautama, haryanto mengajukan gugatan pembatalan kedua kontrak tadi ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Prof Mr. Sudargo Gautama mendalilkan bahwa kontrak tersebut melanggar ketertiban umum dikarenakan hukum yang digunakan dalam menyelesaikan sengketa adalah hukum Inggris bukan hukum Indonesia. Pada akhirnya Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi sependapat dengan Prog Sudargo sehingga memenang-

kan Haryanto, dan pihak man kemudian mengajukan kasasi. Sesuai dengan Perma No.1 /1990, Man meminta permohonan pelaksanaan putusan arbitrase London. Dan permohonan ini dikabulkan oleh MA. Kemudian Pada tanggal 14 Desember 1991 majelis hakim yang diketuai Prof Bustanil Arifin menolak kasasi man. Putusan menyatakan bahwa eksekutor tidak bisa dilaksanakan. Alasannya adalah penetapan hanya bersifat titel eksekutor saja, yang belum merupakan perintah (*Primafacie*). Sedangkan pelaksanaan putusan haruslah tunduk pada peraturan hukum acara di Indonesia di Indonesia.¹⁶⁸

Analisis kasus:

Sesuai dengan penjelasan di atas, memang salah satu alasan untuk melakukan perlawanan terhadap suatu putusan arbitrase adalah adanya pelanggaran terhadap asas ketertiban umum seperti yang dikemukakan oleh Prof Sudargo Gautama. Man yang kemudian mengajukan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase London dan mendapatkan penetapan yang ditandatangani oleh Ketua MA.

Akan tetapi penetapan tersebut tidak dapat dijalankan karena pelaksanaan putusan menurut majelis tetap harus tunduk pada hukum acara Indonesia. Pembatasan terhadap ketertiban umum seharusnya perlu untuk dibuat secara jelas, sehingga apa yang terjadi pada kasus ini tidak terjadi lagi, baik pengadilan maupun MA memiliki penafsiran yang sama terhadap definisi dari ketertiban umum. Sehingga tidak menimbulkan perdebatan yang pada akhirnya menjadi suatu ketidakpastian hukum.

Bila kita lihat dari keadaan hukum Indonesia masa kini dan telah banyak juga sumber-sumber hukum yang ada sekarang, maka putusan arbitrase di London, harus dilaksanakan karena telah ada perjanjian arbitrase dari pihak yang bersengketa, kemudian permasalahannya adalah permasalahan di bidang perdata. Dan tidak terdapatnya pelanggaran asas ketertiban umum pada kasus ini. Karena definisi putusan arbitrase yang melanggar ketertiban umum adalah apabila kepu-

168 Huala Adolf, Pelaksanaan Keputusan Badan Arbitrase, Rajawali Press, Jakarta, Hal. 98-100

tusan arbitrase tersebut merusak sendi-sendi hukum yang ada di Indonesia. Apabila ada penggunaan hukum Inggris dalam menyelesaikan suatu sengketa, maka hal ini adalah benar karena telah tercantum dalam kontrak, dan kontrak tersebut tidaklah bertentangan dengan ketertiban umum karena disepakati oleh para pihak yang membuatnya. Oleh sebab itu memang untuk menghindari hal ini, pembuat kontrak pun harus melihat hukum dari *lex arbitri* atau hukum tempat dimana arbitrase tersebut akan dilaksanakan dan hukum tempat kemungkinan enforcement seandainya terdapat sengketa, maka disini haruslah melihat apakah penggunaan hukum asing dalam kasus jual beli gula antara pihak Indonesia dan Asing menurut hukum di Indonesia harus menggunakan hukum di Indonesia. Dan begitu juga sebaliknya dengan hukum Inggris apakah memperbolehkan warga negaranya membuat kontrak dengan menggunakan hukum Indonesia dalam kontrak jual beli gula ini. Jawabannya adalah tergantung dari masing-masing undang-undang negara tersebut.

b. Kasus Karaha Bodas Company v. Pertamina dan PLN

Duduk perkara:

Sengketa antara Pertamina melawan KBC bermula dengan ditanatanganinya perjanjian *Joint Operation Contract* (JOC) pada tanggal 28 Nopember 1994. Pada tanggal yang sama PT. Perusahaan Listrik Negara (PLN) di satu pihak dan Pertamina serta KBC menandatangani perjanjian *Energy Supply Contract* (ESC). Perjanjian kerja sama ini bertujuan untuk memasok kebutuhan listrik PLN dengan memanfaatkan tenaga panas bumi yang ada di Karaha Bodas, Garut, Jawa Barat.¹⁶⁹ Namun, karena krisis ekonomi dan atas rekomendasi Internasional Monetary Fund (IMF), pada tanggal 20 September 1997, Presiden melalui Keppres No. 39/ 1997 tentang Penangguhan/Pengkajian Kembali Proyek Pemerintah, BUMN Swasta yang berkaitan dengan Pemerintah/ BUMN. Keppres tersebut menanggguhkan pelaksanaan proyek PLTP Karaha sampai keadaan ekonomi pulih. Selanjutnya,

169 http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini_ftn2.

pada 1 November 1997, melalui Kepres No. 47/1997 proyek diteruskan. Namun, berdasarkan Keppres No. 5/ 1998 pada tanggal 10 Januari 1998 proyek kembali ditangguhkan. Pada tanggal 22 Maret 2002 pemerintah melalui Keppres No. 15/2002, berniat melanjutkan proyek tersebut. Selanjutnya, didukung juga dengan Keputusan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral No. 216K/31/MEM/2002 tentang Penetapan Status Proyek PTLP Karaha dari ditangguhkan menjadi diteruskan. Penangguhan yang berulang-ulang inilah yang membuat KBC mengajukan gugatan ganti rugi kepada Pertamina dan PLN.

Akhirnya, KBC pada tanggal 30 April 1998 memasukkan gugatan ganti rugi ke Arbitrase Jenewa (Swiss) sesuai dengan tempat yang dipilih oleh para pihak dalam JOC. Pengadilan arbitrase Jenewa pada tanggal 18 Desember 2000 membuat putusan agar Pertamina dan PLN membayar ganti rugi kepada KBC. Kurang lebih US\$ 270.000.000. Pertamina harus membayar denda yang dihitung dari nilai ganti rugi US\$ 111,1 juta dan hilangnya kesempatan mendapatkan keuntungan (opportunity lost) US\$ 150 Juta, ditambah dengan bunga 4% per tahun sejak 2001.¹⁷⁰Selain mengajukan Gugatan kepada Pengadilan Swiss, KBC juga melakukan upaya hukum berupa permohonan untuk melaksanakan Putusan Arbitrase Jenewa di Pengadilan beberapa negara dimana aset dan barang Pertamina berada, kecuali di Indonesia, yaitu:

1. Pada tanggal 21 Februari 2001, KBC meminta US District Court for The Southern District of Texas untuk melaksanakan putusan arbitrase Jenewa;
2. Pengadilan Hong Kong, memutuskan mengabulkan permohonan sita jaminan KBC terhadap aset dan barang milik Pertamina yang berada di Singapura.
3. Pengadilan Singapura, KBC meminta semua aset anak perusahaan PERTAMINA yang berada di Singapura, termasuk Petral.

¹⁷⁰ [http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini -
_ftn5](http://www.pemantauperadilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini_ftn5)

4. Pada tanggal 30 Januari 2004, KBC meminta Hakim New York untuk menahan aset Pertamina dan Pemerintah RI hingga 1,044 miliar dolar USA. Permintaan tersebut ditolak, dan Hakim menetapkan agar Bank Of America (BOA) dan Bank Of New York melepaskan kembali dana sebesar US\$ 350 Juta kepada pemerintah RI. Yang tetap ditahan adalah dana 15 rekening adjudicated account di BOA sebesar US\$ 296 Juta untuk jaminan.

Atas putusan Arbitrase Jenewa, Pertamina tidak bersedia secara sukarela melaksanakannya. Sebagai upaya hukum, Pertamina telah meminta pengadilan di Swiss untuk membatalkan putusan arbitrase. Hanya saja upaya ini tidak dilanjutkan (*dismiss*) karena tidak dibayarnya uang deposit sebagaimana dipersyaratkan oleh Swiss Federal Supreme Court oleh Pertamina. Pengadilan Swiss adalah pengadilan yang berwenang untuk membatalkan putusan arbitrase Jenewa berdasarkan dua alasan. Pertama, Pertamina dan KBC telah menentukan *seat* arbitrase Jenewa dibuat di Swiss. Kedua, putusan Arbitrase Jenewa dibuat di Swiss. Namun sayang, proses ini tidak diteruskan karena keengganan Pertamina membayar uang deposit. Selain meminta pengadilan Swiss untuk membatalkan putusan arbitrase, upaya hukum lainnya yang dilakukan oleh Pertamina adalah meminta penolakan pelaksanaan putusan arbitrase Jenewa di pengadilan-pengadilan yang oleh KBC diminta untuk melakukan eksekusi serta melakukan upaya hukum pembatalan putusan arbitrase Jenewa kepada Pengadilan Indonesia (Pengadilan Negeri Jakarta Pusat).

Adapun amar putusan dari arbitrase Jenewa pada tanggal 18 Desember 2000 di Jenewa adalah sbb:¹⁷¹

1. *Pertamina dan PLN telah melanggar perjanjian ESC dan Pertamina telah melanggar kontrak JOC;*
2. *Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing dijatuhi hukuman dalam bentuk pembayaran ganti rugi*

171 Indah Lisa Diana, Ketertiban Umum sebagai dasar penolakan Putusan Arbitrase, Lihat pada <http://www.pemantauperadilan.com> .

- sebesar US\$ 111.100.000 untuk biaya-biaya yang diderita kepada KBC, termasuk bunga sebesar 4% per tahun, terhitung tanggal 1 Januari 2001 sampai lunas;*
3. *Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing dijatuhkan hukuman pembayaran ganti rugi sebesar US\$ 150.000.000 untuk laba yang seharusnya diperoleh kepada KBC termasuk bunga sebesar 4% per tahun, terhitung tanggal 1 Januari sampai lunas;*
 4. *Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing dijatuhkan hukuman pembayaran ganti rugi sebesar US\$ 66.654,92 kepada KBC untuk biaya dan ongkos yang dikeluarkan sehubungan dengan fase kedua dan terakhir dari arbitrase ini, termasuk bunga sebesar 4% per tahun, terhitung tanggal 1 Januari 2001 sampai lunas;*
 5. *Masing-masing pihak harus menanggung ongkos pembiayaan penasihat hukum dan para asisten mereka;*
 6. *Tuntutan lainnya dari para pihak dinyatakan dibantah atau dihapuskan.*

Pihak KBC kemudian melakukan sita terhadap semua aset-aset Pertamina di Singapura, Amerika dan HongKong kecuali di Indonesia. Karena di Indonesia Pertamina mengajukan perlawanan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing ini.

Dalam kasus KBC vs. Pertamina, alasan dari Pertamina dalam mengajukan pembatalan kepada PN Jakpus salah satunya adalah dengan menggunakan Pasal V.2 ayat (b) Konvensi New York.

Article V.2 (b):

1. *Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:*
(Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase dapat ditolak jika badan yang berwenang di negara tempat pengakuan dan pelaksanaan putusan menemukan:)
(b) *The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.*

(Pengakuan atau pelaksanaan putusan akan bertentangan dengan kepentingan umum).

Berkaitan dengan Pasal tersebut di atas, Pertamina dalam alasan permohonan pembatalan putusan arbitrase Jenewa kepada PN Jakpus, mengemukakan hal-hal sebagai berikut [http://www.pemantau-peradilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini - _ftn17](http://www.pemantau-peradilan.com/detil/detil.php?id=194&tipe=opini_-_ftn17): “Bahwa Pasal 1337 menentukan bahwa suatu causa adalah terlarang apabila hal tersebut dilarang oleh undang-undang atau bertentangan dengan ketertiban umum”.

Bahwa sebagaimana telah dikemukakan, maka JOC dan ESC tidak dapat diteruskan pelaksanaannya karena telah ditanggihkan oleh Keputusan Presiden Republik Indonesia.

Bahwa sebagaimana dapat dibaca dari pertimbangan yang diberikan dalam bukti P-6 Keputusan Presiden No. 5 tahun 1998 tersebut, maka dalam rangka upaya mengatasi gejolak moneter yang dihadapi oleh negara Indonesia yang timbul sejak tahun 1997 dan untuk penghematan di semua bidang maka pemerintah Indonesia menganggap perlu untuk menanggihkan proyek-proyek yang membutuhkan dana yang besar, antara lain Proyek PLTI Karaha (Tahap I PLN) yang diadakan berdasarkan perjanjian JOC dan ESC;

Bahwa dengan demikian maka Keputusan Presiden RI No. 5 tahun 1998 tersebut dikeluarkan oleh Pemerintah RI demi kepentingan penyelamatan negara dan rakyat Indonesia yang sedang menghadapi krisis ekonomi khususnya yang diakibatkan antara lain oleh depresiasi mata uang rupiah terhadap nilai tukar US dolar yang pada saat itu mencapai lebih dari 300% sehingga apabila proyek PLTP tersebut diteruskan pasti akan menimbulkan beban keuangan yang sangat berat bagi negara dan rakyat Indonesia. Oleh karenanya, untuk menjaga ketertiban umum maka pemerintah Indonesia memandang perlu untuk menanggihkan proyek PLTP Karaha (Tahap PLN I) tersebut.

Bahwa oleh karenanya Putusan arbitrase Internasional tanggal 18 Desember 2000 tidak dapat dilaksanakan karena bertentangan dengan ketertiban umum Republik Indonesia.

Alasan ketertiban umum juga ditentukan dalam Pasal 66 UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase sebagai syarat yang harus dipenuhi oleh suatu putusan arbitrase internasional untuk dapat dilaksanakan.

Selanjutnya bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menolak Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing ini dan Terhadap putusan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang menolak untuk diakui dan *dienforce* (dilaksanakannya) putusan arbitrase asing (internasional) ini, *Karaha Bodas Company (KBC)* mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung. Berdasarkan pertimbangan Mahkamah Agung maka putusan arbitrase asing (internasional) tersebut dikuatkan dan oleh karena itu PERTAMINA selaku tergugat tetap dinyatakan kalah dalam kasus ini dan harus bayar ganti kerugian sebagaimana yang ditetapkan dalam putusan.¹⁷²

Analisis Kasus.

Kembali terulang di Indonesia terjadinya penolakan terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia. Dan kembali pula terjadi dasar penolakan tersebut adalah alasan ketertiban umum. Dan hingga saat ini ketertiban umum tersebut terus menjadi perdebatan dalam dunia *recognition and enforcement of the arbitral award*.

Kasus karaha Bodas Company ini banyak menarik perhatian para pengamat arbitrase baik pengamat nasional maupun internasional. Tidak dapat disalahkan dalam hal ini pihak Pertamina (Indonesia) berusaha untuk membela kepentingannya. Adalah suatu hal yang wajar apabila sangat sulit bagi Indonesia untuk membayar kerugian yang dituntut oleh KBC dan dikabulkan oleh Arbitrase Swiss.

Permasalahannya adalah bahwa dengan alasan ketertiban umum ini dikemudian hari dapat menghambat terjadinya investasi di Indonesia, karena kurangnya kepercayaan pihak asing untuk menanamkan modalnya di Indonesia karena adanya ketidakpastian hukum di Negara ini.

172 PUTUSAN Nomor: 86/PDT.G/2002/PN.JKT.PST.

Namun apabila kembali ke kasus karaha bodas ini maka alasan ketertiban umum memang bisa digunakan. Yaitu putusan tersebut tidak sesuai dengan Hukum Indonesia karena menurut Hakim Pengadilan Negeri kasus ini harus diselesaikan menurut Hukum Indonesia sebagaimana yang ditentukan dan disepakati dalam kontrak/persetujuan para pihak. Hal ini bertentangan dengan isi perjanjian antara *Karaha Bodas Company (KBC)* dan PERTAMINA yang telah menggunakan Hukum Swiss dalam menyelesaikan sengketa/kasus ini. Dimana dalam isi perjanjian mereka terdapat klausul “*Government Related Event*” yang secara tegas dikatakan bahwa PERTAMINA dan PT. PLN akan menanggung risiko. Dalam hal ini *Karaha Bodas Company (KBC)* secara tegas dikecualikan.¹⁷³

Oleh karena yang menghentikan proyek dalam kontrak kerja sama tersebut adalah Keputusan Presiden, maka PERTAMINA dan PT. PLN oleh Tribunal di Swiss, sesuai dengan isi perjanjian, dihukum menanggung risikonya (melaksanakan putusan arbitrase Jenewa, Swiss). Di samping itu berdasarkan Konvensi New York 1958 pada Artikel V (1) e, juga disebutkan bahwa pembatalan putusan arbitrase tersebut diputuskan oleh negara dimana perkara tersebut diperiksa dan diputus atau hukum negara yang dipakai dalam arbitrase. Disini terlihat bahwa ada 2 (dua) yurisdiksi primer, dan berdasarkan persetujuan universal yaitu *lex arbitri* maka hukum dimana perkara diperiksa dan diputus yang berlaku yang menjadi yurisdiksi primer.¹⁷⁴ Artinya, walaupun hukum yang dipakai dalam perjanjian adalah Hukum Indonesia, tetap hukum dimana perkara diperiksa dan diputus yang berwenang untuk membatalkan suatu putusan arbitrase asing karena merupakan yurisdiksi primer.

Dengan demikian hukum Jenewa, Swiss merupakan satu-satunya yurisdiksi pengadilan yang valid untuk membatalkan putusan

173 *Peninjauan Kembali dan Enforcement di Luar Negeri*, Artikel, Hukumonline 28/11/04.

174 Terhadap masalah yang menyangkut 2 (dua) yurisdiksi primer, maka berlaku *Lex Arbitri* hukum dimana perkara diperiksa dan diputus. Erich A. Schwarts, *Ada Kekhilafan Hakim dan Novum, Pertamina Ajukan PK Kasus KBC*, Artikel Hukumonline 10 Setember 2005, hlm. 16.

arbitrase asing tersebut karena Swiss adalah negara tempat putusan arbitrase dijatuhkan. Dalam hal ini berdasarkan prinsip arbitrase *final and binding*, Indonesia sebagai yurisdiksi sekunder harus mengikuti putusan dari yurisdiksi primer yaitu arbitrase Jenewa, Swiss yang telah memutus sengketa antara Karaha Bodas Company (KBC) dan PERTAMINA.

Jadi, putusan Mahkamah Agung menguatkan *Arbitral Award* (putusan arbitrase) Swiss adalah tepat karena Indonesia sudah meratifikasi Konvensi New York 1958 tentang *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*. Artinya kita sudah sepantasnya beritikad baik melaksanakan putusan arbitrase asing (internasional) di Indonesia karena juga menyangkut asas resiprositas (*reciprocity*). Walaupun Indonesia memang harus membayar ganti rugi, tetapi di dunia investasi Indonesia masih menjadi tempat yang layak untuk melakukan investasi.

DAFTAR PUSTAKA

a. Buku dan Artikel

- Abdurrasyid Priyatna, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Fikahati Aneska and BANI, (2002).
- Ahmaturrahman. *Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Umum* (Diktat). Palembang: Fakultas Hukum UNSRI, (2004).
- Alan Redfern dan Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson Sweet and Maxwell, London, (2003).
- Bambang Sugongono, *Metodologi Penelitian Hukum*, P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, (1998).
- Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum dalam Praktik*, Sinar Grafika, Jakarta (1996).
- Christopher H. Schreuer, *State Immunity: Some Rescent Developments*, Cambridge: Grotius Publication Limited, (1988).
- Eric Schafer, at al, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International (2005).
- Esa Paasivirta, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Finish Lawyers Publishing Company, Hellinski, (1990).
- Hikmahanto Juwana. *Ada Kekhilafan Hakim dan Novum Pertamina Ajukan PK Kasus Karaha Bodas Company*, (Artikel), [http://www. Hukumonline.com](http://www.Hukumonline.com). 10 September (2005).
- Ibrahim Senen, *Provisional and Protective Measures in Arbitration: (Comparative Study Indonesia and the Netherlands)*, Erasmus University. (2004).
- James Huleatt Mark and Nicholas Gould, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, London Hong Kong, LP, (1999).
- John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Institutions and Procedure, Oxford University Press, (1999).
- Laforce, M.K., *International Contracts: Aspect of Jurisdictions, Arbitration and Private International Law*, London: Sweet and Maxwel (1996).
- Meria Utama. *Analisis Pembatalan Putusan Arbitrase (Setting Aside The Arbitral Award) Di Indonesia Menurut UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Seminar). Inderalaya: Fakultas Hukum UNSRI, 2006.

- . *Choice of Place of Arbitration and The Law Governing the Arbitration Procedure*. Rotterdam, 2006.
- Munir Fuadi, *Arbitrase Nasional, Penyelesaian Sengketa Bisnis*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, (2003).
- Okenzie Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Westport: Quorum Books, (1994).
- Philip Capper. *International Arbitration: A Handbook, Third Edition*. London- Singapore: LLP, 2004.
- Sidargo Gautama, *Indonesia Business Law*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, (1995).
- Vesna Iazic., *Arbitration and Insolvency Proceeding: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, The Hague: T.M.C. Asser Institute, (1999).
- Sander, P. and A.J. Van Den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986*, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, (1987).
- R. Subekti, *Hukum Acara Perdata*, Bandung: Bina Cipta, 2nd Edition (1997).
- Roni Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum and Jurimetri*, Galia Indonesia, Jakarta, (1998).
- Yahya Harahap. *Arbitrase, Ditinjau Dari Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre For The Settlement Of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention Of The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Award, Perma No.1 Tahun 1990, Edisi Kedua*. Jakarta: PT. Sinar Grafika, 2001.

b. Dokumen-Dokumen Lainnya

- Convention On The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Konvensi New York 1998), New York, 10 Juni 1958.
- Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (ICSID).
- Keppres No. 34 Tahun 1981, Tanggal 5 Agustus 1981.
- Perma No. 1 Tahun 1990 *Tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing Mahkamah Agung Republik Indonesia*
- .PUTUSAN No. 86/PDT.G/2002/PN.JKT.PST.
- Undang-Undang No. 30 Tahun 1999, *Tentang Arbitrase dan lternatif Penyelesaian Sengketa*.
- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration* 1985.