

HALAMAN PENGESAHAN

1. Judul Penelitian : Penggunaan Lex Mercatoria sebagai Hukum yang di Pilih Dalam Penyelesaian Sengketa Dagang Internasional

2. Ketua Peneliti :

- a. Nama Lengkap : Yunial Laili Mutiari.SH., M.Hum
- b. Jenis Kelamin : Perempuan
- c. NIP : 19580608 198511 1 001
- d. Pangkat/Gol. : Pembina Tk.I / IV.a
- e. Jabatan : Lektor kepala
- g. Fakultas/bagian : Hukum/Hukum Bisnis
- h. Alamat : Kampus Inderalaya, Inderalaya, Ol.
- i. Telpon/Faks : 0711-580063/581179
- j. Alamat rumah : Jl. Demang Lebar Daun - Palembang
- k.Hp : 081271915

1. Tim Peneliti

No	Nama	NIP	Bidang Keahlian	Fakultas
1	Meria Utama, SH., LL.M	19780509 200212 2 003	Hukum Bisnis Internasional	Hukum
2	Hj. Helmanida, S.H., M.Hum	19570221 198803 2 002	Hukum Administrasi Negara	Hukum
3	Heksa Berti	-	Hukum Bisnis	Hukum

3. Pendanaan dan Jangka Waktu Penelitian

- a. Penelitian diusulkan bulan : Oktober 2009
- b. Total Biaya yang diusulkan : Rp. 5.000.000,-
- c. Jumlah biaya yang disetujui : Rp. 5.000.000

Palembang, 7 November 2009

Mengetahui,
Ketua Unit Penelitian FH-UNSRI

Putu Samawati,, S.H., M
NIP. 19800308 200212 2002

Ketua Peneliti,

Yunial Laili Mutiari.SH., M.Hum
NIP. 19580608 198511 1 001

Menyetujui.

Dekan FH-UNSRI

Prof. Amzulian Rifai, SH., LL.M., Ph.D.
NIP. 19641202 199003 1 003



RINGKASAN

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*). Sehingga adalah suatu kemungkinan sekarang para pebisnis tidak hanya melakukan usahanya dinegara tempat ia tinggal atau berdomisili tapi juga dinegara lain, sehingga dengan demikian berarti telah terjadi suatu bisnis internasional diantara mereka.

Namun dalam bisnis yang dilakukan tersebut, seringkali timbul sengketa yang dilakukan oleh para pihak. Dan pilihan penyelesaian sengketanya dapat dilakukan baik ke pengadilan ataupun ke arbitrase. Dikarenakan domisili atau kewarganegaraan yang berbeda maka hukum yang digunakan juga berbeda. Sehingga jika tidak dengan jelas dicantumkan dalam kontrak yang mereka buat maka akan terjadi permasalahan baru yaitu hakim harus menentukan hukum mana yang akan mereka gunakan dalam penyelesaian sengketa tersebut, karena beda hukum yang diterapkan bisa terjadi beda putusan dari hakim atau arbitrase. Dalam perkembangannya *law of the merchant* termasuk salah satu pilihan hukum yang digunakan oleh para hakim untuk penyelesaian sengketa dagang internasional

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.

PRAKATA

Puji syukur kami ucapkan karena penulisan laporan penelitian ini dapat diselesaikan tepat waktu. Penelitian yang bertujuan menganalisis penggunaan new lex mercatoria dalam sengketa dagang internasional dan menganalisis sifat putusan dari sengketa yang menggunakan New Lex Mercatoria sebagai dasar hukum penyelesaian sengketa ini diharapkan mampu untuk menjawab permasalahan yang ada selama ini bahwa selalu terjadi perdebatan seandainya para pihak lupa mencantumkan klausula pilihan hukum dalam kontrak yang telah mereka buat.

Hasil penelitian ini juga kami harapkan dapat menjadi masukan yang bersifat membangun bagi pemerintah daerah dan masyarakat secara umum. Terima kasih kami ucapkan kepada semua pihak yang telah membantu sehingga penelitian ini dapat terlaksana dengan baik. Kritik dan saran sangat kami harapkan untuk perbaikan penelitian yang akan datang.

Palembang, 9 November 2009

Tim Peneliti

DAFTAR ISI

	Halaman
Halaman Judul	i
Halaman Pengesahan	ii
Ringkasan	iii
Prakata	iv
Daftar Isi.....	v
BAB I Pendahuluan	
1. Pendahuluan	1
2. Perumusan Masalah	3
BAB II Tinjauan Pustaka	
1. Pengertian dan Istilah Lex Mercatoria.....	4
2. Definisi NLM.....	7
3. Pilihan Hukum Para Pihak	8
4. Model Penyelesaian sengketa.....	10
BAB III Tujuan dan Manfaat Penelitian	
1. Tujuan.....	12
2. Manfaat penelitian	12
BAB IV Metode Penelitian	
1. Metode Pendekatan.....	14
2. Jenis dan Sumber data.....	14
3. Tehnik Pengumpulan data.....	15
4. Analisis data.....	15
BAB V Hasil dan Pembahasan	
1. Penggunaan Lex Mercatoria dalam Sengketa Dagang Internasional.....	16
2. Sifat Putusan pengadilan dan arbitrase terhadap sengketa yang Menggunakan Lex Mercatoria sebagai dasar hukum penyelesaian sengketanta.....	38
BAB VI Kesimpulan dan Saran	
1. Kesimpulan	47
2. Saran.....	47
Daftar Pustaka	48
Lampiran-lampiran.....	

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 Counter-vailing 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

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).

Dengan turutanya 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 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.

Berdasarkan latar belakang diatas maka ada beberapa permasalahan yang perlu dikaji yaitu :

1. Bagaimanakah penggunaan Lex Mercatoria Dalam Sengketa Dagang Internasional?
2. Bagaimanakah sifat putusan dari pengadilan atau arbitrase dari sengketa yang menggunakan Lex Mercatoria sebagai dasar hukum penyelesaian sengketanya?

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

1. Pengertian Istilah *Lex Mercatoria*

Peristilahan hukum merupakan terminologi khusus yang pengertiannya diberikan oleh para ahli hukum, sehingga akan berbeda dengan pengertian secara linguistik.⁴ Kata *Lex Mercatoria* diambil dari bahasa Latin, yaitu *Lex* dalam bahasa Inggris mengandung arti *Law* atau dalam bahasa Indonesia berarti berarti hukum dan *mercatoria* dalam bahasa Inggris dipadankan dengan kata *merchant* artinya, perniagaan atau komersial.⁵ 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.⁶ 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*).

Pada umumnya di dalam beberapa kepustakaan istilah *lex mercatoria* diberikan pengertian sebagai hukum yang seragam (*uniform law*) yang

⁴ Lihat Roland Dworkin, *Semantic Theories of Law, Propositions and Grounds of Law*, dalam *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, hlm. 31-72.

⁵ Lihat misalnya K. Prent C.M dkk., *Kamus Latin-Indonesia*, Jakarta: Penerbit: Kanisius, 1969.

⁶ 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.

framework of international trade, without reference to a particular national systems of law.

Julian Lew¹¹ 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 North¹² 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.*

Clift Schmittoff¹³ mendefinisikan *the uniform law developed by parallelism of action intha various national systems in an area of optional law in which the State, in principle, is disinterested.*

Ole Lando¹⁴ 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

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*
Ibid.
Ibid.

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**¹⁵ :

"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."

2. 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*.¹⁶ 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

Ibid.

¹⁶ Okenzie Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Westport : Quorum Books, (1994).

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.¹⁷

3. 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

¹⁷ Christopher H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*. Cambridge: Grotius Publication Limited, 1998, hal. 258.

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.¹⁸

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 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-pasal nya. Salah satunya adalah

¹⁸ 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.

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.

4. MODEL PENYELESAIAN SENGKETA

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.¹⁹ Sementara disisi 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.²⁰

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

¹⁹ Achmad Romsan, Teknik Penyelesaian Sengketa diluar pengadilan : Negosiasi dan Mediasi, TB. Angrek Palembang, 2007. hlm 25.

²⁰ Abdurrasyid Priyatna, Arbitral Awards, BANI Quarterly Newsletter Number 5/2008, published by BANI Arbitration Center. hlm. 2

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.²¹

Perkembangan dibidang 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 dibawah 150 juta rupiah.

²¹ Pada saat ini BANI telah pula melaksanakan hybrid arbitrase ini yang disebut dengan arb-med-arb.

BAB III TUJUAN DAN MANFAAT

1. TUJUAN

Tujuan penelitian ini adalah :

1. Menganalisis Penggunaan New Lex Mercatoria dapat Dalam Sengketa Dagang Internasional.
2. menganalisis sifat putusan dari sengketa yang menggunakan New Lex Mercatoria sebagai dasar hukum penyelesaian sengketanya.

2. MANFAAT

1. **Teoritis** : Kontribusi penelitian ini secara teoritis idalah untuk menjawab permasalahan yang dipaparkan dalam penelitian ini, juga dapat memberikan masukan berupa pengembangan pada mata kuliah hukum bisnis internasional khususnya hukum ekonomi dan hukum dagang Internasional. Sehingga Lex Mercatoria yang sudah sedemikian berkembang dan menjadi sumber hukum yang digunakan masyarakat internasional dalam penyelesaiiana sengketanya dapat digunakan oleh para pihak yang terlibat dalam hubungan bisnis tertentu.

2. **Praktis** : dapat memberikan memberikan kontribusi pemikiran inovatif kepada masyarakat khususnya para pihak yang terlibat dalam suatu sengketa bisnis untuk akademik dan pemerintah. Sehingga dalam kontrak yang dibuat oleh mereka dapat mencantumkan klausula pilihan hukum

mereka yaitu *lex mercatoria*, sehingga tidak terjadi kebingungan baik oleh hakim atau para arbiter dalam memutuskan perkara yang akan mereka selesaikan.

BAB IV METODE PENELITIAN

1. Metode Pendekatan

Dalam melakukan penelitian ini digunakan metode pendekatan yang bersifat yuridis normatif²² karena penelitian ini bertujuan menggambarkan secara lengkap aspek-aspek hukum dari suatu keadaan untuk memperoleh data mengenai hubungan hukum antara suatu gejala dengan gejala lain yang berbentuk suatu penjelasan yang menggambarkan keadaan, proses dan peristiwa tertentu.

Pendekatan yuridis dilakukan dengan mengkaji, mempelajari dan menelaah teori-teori, konsep-konsep, dotrin-doktrin hukum serta peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan.

2. Jenis dan Sumber Data

Jenis data yang dipergunakan adalah data sekunder, yakni data yang bersumber dari bahan hukum maupun data yang telah diolah terlebih dahulu. Data sekunder ini terdiri dari :²³

- a. Bahan hukum primer, dimana dalam penulisan ini bahan hukum primer yang dipergunakan adalah Konvensi-Konvensi Internasional yang berhubungan dengan permasalahan yang penulis coba bahas dalam tulisan ini, yaitu antara lain : Hukum Perdata Internasional Indonesia, UNIDROID , dll.

²² Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 42.

²³ Amiruddin dan H. Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. PT Raja Grafindo Persada. Jakarta. 2004.

- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti hasil-hasil penelitian atau pendapat para pakar hukum.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus (hukum).

3. Teknik Pengumpulan Data

Adapun dalam penelitian ini teknik pengumpulan data yang akan peneliti lakukan adalah mengacu pada pendekatan kualitatif sebagai pendekatan dasar dan lebih menekankan pada aspek normatif. Untuk memperoleh data sekunder akan dilakukan studi kepustakaan yang akan dilaksanakan dengan cara mengkaji berbagai literatur yang berhubungan dengan obyek penelitian. Literatur-literatur tersebut diperoleh tidak hanya melalui perpustakaan, akan tetapi ada sebagian yang diperoleh melalui Situs Internet yang terkait dengan penelitian yang dilakukan.

4. Analisis Data

Data yang diperoleh dari sumber bahan hukum dikumpulkan, diklasifikasikan baru kemudian dianalisis secara deskriptif yuridis analitis. Yakni suatu bentuk pengolahan data yang pada awalnya panjang dan lebar kemudian diolah menjadi suatu data yang ringkas dan sistematis. Selanjutnya hasil analisis

dari sumber bahan hukum tersebut dikonstruksikan berupa kesimpulan sehingga awal analisis tersebut dapat menjawab permasalahan dalam penelitian.

BAB V HASIL DAN PEMBAHASAN

1. 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 data 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 diresap ke dalam sistem-sistem hukum negaranegara 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 menghindar 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 internasional 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.

14

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,²⁴ pada pembuatan kontrak terdapat unsur proses seperti pada pembuatan undang-undang.²⁵ L.J. Van Apeldoorn²⁶ menyatakan bahwa perjanjian 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.²⁷

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

²⁴ Pasal 1338 KUH Perdata.

²⁵ 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.

²⁶ L.J. Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Paramita, cet. Ke-28, 1996, hlm. 155.

²⁷ Dalam Pasal 1374 B.W. Belanda dikatakan: *Alle Wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangeaan tot wet.*

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.

Doktrin *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 UNIDROIT tidak mengatur secara khusus masalah ini.

Dalam pembuatan kontrak ada dua pihak atau lebih yang bernegosiasi untuk membuat seperangkat aturan yang mengatur hubungan hukum di kemudian hari.²⁸

Negosiasi tersebut dapat dilakukan oleh mereka yang tinggal dalam suatu Negara atau antara pihak yang tinggal di suatu Negara dengan pihak yang tinggal

²⁸ 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.

di Negara lain, sehingga terjadi negosiasi yang bersifat transnasional. Namun, tidak selalu kaidah hukum yang mengatur hubungan antarpihak 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 :

- a. Meratifikasi konvensi internasional dan substansi konvensi tersebut telah diterima dan dipraktikkan di dalam hukum nasional Negara peserta.
- b. 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 seragam dengan berbagai cara penyusunan peraturan nasional yang berpedoman pada *Model Law, Legal Guide*, atau menerapkan prinsip-prinsip UNIDROIT.

Seorang pakar Jerman, Klaus Peter Berger di dalam bukunya yang berjudul *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*²⁹ 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. Corman³⁰ 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*

²⁹ Lihat Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Boston: Kluwer Law International, 1999.

³⁰ Calvin W. Corman, *Commercial Law Cases and Materials*, Canada: Little, Brown and Company, 1983, p.1.

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. 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 perdangan internasional. Kegiatan tersebut melahirkan keputusan transaksi kontraktual yang dipengaruhi oleh kebiasaan perdagangan yang diakui secara internasional. Kontrak jual beli seusia 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 komersial³¹ dalam rangka nasionalisasi hukum transnasional. Maka, dimasukkanlah prinsip-prinsip *lex mercatoria* ke dalam hukum nasional dan upaya tersebut berlanjut samapai 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 negraa Eropa.

Melalui penelitian dan upaya yang cukup lama, pada tahun 1971 UNIDROIT berusaha menelaah prinsip *lex mercatoria* agar dapat dihimpun menjadi dokumen

³¹ 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.

otentik. 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 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** :³²

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 is 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 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.

³² Dikutip oleh Venessa L.D. Wilkinson, *op. cit.*

Menurut **Martin Shapiro**³³ 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.

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

³³ 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.

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:³⁴

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 adakalanya 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

³⁴ Dikutip oleh Vanessa L.D. Wilkinson, *op. cit.*

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 skeptis 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*³⁵ membagi sumber hukum dalam dua macam, yaitu :

- (a) Peraturan perundang-undangan internasional (*International Legislation*) yang mencakup juga setiap hukum nasional suatu Negara yang diberlakukan untuk transaksi komersial internasional dan perjanjian internasional;
- (b) 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

³⁵ *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.

ditentukan oleh hukum perdata internasional); dalam beberapa kasus aturan memaksa (*mandatory provisions*) dari hukum domestic; putusan peradilan internasional; dan tulisan ilmiah para sarjana (sebagai sumber tidak langsung).

Pakar lainnya **Ole Lando**³⁶ 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**³⁷ menyebutkan sumber dari *lex mercatoria* meliputi aturan substantive perdagangan internasional, kode dari praktik perdagangan internasional, kebiasaan, dan kepatutan perdagangan internasional.

Menurut **Schmitthoff**³⁸ pada dasarnya sumber *lex mercatoria* ada dua kategori besar, yaitu legislasi internasional dan kebiasaan internasional. Walaupun ada perbedaaan 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.

a. 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

³⁶ Dikutip dalam Alexandar Goldstain, *op.cit.*

³⁷ Dikutip oleh Vanessa L.D. Wilkinson, *op.cit.*

³⁸ Dalam A. Goldstain, *op.cit.*

dari doktrin *lex mercatoria*. Sebagaimana ditegaskan oleh Okezie Chukwumerije³⁹ bahwa :

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

³⁹ *Ibid.*

dicapai penyeragaman yang diinginkan apabila dihadapkan pada kasus yang konkret.

b. 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 *UNCITRAL 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.

c. *Kebiasaan dan Kepatutan dalam Perdagangan Internasional*

Kebiasaan dan kepatutan dalam perdagangan internasional sebagai sumber lain dari *lex mercatoria*. Kebiasaan⁴⁰ dan kepatutan ini dikelompokkan ke dalam dua bagian, yaitu hukum kebiasaan yang dikodifikasikan dan kontrak standar yang sering disebut kontrak baku.

Hukum kebiasaan dan kepatutan dalam hukum komersial tertentu yang secara umum berlaku, oleh para pakar dicatat dan dihimpun untuk dijadikan pedoman hukum bagi mereka.

Julian Lew⁴¹ 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 kepatutan 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 kepatutan bagi mereka secara tetap. Contoh kebiasaan yang dikodifikasi oleh ICC (*International Chamber of Commerce*) misalnya INCOTERM (*International Rules for the*

⁴⁰ Mengenai kebiasaan dibahas lengkap dalam Sir Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, London: Oxford University Press, 1958, hlm. 65.

⁴¹ Vanessa L.D. Wilkinson, *op.cit.*

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 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.

d. Kontrak Standar atau Kontrak Baku

Menurut Ole Lando⁴² 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

⁴² Ole Lando, *Standard Contracts a Proposal and a Perspective*. Scandinavia: Scandinavian Studies in Law, 1986, hlm. 131.

Serikat diatur dalam UCC (*Uniform Commercial Code*) pasal 2-207 Code Civil Italia diatur pada pasal 1370 yang mengatur prinsip *in dubio contra antipulatorem* 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 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:

- (a) Kontrak harus digunakan dalam praktik masyarakat bisnis internasional yang tentunya tidak mudah mendapatkan pengakuan secara luas.
- (b) Pada dasarnya tidak ada kewajiban bagi para pihak dalam transaksi untuk mengikat 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 Eorsi⁴³ adalah

- (a) Adakah di antara para pihak secara ekonomi lebih lemah dan pihak mana yang menduduki posisi domina (*are there economically weaker parties in business life at all, and which are the principal groups of these*);
- (b) 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*);
- (c) 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*);
- (d) Jika dapat, bagaimana caranya (*if so, by what means*).

⁴³ 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.

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

- (a) Dalam kebanyakan Negara terdapat pengaturan batas minimum tanggungjawab berupa hukum memaksa (*mandatory law*) dari hukum public.
- (b) Penafsiran kontrak standar cenderung ditekankan pada upaya menghilangkan syarat-syarat yang menekan (*oppersive term*). Misalnya dengan ketentuan *contra preferentem*, aturan yang membebaskan klausul yang memberatkan (*onerours clause*) kepada pihak pembuat kontrak baku, atau untuk keuntungan pihak yang dilindungi penerapan klausul *exonerastion* harus ditafsirkan secara sempit.
- (c) 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.
- (d) Ada negara-negara yang mewajibkan kontrak standarnya di bawah pengawasan Negara.
- (e) Organisasi yang memiliki kekuatan yang sama dengan pihak pembuat kontrak misalnya organisasi konsumen, membuat pula standar kontrak tandingan, sehingga kepentingan para pihak menjadi seimbang.

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

2. 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 rangkain 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 terbetuk 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 UNIDROIT.

Menurut **Richard G. Limpsey**⁴⁴ 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

⁴⁴ Richard G. Limpsey dkk, *Pengantar Mikroekonomi*, terjemahan Agus Maulana dan Kirbrandoko, Jakarta: Binarupa Aksara, 1994, hlm. 268-292.

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 standar internasional.⁴⁵ **Martin Shapiro**⁴⁶ 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, prediktibilitas, 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

⁴⁵ 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 ricerca di diritto comparato e statiero, 1994.

⁴⁶ *Op. cit.* hlm. 126.

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. ssebagai 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 (*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.

Seperti dikatakan oleh Klaus Peter Berger⁴⁷ 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 asyarakat pedagang yang membentuk hukum kebiasaan di antara para pelaku bisnis. Lambat laun, atas usaha para pakar hukum komersial, dan oleh kebutuhan praktis, prakti-praktik itu kemudian dikodifikasikan.

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

⁴⁷ Lihat Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the lex mercatoria*, Boston: Kluwer Law International, 1999.

Practices for Documentary Credit) yang menurut Rolf Eberth⁴⁸ 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.

⁴⁸ 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**⁴⁹ 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.

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**⁵⁰ 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

⁴⁹ Dikutip oleh Vanessa L.D. Wilkinson, *op cit*

⁵⁰ *Ibid.*

untuk dijadikan pedoman umum saja ketika menyelesaikan perselisihan komersial internasional.

BAB VI KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

1. Dalam Penggunaan Lex Mercatoria dalam sengketa dagang internasional, *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.
2. 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.

B. Saran

Dalam hal pemilihan *lex mercatoria* sebagai hukum yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa yang dihadapi para pihak sebelum atau sesudah sengketa terjadi, maka sebaiknya para pihak dengan jelas mencantumkan pilihan hukumnya di dalam kontrak yang mereka buat. Sehingga baik hakim atau arbiter dapat dengan

mudah bisa menentukan hukum yang akan digunakannya apabila mereka menangani sengketa yang terkait dalam kontrak yang mereka laksanakan. Sehingga batal of law atau batal of form tidak terjadi, dan putusan dari pengadilan atau arbitrase bisa dengan mudah untuk diakui dan dilaksanakan.

DAFTAR

DAFTAR LITERATUR SEMENTARA

- Abdurrasyid Priyatna, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Fikahati Aneska and BANI, (2002).
- Bambang Sugongono, *Metodologi Penelitian Hukum*, P. T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, (1998).
- Christopher H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius Publication Limited, (1988).
- 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 Maxwell (1996).
- 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.
- Vesna Iazic., *Arbitration and Insolvency Proceeding : Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, The Hague : T.M.C. Asser Institute, (1999).
- 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.

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

Bambang Sugongono, *Metodologi Penelitian Hukum*, P. T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, (1998).

Christopher H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius Publication Limited, (1988).

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 Maxwell (1996).

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.

Vesna Iazic., *Arbitration and Insolvency Proceedings : Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, The Hague : T.M.C. Asser Institute, (1999).

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.