

Dasar-Dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase

by Arfiana Novera

Submission date: 27-Sep-2020 05:55AM (UTC+0700)

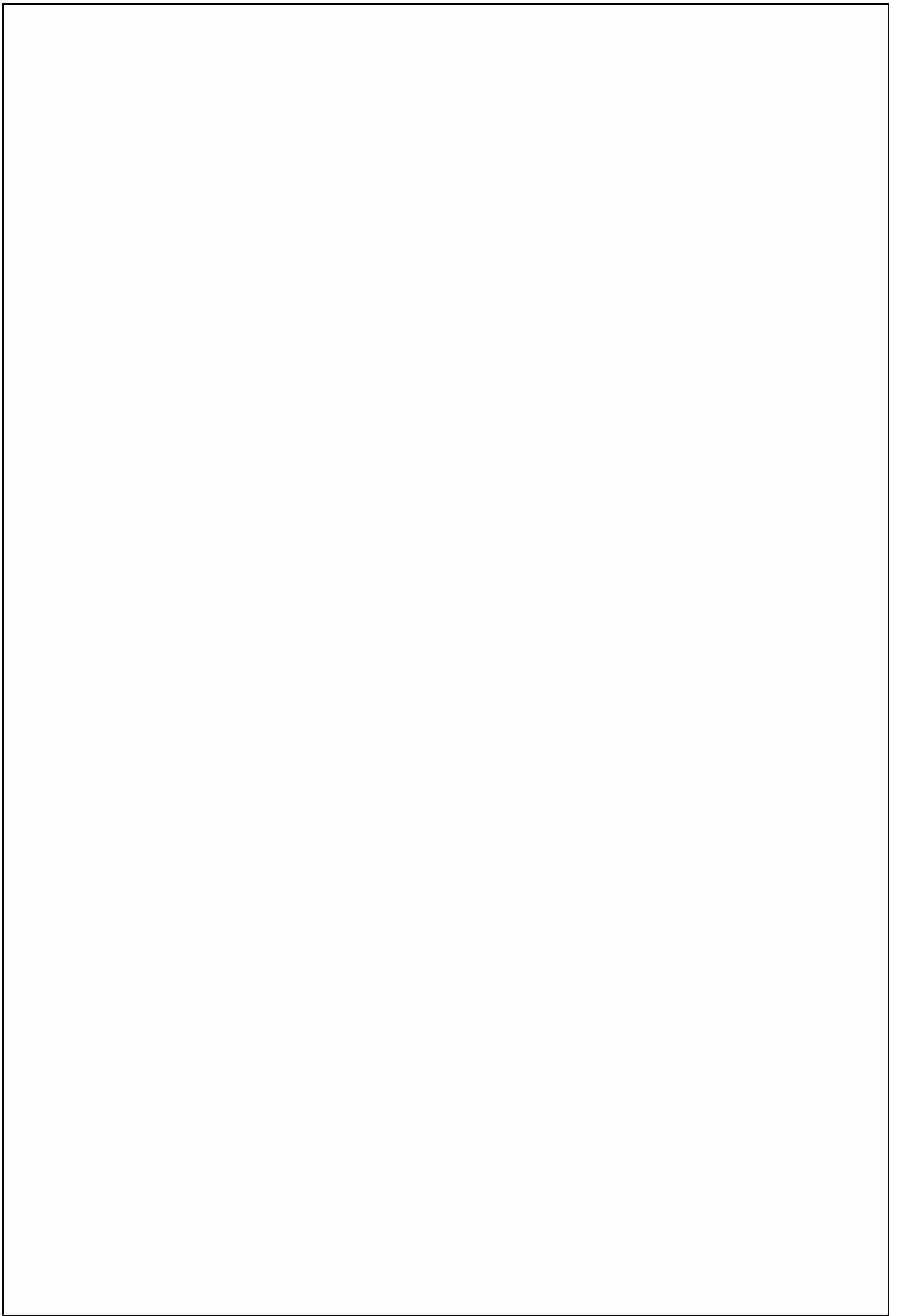
Submission ID: 1397818784

File name: periksa_dasar_hukum_kontrak_Convert.pdf (494.86K)

Word count: 41164

Character count: 259184

**DASAR-DASAR HUKUM
KONTRAK DAN ARBITRASE**



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

DASAR-DASAR HUKUM KONTRAK DAN ARBITRASE



**DASAR-DASAR HUKUM
KONTRAK DAN ARBITRASE**

**Ariana Kusuma, SH., M.Hum
Merry Utami, SH., LL.M.**

**Editor
Iwan, SH., M.Hum
Dedy Nopriyanto, A.Md.**

**Saling dan Dewan Gosw
Dan Triandi**

**Penerbit
LUNEXAL MANDIRI
Anggota KAP ITI No. 130
Jln. Jantar Kalan Raya No. 3
Pekis - Malang 65154
Telp/Fax (0341) 795251/2991873
e-mail: laryg@mandiri.lunexal.com**

**Cetakan I, November 2014
jumlah vii + 172 hlm.
ukuran 15,5 x 23 cm**

**Perpustakaan Nasional Katalog Dalam Terbitan (KDT)
ISBN 978-602-80270-1-1**

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

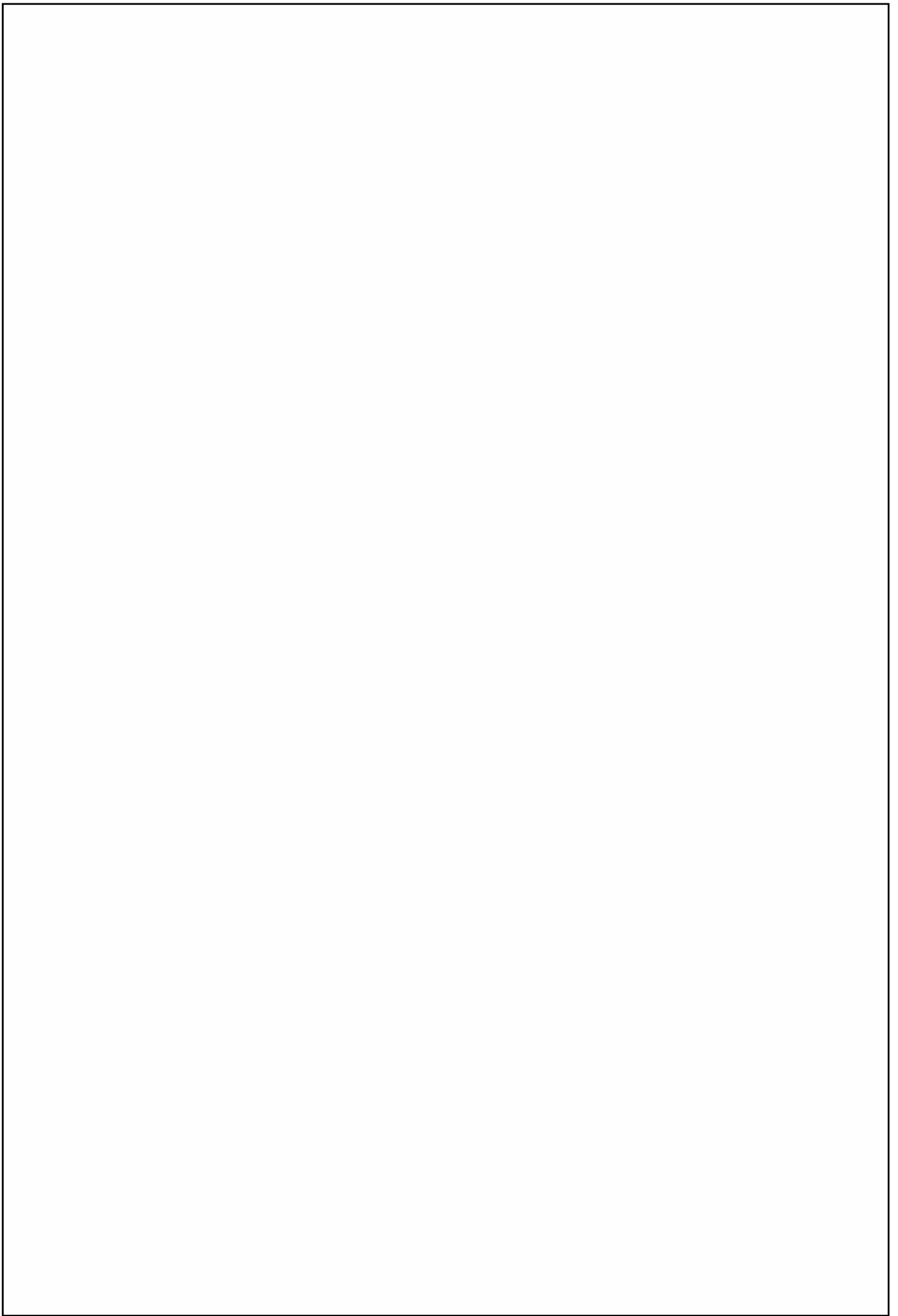
KATA PENGANTAR

Mata kuliah hukum kontrak internasional dan penyelesaian sengketa di arbitrase adalah mata kuliah yang dipelajari baik itu mahasiswa S1, S2, S3 bahkan Magister Kewarganegaraan. Namun Buku mengenai hukum kontrak internasional masih dirasakan kurang jumlahnya untuk bahan yang ditulis dalam kelas Indonesia. Oleh karena itu kami berharap bahwa buku ini akan sangat 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 menulis buku ini memperoleh bantuan yang sangat berarti dari Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya dan Lembaga Penelitian UNSRI yang telah membantu melalui 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 sumbangah ilmu pengetahuan khususnya di bidang kontrak internasional dan penyelesaian sengketaanya. Namun disadari pula bahwa buku ini masih banyak kekurangan sehingga kritik dan masukan terhadap buku ini merupakan masukan yang luar biasa bagi kami.

Terima



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	24
G. Syarat-Syarat Sahnya Suatu Kontrak.....	25
H. Tahapan Terjadinya Kontrak.....	31
I. Berakhinya 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	53
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	58
B. Sumber Hukum Lex Mercatoria Selain Prinsip Unidroit dan CISG.....	63

Bab 5		
Arbitrase dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa	81	
A. Pengertian Arbitrase	81	
B. Macam-Macam Arbitrase	81	
C. Kelebihan dan Kekurangan Arbitrase	84	
D. Kasus-Kasus yang Dapat Dipecahkan oleh Arbitrase	87	
E. Persiapan untuk Penyelesaian Sengketa ke Arbitrase (Arbitration Agreement)	89	
F. Prosedur Penyelesaian Sengketa di Arbitrase	91	
G. Putusan Arbitrase atau Award	93	
H. Syarat Formal dan Materiil Putusan Arbitrase	95	
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 (Challenge) Terhadap Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase	128	
B. Alasan Mengapa Perlawanan Putusan Arbitrase Ditanggalkan	132	
C. Faktor-Faktor yang Mencegah Perlawanan (Challenge) Terhadap Suatu Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional tersebut dapat Diterima oleh Pengadilan Nasional	133	
Daftar Pustaka	163	

→ PENDAHULUAN

Globalisasi telah merambah hampir di semua ranah kehidupan masyarakat, baik itu bidang ekonomi, politik, dan pemerintahan dan teknologi (iptek), budaya, pendidikan, dan lain-lain. Walaupun istilah 'globalisasi' telah menjadi suatu kevakuman yang klasik, tetapi saka atau tidak saka, 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 perikekonomian negara-negara lain. Globalisasi hukum menemukan momentumnya ketika sebagian besar negara menyetujui GATT-PU. Disepakatinya GATT-PU menandakan manulainya 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 Marrakech, Maroko. Dokumen tersebut berisi 24 kesepakatan multilateral yang antara lain berisi: liberalisasi komersial, penghapusan dan penurunan tarif produk manufaktur, penghapusan MFA yang mengatur tekstil dan pakaian jadi dalam 10 tahun, liberalisasi terbatas sektor jasa,

1. Secara GATT-PU ini ditandatangani telah disepakati pada bulan Desember 1993, namun baru pada bulan Desember 1994 putaran ini baru disepakati. Henry Kissinger, *The New Development of Law, Power and Politics*, Second Edition, hal. 14-18.

penghapusan proteksi balik perantara, pengakuan perlindungan hak milik intelektual (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPs), anti-diskriminasi dalam perlakuan investor asing (Trade Related Investment Measures-TRIMs), penghapusan tata niaga, pengawasan (safeguards), anti dumping dan arbitrase, subsidi (Subsidies and Countervailing Measures), dan penempatan 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 salah satu badan 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.

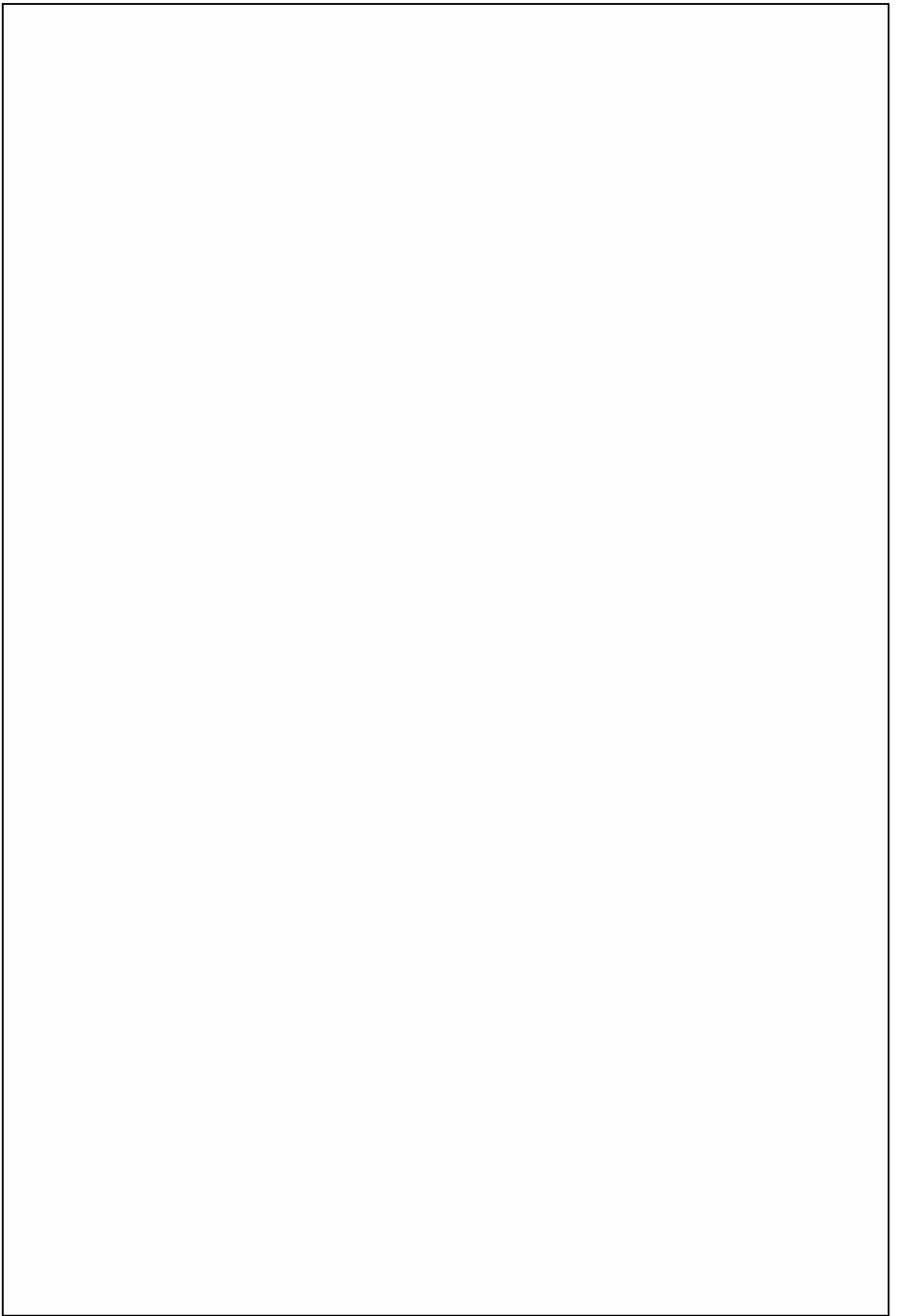
Di samping itu, semua negara yang ikut menandatangani kesepakatan tersebut wajib untuk menyesuaikan hukum nasional mereka dengan ketentuan ketentuan yang terdapat dalam GATT-PU. Apabila hal ini tidak dilakukan maka WTO (World Trade Organization), selaku badan yang bertugas untuk memfiksikan dan menjelaskan 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 runtuhnya 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 mem-perhatikan dan menaati kesepakatan yang termuat dalam aturan-aturan GATT-PU, maka semua produk eksporinya akan dihambat dan tidak bisa diterima di semua negara anggota GATT-PU. Dalam kondisi negara Indonesia yang telah janda miskin seperti sekarang ini adanya

2. Kodifikasi sistem hukum yang dibuat seragam rata-rata dilaksanakan adanya perjanjian yang <http://www.makmuronline.com>, dalam artikel: Intervensi Asing Terhadap Ekonomi di Indonesia.

3. Ardiyaningsih Priyanti, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Pustaka Antara, hal. 62-63, (2002).

konsepsi dari WTO akan menyedaksikan masyarakat Indonesia semakin mendunia. Munculnya globalisasi hukum di pentara dunia semakin mengakibatkan pembiasan rangguman New Lex Mercatoria (NLM) yang sudah sejak tahun 1960 an telah banyak diperkenalkan pakar hukum bisnis internasional.



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 asalnya, yaitu *verdringens* 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 seruan hukum yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian atau persetujuan;
3. Menurut Van Dumez 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 perbincangan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya.

⁴ Ibid.

Dalam Black's Law dictionary kontrak didefinisikan 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 bersamaan 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 berakar 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 Das Hbag, 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, serta jaminan benda bergerak.

Berbeda dengan kontrak internasional yang bersifat dinamis, perkembangannya tidak lepas dari perkembangan yang memutar 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. 1.

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 menampung kesepakatan yang telah disepakati 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 memiliki usaha dagang yang membentuk suatu organisasi para pedagang. Organisasi dagang ini bertujuan memfasilitasi dan memperbaiki usaha dagang mereka, salah satunya dengan memperkenalkan bentuk-bentuk kontrak baku atau standar. Dalam perkembangannya kontrak baku mendapat pro dan kontra tentang pemakaiannya, di satu 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 finalisasi penutupan dari negosiasi transaksi-transaksi dagang.

4. Hukum Kontrak Internasional dan Perjanjian Internasional
Baku tetapi ini lebih ke perjanjian-perjanjian internasional yang dibentuk oleh negara ataupun lembaga-lembaga, diantaranya menurut aturan harmonisasi berbagai hu-

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

3. 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 perdagangannya, 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 Nations 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 Electronic Communications in International Contract*.⁶

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

2. Definisi Kontrak Internasional dan Perjanjian Internasional

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

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

6. Hualt Adolf, *Op.Cit.* Hlm. 31-32.

"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 tersirat adanya unsur lebih dari dua negara. Batasan yang sama namun lebih praktis dikemukakan oleh Soedargo Guatama. Kontrak internasional adalah kontrak nasional yang terdapat unsur luar negeri atau foreign element

Secara teoritis, unsur asing yang terdapat dalam indikator suatu kontrak adalah kontrak nasional yang ada unsur asingnya yaitu:

1. Ketersediaan 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 dimandagani 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 asing atau lebih yang kewenangannya berbeda membawa konsekuensi hukum terhadap suatu kontrak tersebut. Masalahnya adalah status hukum personel masing-masing warga negara tersebut sedikit banyaknya akan berbeda.⁸

7. Terjemahan: "any contract between with states or two or more states, state, such contract may be between state, between a state and private party, or exclusively between private parties"

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

Perjanjian-perjanjian internasional dalam Pasal 1313 KUHPerdata 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 UUPJ merapikan pelaksanaan dari Pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945, dalam Pasal 11 ini 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 rumpak 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: *creaty* atau perjanjian, *treaties* 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 Abdulkarir Muhammad, ketentuan yang terdapat dalam pasal ini dinilai kurang memuaskan karena terdapat beberapa kelemahan. Adapun kelemahan-kelemahan tersebut, yaitu:¹⁰

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

⁹ Ibid.

¹⁰ Abdulkarir Muhammad, *Hukum Bedasar*, Alim, Bandung, 1982, hal.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 kelengkapan perkawinan, yang diatur dalam bidang hukum keluarga. Substansi yang dimaksud disini adalah hubungan antara dekur dan keredur dalam lapangan harta kekayaan saja. Perjanjian yang dimaksudkan dalam Buku III KUHPerdata 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 su tidak jelas untuk apa.

Berdasarkan kelemahan-kelemahan di atas, Abdulkadir Mulyono¹¹ mendefinisikan definisi perjanjian sebagai suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.¹²

Dalam suatu bahan hukum dan Resensi Hasibuan, S.H., M.H., menunjukkan 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 menggaribarkan ciri-ciri perjanjian internasional. Beberapa definisi itu sebagai berikut¹³:

11. *Ibid*.

12. Rofiq Haidari, S.H., M.H., *Sifat dan Tujuan Utama Tentang Perjanjian Internasional*, Pd. http://ibrahim.ac.id/online/ditubukamonev/Berita/gak_01class/23_Mei_2013/

1. Definisi dari G. Schwarzenberg:

*"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 di antara para pihak.¹⁴

Pendapat yang lebih luas lainnya, yaitu definisi dari Mechar Kusumadarmaja bahwa: "Perjanjian internasional adalah suatu perjanjian yang diadakan antara anggota masyarakat bangsa-bangsa yang bertujuan untuk mengikibatkan 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.

Hal ini Kovenan 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. Mejdovsky 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. Tejanudin: "International treaties are agreements of contractual nature between states, creating legal rights and obligations between the parties."

15. Tejanudin: "The present convention 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. Peretujuan (*agreement*)
3. Konvensi (*Convention*)
4. Protokol (*Protocol*)
5. *Arrangement*
6. *General Act*
7. *Commané*
8. Piagam (*Statute*)
9. *Charter*
10. Deklarasi (*Declaration*)
11. *Mandis Verendi*
12. *Accord*
13. *Final Act*
14. Pakta (*Pact*)

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

16. Mervin Winfield, 1969 Tentang Perjanjian Internasional

17. Rosalind Higgins, M.A., M.H., O.B.E.

B. ASAS-ASAS DALAM BERKONTRAK

Prinsip-prinsip atau asas-asas fundamental yang menguasi hukum kontrak adalah prinsip konsensualitas, dimana persetujuan-persetujuan dapat terjadi karena penyusunan 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 memapakan ikatan para pihak satu sama lain.¹⁸

Selangkan 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 dikehendakinya, 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, kewilauan dan juga ketertidihan umum.¹⁹

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

1. Asas Konsensualitas

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

18. E. Lita-wati S. Sesi, 'Hukum Pokok Perjanjian di antara Para Pihak dalam Rupa Anak dalam Keluarga Kerakota', 210, Bandung, Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, hlm. 70.

19. pasal 1338 KUHP Berda.

20. Subekti, 'Aspek-aspek Hukum Perikatan Nasional', Bandung, Citra Aditya Bakti, 1992, hlm. 5.

Asas Konsensualitas mempunyai arti yang penting bahwa untuk melaksanakan suatu perjanjian cukup dengan tercapainya sepakat mengenai hal-hal pokok mengenai perjanjian tersebut dan perjanjian itu (dan perikatan yang ditimbulkannya) sudah dilahirkan pada saat atau detik tercapainya konsensus atau kesepakatan. Dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila hal-hal pokok sudah diucapkan 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 Perdata.²²

Di dalam pasal 1319 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 mempersalahkan mengapa hal itu demikian. Suatu pergaulan hidup dimungkinkan bila seseorang dapat dipercaya kata-kata orang lain.²⁴

3. Asas Kebebasan Berkontrak

Prinsip bahwa orang terikat pada persetujuan-persetujuan yang dibuat selanya suatu kebebasan tertentu di dalam masyarakat tidak dapat terikat serta di dalam lalu lintas yuridis dan hal ini mengimplikasikan pula prinsip kebebasan berkontrak.

21. Subekti, "Makna Perjanjian", Jakarta: Intermasa, 1984, Hal. 15.

22. Pasal tersebut berisi: "Setiap persetujuan yang dibuat antara dua belah pihak adalah mengikat dan harus dipenuhi oleh mereka yang membuatnya."

23. Di Pasal 1319 KUHPerdata: "Setiap perjanjian tidak dapat dianggap batal karena hal yang dianggap tidak dibenarkan di dalamnya, kecuali jika untuk ngata antara yang membuat sifat perjanjian, dibenarkan oleh keputusan, kebiasaan atau undang-undang."

24. "L'Indispensable du Droit", Op. Cit., Hal. 92.

Jika antara para pihak telah dilakukan sebuah persetujuan maka diakui bahwa telah terdapat kebebasan berkehendak ini diasumsikan telah sesuai 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 tampaknya 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 1330 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 bisa disimpulkan bahwa kebebasan untuk membuat suatu perjanjian dibatasi oleh cara 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 kesetiaan baik atau bertentangan dengan ketertapan umum.²⁶

Pasal 1332 KUH Perdata memberikan syarat mengenai kebebasan para pihak untuk membuat perjanjian sepanjang menyangkut objek perjanjian. Menurut ketentuan ini seolah 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 perjanjian, 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 yang dapat menjadi objek suatu perjanjian".

salah satu bentuk dari pada akibat hukum suatu kontrak. Kewajiban, hak 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 membuat suatu perjanjian dengan tidak menguraikan 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 penyertaan, bagaimana kabar barang tersebut 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 dapat 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 *ingeweten trouw*, dalam bahasa Inggris *in good faith*, dan dalam bahasa Prancis *de bonne foi*). Norma yang diratifikasi di atas merupakan salah satu sumber yang terpenting dari hukum perjanjian. Ayat diartikan bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik itu. Dalam hukum benda, itikad baik adalah suatu asas subjektif. Bahkan, asas subjektif inilah yang dimaksud oleh

Pasal 1335 ayat (3) tersebut bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Yang dimaksud pelaksanaan itu harus berjalan dengan mengindahkan prinsip-prinsip kepastian dan kesucian. 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 melampar peraturan atau keadilan. Ini berarti, hakim ini 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).

Pasal 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 merupakan haknya untuk pihak ketiga. Perjanjian tidak dapat dirisik, kecuali atas kesepakatan para pihak atau karena ada alasan-alasan yang kuat (Pasal 1333 ayat (3) KUH Perdata).

Alasan yang kuat diperbolehkan oleh undang-undang untuk membatalkan perjanjian ialah (Hardjijat Rasli, 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 rusak 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 hibadati melakukan kegiatan yang bertajuk mengambil jiwa si penghibah atau suatu kejahatan lain terhadap si penghibah;
- c. Si penerima hibah menolak memberikan tunjangan nafkah setelah si penghibah jatuh miskin.

Selanjutnya, Pasal 1339 KUH Perdata menyatakan bahwa perjanjian hibah harus 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. Selanjutnya menurut Munir Fandy²⁹ banyak definisi tentang kontrak telah diberikan dan masing-masing bertanggung kepada bagian-bagian mana dari kontrak tersebut yang dianggap sangat penting, dan bagian tersebutlah yang ditunjukkan dalam definisi tersebut.

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

28. Hank Henry Campbell, 1968: 394.

29. Munir Fandy, Hukum Kontrak (Dit. Sudat Poesateng, Husum Westq, Cetakan Pertama, Bandung, PT Citra Aditya Bakti, 1995, hal. 4.

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

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

1. Kontrak tersebut merupakan media atau garanti yang dapat menunjukkan apakah suatu perjanjian dibuat sesuai dengan syarat-syarat lainnya suatu perjanjian.
2. Kontrak tersebut sengaja dibuat secara tertulis untuk dapat saling memantau di antara para pihak, apakah prestasi telah dipatuhi 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 *person* yang bersangkutan, yaitu:
 - a. *Naturalijke persoon* atau manusia tertentu;
 - b. *Recht persoon* atau badan hukum.
2. Seseorang atas keadaan tertentu mempergunakan kedudukan orang lain tertentu, misalnya seorang *begidder* atau kapal.
3. *Person* yang dapat diganti (*Vervangbaar*) yaitu berarti kreditur yang menjadi subjek semula telah ditetapkan dalam kontrak, sewaktu-waktu dapat diganti kedudukannya dengan kreditur/debitor lain, kontrak ini berbentuk "aan order" atau kontrak atas perintah/perintah oleh kontrak

"*non accedat*" atau kontrak atas nama siswa kepada pemegang/pembawa pada surat-surat tagihan listrik.¹⁰

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" dipertakkan 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, Benerman berhasil melakukan sebagai badan hukum privat.¹¹

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" (*re give*) berupa penyerahan sesuatu barang atau memberikan sesuatu kemampuan atau

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

11. Jari Ertman, 1988. *Dasar-dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*. Penerbit Universitas Sirewijaya, Palembang, hlm. 13.

suatu barang, misalnya dalam jual beli, penjual berkewajiban menyerahkan barangnya atau orang yang menyewakan berkewajiban menyerahkan kunci mesin atau 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 dibayar berjanji untuk tidak melakukan perbuatan tertentu, misalnya tidak akan membangun sebuah pagar. Adanya prestasi dalam bentuk "melakukan sesuatu dan tidak melakukan sesuatu" (*to do and not to do*) dapat bermakna positif jika kontrak ditentukan untuk melakukan berbuat sesuatu yang timbul misalnya dalam kontrak kerja yang diatur dalam Pasal 1613 KUH Perdata yang memuat ketentuan tertentu, 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 tertam 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, ketertilasan umum dan keadilan.

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

33. R. Setiawan, 1979, *Prinsip-prinsip Hukum Perdata*, Erawa Citra, Bandung, hlm. 2.

Proses yang harus dilaksanakan melisensikan kontrak harus benar-benar sesuatu yang "mungkin" dapat dilaksanakan. Dalam ilmu hukum kontrak dibedakan dua ketidakmungkinan (*impossibility*), yaitu *permanas*, ketidakmungkinan objektif, yang tidak akan menimbulkan perikatan, karena prestasinya tidak mungkin dapat dilaksanakan oleh siapapun; sehingga berlaku asas hukum bahwa "impossibilia nulla obligatio est" (ketidakmungkinan meniadakan kewajiban); dan *bedina*, 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 hukum berarti prinsip ini tidak memiliki batas. Walaupun dikatakan para pihak bebas untuk menentukan apa yang ingin mereka cantumkan dalam kontrak, akan tetapi hukum negara yang mereka tujuik membatasinya. Misalnya dalam hukum Indonesia³⁵ dirumuskan bahwa:

34. RM, Hal. 4-10.

35. Pasal 1318 KUH-Perdata Indonesia.

1. Semua persetujuan yang dibuat antara satu 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 terwujud, konsensus juga tidak perlu di tentukan 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, pemberangan pekerjaan dan lain sebagainya. Walaupun klausul ini tidak dicantumkan dalam perjanjian yang dibuat. Akan tetapi jika para pihak ingin mengahutnya tersendiri dalam kontrak, mereka boleh melakukannya sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang yang berlaku.

5. Asas Ganti Kerugian

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

6. Asas kepatutan (Equity Principle)

Bila prinsip ini, apa saja klausul yang dititipkan 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 waktunya dan juga unsur kepatutan 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". Bila bila terjadi keadaan ini, maka ditentukan siapa yang akan bertanggung jawab.

9. Klausul Pilihan Hukum

Klausul ini sangat penting untuk menentukan apakah perjanjian ini 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*).

C. 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. Objektif atau pokok persoalan tertentu;
4. Sahab atau causa yang tidak dilarang;

Syarat kesatu dan kedua disebut syarat subjektif, kerana ini menyangkut orang-orang atau pihak-pihak yang membuat kontrak. Orang-orang atau pihak-pihak ini adalah subjek hukum yang membuat kontrak. Sedangkan syarat ketiga dan keempat disebut sebagai syarat objektif, kerana menyangkut objek hukum yang diperjanjikan oleh orang-orang atau subjek hukum yang membuat kontrak.

Jika syarat subjektif tidak dipenuhi, maka kontrak itu dapat dibatalkan (*voidable*) oleh satu pihak yang tidak cakap. Dapat dibatalkan oleh satu pihak, artinya satu pihak atau dua pihak dapat melaksanakan pembatalan atau tidak melakukan pembatalan. Jika satu pihak tidak membatalkan kontrak itu, maka kontrak yang telah dibuat tetap sah. Yang dimaksudkan 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 akan kerana tekanan atau pemaksaan.

Jika syarat objektif tidak terpenuhi, maka kontrak tersebut batal demi hukum (*void ab initio*), 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, kerana kontrak sebagai dasar hukum tidak ada sejak semula.

Syarat ke-5 adalah sepakat mereka yang mengikatkan dirinya, artinya orang-orang yang membuat kontrak tersebut harus sepakat atau seraja mengenai hal-hal yang pokok dari kontrak yang dibuat dan juga sepakat mengenai syarat-syarat lain untuk mendukung kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok. Contohnya, dalam kontrak jual beli, pihak penjual mempunyai yang sebagai harga jual, sedangkan pihak pembeli mempunyai 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 kesepakatan 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 dan trayeknya. Semua diwujudkan antara penumpang dan sopir telah sepakat mengadakan kontrak pengangkutan yang masing-masing mempunyai hak dan kewajiban timbul hak, penumpang membayar ongkos dan sopir berkewajiban mengangkut penumpang tersebut.

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

Paksaan (*duress, duress*) terjadi jika satu pihak dalam kontrak memberikan persetujuan karena takut ada ancaman. Misalnya, ancaman akan dibunuh jika tidak bersedia menandatangani kontrak jual beli sekampung tanah. Dengan adanya ancaman ini berarti tidak ada kehendak bebas bagi orang yang menandatangani kontrak jual beli sekampung tanah bahkan orang tersebut sebenarnya tidak mempunyai adanya kontrak jual beli sekampung 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 (*duress, 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 pembawa yang tidak kenal, tetapi

kegaitannya bukan dengan pembeli yang terkenal yang dibembayuki. 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 kealifan-kealifan, sehingga membuat pihak yang lain terpaksa untuk memberikan persetujuan atau sepakat mengenai hal itu.

Berkaitan dengan syarat adanya 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 (*acceptance theory*)

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 (*transmission theory*)

Menurut teori ini, lahirnya kesepakatan adalah pada saat pengiriman jawaban yang isinya berupa penerimaan atas penawaran yang diterimanya dari pihak lain.

3. Teori pengetahuan (*knowledge theory*)

Menurut teori ini, terjadinya kesepakatan bukan pada saat penawaran dan penerimaan itu dinyatakan, tetapi pada saat ketika kedua pihak itu mengetahui pernyataan masing-masing. Jadi, kesepakatan baru terjadi ketika pihak yang memberikan penawaran menerima surat dari pihak yang memberikan penerimaan.

4. Teori penyataan (*Utterance theory*)

Menurut teori ini, terjadinya kesepakatan pada saat telah diadisi surat jawaban penerimaan.¹⁶

16. J. Satia, 1992, *Hukum Kontrak*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 5.

Sehingga, dapat juga terjadi ketidaksesuaian antara kehendak dan pernyataan, misalnya seseorang bermaksud menyatakan "ya", tetapi lidahnya dalam memikis sehingga menyatakan "tidak", maka dapat mengakibatkan satu di antara tiga teori hukum kontrak, yaitu:

1. Teori kehendak (*wiltheory*);
2. Teori pernyataan (*verklaringstheory*);
3. Teori kepercayaan (*vertrouwenstheory*)¹⁷.

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

1. Orang-orang yang belum dewasa;
 2. Orang-orang yang ditatuli di bawah pengampunan (*under curatela*);
 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 diucapkan kepada Ketua Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri di seluruh Indonesia bahwa perempuan adalah cakap sepanjang memenuhi syarat telah dewasa dan tidak di bawah pengampunan.

Pernyataan 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

17. Hays S. Melale, 2007. *Perkembangan Hukum Perdata Jember Garde dan Hukum Perkeras*. Nuansa Aulia, Bandung. hlm. 83-84

yang telah diproses (baik Pasal 1137 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 pengawasan tidak bebas berbuat terhadap harta kekayaannya, tetapi di bawah pengawasan pengasuh. 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 uang, 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 Perdata. Sebab atau causa yang dilarang atau bertentangan dengan undang-undang jelas dan mudah terpeka. Kontrak seperti ini adalah batal demi hukum, artinya sejak semula kontrak dianggap tidak pernah ada, para pihak tidak terikat untuk melaksanakan isi kontrak itu;
2. Kontrak yang dibuat tidak bertentangan dengan kesusilaan. Sebab atau causa yang bertentangan dengan kesusilaan adalah relatif tidak sama wajahnya 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 diamati dalam masyarakat

terhadap perjanjian itu. Kontrak yang berurusan dengan kesusilaan, misalnya kontrak dengan seorang artis film yang besyoknya sangat tinggi atau kepentingan umum.

1. Kontrak tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum. Ketertiban umum sebagai lawan atau kebalikan dari kepentingan individu. Contohnya, dalam kontrak pengangkutan barang yang melebihi daya angkat 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 konsensus para pihak dan tidak menyebut penjelasan rinci kapan suatu kontrak mulai eksis setelah melalui tahapan-tahapan pembentukannya. Namun suatu kontrak menimbulkan hubungan hukum perikatan dan lain-lain 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 menyipkan waktu khusus yang dianggap cukup untuk membicarakan maksud dan tujuan pengadaaan 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 proses penandatanganan kontrak.

1. Tahapan Pra-Penyusunan Kontrak

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

Mempingat pra-penyusunan kontrak merupakan tindakan kontrak final maka setiap kesepakatan ada baiknya diratangkan dalam nota kesepakatan atau lebih dikenal Memorandum of Understanding (MoU).

Tahapan-tahapan pra-penyusunan kontrak sebagai berikut.

a. Negosiasi

Negosiasi merupakan sarana bagi para pihak untuk mengadakan komunikasi dan arah yang dirangsang demi mencapai kesepakatan sebagai akibat adanya perbedaan pandangan atau selera terhadap suatu hal yang berkaitan dengan kerangka kontrak. Biasanya, saat negosiasi ini- lah masing-masing pihak menukarkan penawaran-penawaran yang lain hingga tercapai kesepakatan. Dalam praktik, proses negosiasi ini ada kalanya singkat dan langsung masuk pada intisari yang diperjuangkan. Jumlah, kontrak sewa mutur di antara teman sekamernya, 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 vintuk subjek yang akan diperjuangkan;
3. Menguasai peraturan perundang-undangan yang melingkupi apa yang diperjuangkan;
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 aspek 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 mitra perusahaan yang telah kua kenal, "tela-

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 termasuk apakah barang tersebut terikat gadai atau tidak).

Setelah negosiasi selesai dibicarakan, tahapan pra-kontrak yaitu buat Nota Kesepakatan (MoU) yang merupakan pencatatan atau penyesuaian pakew-pukew 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 pembuatnya 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 pembuka yang kurang jelas sanksi hukumnya.

2. Tahapan Penyusunan Kontrak

Salah satu tahapan yang merupakan dalam pembuatan suatu kontrak adalah tahap penyusunan kontrak. 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 formal dari kesepakatan itu menjadi suatu kontrak.

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

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

a. Membutuh 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. Pembekuan

Biasanya, berisi tanggal pembuatan kontrak.

3. Pihak-pihak (para pihak) dalam kontrak

Para pihak diwajibkan 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 umum 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 ini dari sebuah kontrak diartikan 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 melaksanakan 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 matriksi kontrak. Hal ini biasanya merupakan suatu pedoman, dengan jenis, bentuk, alat, barang, dan damanya harus diketahui dengan jelas.

Pada dasarnya, susunan dan matriksi 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 ditandatangani. Selanjutnya, kontrak harus memuat identitas lengkap para pihak yang menandatangani 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 inti dari kontrak. Khusus dalam kontrak berskala besar (jumlah, rupiah, dan

pihak-pihak yang terlibat), dalam kontrak diumuskan definisi-definisi tentang maksud dan rumusan yang terdapat dalam kontrak yang merupakan klausul, 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 ditunjukkan 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 gamblang dalam bahasa yang dimengerti para pihak motif atau latar belakang pembuatan kontrak, agar kontrak itu dapat memiliki keuse dan tidak mungkin dipangkas 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 hukumnya, seperti pengorahan barang, konsekuensi perpakatan, dan ketentuan hukum yang berlaku. Dengan demikian, dapat diketahui kapan hak dan kewajiban para pihak dimulai dan dipanahi.

Bagian penutup

Suatu kontrak biasanya memiliki dua hal yang dikemukakan 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 mengatakannya sebagai 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 adalah 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 ini. 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 dipenahi untuk menghindari ketentuan hukum yang berbunyi, "satu saksi hukumlah saksi".

2. Materai

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

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

Dokumen yang akan digunakan sebagai alat pembuktian di muka pengadilan.

5. Basi materai dalam kaitannya dengan pembatasan kontrak adalah sebagai pajak atas dokumen. Dengan demikian, fungsi materai bukan sebagai pengesahan kontrak, melainkan sebagai pajak atas dokumen yang akan digunakan sebagai barang bukti jika terdapat sengketa di pengadilan. Perubahan materai tersebut wajib sesuai dengan ketentuan undang-undang untuk memenuhi kesajihan perpajakan.
6. Tanda tangan atau cap jempol
Setelah kontrak selesai dirumuskan dan masuk ke bentuk final, maka para pihak menandatangani tanda tangan atau cap jempol di kolom (ruang) tanda tangan yang telah dipersiapkan di bagian penutup surat kontrak. Jika salah satu dari pihak tidak melek huruf latin, bisa diganti dengan cap jempol yang mempunyai kekuatan yang sama dengan tanda tangan. Kualitas cap jempol dapat diteliti lewat tes forensik jika kelak terjadi perselisihan tentang isi kontrak di pengadilan.
7. Paraf di setiap halaman kontrak
Demikian amannya isi kontrak maka kontrak yang terdiri dari beberapa halaman harus diberi tanda persetujuan berupa paraf di setiap halaman oleh pihak-pihak yang bersangkutan, 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 (renvoi)
Seperti akta yang dibuat notaris, dalam pembuatan, perbaikan naskah kontrak berupa coretan, dan perbaikannya dibuat di tepi akta yang sebelumnya digesek oleh pihak-

2
pihak sebagai tanda setuju atas perbincangan 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 seperti itu kontrak dapat berjalan secara mulus. Hal ini terutama jika menyangkut kontrak berskala besar yang dalam pelaksanaannya terdapat atau dipungsi 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. Bisa juga terjadi karena ada penafsiran yang berbeda terhadap rumusan isi kontrak oleh para pihak karena ada kontrak yang lebih diutamakan 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 mengikis keshahuliah pihak yang biasanya dirumuskan dalam "Amendemen Kontrak" atau bisa disebut *addendum*. *Addendum* dirumuskan secara musyawarah dan merupakan bagian yang mengikat dan saling melengkapi dengan kontrak induk. Pelaksanaan suatu kontrak dapat juga terganggu apabila dalam masa pelaksanaannya terjadi hal-hal yang dipolengkan keadaan memaksa atau bisa disebut "force majeure".

Kerentanan keadaan memaksa diatur dalam Pasal 1244 KUH Perdata disebutkan "jika ada atas diri kontrak itu, sesuatu harus dibuktikan menggantri biaya, rugi dan bunga apabila ia tidak dapat membuktikan bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perjanjian itu, disebabkan karena suatu hal yang tidak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan pialanya, kesemuanya itu pun jika

tidak benar dikatakan ada pada pihaknya". Selanjutnya, dalam Pasal 1243 KUH Perdata diatur lebih lanjut, tidak ada penggantian biaya, kerugian, dan bunga, jika karena keadaan memaksa atau karena lain yang terdapat secara kebetulan, debitur terhalang untuk melaksanakan atau berbuat suatu yang diwajibkan, atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang."

Kondisi memaksa (*force majeure*) ini sebenarnya merupakan klausul dalam kontrak yang terkadang tidak diramuskan dalam isi kontrak. Alasan keadaan memaksa tidak terjadi begitu saja, tetapi memerlukan pembuktian secara hukum, kecuali untuk hal-hal formal 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 mematuhi 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. Melalui gejala ini, seharusnya sejak awal perantara perundang-undangan telah mengantisipasi keadaan yang selalu mungkin terjadi diantara para pihak, yang biasanya tidak dapat atau tidak mau mematuhi kewajibannya. Pada praktiknya, penyelesaian perselisihan dalam hal tidak mematuhi isi kontrak sudah lewat musyawarah, litigasi, atau alternatif 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 terdapat apabila para pihak kontrak atau perikatan

menyelesaikan sengketa secara keluarga. Hal ini disebut sebagai 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 mengendaki 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 menepi 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 memetakan berbagai kasabihan dan masalah dalam posisi pihak lawan.
2. Litigasi memberi standar tinggi prosedur yang adil dan memberikan peluang yang luas kepada para pihak untuk didengar keterangannya sebelum mengambil keputusan.
3. Litigasi memaksa 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 alternatif penyelesaian sengketa ditempuh para pihak dengan sukarela dan berdasarkan itikad baik dengan batasan waktu yang relatif singkat, biasanya, dibatasi lewat pertemuan langsung para pihak yang bersengketa dalam waktu paling lama 14 hari dan hasilnya ditandatangani 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 penasehat 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 dimulahi.

Upaya penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui mediator tersebut harus mencapai suatu kesepakatan dalam jangka waktu paling lama 30 hari dan ditandatangani 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 penandatanganian 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 bisa pendapat tentang isi kontrak melalui mediasi banyak yang berhasil. Namun, tidak semua, terutama praktik yang dilakukan oleh orang-orang. Baik kesepakatan ini 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 relatif 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 bukunya.

1. BERAKHIRNYA KONTRAK

Seperti sudah dijelaskan sebelumnya, berakhirnya kontrak juga memiliki sinonim lain, seperti berakhirnya kontrak dan hapusnya perjanjian (KUH Perdata, Pasal 1381). Secara umum, berakhirnya kontrak merupakan selesai atau hapusnya suatu kontrak yang dibuat di antara dua pihak, yaitu pihak kreditor dan debitur, tentang suatu hal. Pihak kreditor di pahami sebagai pihak atau orang yang berhak atas suatu hal. Pihak kreditor 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 dipatuhi dengan sempurna maka penuntutan ini adalah tanda pengakhiran suatu kontrak secara otomatis.

1. Dasar Hukum Berakhirnya Kontrak

Sampai saat ini, pemahaman 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,

Terbitan-perikatan dapat hapus:

Karena penyelesaian;

Karena pemenuhan penyelesaian (atau diikuti dengan penghapusan atau pemipaan);

Karena pembebasan utang;

Karena pencampuran utang;

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 lenyapnya wakif, hal mana diatur dalam satu bab tersendiri."

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

Namun, sebagai pemahaman umum, pasal-pasal KUH Perdata tentang berakhirnya kontrak (perikatan) relatif luas, yang singkatnya dirumuskan dalam 10 ketentuan yang telah dijelaskan, yaitu, (1) penyelesaian; (2)konsinyasi; (3) musnah (pemusnahan utang); (4) pencampuran; (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 teratai KUH Perdata telah mengatikan atau memuat hal ini secara

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

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

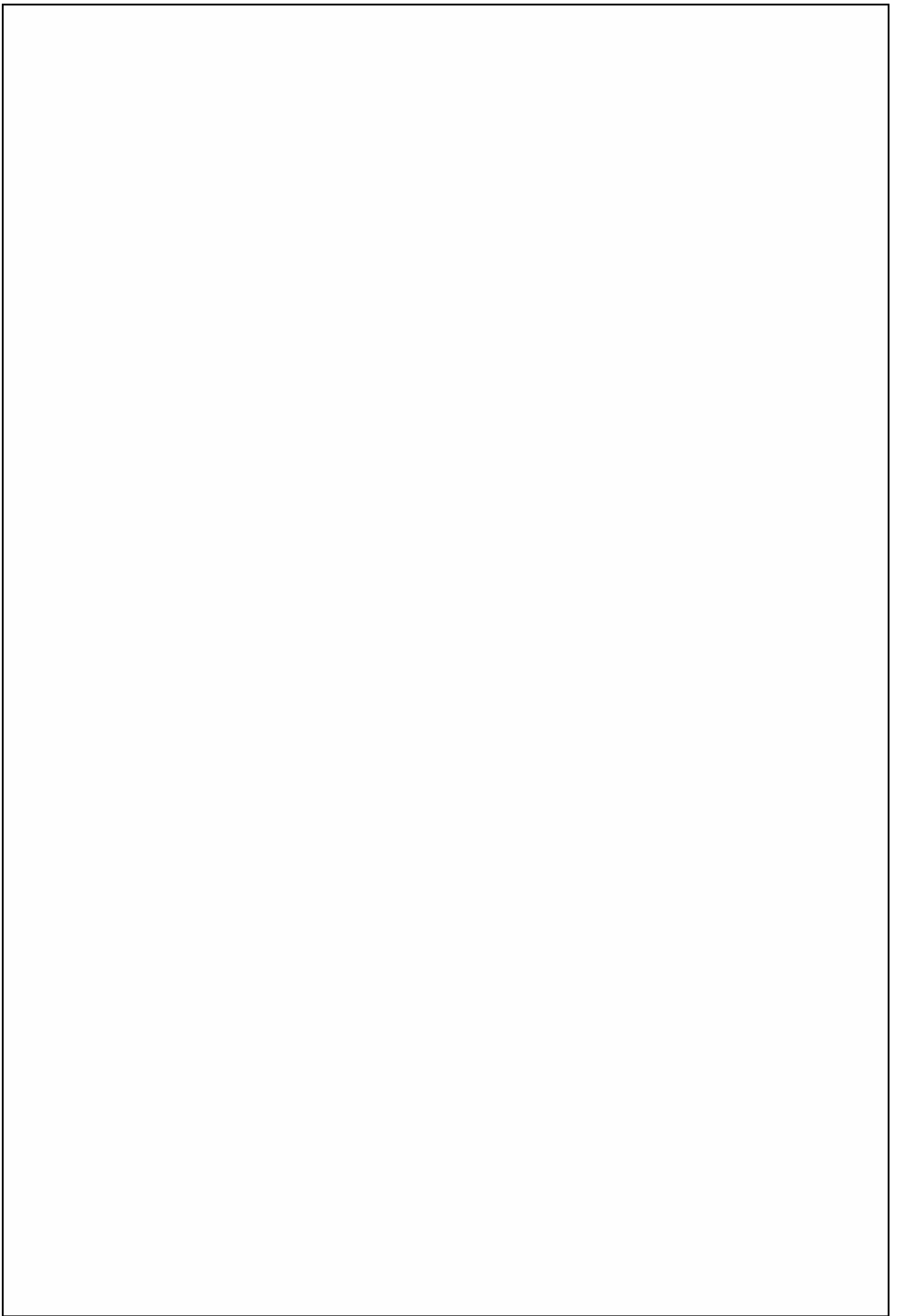
Adapun kontrak (perikatan) yang berakhir karena kontrak adalah:

- Pembayaran;
- Novasi (perubahan utang);
- Kompensasi;
- Pansungutan utang (konfusio);
- Pembebasan utang;
- Kewajiban atas pemberian; dan
- Berlaku syarat batal.

Dalam praktik, ditemukan juga faktor yang berakhirnya kontrak (perikatan) yang disebabkan oleh:

- Jangka waktunya berakhir,
- Delaksamkannya 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 rumpil yang mengatur tentang kegiatan kehidupan sehari-hari, walaupun skala mungkin berbeda antara satu orang dengan yang lain.



LEX MERCATORIA DAN PERKEMBANGANNYA

A. PENGERTIAN ISTILAH LEX MERCATORIA

Pengertian 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 *mercant* artinya, perdagangan atau komersial.³⁹ Di dalam kepustakaan hukum Indonesia dikenal dengan hukum dagang atau hukum komersial seperti terjemahan bahasa Inggris *the law of mercant*.

Doctrin *Lex Mercatoria* dikembangkan oleh para pakar hukum Eropa, seperti François, Gulstaun, Clive Schmitthoff, Goldman, Kahn, Faudard, Horn, Ole Landa, dan Eugen Langen.⁴⁰ Dalam naskah ini, penulis mencoba menggunakan padanan kata "Hukum Komersial". Alasan penulis menggunakan padanan kata ini karena sejalan dengan istilah yang digunakan dalam Prinsip Kontrak Komersial Internasional UNIDROIT (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*).

38. Lihat Roland Dworkin, *Sources of Law: Preparation and Growth of Law*, dalam *Case Studies*, Cambridge: Harvard University Press, 1986, hlm. 31-72.

39. Lihat Soedjana K. Pratiwi, M. S. Jk., *Kamus Latin-Indonesia*, Jakarta: Penerbit Erlangga, 1989.

40. Klaus Peter Berg, *The Lex Mercatoria Doctrine and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Georgetown Law and Policy in International Business*, Vol. 28, 1997, hlm. 983.

Pada umumnya di dalam beberapa kepustakaan istilah *lex mercatoria* diberikan pengertian sebagai hukum yang seragam (*uniform law*) yang keulamaannya diterima oleh komunitas komersial di berbagai Negara. Namun kata "seragam" (*uniform*) dikritik bahwa tidak mungkin terwujud suatu hukum perdara yang seragam yang berlaku di berbagai Negara. Menurut Alan D. Rose⁴¹ lebih tepat digunakan istilah harmonisasi (*harmonization*) dan istilah inilah yang banyak diadun sebagai paduan kata dari kata *lex mercatoria* atau *the law of merchants*.⁴² Di dalam beberapa kepustakaan terdapat banyak pendapat rentang definisi *lex mercatoria* dan sebagian besar memberikan definisi sebagai hukum kebiasaan komersial internasional (*international commercial customary law*). Misalnya Jan Ramleng⁴³ menyatakan:

Lex Mercatoria is defined as customary transnational law of international strict sense, rules and institutes conceived by nations (from which they were taken) to govern their international (commercial relations) which in 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 commercial existence of a legal order formed by this international community within homogeneous milieu of agents of international trade.

41. Alan D. Rose A.D., *The Challenge for Uniform Law in The Twenty-First Century*, *Uniform Law Review*, No. 41, 1, 1996-1, p. 9-25.

42. Ernst Kribben Horn, *The United Nations Convention on Independent Arbitration and the Lex Mercatoria*, *Revue Critique de droit comparé* for a certain, 1997; Klaus Peter Hoyer, *The Lex Mercatoria Growth and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Law and Policy in International Business*, 1997; Klaus Peter Hoyer, *The Growing Qualification of the Lex Mercatoria*, *Revue Critique de droit international*, 1999; Alexander Goldmann, *Unity of The Trade and Other International Rules of International Trade According to the UN 1980 Sales Convention*, dalam *Diederick Lectures on International Law of Gova*, Roma: Ocean Publications, 1986.

43. Jan Ramleng, *International Commercial Customary Law*, *Revue Critique de droit international*, Soc. Molin: Nouvelle Juridic All, November 1987, jilid. 17-21.

Berthold Goldman⁴⁴ Misalnya Jan Ramberg⁴⁵ menyatakan:

Lex Mercatoria is defined as customary transnational law of international strict sensu, rules and institutions conceived by nations (from which they were taken) to govern their international (commercial) relations) which in 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 continued existence of a legal order formed by this international community-within homogeneous 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 mendefinisikannya *a set legal rules not tied to the law of any country. Bernardus Czerwik dan Steven Phelan mendefinisikannya sebagai a single autonomous 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 institutions conceived by nations (from which they were taken) to govern their international (commercial) relations) which in 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 1996.

45. Jan Ramberg, *International Commercial Transactions, Ex. Klippa Law International*, Stockholm: Norstedts Jurisk AB, November 1997, hlm. 17-24.

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

48. Jan Ramberg, *International Commercial Transactions, Ex. Klippa Law International*, Stockholm: Norstedts Jurisk AB, November 1997, hlm. 17-24.

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

Ole Landt⁴⁹ tidak memberikan definisi secara langsung tetapi telah menyatakan:

The parties in 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 subjective 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 kekurangan (*gap*) 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 Hunter⁵⁰:

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 didefinisikan 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 teratur, 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. Keumuman inilah yang menyebabkan NLM biasanya terdapat 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 mengambatkan perbedaan ideologi, politik, dan ekonomi dari berbagai negara. Para pemikir hukum (*legal thinker*) di Indonesia sudah selajaknya harus mencermati dan mengantisipasi adanya revolusi perdagangan internasional tersebut, karena sekarang ini telah terjadi perubahan paradigma di bidang hukum ekonomi.⁵²

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

52. Christoper H. Sarda, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Gower Publishers Limited, 1998, hal. 248.

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 sengketa mereka 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 timbul 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 dikemukakan Indonesia Pasal dan 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.¹⁴

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

14) Yhya Harefa, *Arbitrase, Putusan Dan Pengawasan Asas Arbitrase (RRI, Pembinaan Persepsi BANI, International Centre For The Settlement Of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Domestikasi Of The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Awards, Pasal 36.1 Uctac 1998, Etila Kaitira Jakarta: PT. Sinar Grafika, 2001, hal. 102.*

urudat 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 dibelaskan dalam bab sebelumnya dikarenakan model alternatif ini memiliki beberapa keuntungan dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui pengadilan. Misalnya 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 yang dianggap hasil yang *wisewise* 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

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

54 Achmad Fauzan, *Teori Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan: Negosiasi dan Mediasi*, TB. Anggraeni Pekanbaru, 2007, hlm. 25.

55 Achmad Fauzan, *A Brief Guide to IANI Quarterly Newsletter Number 5/2005*, published by IANI 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 *morally 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 *trial-arts* dan *arbit-mediate*.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 *swati arbitration claim procedure* untuk pihak yang bersengketa di bawah 150 juta rupiah.

56. Para pihak ini dapat pula menggunakan hybrid arbitrase ini yang disebut dengan *trial-mediate*.

PENGGUNAAN LEX MERCATORIA DALAM SENGKETA DAGANG INTERNASIONAL

Ketidakepuasan 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 sebelumnya pernah sudah 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 resip 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 as-

internasional kemudian diadopsikan dan menjadi sekumpulan kaidah dan asas kebiasaan dalam perdagangan internasional (*international trade usage*) yang menjadi semacam "aturan main" para pedagang internasional dan lambat laun diterima sebagai hukum kebiasaan. Asas dan kaidah-kaidah yang tidak berfiliasi sama sekali pada suatu sistem hukum nasional negara tertentu, lama kelamaan dianggap sebagai suatu sistem hukum (tidak tertulis) yang independen dan berdiri sendiri. Berkembangannya inilah yang mendorong kewaharungan 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 *arbitral tribunals* yang berwenang untuk menyelesaikan perkara atas dasar keadilan, itikad baik, dan tidak harus mendasarkan putusannya pada suatu sistem hukum nasional tertentu. Karenanya, forum-forum arbitrase perdagangan internasional adakalanya dianggap sebagai lembaga yang mempertahankan dan mengatikan eksistensi "hukumnya para pedagang" (*law of merchants*) atau *lex mercatoria* ini.

Salah satu keterangan yang dianggap meyakinkan pada penerbitan *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 saja (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 pembuatannya kontrak terlahap melalui 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 khusus.

59. L.J. Apeldoorn, *Hoopster over Maatschappij*, Jakarta: Pradnya Paramita, cet. ke-28, 1996, hlm. 155.

jian atau kontrak dikidnapikan ke dalam faktor yang membatasi pembentukan hukum. Oleh karena itu, dalam beberapa hal tertentu pembentukan hukum atau undang-undang dapat dibandingkan 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 tertikat, 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. Dengan mengadakan perjanjian, para pihak melakukan perjanjian secara konkret, sedangkan apa yang dilakukannya oleh pembuat undang-undang pada umumnya mengatur perbuatan yang bersifat abstrak.

Bikrin Lee Mercatoria sangat berkaitan juga dengan hukum kontrak, khususnya kontrak komersial, yaitu hukum kebiasaan dalam masyarakat bisnis dalam proses pembuatan dan pelaksanaan kontrak bisnis. Ditinjau dari tahapannya, semua kontrak meliputi 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 membuat suatu kontrak. Ketahanan yang menyangkut validitas kontrak seperti masalah kedewasaan, immorality, dan kepentingan umum. Hal ini dianggap sebagai urusan hukum nasional masing-masing Negara, sehingga UNIDROIT tidak mengutarakan secara khusus masalah ini.

60. Selain Pasal 1374 KUH Perdata di Indonesia, Aik Wang¹³⁴ juga menyatakan *contract as law* dengan arti bahwa berlaku sebagai undang-undang bagi mereka.

Tahap pembatasan kontrak oleh dua pihak atau lebih yang bernegosiasi untuk membuat seperangkat aturan yang mengatur hubungan hukum di kemudian hari.⁸¹

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 mercatorum*. 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 serupa dengan hal di atas sebagai cara penyusunan peraturan nasional yang berpedoman pada *Modus Livi, Legal Guide*, atau menerapkan prinsip-prinsip *INHERRIT*.

81. Kebijakan pembatasan kontrak dengan pembatasan antara-endang adalah kontrak didaftarkan pada hukum nasional antara para pihak berdasarkan pembagian ekonomi atau bisnis yang hasilnya hanya mengikat para pihak saja. Adapun dalam pembatasan antara-endang sebagai awal perdamaian politik dan kepastian politik yang hasilnya berupa undang-undang yang dapat mengikat semua warga. Namun demikian pada akhirnya ada persamaan-permintaan penting yaitu adanya (a) kebebasan dan kebebasan pihak yang harus dipertimbangkan melalui negosiasi argumentatif; (b) proses memperoleh kebebasan itu yang akan ditanggung ke dalam aturan-aturan seperti berupa aturan yang mengikat; (c) adanya akibat hukum positif pada pihak yang tidak dalam "status" itu. See juga perbandingan oleh Moh. Machrud M.A. dalam *Hukum di Indonesia*, Jakarta 1985, 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 sem arbitrar. *Lex mercatoria* mengalami perkembangan sendiri terus menerus sehingga memiliki sejarah tersendiri.

Sebelum tumbuh Negara-negara modern, perdagangan internasional diatur oleh para pedagang sendiri (*lex mercatorum*) berupa aturan hukum kebiasaan komersial (*commercials 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 interest masyarakat komersial secara terus menerus. Hukum komersial berakar dari hukum Romawi dan Kanonik yang berawal dari *Codes of Rhodes Basilia* dan tumbuh menjadi suatu kebiasaan perdagangan (*mercantile custom*) di Negara Italia. Kemudian disebarkan melalui perdagangan dan pemasaran barang pada abad pertengahan.

Hukum kebiasaan komersial dikendurangkan dan diberi kekuatan mengikat oleh pengadilan niaga (*mercantile courts*) yang diselenggarakan oleh para pedagang untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka. Penerapan hukum disebarkan pada pengadilan 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*, *Bevton Survey Law International*, 1993.

63. Calvin W. Corman, *Essentials of Law Custom and Mercantile*, *Florida Law, Business and Company*, 1983, p.1.

Aturan yang diterapkan itu selanjutnya menjadi sistem yang independen, menjadi hukum tersendiri, dan ditegakkan oleh komunitas para pedagang. Hukum inilah 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 komersial yang dipengaruhi oleh kebiasaan perdagangan yang diakui secara internasional. Kontrak jual beli sesuai dengan perdagangan itu sendiri, pada saat inilah 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, dimatangkanlah prinsip-prinsip *lex mercatoria* ke dalam hukum nasional dan upaya tersebut berujung sukses pada XVIII dan XIX. Dengan demikian, terjadilah asimilasi dari beberapa prinsip hukum *lex mercatoria* ke dalam sistem hukum nasional. *Lex mercatoria* ini sendiri hidup sebagai pranata hukum, yang lirisogen dan otonom. Oleh karena itu, prinsip ini merupakan sarana untuk membakukan harmonisasi hukum yang berkembang di negara Eropa.

Melalui penelitian dan upaya yang cukup lama, pada tahun 1971 UNIDROIT berhasil menelaah prinsip *lex mercatoria* agar dapat dianggap menjadi dokumen autentik. Pada pada tahun 1994 berhasil disusun prinsip-prinsip umum yang dikenal dengan UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (PICCs) tahun 1994 yang isih 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. Untuk hukum umum ditanggung pula oleh Donald H. Gieffgen, *The Failure of Legal Scholarship and the Search for a Modern Theory of Law*, *Yale Law Review*, Vol. 75, No. 3, 1986, hlm. 381-403. Lihat pula Schrick, *Philip Law, Society and Industrial Justice*, New York: Russell 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 kebiasaan 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 sekarang 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 *domestic* lingkup. Di samping itu juga mengasahakan pengembangan ekonominya dengan mengembangkan pasar ke luar negeri (*external trading*) dan berdirinya berbagai komunitas bisnis internasional yang telah mendorong tumbuhnya *lex mercatoria* baru. Hal ini digambarkan 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 centre

65. *Discovered by Knapp, L.D. Wilkinson, et al.*

of development no longer accept poverty and lack of opportunity as the natural conditions of life and look to the richer nations for help and assistance.⁵⁶ 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 changing circumstances of modern international trade.

Alasan inilah, adanya kendala perbedaan sistem hukum nasional di antara Negara sehingga mendorong para pelaku bisnis untuk menyusun prinsip *lex mercatoria* baru. Para praktisi hukum komersial mengasalkan agar tercapai kesatuan 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 kontribusi 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 Shapiro⁵⁷ alasan timbulnya kebaruan harmonisasi hukum komersial secara transnasional adalah konsekuensi logis dari praktik transaksi yang ditempuh 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 perkembangan ekonomi yang berbeda setelah decade pembangunan, sehingga ada Negara berkembang dan Negara maju. Banyak kontrak yang dibuat di antara para pihak dari Negara

56. Martin Shapiro, *The Globalization of Law*, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 3, Israel, Bloomington Indiana University School of Law, 1991, hal. 37-61.

yang memiliki latar belakang berbeda-beda itu, dalam pelaksanaannya menimbulkan ketidakadilan, sehingga diperlukan prinsip hukum yang lebih adil.

2. Berkembangnya technology dan informasi yang memerlukan prinsip hukum konkret untuk mencegah terjadinya ketidakadilan dan ketidaksiimbangan 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 sosial 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 praktik 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 sustained growth of international trade simply demands a reinvigorated 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 adalah

67. *Diakses dari* www.legal-lex.com; L.D. Wilkerson, *op. cit.*

hanya tidak bisa menjawab permasalahan yang dihadapi terutama yang dihadapi terutama masalah transaksi yang bersifat perdagangan internasional unilateral, sehingga hanya dengan menggunakan prinsip *lex mercatorum* 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 (relatif) tepat apabila kontrak dibuat antara pihak swasta asing dengan pihak yang mewakili lembaga pemerintah (*government contractor*). Di dalam praktik apabila para pihak dilibatkan dengan perantara yang bersifat lintas Negara, satu 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 mengabdikan untuk tunduk pada hukum Negara lain. Di sisi lain, pihak swasta asing akan skeptis menerima hukum 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 kegalitan penerapan hukum perdata internasional yang tidak sesuai dengan kontrak tersebut, karena biasanya hukum perdata internasional sering kali terjadi *summa summarum* (kembalikan kembali). Berbagai kesulitan antara hukum perselisihan juga dapat dihindari dengan langsung menggunakan ketentuan prinsip *lex mercatoria*. Dengan memilih *lex mercatoria* para pihak bisa mendapatkan dari hal-hal tersebut 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 sumber-sumber belum tercapai kesepakatan, ada juga beberapa persamaannya. Alexander Goldstein⁶⁵ 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, keputusan, 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 (japabila secara tegas atau diam-diam diterima oleh para pihak), atau konvensi internasional (jikalau dikesampingkan oleh kontrak). Di samping itu hukum nasional yang berlaku terhadap kontrak (japabila ditentukan dalam kontrak, atau ditentukan oleh hukum perdata internasional); dalam beberapa kasus sumber memaksa (*mandatory provisions*) dari hukum domestic, putusan per-

65. Alexander Goldstein, *Origin of The Trade and City Associations Rules of International Trade According to the UN (1980 Sales Convention)*, dalam kumpulan *Association of City of Global Database Course*, New York: Pitagora Publications, Inc., 1956.

dilan internasional; dan tulisan ilmiah para sarjana (bahagi sumber tidak langsung):

Pakar hukum Ole Landu⁶⁹ menjelaskan bahwa sumber dari *lex mercatoria* baru meliputi hukum umum, prinsip hukum umum, aturan dari organisasi internasional, kebiasaan dan kepatutan, kontrak standard an lembaga arbitrase. Sementara Julian Law⁷⁰ menyebutkan sumber dari *lex mercatoria* meliputi aturan substantive perdagangan internasional, kode dari praktik perdagangan internasional, kebiasaan, dan kepatutan perdagangan internasional.

Menurut Schmidt⁷¹ pada dasarnya sumber *lex mercatoria* ada dua kategori besar, yaitu legislas internasional dan kebiasaan internasional. Walaupun ada perbedaan rincian dari keduanya, sumber tersebut dibagi lagi menjadi empat kategori, yaitu prinsip hukum umum, hukum umum 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 observasi atas berbagai hukum nasional untuk menemukan prinsip yang secara umum berlaku di berbagai Negara. Pendekatan ini dilakukan oleh Ole Landu untuk dipadukan dengan laga para arbitrator melalui penyelidikan atas prinsip hukum untuk mengetahui prinsip yang bersifat umum, yang berkaitan dengan praktik masalah dalam sengketa. Prinsip hukum umum merupakan bagian dari doktrin *lex mercatoria*. Sebagaimana ditegaskan oleh Olozie Chukwumerije⁷² bahwa:

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

69. Ditinjau oleh Alexander Goldstein, *op.cit.*

70. Ditinjau oleh Vancea L.D. Wilkinson, *supra*.

71. Ditinjau oleh Goldstein, *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 melibukan 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 kekal terhadap penerapan aturan hukum nasional yang menyelaka prinsip tersebut. prinsip-prinsip umum dapat dipengaruhi, dibatasi, atau ditambah oleh aturan hukum nasional. Akibatnya, prinsip hukum umum mungkin pada akhirnya tinggal nama saja. Walaupun dianjurkan 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 sebagai *model laws*. *Country's model laws* seringkali merupakan produk dari institusi seperti UNCITRAL (*United Nations 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 pengaturam berbagai aspek dari hubungan komersial yang bersangkuan.

Konvensi multilateral merupakan persetujuan antar negara 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 albat hukum yang mengikat warga negaranya. Contoh *Hague-Visby Rules*, di Australia melalui *Carriage of Goods by Sea Act, 1924 (Cth)*.

Proses pembuatan Model Laws meliputi tahap pemisahan rancangan hukumnya dengan mempertimbangkan kesesuaian antara kepentingan perdagangan internasional dengan kepentingan nasional dan Negara-negara secara individual. Apabila telah selesai dirancang, model laws dapat diadopsi secara keseluruhan atau sebagian oleh Negara maupun 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 halikat 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. Tapi jika ada kerangka lain, jika mayoritas Negara hanya mengadopsi sebagian saja dari konvensi atau model laws ini maka hukum ini akan kehilangan sifat seragamnya. Biasanya Negara pengguna kemudian memahaminya atau mengartikan serta memberikan penafsiran yang berbeda-beda. Akibat dari tidak tercapainya 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 Kepatutan dalam Perdagangan Internasional

Kebiasaan dan kepatutan dalam perdagangan internasional sebagai sumber lain dari *lex mercatoria*. Kebiasaan⁷³ 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 pihak diketahui dan diimpon untuk dijadikan pedoman hukum bagi mereka.

Julian Ired⁷⁴ 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 mematuhi norma kebiasaan dan kepatutan bagi mereka secara tetap. Contoh kebiasaan yang dikodifikasi oleh ICC (International Chamber of Commerce) misalnya INCOTERM (International Rules for the Interpretation of Trade Terms), 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, 1934, 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 dan praktik tidak serta merta dapat dianggap sebagai sumber hukum *lex mercatoria*, karena harus diakui oleh masyarakat bisnis dan mereka merasa terikat untuk mengikutinya. Dalam berbagai hal, kebiasaan tersebut pula umumnya diterapkan oleh pengadilan atau arbitrase tanpa perlu merujuk kepada pranata hukum tertentu. Jika materi muatan kekhilafan 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 Lando⁷⁷ 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 komoditas massal yang menguasai jiwa hidup orang banyak, tidak mungkin dibuat kontrak satu per satu.

Namun, pada umumnya kontrak baku dibuat sepihak seperti 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 mengantar prinsip *in dubio contra stipulatorem* 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

77. Ole Lando, *Standard Contract and Preparation of Provisions*, Scandinavian Scandinavian Studies in Law, 1986, hal. 131.

baku oleh lembaga internasional untuk Negara Eropa dipekerjakan oleh UNECE (United Nations Economic Commission for Europe). Demikian pula berbagai asosiasi perdagangan seperti GFTA (Global and Free Trade Association) dan FOBFA (Federation of Overseas and Free 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. Bila 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 biasanya bidang perdagangan atau insitansi yang menerbitkan berbagai kontrak baku tersebut.

Bila 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 prosedur yang kemulian berpada dan didasarkan pada kebutuhan praktis saja.

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

Persoalan yang harus diperhatikan dalam mengatur standar kontrak menurut Gyula Eotzi⁷⁶ adalah

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

76 Gyula Eotzi, *Contracts of Adhesion and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations*, UNCTAD/ITC Trade Eliteshow in International Trade Law, Roma: Ocean Publications Inc, 1977, hal. 155-156.

economically weaker parties in business life or all, and others are the principal groups of these);

2. Adakah tendensi untuk memantapkan 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 be aided in protection in business life and also in international markets);*
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 dibakukan oleh berbagai Negara, sebagai berikut:

1. Dalam kebanyakan Negara terdapat pengaturan batas minimum tanggungjawab berupa hukum memaksa (*mandatory law*) dari hukum public.
2. Penetapan kontrak standar cenderung ditekan pada upaya menghilangkan syarat-syarat yang memaksa (*oppressive term*). Misalnya dengan ketentuan *contra preferentem*, aturan yang membatalkan klausul yang membatalkan (*waiver clause*) kepada pihak pembuat kontrak biasa, atau untuk keuntungan pihak yang dilindungi penerapan klausul *exemptioe factis* harus ditafsirkan secara sempit.
3. Ada kecenderungan dalam praktik pengadilan untuk mengurangi digunakannya klausul yang menekan dengan dipersempitkannya prinsip hukum umum. Seperti *bonos mores*, *Ulen and Glöber* yaitu aturan yang melarang klausul yang mengandung tindakan curang, melanggar kepentingan umum, dan ketidakpastian (*incertum non obligat*) di dalam suatu kontrak tersebut.
4. Ada upaya 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 di gantikan 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 penerapan 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 *Orgnuzi 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. Saat bergabung Indonesia dalam WTO dengan pelaksanaan berbagai komitmennya, akan mempengaruhi rangkaian kebijaksanaan di sektor perdagangan khususnya perdagangan luar negeri.

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

Proses penahapan 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 sayangnya pada tahun 2003 (*see text*) sudah terbebas Kawasan Perdagangan Bebas ASEAN (AFTA) dan pada akhir 2010 kemudian APEC dan GATT 1994 akan berlaku sepenuhnya. Harmonisasi hukum kontrak di antara Negara ASEAN sangat diperlukan dan sebaiknya mengacu pada prinsip-prinsip UN-DROIT.

Menurut Richard G. Lempsey²⁷ setiap jenis sistem perekonomian terdiri atas ribuan pasar individual, seperti pasar komoditi pertanian, industri barang dan jasa, pasar barang antara seperti biji, yang merupakan output bagi industry tertentu sekaligus input bagi industry lainnya, pasar bagi bahan baku, seperti bijih besi, paku, bauxite, 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 berlungsi terpisah, namun merupakan sistem yang saling mengait, yaitu kejadian dalam satu pasar akan berdampak pada pasar lainnya. Salah satu aspek hukum yang mempengaruhi atau terkait dengan perkembangan ekonomi dan bisnis adalah bidang hukum kontrak sebagai akibat berlakunya kebutuhan kontrak. Dengan perkembangan ekonomi dan bisnis terhadap praktik perdagangan internasional telah membentuk kebiasaan-kebiasaan internasional.

Misalnya, akibat dari praktik bisnis perusahaan multinasional yang berusaha memutar modal atau memasarkan produk barang dan jasa di pasar domestik, menyebabkan kontrak komersial mengikuti

27. Richard G. Lempsey *et al*, *Peraturan Antarkonvensional*, diterjemahkan Agus Mahana dan Kihindoko, Jakarta: Binacipta Aksara, 1994, jilid. 265-292.

eksular internasional.⁷⁶ Martin Shapiro⁷⁷ berpendapat bahwa sepanjang hukum nasional dari suatu Negara mengaturnya serta pengadilan dapat mengadili 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 relatif 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 konsultasi hukum dan pengacara untuk mempersiapkan transaksi tersebut dan menyelesaikan berbagai perselisihan.

Orientasi dan 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 kini berusaha melakukan privatisasi BUMN (Perusahaan Milik Negara) melalui penjualan saham di pasar modal baik bagi investor lokal maupun asing. Maka muncul kebutuhan berbagai aturan baru seperti akuisisi, joint venture, franchise, joint ship, perusahaan cabang

76. Lihat Martin Shapiro, *The Globalization of Law*, dalam *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 1, Issue 1, Bloomington: Indiana University School of Law, 1994, hlm. 12-64. Akan tetapi, pendapat ini dikritik oleh Alan D. Rose yang menyatakan bahwa internasionalisasi tidak tepat karena tidak mungkin dilakukan secara kodifikasi hukum perdata untuk seluruh dunia. Oleh karena itu UNIDROIT yang sudah beripuan mempersiapkan kodifikasi hukum perdata telah mengadopsi metode-metode melalui persiapan gabungan Prinsip-Prinsip Komersial Instrumental dalam bentuk seperti *Restatement* yang diadopsikan oleh *American Law Institute*. Lihat D. Alan Rose, *The Challenge for Uniform Law in the Twenty-First Century*, *Amfitea Law Review*, NS-Vol. 1, Roma: UNIDROIT, 1996, hlm. 9-25. *Mergers and Restatement*, Lihat Geoffrey C. Hazard, Jr., *The American Law Institute: What it is and what it does*, Roma: Centre of Social Research in Legal Comparative Studies, 1994.

77. *Op. cit.* hlm. 128.

(*infomatory*), *spin-off*, kontrak pemasakan jangka panjang, *patent pool*, pembiayaan sindikat bank (*bank coordinated revolving 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 kebidakan yang simbalik.

Saat ini hampir 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 pemupukan pasar bebas yang jelas maka mekanisme pasar bebas tidak akan berfungsi.

Seperti dikatakan oleh Klaus Peter Berger⁴⁰ bahwa *lex mercatoria* sejalan dengan perkembangan bisnis itu sendiri. Perkembangan tersebut dimulas dari adanya kebiasaan masyarakat pada umumnya (*lex communis*) yang tidak terkodifikasi dan tidak tertulis namun dianggap sebagai hukum (*communis opinio doctorum*). Normas-norma kebiasaan itu terformulasi ketika dilakukan penyelesaian sengketa oleh arbitrase.

Perkembangan selanjutnya dalam kebiasaan itu terbentuk secara khusus oleh masyarakat pedagang yang membentuk hukum kebiasaan di antara para pelaku bisnis. Lambat-lun, atas usul para pakar hukum komersial, dan oleh kehunahan 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 subsidi dari Majelis Umum PBB (Perserikatan Bangsa-Bangsa) atau lembaga mandiri seperti UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) atau lembaga

40. Klaus Peter Berger, *The Growing Codification of the Lex mercatoria*, *Harvard Journal of Law International*, 1983.

swasta seperti ICC (*International Chamber of Commerce*) atau perbankan dan perbankan dan FIDIC (*Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils*) 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 Ralf Flurth³¹ dengan mengambil pendapat dari Jacoby bahwa:

The UCP have evolved through a gradual process of crystallization of standard procedures. Since 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.

Alibat 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.

Terdapat 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*, *warehouse*, maskapai pelayaran, *harbour*, konsulat, dan kedutaan. Demikian pula halnya dari pihak importir terdapat banyak pihak yang terkait. Perjanjian ekspor-impor akan melibatkan perjanjian *Header of Credit* yang mengacu pada ketentuan UCP.

31. Ralf Flurth & EF Elinger, *The Uniform Customs and Practices for Documentary Credit*, direktori dari *Proceeding Singapore Conference on International Business Law*, Singapore: Butterworths, 1990.

Namun, penulisannya tidak akan membahas ketentuan dari ICC atau FIDIC, karena pada prinsipnya UNIDROIT menggunakan 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.

Berkaitan prinsip kebebasan berkontrak, para pihak bebas menentukan dengan siapa akan mengikatkan dirinya dan hukum apa yang akan dipilihnya. Akan tetapi, adakalanya para pihak menandatangani hal tertentu tidak diantar maka dalam menghadapi masalah ini biasanya diserahkan pada penyelesaian 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.

Keputusan pengadilan atau arbitrase, khususnya tetap **para** karena *lex mercatoria* memang diakui sebagai pilihan hukum bagi **para** **pihak dalam penyelesaian sengketa mereka, bahkan** Keputusan arbitrase juga dianggap sebagai sumber dari *lex mercatoria*, yaitu Keputusan tribunal arbitrase yang memuat pertimbangan hukum yang diterima di dalam masyarakat perniagaan internasional. Untuk membiasakan agar sumber ini menjadi *lex mercatoria*, diperlukan publikasi dari putusan arbitrase tersebut. Julian Lew³¹ 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.

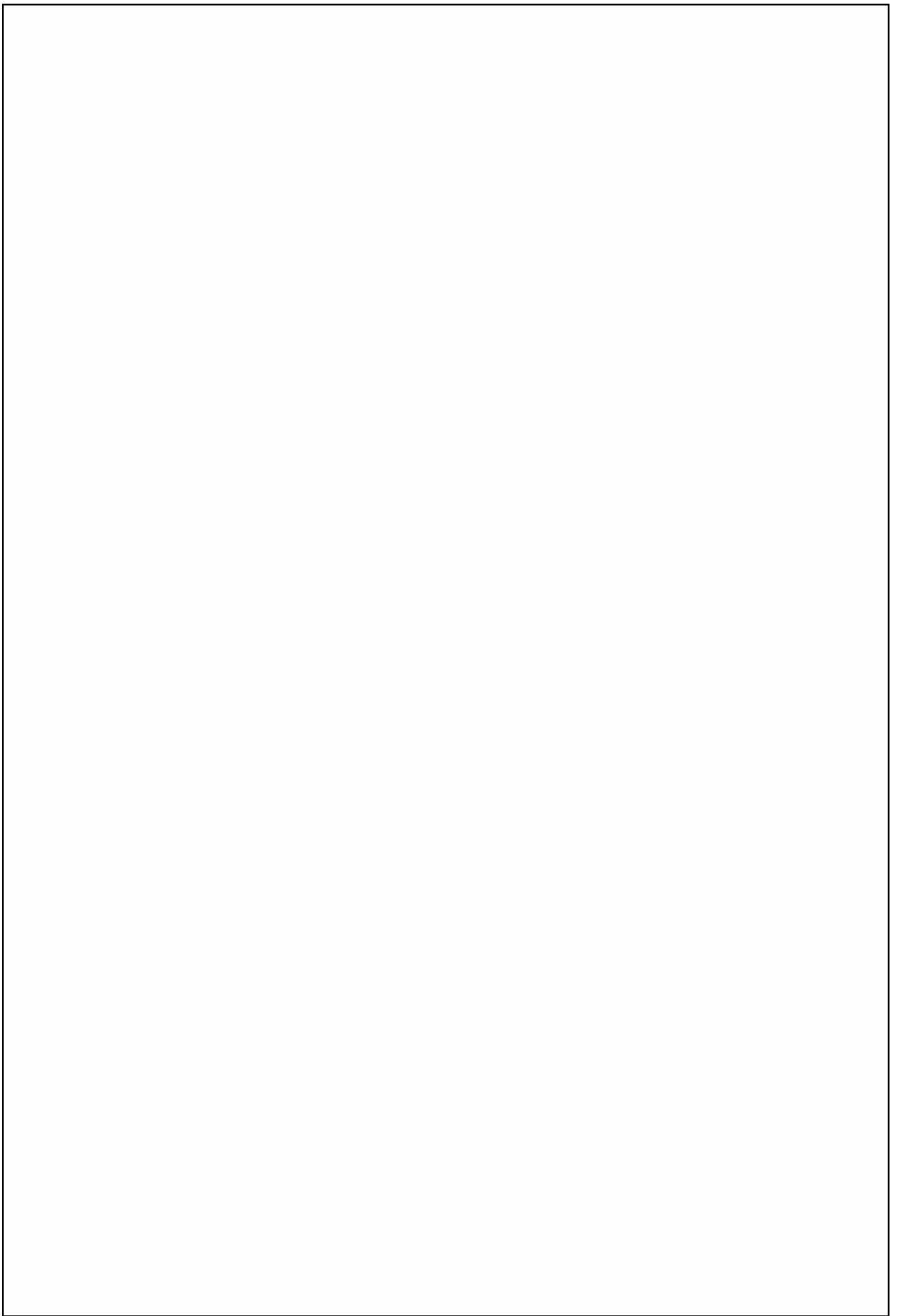
31. *Dispute and Arbitration*, L.D. Wilkinson, op.cit.

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 dikemukakan oleh Thomas Carburn³¹ bahwa saat ini telah terbentuk seperangkat prinsip hukum yang dikembangkan dari putusan arbitrase. Benarika 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 berikut: hak (*ius cogens*), kewajiban untuk mengupayakan kerugian, kewajiban untuk menegosiasi, *pacta sunt servanda*, *abus de droit*, dan aturan keabsahan memaksa (*force majeure*).

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

31. *Ibid*.



→ 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.⁴⁴ Asal kata arbitrase adalah *abit rare* dalam bahasa latin, *arbitration* dalam bahasa Inggris dalam bahasa Belanda.

Ada banyak definisi mengenai apakah itu arbitrase yaitu, dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian Sengketa⁴⁵ memberikan definisi bahwa arbitrase adalah "Cara penyelesaian suatu sengketa swasta di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa".⁴⁶

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*"⁴⁷, dan menurut Black dan Henri Campbell yang dikutip dari buku Munir Fuadi⁴⁸ bahwa arbitrase adalah "*The submission for the determination of disputed matter to private unofficial persons selected in manner provided by law or agreement*".

44. Munir Fuadi, *Arbitrase Nasional, Penyelesaian sengketa bisnis*, PT Citra Aditya Jakti, Bandung, 2003, hal. 12.

45. Undang-Undang No. 30 Tahun 1999.

46. Phillip Capper, *International Arbitration: A Handbook*, The Institute LLP, London-Singapore, 2014, hal. 2.

47. 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 persetujuan yang ada.

B. MACAM-MACAM ARBITRASE

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

1. Arbitrase yang bersifat insidental (*Ad-hoc Arbitration*)
Arbitrase ini adalah arbitrase yang dibentuk secara insidental yaitu bahwa para pihak atau hakim dapat menunjuk para arbitrer untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi dan apabila sengketa tersebut telah diselesaikan maka arbitrase yang dibentuk hubar karena tugas mereka telah selesai.
2. Arbitrase yang bersifat permanent (*Permanent arbitration*)
Berbeda dengan *Ad-hoc arbitration* yang langsung hubar apabila sengketa telah selesai, maka badan arbitrase yang bersifat tetap ini sebagai 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), BANIUI (Badan Arbitrase Maritim 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.⁴⁵

Beberapa sarjana mengartikan bahwa terdapat dua jenis arbitrase berdasarkan keabadiannya yaitu arbitrase nasional dan arbitrase

45. See J. Ulfink, *Choice of Place of Arbitration and The Law Governing the Arbitration Procedure*, Rotterdam 2006, Hal.5.

internasional. Akan tetapi definisi mengenai arbitrase internasional sedikit berbeda dengan pengertian arbitrase secara umum.³⁹ Dalam praktik kita juga sering mendengar istilah *domestic arbitration* dan *international arbitration* dimana sesungguhnya perbedaan 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 tercantum dalam beberapa konvensi internasional.⁴⁰

Seorang pakar di bidang arbitrase yaitu Olewin Clukwimmerji memberikan 2 metode untuk menentukan apakah suatu arbitrase itu bersifat nasional (domestik) atau internasional yaitu:

1. Identitas para pihak

Balwa arbitrase itu internasional "if the arbitration parties, whether there are individuals or corporate entities, they should have different habitual resident"⁴¹ 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

Balwa suatu arbitrase dapat juga disebut sebagai arbitrase

39. Beberapa pakar arbitrase seperti Heli de la, Alan Redfern, Martin Hunter, Arthur Marrow dalam buku-buku yang mereka buat mengemukakan bahwa arbitrase internasional memiliki karakteristik tersendiri yang dapat disebut sebagai arbitrase internasional, Supra, ibid. 5-6.

40. Karakteristik Arbitrase Internasional dapat kita lihat pada UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration yang memberikan definisi mengenai penggunaan apakah yang ditaklukkan 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 is situated outside the state in which the parties have their places of business: The place 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 dispute is most closely connected; (c) The parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country".

41. Olewin Clukwimmerji, *Casey of Law in International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Books, 1994, ibid. 29.

internasional jika "dispute is relating to the international commercial interest" yang berarti bahwa apabila sengketa itu mempunyai 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 bagaimana cara arbitrase itu dibentuk dan tempatnya, sehingga apabila ada yang menyelenggarakan arbitrase nasional adalah arbitrase yang dibentuk oleh suatu negara maka definisi tersebut tidaklah tepat.⁹³

C. KELEBIHAN DAN KURANGAN 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 dua jenis aturan seperti ini adalah Prancis dan Switserland. Menurut hukum Prancis untuk suatu badan arbitrase akan dianggap arbitrase internasional apabila sengketa yang akan diselesaikan mengenai masalah perdagangan internasional, sedangkan menurut hukum Switserland suatu badan arbitrase itu internasional apabila pihak yang berangkutan memiliki nasionalitas yang berbeda atau domicili di Negara yang berbeda. Gerald J. McJannet, *International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, London, 1996, hlm. 91.

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

2. Kerahasiaan

Banyak para pihak yang memilih arbitrase dikarenakan di jamin kerahasiaan oleh badan ini, dimana jika dalam pengujian biasa maka adanya proses yang bisa sejati dengan proses hearing, sehingga kadangkala kerahasiaan para pihak terungkap pada proses ini. Dalam arbitrase dapat di hindari exposure di depan umum sehingga apabila berkaitan dengan kelangsungan perusahaan yang bersengketa, maka sesuai sengketa terjadi maka mereka masih tetap dapat melakukan 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 asde dalam proses arbitrase, tetapi ini adalah merupakan hal yang luar biasa, misalnya tidak adanya persetiaan dari para pihak, sehingga proses 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. Kadangkala arbitrase yang menyelesaikan suatu sengketa tidak memiliki pendidikan hukum, tetapi mereka memiliki kemampuan untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi karena sesuai dengan budaya yang mereka ketahui. Arbitrase seperti ini dirangsang dalam UK Arbitration Centre di (Yamat, Gerard), *M&J*, Op cit. Hal 92.

dikawatirkan 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. Meminip kemungkinan untuk dilakukan "forum shopping".

Forum shopping dalam arbitrase tidak akan terjadi dikarenakan para pihak telah memutuskan dimana-mana 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 standar yang cukup untuk menjaga standar dari arbitrase tersebut. Sehingga banyak yang menyebutkan bahwa arbitrase itu baik jika arbitratornya baik "Arbitration is a good arbitrate"⁹⁶

- b. Pengakuan dan Pelaksanaan dan 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. Muzir Daryo, *Op.Cit.*, hlm. 94.

96. Huda Adhi, *Arbitrase Komersial Internasional*, Bina Cipta Bandung, hlm. 17.

- c. Tidak adanya presiden hakim (*legal president*)
Maksudnya adalah dalam arbitrase tidak dikenal standar baku mengenai cara pengumpulan keputusan arbitrase. Juga putusan yang telah diambil oleh para arbitrator hanya berlaku untuk sengketa yang diselesaikan saja, hal ini mengakibatkan tidak adanya presiden dalam arbitrase. Sehingga akan adanya suatu kemungkinan putusan arbitrase yang satu dengan yang lain akan saling bertentangan (*conflicting decisions*).
- 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.⁸⁷
- e. Kurangnya power dari arbitrator
Dalam proses arbitrase sering terjadi kurangnya power dari arbitrator untuk menggiring para pihak untuk memutarakan sengketa dan juga menghadirkan barang bukti, saksi dan lain-lain.

D. KASUS-KASUS YANG DAPAT DISELESAIKAN OLEH ARBITRASE

Beda dengan 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

⁸⁷ Jean Colli dan Yvonne Lowy., *The settlement of disputes in International Law, Arbitration and Mediation*, Harper University Press Inc, New York, 2002, 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 sengketa 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. Perminyakan
2. Perbankan
3. Keuangan
4. Perusahaan Multinasi
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 yang hakim menemukan suatu klausul yang mengizinkan atau klausul tersebut, beberapa hakim menganggap kasus tersebut tidak dapat diselesaikan oleh arbitrase "non-arbitrable", yang berarti masalah dari tersebut hanya akan diselesaikan melalui pengadilan nasional dan masalah kasus tersebut, akan kemudian diajukan ke pengadilan nasional suatu Negara. Sehingga sangatlah penting untuk melihat melalui melalui kasus-kasus apa sengketa yang terjadi kompetensi pengadilan dan apa saja yang menjadi kompetensi dari arbitrase. Alan Herbert dan Martin Hunter, *Upaya*, Jilid 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 menunda 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 klausul arbitrase berdiri independent dan terlepas sama sekali dengan perjanjian pokoknya dianggap esat hukum atau tidak sah, kontrak atau klausul arbitrase tetap dianggap sah dan mengikat.

Ada dua macam kontrak arbitrase yaitu:

1. *Factum 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 huntuhan (*accessan*). Akan tetapi walaupun *accessan* tetapi klausul ini memiliki sifat-sifat yang unik yaitu walaupun perjanjian

100. Pasal 7 UU No. 30 Tahun 1999.

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

Jadi klausul arbitrase tidak akan batal jika terjadi:

- a. Meninggalkannya 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 tih ingkakan pada pihak ketiga dengan persetujuan pihak yang melakukannya 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 ancaman 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 arbitrase atau lembaga arbitrase.

101 Pasal 1431 UNW, 3d Tahun 1999.

102 Pasal 9 UU No. 30 Tahun 1999.

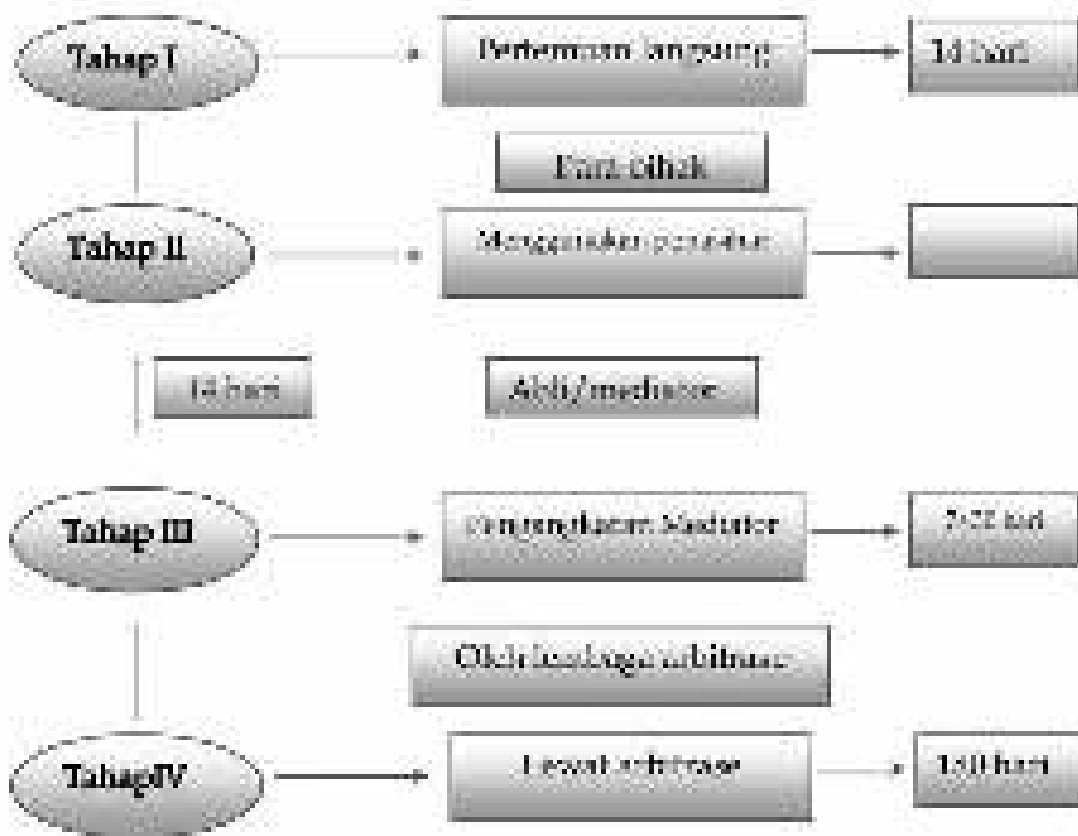
- v. Tempat tinggal arbitrer atau majelis arbitrase;
- vi. Tempat arbitrer atau majelis arbitrase yang akan mengambil keputusan;
- vii. Nama lengkap sekretaris;
- viii. Jangka waktu penyelesaian sengketa;
- ix. Pernyataan kesediaan oleh arbitrer;
- x. Pernyataan kesediaan dari para pihak yang bersengketa 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 bagaimana tahap-tahap penyelesaian sengketa dalam arbitrase ini yaitu:

- Tahap I = PerTEMUAN LANGSUNG para pihak
- Tahap II = Benjarkan penasihat ahli atau mediator oleh para pihak
- Tahap III = Benjarkan 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 yaitu pertemuan langsung para pihak. Paraian harus sudah diambil dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari sejak dimulainya penyelesaian sengketa.
2. Tahap II yaitu penunjukan dan penyelesaian sengketa oleh penuntut ahli atau mediator ini sudah harus mengambil keputusan 14 (empat belas) hari setelah penunjukannya.
3. Tahap III yaitu penunjukan mediator oleh lembaga arbitrase. Dalam waktu 30 (tiga puluh) hari setelah penunjukannya, Mediator sudah harus mulai bekerja. Paraian dan mediator ini harus sudah diambil dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari sejak dimulainya penunjukan mediator.
4. Tahap IV yaitu penyelesaian oleh lembaga arbitrase atau oleh arbitrase ad hoc, jangka waktu penyelesaiannya 150 (lima puluh) hari sejak dimulainya proses.¹⁰⁴
5. Perikatan merupakan keseluruhan sesuatu yang telah ditetapkan, penastafaan di lingkungan Pemerintah Negara dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari sejak penastafaan ditetapkan tersebut.

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

104. Pasal 48 ayat (1) UU No. 30 Tahun 1999.

6. Berdasarkan keputusan pelaksanaan kesepakatan yang telah dirap, pendonor akan menulis formulir yang dilakukan dalam jangka waktu 30 hari sejak pertemuannya keputusannya di Pengadilan Negeri.
7. Dapat kita lihat dalam prosedur ini bahwa perseteruan sengketa melalui jalur arbitrase ini relatif 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 dijunta 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 yudisial 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. Muzir Fandy, *Opini*, 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 presence of:
The arbitration agreement (including any applicable rules); and
The law of the seat of the arbitration."¹⁰⁴

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. Untuk suatu perjanjian arbitrase tidak dapat diakui misalnya perjanjian arbitrase dibuat atas suatu paksaan, dan dibuat dalam bentuk tertulis, dan beberapa aturan lain menghancurkan 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

¹⁰⁴ Philip Capper, *International Arbitration: a handbook*, Edisi ketiga, I.T.E. London-Singapore, 2004, hlm. 117.

of the other two and refusal to sign the award. The rules of the principal arbitration institution and the UNCITRAL Arbitration Rules do not allow this in 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 dirandatangani oleh para arbitrator.

Berdasarkan hukum Indonesia yang termuat 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 sejabar 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 kekeliruan dalam putusan arbitrase maka menetapkan alasan para pihak untuk meminta dilakukan pembatalan 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 pemertulan-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 administratif dalam putusan arbitrase. Misalnya kekeliruan atas penulisan nama dan alamat para pihak atau arbitrator.

109 Philip, hlm. 118.

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

111 Pasal 54 UU No. 30 Tahun 1999.

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

1. Syarat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dipentulkan, diakui atau dinyatakan palsu;
2. Setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat memutarakan, yang disumbangkan oleh pihak lawan; atau
3. Putusan diambil dari hasil lipan masalah yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

Konsekuensi 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 baru, maupun
 - 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:¹²

¹² Artikel 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 disyangkan bagaimana isi dan rumusan yang pasti, apabila bentuk putusan secara lisan. Jika sebaliknya putusan dibolehkan berbentuk lisan, maka bukan penyelesaian sengketa yang akan dihasilkan, tapi malah putusan itu sendiri akan membarkan 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. Yahya Hanan, Op. Cit. hlm 244.

adalah satu faktor pembakang kreteritikasi sebuah putusan. Kelalaian menyebar tanggal dan tempat putusan diambil dapat dijadikan alasan pembatalan pengakuan dan eksekusi putusan.

2. Syarat Materil Putusan Arbitrase

Sejumlah fakta serta permasalahan yang telah dimajukan 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 materil dalam suatu putusan arbitrase. Namun, syarat ini boleh diiadakan apabila terdapat kesepakatan para pihak mengizinkan 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 menguraikan dasar-dasar alasan pertimbangan. Oleh karena itu, syarat materil ini bersifat mutlak secara relatif¹³. Apabila tidak ada kesepakatan yang membolehkan pihak 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 KSHD disebutkan bahwa putusan arbitrase juga dapat dilampiri dengan pendapat masing-masing arbitrator. Hal ini terdapat dalam Artikel 43 (4), yang berbunyi: *"any member of the Tribunal may attach his individual opinion in the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent..."*.

114 *ISSA Yulia Handayani, Hal. 248.*

Juli, 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 terdapat kata *may attach his individual opinion*. Berarti, untuk melampirkan atau memasukkan pendapat atau pernyataan pribadi arbitrator dalam putusan harus dibarengkan dengan arbitrator yang bersangkutan. Jika tidak, maka pendapat pribadi tersebut harus dicantumkan.

Syarat materil selanjutnya adalah harus dicantumkan dalam putusan. Dalam putusan ini menguji syarat materil, karena dari segi doktrin dan asas, setiap putusan yang sah dan mengikat hanya putusan yang mencantumkan dalam putusan secara rinci. Juli, setiap putusan arbitrase yang memenuhi syarat materil harus mencantumkan rincian rumusan diktam. Tanpa diktam, tidak dapat dibedakan apakah putusan arbitrase tersebut bersifat *deklaratoris*¹¹⁵ atau *constitutivas*¹¹⁶.

Syarat formal dan materil putusan arbitrase tersebut secara lengkap dapat dilihat dalam Pasal 54 Ayat (1) Undang-Undang No. 30 tahun 1999, dimana dalam Pasal 54 Ayat (3) disebutkan bahwa putusan arbitrase harus memuat:

- a. Kepala putusan yang berbunyi: "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KEUHANAN YANG MAHA ESA"
- b. Nama lengkap dan alamat para pihak
- c. Urutan singkat sengketa
- d. Pendirian para pihak
- e. Nama lengkap dan alamat arbiter
- f. Bertimbangan 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 *Declaratory* adalah putusan yang menetapkan

116 *Constitutive* adalah putusan yang berlaku mengikat.

1. "Terima dan terima putusan"
2. "Tanda tangan arbitet atau majelis arbitrase"

1. 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 1958, 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 dikatkan bahwa putusan arbitrase asing tersebut harus dilakukan 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.

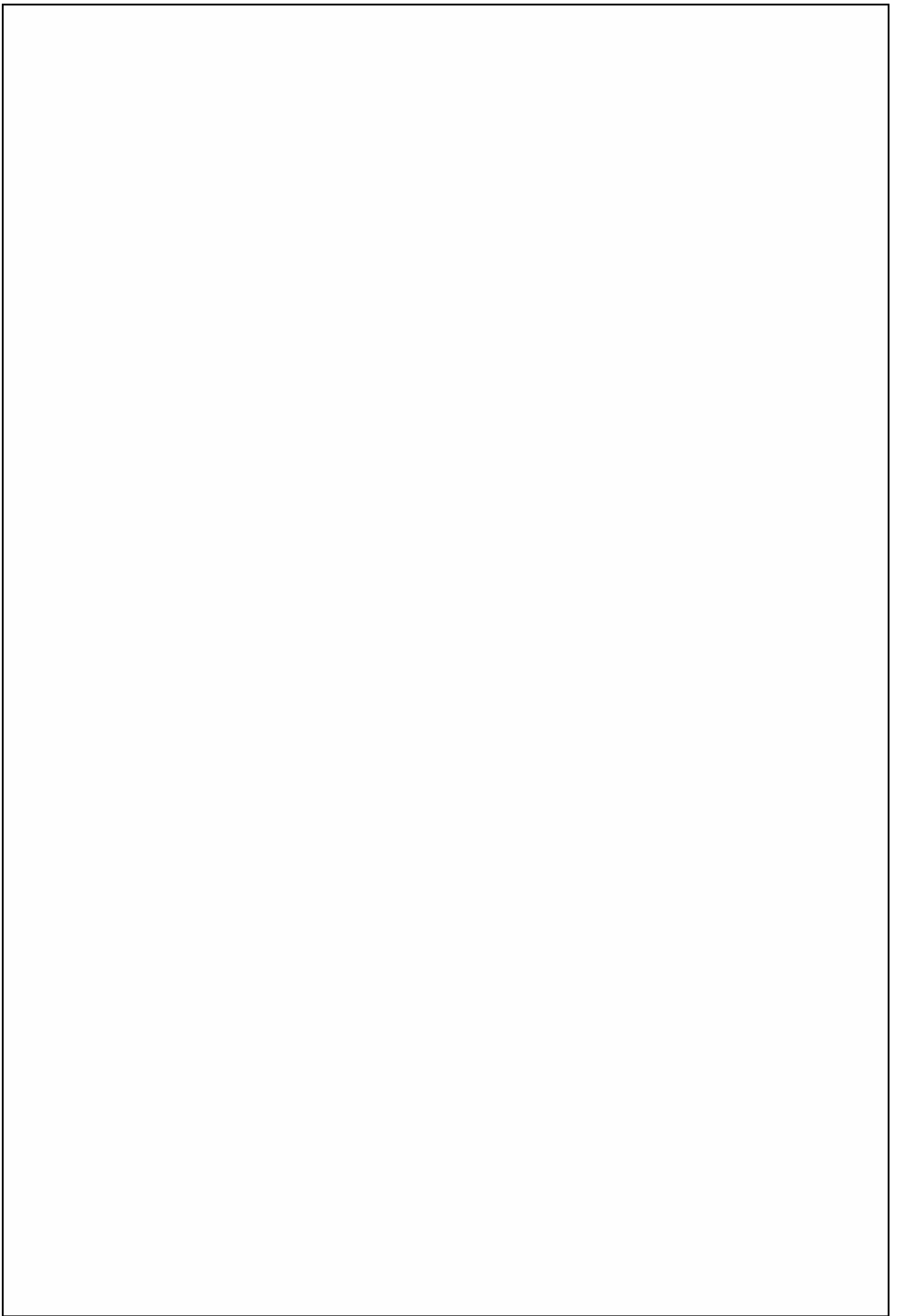
Sedangkan mengenai arbitrase internasional dalam arti sempit yaitu yang tidak termasuk arbitrase nasional negeri lain, maka seperti yang termasuk dalam model hukum arbitrase UNCITRAL, baru termasuk arbitrase internasional jika memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

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 pihak asing sebagian besar kewajibannya 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 perselisihan dalam kontrak arbitrase berhubungan dengan lebih dari satu negara.¹¹⁷

¹¹⁷ Article 1 and 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 pengalihan dalam negeri yang diharapkan dapat membantu proses pelaksanaan keputusan arbitrase ternyata kurang memberi respon yang konstruktif.

Sebagaimana 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. Sommer terungkap sebagai berikut: "*It is only at the last stage, when it comes to enforcement, that the victorious litigant inevitably depends on the authority of domestic courts*"¹¹⁴.

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 akses melalui keputusan Presiden NO.34 tahun 1981, dan didaftar di sekretaris jendral PBB

114 Christoph H. Sommer, *State Liability: Some Recent Developments*, Cambridge: Gower Publication Limited, 1983, Hal.75

7 Oktober 1981. Dalam akses ini Indonesia mengajukan syarat saja yaitu pada asas reciprocitas.

Pada awalnya meskipun Indonesia telah menyetujui yang berarti ketentuan konvensi tersebut mengikat Indonesia, akan tetapi dalam pelaksanaannya keadaan 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 mengakses 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 dieksekusi 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, apakah permohonan eksekusi diajukan melalui Mahkamah Agung dengan maksud untuk dipertimbangkan apakah putusan tersebut tidak menangkang hal-hal yang bertentangan dengan kerertihan hukum Indonesia bahwa berdasarkan hal-hal yang diura-

119. Salah satu pakar hukum yang berkecuk pendapat adalah Prof. Mr. Sukarno Guruh-Hardjodot, *Ibid*, hal. 76.

kan di atas, permohonan pelaksanaan hukum Arbitrase asing seharusnya dinyatakan tidak dapat diterima.¹³¹

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 Kappres, memerlukan peratutan perundang-undangan pelaksanaan. Sementara pendapat lain mengatakan bahwa pertentangan antara Mahkamah Agung dan Para Sarjana tidak perlu dipertentangkan, karena yang paling penting adalah bagaimana suatu klausula arbitrase tersebut dipatuhi para pihak, dan juga bagaimana pengaturan mengenai *recognition* dan *enforcement*nya.

A. HAL-HAL UMUM MENGENAI PELAKSANAAN KEPUTUSAN ARBITRASE ASING MENURUT PERMA NO.1 TAHUN 1990.

Adanya urak 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 azara 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. Pengaturan Pasal 6 ayat (3) Perma sama dengan yang dirumuskan Pasal 639 Rg, yang mengatkan 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 "sommaring" (peringatan), serta eksekusi, pelelangan

¹³¹ Soerjo gunito, *Pedagogis Arbitrase Dagang Internasional di Indonesia* (Hukum dan Adil hal 83), Bandung: Eresco, 1988, hal. 57.

[*non-merit review*] sampai dengan pelaksanaan eksekusi final, dilaksanakan berdasarkan ketentuan-ketentuan dimaksud.¹³¹

Bermasalahnya 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 diraitkan, mulai dari tindakan penodepunan, penobatan *exequatur*, dan penobatan *exequatur*. Masalah penodepunan dan *exequatur* putusan sedikit berbeda dengan penobatan 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 (*international*) juga perlu diperhatikan masalah penodepunan eksekusi. Mengena penodepunan eksekusi juga ditanggung dalam Perma No. 1 Tahun 1996, yaitu Pasal 6 ayat (2) yang menyatakan "dalam hal eksekusi harus dilakukakan di luar daerah hukum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, pelaksanaan eksekusi didelegasikan kepada Pengadilan Negeri yang secara relatif berwenang untuk menjalankannya. Penodepunan ini berpedoman kepada ketentuan Pasal 185 ayat (3) HIR serta Pasal 206 ayat (2) RRG. Seperti yang dicantumkan dalam Pasal 6 ayat (2) Perma tersebut, penodepunan eksekusi mesti diratapkan 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 pelaksanaan batas-batas kewenangan relatif dimaksud. Dengan demikian, diharap pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing terdambur 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.

131. Amantuniluar, *Halatw Auna Ralatw Dn Lnglanyar Analtan Unaw* (Yogyakarta, Fakultas Hukum UNSR, 2004, Hal. 115).

Untuk pelaksanaan eksekusi diperlukan tindakan sira eksekutorial (*executorial besing*) guna memenuhi pembayaran sejumlah uang kepada pihak claimant, penyitaan dapat dilakukan terhadap semua harta kekayaan serta barang-barang milik terdohon eksekusi (pihak respondent). Hal ini ditegaskan pada Pasal 6 ayat (3) Perma No. 1 Tahun 1990, yang menyatakan bahwa sira eksekutorial dapat dilakukan atas harta kekayaan serta barang-barang milik terdohon eksekusi. Pasal 196 HIR juga menetapkan, guna memenuhi pelaksanaan eksekusi yang berkenaan dengan pembayaran atas sejumlah uang, dapat dilakukan sira eksekutorial atas semua harta milik kekayaan terdohon eksekusi sampai tercapai jumlah yang harus dibayar 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 sira eksekutorial terhadap semua harta kekayaan guna memenuhi pelunasan terhadap pihak pemohon eksekusi atas putusan arbitrase, merupakan kebolehan yang dibenarkan hukum. Putusan 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 kebolehanya adalah sampai penyitaan dapat dipertukarkan mencapai jumlah yang hendak dibayar kepada pihak claimant melalui *executorial besing* (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. Yaitu putusan yang dijunjukan 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 berkakuatan hukum tetap sesuai dengan Keputusan No.34 tahun 1981.

Pasal 3 memuat tentang syarat-syarat untuk dapat dilaksanakannya suatu putusan arbitrase asing. Pasal ini merupakan *guide line* dalam menguji untuk dilaksanakannya atau ditubuhnya 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 arbitrer 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 *exequatur* 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 asli dan 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 memsesahkan **Convention on the Recognition and**

enforcement of foreign arbitral awards, 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 inapun 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 ditenangkan 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, sebenarnya 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 diputuskan oleh arbitrer atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan

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

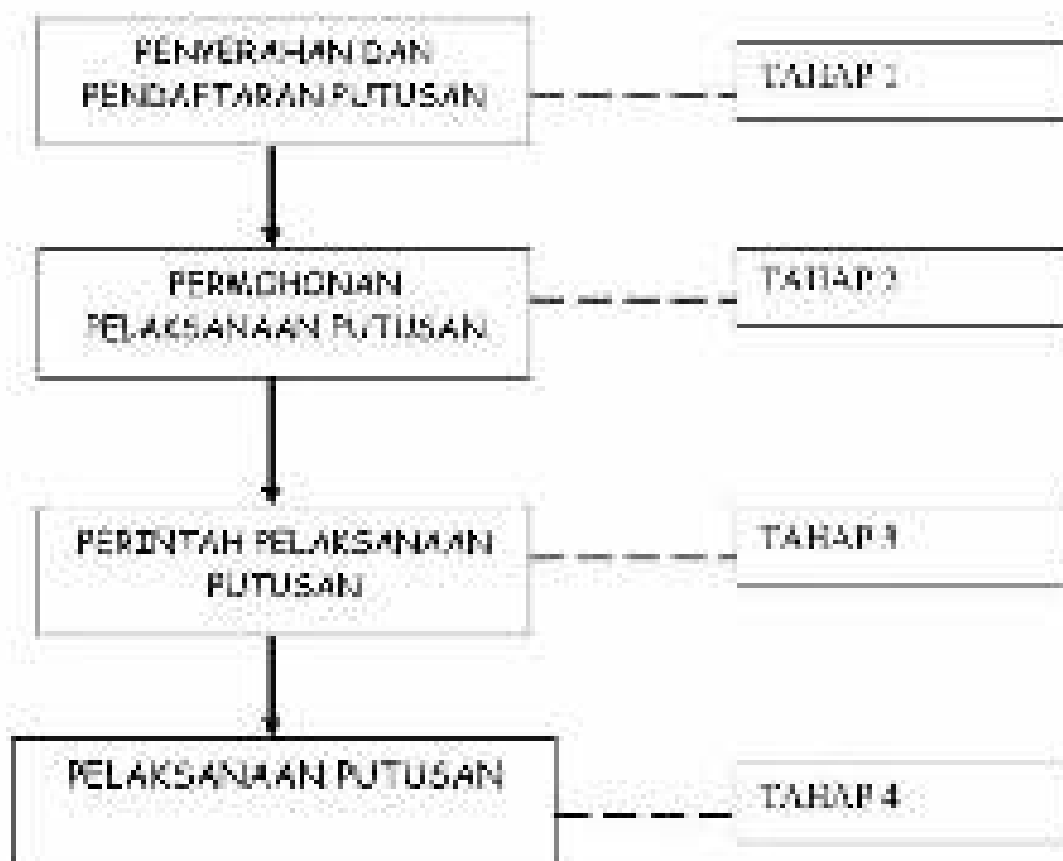
Negara Indonesia terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Hal ini tertuang dalam Pasal 66 huruf a. Pasal ini berarti bahwa asas resiprositas (saling mengakui) berlaku. Asas resiprositas yakni asas yang menyatakan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

- b. Putusan arbitrase internasional terbatas pada putusan yang menant ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan. Hukum perdagangan yang dimaksud adalah:
 - Perniagaan
 - Perbankan
 - Keuangan
 - Peranangan 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 dikimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

123 Pasal 66 huruf a. Undang-undang No.30 tahun 1998 dan pasal 67 ayat 2 huruf b.

124 Termasuk pasal 66 huruf b.

Mengetahui 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.¹¹⁵ 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 (ex-quo)

¹¹⁵ Pasal 67 ayat 1 Undang-undang No.30 Tahun 1999.

4. Tahap pelaksanaan putusan arbitrase

Penjabarannya diuraikan dalam uraian 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 Berna 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 "menyatakan" 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 menaati putusan secara sukarela (pemerintahan administrasi nasional). Dengan terdapatnya putusan tersebut maka Panitera wajib membuat akta deponir, yang sifatnya imperatif. Tindakan ini juga merupakan syarat formal kelengkapan 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 *Reglement op de Rechtspraak*, dimana bagi putusan arbitrase asing berpegang pada *aliam ius regnum*.¹²⁷ Artinya segala ketentuan yang menyangkut ek-

126 Ylva Lindqvist, *Arbitrase di Tujuan dan Ke Prosedur BANI, UNSURAI, New York Convention*, Berna No.1 Tahun 1990, Yusa Grafica, Edisi Kedua, 2004, hal. 318.

127 *Ibid*, hal. 355.

eksekusi putusan arbitrase asing tunduk mengikuti aturan hukum negara tempat mana pengakuan dan eksekusi diminta. Asas dan doktrin ini diekspresikan dalam Pasal 54 ayat (3) ICSD, yang menyatakan "*execution of the award shall be governed by laws concerning the execution of judgment 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 harus waktu suatu putusan arbitrase asing dapat di daftarkan. Hanya saja diambil jalan tengah yaitu karena dalam putusan arbitrase nasional paling lama pendepaniran 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, Berjanjian yang dipelikan dasar putusan yang telah diantentikkan, keterangan dari wakil diplomatik dimana putusan arbitrase asing dibuat. Jadi ada tambahan dokumen selain yang diatur dalam pasal 364-365 Ry.

Dalam Pasal 67 Undang-Undang Arbitrase, permohonan pelaksanaan putusan arbitrase asing (internasional) dibuktikan setelah putusan tersebut diserahkan dan daftarkan oleh arbiter atau karsanya kepada Panitia Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan menyampaikan berkas permohonan.

2. Berkas permohonan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional

Sehingga seluruhnya permohonan *exequatur* yang dilimpahkan kepada Panitia 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 Panitia/Sekretaris Jenderal Mahkamah Agung dalam tenggang waktu 14 hari.

Untuk dapat diberikan perintah pelaksanaan (*exequatur*) terhadap suatu putusan arbitrase internasional, harus terlebih dahulu diajukan berkas-berkas permohonan eksekusi yang bertitik 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.¹⁷

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

a. Pengertian *Exequatur*

Secara umum eksekusi merupakan pelaksanaan (*enforcement*) dan putusan selangian *exequatur* yang dimaksud disini mempunyai makna, permintaan kepada Ketua Pengadilan Negeri agar dikeluarkan perintah eksekusi terhadap putusan yang diucapkan Mahkamah

¹⁷ Ibid, Murti L. Andi, *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 diajukan oleh pengadilan yang tidak memperlakukan 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 dibarengkan dengan tetap pengeluaran "sarat penetapan" perintah eksekusi. Dan apabila dalam putusan ditemukan cacat formal dan fundamental sehingga putusan tidak dapat dieksekusi (memerlukan pemberian *exequatur*), maka penelitian tersebut diratangkan dalam "sarat 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.

Berkasurken Keppres No. 34 Tahun 1981, yang juga menetapkan sumber hukum berlakunya arbitrase asing di Indonesia, putusan arbitrase asing memiliki daya *self execution* di negara Indonesia.¹³¹ Sifat tersebut dibarengkan atau was "nonrecourse" (nonrecourse), dimana adanya hubungan timbal balik antara negara yang bersangkutan dengan negara Indonesia. Oleh karena itu, sikap pengakuan dan kepatuhan pihak Indonesia mengeksekusi putusan arbitrase asing atas permintaan

129. M. Yaya Handay, *OpCit*, hlm. 305.

130. *Ibid* hlm. 316.

131. Lihat Keppres No. 34 Tahun 1981.

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

Tabel Pasal 4 Peraturan MA No. 1 Tahun 1990, tentang *arbitrase*, dijelaskan lebih lanjut tentang pihak mana yang berhak memberikannya. Menurut pasal ini *arbitrase* 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 *arbitrase* tidak akan diberikan apabila putusan Arbitrase Asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat Indonesia (keterangan umum).

b. Asas *Executorie* Putusan Arbitrase Asing (Internasional)

Dalam melaksanakan putusan arbitrase asing (internasional), pengalihan harus berpijak pada lambang 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:¹¹²

1. Asas *Executoriali Krasch*

Asas *executoriali krasch* atas putusan arbitrase asing merupakan salah satu fundamental 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.¹¹³

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 *executoriali krasch* yang berarti bahwa setiap putusan arbitrase asing (internasional) yang diajukan permintaan eksekusinya di Indonesia harus diakui kebenarannya (*recognize*) dan harus dipadankan eksekusinya (*enforcement*). Hal tersebut dapat die-

112. *Ibid*.

113. *Ibid*.

tergantung 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.

2.2) 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 York. Pada prinsipnya asas resiprositas sudah mengikat para negara anggota peserta (*Contracting State*), baik dalam urusan 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 pelaksanaan putusan arbitrase asing didasarkan atas asas resiprositas diantara sesama negara peserta konvensi (*every state 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 sepelebanya oleh Berna sebagaimana yang ditunjukkan dalam Pasal 3 ayat (1) yang berbunyi: "Putusan Arbitrase Asing hanya diakui serta dapat dilaksanakan di dalam huluhan Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat, yaitu Putusan itu diarahkan oleh suatu Badan Arbitrase atau Arbitrer 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. Juli pelaksanaannya didasarkan pula atas timbal balik (*reciprocity*).

3. Asas Pembatasan

Berdasarkan Pasal 3 ayat (2) Perma, jangkauan berlakunya pengadilan 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 pengadilan Indonesia terhadap putusan arbitrase asing, hanya meliputi sepanjang yang berkaitan dengan kasus atau perselisihan bidang Hukum Dagang yang berpasukan kepada ketentuan sistem tata hukum Indonesia, bukan pada sistem tata hukum negara tempat dimana putusan itu diucapkan.¹¹⁴

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 Kedua yakni mengenai perseroan, bursa dagang, makelar, komisiner, ekspuliter, pengangkutan, surat wasal, surat order, cek, promes, hak reklame, dan asuransi. Juga dalam Buku Kedua yaitu mencakup perjanjian bidang pelayanan dan masalah kepulitan. Namun ada bentuk bisnis lain yang tidak diatur dalam Hukum Dagang Indonesia, karena merupakan hal baru dalam praktik hukum di lingkungan pengadilan, tetapi dapat dianggap sebagai salah satu aspek komersial. Misalnya bentuk kasus mengenai *franchise leasing* dan *franchise* (yaitu perikatan kegiatan bisnis) seperti usaha bisnis *fast food* atau makanan cepat.¹¹⁵ Asas ini hanya merupakan penyempitan dengan pembatasan yang dinyatakan dalam Lampiran Keppres No. 34 Tahun 1981.

4. Asas Keterlibatan Hukum (*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-

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

115. Lihat senjawa yang dapat diartikan atau diadopsikan dalam KAM (Kamus Arbitrase Nasional Indonesia), H. Prayana Alimasyid, Arbitrase & Arbitrasi Persewaan Singkera, Sora, Pagarini, Cp 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, pemerintahan *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 pemerintah *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 asas sistem hukum dan kepentingan nasional suatu bangsa.¹⁶ Bertolak dari pengertian di atas, makna ketertiban umum atau *public policy* sangat luas dan sulit untuk diberi batasan positif. Dilihat dari makna yuridis ketertiban umum mengpelekat pengertian yang tak terikat atau *undefined*. Namun jika dihubungkan dengan tuntutan kepastian hukum dalam pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing, pengertian ketertiban umum harus ditunjukkan 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 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 bertent-

16. Titi Burdaji, *Aspek Jastifikasi Putusan Arbitrase di Indonesia*, 20 Juli 2005, hlm. 7.

tinggi dengan ketertiban umum suatu putusan arbitrase asing, penilaiannya adalah ketertiban umum nasional negara tempat dimana permohonan 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 terasimilasi dan diakui oleh hukum perikwa internasional juga dapat diterima karena dapat dianggap sebagai kebonuhan sendiri-sendiri 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 tertera dalam Pasal 71 Undang-Undang Arbitrase.

4. Pelaksanaan Eksekusi Putusan Arbitrase Komersial Internasional

Secara khusus mengenai pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing diharapkan pada Pasal 6 Permula No. 1 Tahun 1980. Berdasarkan aturan ini dapat disimpulkan bahwa apabila Mahkamah Agung telah selesai menetapkan penyelesaian permohonan pemberitahuan *exequatur*, permohonan segera dikirimkan atau disampaikan kepada Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pengiriman penetapan dilakukan bersamaan dengan berkas permohonan. Setelah Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menerima penetapan permohonan *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 para satu di tempat kediaman atau alamat tempat tinggal para pihak secara *in personae*.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 39 Undang-Undang No. 50 Tahun 1989 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Terhadap putusan ketua Pengadilan Negeri Domestik, in casu ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Mengingat pelaksanaan 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 memertahakan 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 mengklarifikasi dan melaksanakan putusan arbitrase internasional, masih tersedia upaya hukum berupa kasasi ke Mahkamah Agung.¹³⁸
- Terhadap putusan eksekutan Mahkamah Agung
Terhadap putusan pelaksanaan / penolakan pelaksanaan putusan arbitrase oleh Mahkamah Agung (Dalam hal upaya terlibat sebagai salah satu pihak yang bersengketa tersebut), pihak yang menerima atau menolak eksekusi tidak tersedia upaya hukum apapun termasuk upaya perlawanan atau peninjauan kembali (PK).

Penjelasan Tambahan:

1. Pelimpahan Kewenangan Eksekusi Kepada Pengadilan yang Berhukum secara Relatif
Pengadilan Jakarta Pusat dapat melaksanakan sendiri putusan eksklusivnya (Dalam hal menjadi kewenangan relatif dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, sama halnya jika eksekusi kewenangan pengadilan negeri lain, maka Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mendelegasikan kewenangan pelaksanaan eksekusi kepada pu-

138 Lihat Pasal 65 ayat 3 Undang-undang No.50 tahun 1999

galiban yang bernamang 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 ternobah eksekusi dapat diletakkan sita eksekusi. Cara-cara mengenyah sita eksekusi ini berlaku konvensi dalam acara perdara.

Seterusnya dalam Pasal 26 Ayat (1) UNCITRAL diungkapkan 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 maknanya 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.

Keburahan 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 disengkatakan dan melanggar perjanjian yang telah disepakati.

Selain alasan-alasan yang terdapat 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 jumlah 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 pihak yang dipaparkan oleh salah satu pihak untuk memperlambat proses penyelesaian sengketa. Karena alasan-alasan tersebut, maka putusan selt sangat dibutuhkan untuk membantu mempercepat proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Jadi, adanya putusan selt 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 "Ara permohonan salah satu pihak, arbiter atau majelis arbitrase dapat mengambil putusan provisionnal atau putusan sela lainnya untuk mengatasi ketidakpastian jalannya penyelesaian sengketa termasuk penetapan sita jaminan, pemberintahan penitipan barang kepada pihak ketiga, atau menjual barang yang mudah rusak...".¹⁴⁰

Judi 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 Ibidina Sechen, Op Cit, hlm 7

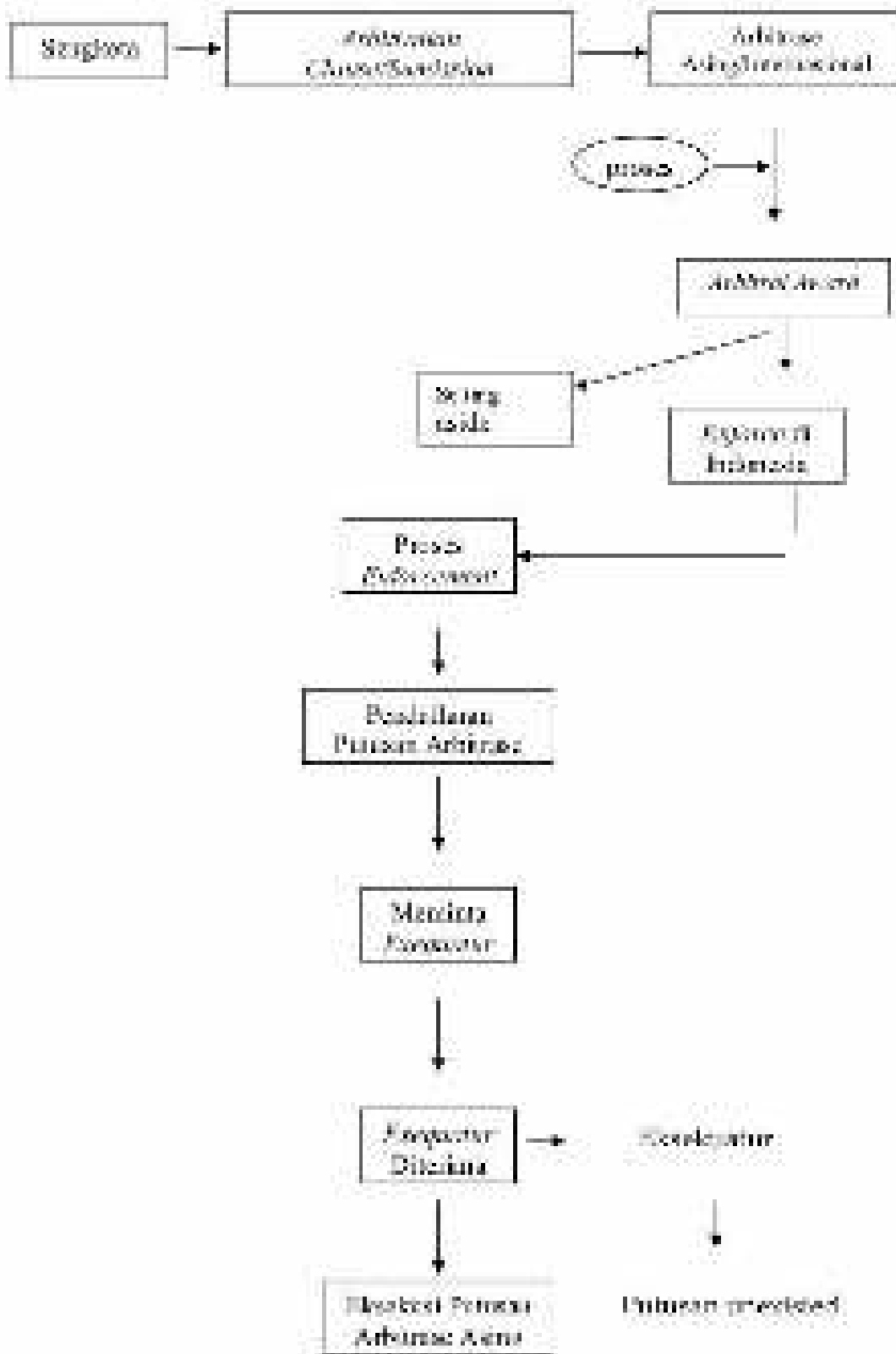
putusan yang utuh.¹⁴⁰ Dalam hubungannya dengan eksekusi (pelaksanaan) putusan arbitrase internasional, Undang-undang No.30 Tahun 1999 mengatur hal ini dalam Pasal 65, 66, 67, 68 dan pasal 69.

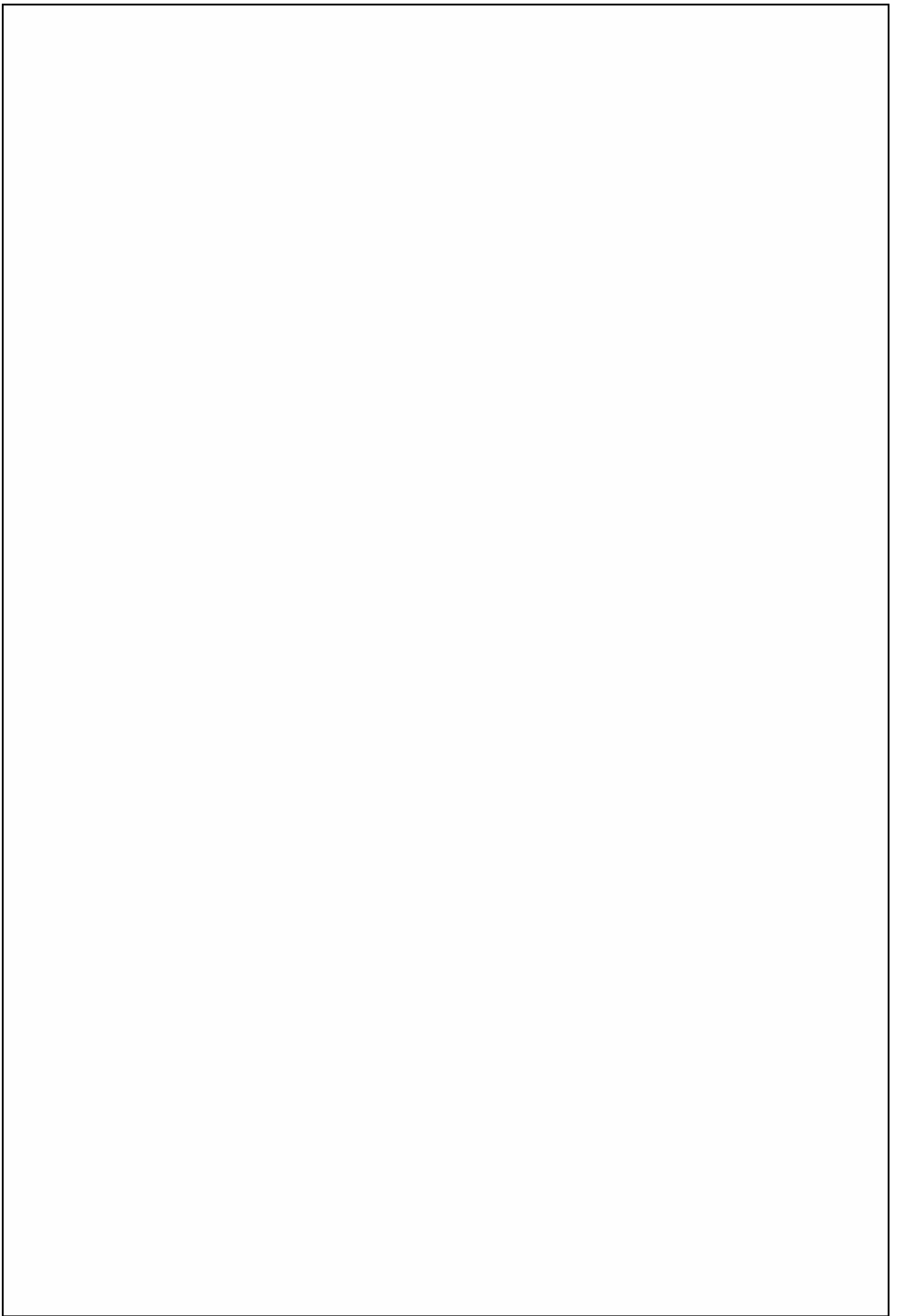
Bila dilihat dari diagram rata cara pelaksanaan putusan arbitrase internasional dimulai dari penyerahan sengketa ke arbitrase sampai pelaksanaan putusan secara singkat dapat dilihat pada bagan berikut ini adalah sebagai berikut.¹⁴¹

140 Lihat Pasal 69 ayat 5 UU No.30 Tahun 1999

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

Diagram 3: Prosedur pelaksanaan putusan arbitrase yang 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 dan perlawanan ini berbeda dalam sistem hukum *anglo saxon law* dan sistem hukum *Europa continental civil law*.

Perlawanan ini dalam bahasa Inggris bisa disebut sebagai *challenge* yang diartikan sebagai perbuatan untuk menolok 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 means recourse to a court for the setting aside or the revision of the award, it also covers an appeal on a point of law which might lead to the setting aside or revision of an award.*"¹⁴³ Tujuan dari perlawanan ini, adalah agar suatu putusan arbitrase yang tidak dapat di *set aside* atau di *enforce*, dan kemudian akan dilakukan upaya hukum yang lain terhadap sengketa yang ada. Umumnya perlawanan ini dibicarakan oleh pihak yang kalah dalam proses arbitrase. Mengapakah adanya upaya perlawanan pada putusan arbitrase yang *notabene* adalah final dan

142 Ibid. Philip Cmappe, 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 PERLAWANAN (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 suatu pertanyaan yaitu "Bagaimakah caranya supaya bisa binding?". Apabila pertanyaan itu diajukan kepada seorang pengacara maka jawabannya adalah "Tergantung"

Berdasarkan hukum internasional, upaya binding itu tergantung pada:

1. Apakah aturan yang berlaku dalam arbitrase tersebut memungkinkan untuk dilakukannya proses binding secara internal seperti pada sistem-sistem arbitrase di bidang maritim dan barang.
2. Apakah hukum dan tempat proses arbitrase dilaksanakan atau seat of arbitration terdapat aturan yang memperbolehkan sikap perlawanan terhadap putusan arbitrase.
3. Umumnya walaupun hukum dan/orang-orang 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 alasan dari perlawanan terhadap keputusan arbitrase yang diajukan di pengadilan nasional tempat arbitrase itu dilaksanakannya 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; Bente 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 diabaikan. Tidak hanya arbitrase dalam negeri, arbitrase komersial asing pun sangat sering di laksanakan *ad offe* terhadap pelaksanaan dan pengakuan terhadap award yang diluarnya.

Keputusan arbitrase internasional pula prinsipnya sudah dapat dieksekusi di Indonesia. Pengakuan terhadap keputusan arbitrase internasional di Indonesia, yang seyogyanya tentu sudah dapat dieksekusi, telah terjadi sejak dikeluarkannya Keppras 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 semua negara. Di samping itu, cara dan prosedur eksekusi untuk putusan arbitrase internasional juga bervariasi dari suatu negara ke negara lainnya. <http://www.premasapublishing.com/etd/etd.html.php?id=194&type=opini-fund>

144. Bente David, *Arbitration in International Trade*, Kluwer, 1985, 1985, hlm.301

3 Dalam proses penyelesaian sengketa pada arbitrase internasional, sebagaimana lazim dikenal dalam lembaga pengadilan, pemerkoran sengketa akan berujung pada sebuah putusan ("Putusan arbitrase Internasional"). Setelah putusan dibuat dan diucapkan, pihak yang dikalahkan, apabila tidak puas, paling tidak akan mengemukakan upaya hukum terhadap putusan tersebut. Pertmasalahan yang muncul apabila adanya perlawanan terhadap putusan arbitrase ini, maka yang menjadi pertanyaan besar, apakah 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 seruan konvensi New York tahun 1958, namun dalam pelaksanaannya justru yang sering terjadi adalah sangat sulit untuk mengeksekusi putusan arbitrase asing dalam wilayah suatu negara.¹⁶⁵

Sebaliknya setiap putusan arbitrase adalah final and binding, akan tetapi tetap ada upaya perlawanan dikemukakan pihak-pihak kadang kala sering merasa tidak puas, dan dilihat dari karakteristik arbitrase yang memiliki kelemahan dalam pelaksanaan eksekusinya maka inilah yang diambil oleh para pihak untuk menandatangani 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

165. Sehubungan untuk masalah ini adalah rekke dan peraturan atau konvensi internasional pada umumnya termasuk konvensi New York tahun 1958, yakni konvensi internasional hanya mengatur masalah-masalah yang pokok saja. Dalam konsep nasional konvensi internasional di Indonesia Undang-undang pokok yang pelaksanaannya dijabarkan oleh keputusan pengadilan, keputusan menteri, peraturan pemerintah dan lembaga prosedur, yang konvensinya merupakan pelaksanaan undang-undang.

masalah adalah, akan tetapi pada intinya adalah agar putusan arbitrase terhadap pihak yang kalah tidak dapat dilaksanakan.¹⁴⁵

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. Kelambatan dari arbitrase yang utama adalah, begitu arbitrase telah menghasilkan sebuah keputusan arbitrase atau award, maka arbitrase tidak dapat melakukan apapun kecuali menambah tambahan terhadap putusan (*additional to award*), atau membuat tambahan interpretasi. Pengertian tambahan terhadap awardnya, dan bagian award telah dibuat maka nothing can do by those arbitral award.¹⁴⁶ 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.

Sementara terdapat dua hal penolakan dari pihak yang kalah¹⁴⁷, yaitu yang pertama adalah

1. Penolakan terhadap putusan arbitrase, *challenge to the arbitral award* diatur dalam Pasal 70-72 UU No.30 tahun 1999.

Bab III Undang-undang No.30 Tahun 1999 Pasal 70 -72 dapat dijadikan pedoman bagi pengadilan untuk memeriksa permohonan peninjauan putusan arbitrase di Indonesia. Pasal 70 Undang-undang ini menentukan terhadap putusan arbitrase para

146 Hal ini dikasi dengan kemasannya sekretaris BANI bahwa tidak hanya putusan arbitrase internasional, putusan arbitrase nasional pun kadang sering dilakukan perlawanan oleh pihak yang kalah, dan kemudian di serang oleh ke pengadilan negeri Jakarta, Agustus 2016.

147 Hal ini juga dikarenakan sewaktu berkunjung ke BANI Jakarta, dimana sekretaris BANI membolehkan jika putusan sudah di buat, maka para pihak akan meminta pengadilan untuk meninjau putusan arbitrase tersebut. Final sewaktu Agustus 2016.

148 Hal ini sewaktu berkunjung ke sekretaris BANI, di Jakarta tanggal 3 Agustus 2016.

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

- a. Suatu atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu.
- b. Setelah putusan diambil ditemukannya dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan.
- c. Putusan diambil dari hasil tips misleading yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.⁴⁹

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 Panitia Pengadilan Negeri.

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

Dilihat dari pasal-pasal tersebut sebenarnya 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 sebenarnya memberikan perlindungan hukum terhadap pihak-pihak yang terlibat dalam putusan arbitrase, yang mempunyai dugaan bahwa putusan arbitrase yang diajukan kepadanya mengandung unsur penipuan.

⁴⁹ Pasal 30 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 sebenarnya untuk memberikan perlindungan kepada pihak yang kalah karena dikawatirkan setelah arbitrase dilause, dikemudian hari ditemukan fakta-fakta baru, maka apabila tidak ada celah untuk sekali terwujud pelaksanaan 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 terdapat 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 decision¹³³*

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

- Putusan penyitaan, yaitu putusan untuk meniadakan pelaksanaan pokok putusan

¹³³ Ibidina Sechen, Op. Cit, hlm 7

- Putusan penutupan, yaitu putusan yang dibuat untuk melindungi sejumlah harta benda dan dapat dimintakan penutupan status quo untuk mengantar 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 promulgation 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) in 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 of evidence may otherwise become unavailable, either through an act of one of the parties, or through the passage of time'¹¹⁷*

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

¹¹⁷ Ibid. Hal. 5

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 selanjutnya 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 sengketa berjalan menyalahgunakan 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 diadikaulah putusan sela.¹³⁴

Selain itu dalam suatu proses arbitrase tidak menutup kemungkinan salah satu pihak yang bersengketa karena suatu alasan menghalangan 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.

Hal lain barang bukti ataupun objek sengketa yaitu sengketa arbitrase komersial ini adalah barang yang tidak tahan lama atau mudah rusak, maka putusan sela ini juga dapat digunakan untuk mencegah pemeliharaan terhadap barang bukti ataupun objek sengketa yang mudah rusak tersebut.

Jadi berdasarkan uraian di atasnya pertawaran adalah adanya keinginan dari pihak yang kalah untuk tidak mau melaksanakan hasil keputusan arbitrase.

¹³⁴ Andrianto, *Memahami Hukum Dagang*, Cet. 1, hlm. 87

B. ALASAN MENGAPA PERLAWANAN PUTUSAN ARBITRASE DIMUNGKINKAN

Alasan yang menjadi dasar terkabulnya 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 serandainya 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 serandainya dikemukakan lagi ditunjukkan fakta-fakta yang mendukung argumennya, dan fakta tersebut dapat mempengaruhi keputusan arbitrase tersebut. Hal ini dikemukakan, pihak-pihak yang terlibat dalam proses arbitrase adalah manusia biasa. Arbitrer adalah manusia biasa, yang tidak pernah luput dari kesalahan. Hakim yang sudah mendapatkan pendidikan dan pelatihan khusus saja tidak luput dari kesalahan, apalagi arbitrer, yang mungkin saja tidak berlatarbelakang pendidikan hukum. Suatu putusan arbitrase karenanya tidak kekal (*immune*) terhadap kontrol (*pengawasan*) atau pemeriksaan oleh pengadilan. *Iustitia, un-*

153 Alan Redfern dan Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet and Maxwell, 2003, hal. 416-417.

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

tidak menajagi kualitasnya sehingga pada akhirnya arbitrase dapat berkembang, arbitrase membutuhkan kontrol pengadilan.

Ira seabanya, 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 masalahnya menggunakan istilah "vacating the award" (dapat diterjemahkan "peniadaan putusan"); di Perancis seperti halnya di Belanda dan Indonesia menggunakan istilah pembatalan (*annulment*; *secours en annulation*); di beberapa negara lainnya menggunakan istilah "setting aside" (dapat diterjemahkan "pengosongkan").

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 dilibasi 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 preserve its law and 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 mendapat aset pihak yang dikalahkan, pihak yang dimenangkan masih dapat menuntut eksekusi di pengadilan negara tersebut. <http://www.pengadilan.ceseng.kabidilidat1.php?id=194&type=opini> - .../in/13 Merujuk kepada

pembuatnya di atas, secara tidak langsung dapat ditunjukkan bahwa penganaran tentang pelaksanaan putusan arbitrase yang 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 menyetujui pada tahun 1981 dengan Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981.

Meski demikian, walau ada kemungkinan adanya pendetahan terhadap putusan arbitrase, tentu saja, upaya pemertaan 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 Pengadilan di haruskan menghormati lembaga arbitrase sebagaimana yang termuat dalam Pasal 11 ayat (2) UU No.39 tahun 1999 yang menyatakan bahwa pengadilan negeri tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Pengadilan Negeri wajib menolaki 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 menyetarakan kasus mereka ke arbitrase, Namun dalam praktiknya masih saja ditemukan pengo-

dilan yang memuatnya, bahkan ketika arbitrase itu sendiri sudah miringkan putusannya.¹⁵⁵

1. Perlawanan terhadap Pelaksanaan suatu Putusan Arbitrase Oleh Pihak yang Kalah dengan Alasan Keterlibatan 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 keterlibatan umum.

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

Namun apakah yang dimaksud dengan "kepentingan umum" ini? Penjelasan Pasal 66 huruf c tidak menjelaskan secara lebih lanjut.¹⁵⁶ Pasal 5 ayat 3 Permesta No. 1 tahun 1990 juga mengatur mengenai keterlibatan umum, akan tetapi hanya menjelaskan bahwa putu-

155 Seperti dalam kasus *Bankers Trust Company dan Bankers Trust International PLC (BT) melawan PT Miramas Indah Tbk (Miramas PN Jakarta)* yang pernah memenangkan gugatan Miramas (seliputan oleh klausul arbitrase di dalamnya) dan memenangkan putusan No.46/2006/PT.3/1999 tanggal 8 Desember 1999, yang memenangkan Miramas. Kasus PN Jakarta Timor dalam putusan No.001 dan 002/Pdt-Akt/1999/PN/JKT.PST Januari 02/Pdt.F-2000/PN/JKT.PST, tanggal 3 Februari 2001, menolak permohonan RT bagi pelaksanaan putusan arbitrase terakhir, dengan alasan pelanggaran keterlibatan umum, pelanggaran keterlibatan umum yang dimaksud adalah bahwa perkara tersebut masih dalam proses peradilan dan belum memiliki kekuatan hukum tetap. Perolehan PN Jakarta Pusat tersebut diturunkan oleh Putusan Mahkamah Agung No.02 KES/10/10/Pdt/2000, tanggal 7 September 2000. <http://www.schubertindonesia.com>

156 Lihat Pasal 60 UU No.30 tahun 1999

suatu 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 Es-equator (pelaksanaan) putusan arbitrase internasional hanya dapat di laksanakan 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 1999 juga tidak memiliki penjelasan lebih lanjut mengenai arti dari "ketertiban umum". Lalu, apakah tepat bila pemahaman perubahan suatu putusan arbitrase Internasional menjadi diterima dengan menggunakan alasan 'ketertiban umum' dengan mengesekannya pada Pasal 52 huruf b Konvensi New York. Pasal 52 huruf b Konvensi New York mengandung arti bahwa pengaluan 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.pemantapanadilan.com/berita/berita.php?id=194&type=upani> - 11/19 Alasan ini akan memberikan dasar hukum yang kuat kepada pengadilan dimana permohonan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing diminta untuk menjadi pelaksanaan putusan.

Menurut Prof. Sudargo Gautama, lembaga ketertiban umum ini sesungguhnya 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 meniadakan pemakaian hukum asing. Konsep 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.⁴⁷

Untuk menentukan apakah sesuatu hal tersebut adalah bertentangan dengan 'ketertiban umum' atau tidak, hal tersebut merupa-

47. Jodi Reisman, Menara Madia, Penerbitan Singkera, Kapan terbitnya Teknik Produksi, Berita dan Undang-Undang, No. 10 Tahun 1999, <http://www.hukumonline.com>

3

kan kepantasan dari penggabungan akan dipertimbangkan 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" ini 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 harus akan dipakai? Hal ini tentunya akan melahirkan suatu interpretasi yang sangat luas dan bahkan dapat menjadi pengertian yang sangat luas dan tidak terbatas.¹⁶ Tidak 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 kerentihan 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 pemulakan terhadap pengakuan dan pelaksanaan arbitrase dan juga dapat dilakukan sendiri oleh pejabat yang berwenang, dalam hal ini Mahkamah Internasional, baik karena asas kerentihan 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.

161 <http://www.pemerintah.go.id/indonesia/daftarppt/dp/1514/dipawa/911-1a/22>

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.¹⁹*

Dalam kasus perlawanan berdasarkan pelanggaran terhadap asas, badan kekuasaan yang berwenang (The competence authority) dalam hal ini Indonesia adalah Mahkamah Agung yang berwenang berdasarkan kewenangan sendiri *ex officio*. Jika putusan arbitrase asing tersebut menyangkut pelanggaran terhadap tata hukum di Indonesia, misalnya pihak 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 kesetiaan umum, maka pengadilan secara *ex officio* dapat melakukan penolakan terhadap pelaksanaan putusan walaupun tanpa adanya permohonan dari para pihak.¹⁹

Sebaliknya pada Perma No.1 Tahun 1990 sudah dijelaskan beberapa asas yang terdandung di dalamnya. Asas-asas ini digunakan untuk menolak pada prosedur pemberian eksekusi, setiap putusan

¹⁹ Ibid. Yohanes Indap, 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 reciprositas: yaitu suatu asas yang penting, dimana asas ini digunakan untuk melihat apakah di negara tempat dimana putusan diajukan, terdapatnya 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 selnya 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 sangat mengutamakan 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 aturan-nya sendiri begitu juga Indonesia. Pengujian terhadap lingkup hukum dagang ini juga harus dilihat secara luas, tidak hanya yang ada dalam undang-undang di Indonesia tetapi juga melihat ke dalam praktik-praktik internasional dan kebiasaan-kebiasaan internasional. Misalnya beberapa jenis bentuk bisnis yang dapat dimasukkan dalam

uang lingkup komersial yang tidak diatur dalam hukum Indonesia, akan tetapi umumnya dikenal sebagai bidang perdagangan misalnya dalam kasus leasing atau financing.

- Asas keterbacaan umum: Asas ini telah dijelaskan di atas, yaitu termuat 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 *equator* 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 mengahalkan 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 itu, 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 menandatangani New York Consentim tahun 1958, maka konvensi ini dapat dijadikan sumber hukum dalam hal penolakan terhadap suatu putusan arbitrase. Sebenarnya penolakan pengakuan dan pemberian *equator* terhadap putusan arbitrase asing disini adalah menyangkut tata cara dan syarat formalnya, yaitu harus ada permohonan dan pihak terhadap siapa eksekusi akan dijalankan (*at the request of the party against whom it is made*), permohonan pe-

mulakan disertai dengan kepasti pejabat yang kompeten (*for competent authority*),¹⁶⁴ dan pertunjukan itu harus dilengkapi dengan bukti tentang adanya pelanggaran terhadap salah satu alasan yang diuraikan 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 penolakan pelaksanaan putusan, dimana alasan-alasan ini difaraka "alternatif", bukan "kumulatif".¹⁶⁵ 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. Ketidakeabsahan 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 permohonan pengakuan dan eksekusi diminta, disebabkan para pihak atau salah satu pihak yang membuat perjanjian arbitrase, sendiri dari hukum yang "tidak berwenang" membuat perjanjian. Para pihak atau salah satu pihak berada dalam keadaan *incapacity* membuat perjanjian atau melakukan tindakan hukum disebabkan yang bersangkutan masih di bawah umur, atau masih berada di bawah pengampuan (*interdit*).

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

¹⁶⁴ Ibid. hlm. 156.

¹⁶⁵ Ibid.

karena itu jika ada putusan arbitrase asing yang lahir dari perjanjian paksa yang tidak sah, secara asessor putusan arbitrase yang bersangkutan otomatis tidak sah. Oleh karena itulah, hal tersebut dapat dijadikan alasan permohonan untuk mengajukan penolakan pengakuan dan pemberian eksekusi 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 eksekusi terhadap putusan arbitrase asing yang bersangkutan" dan harus dilengkapi dengan bukti *harush totah proof*.

b. *Tidak Memperoleh Kesempatan Melaksanakan Pembelaan*

Seperti yang sudah sering disinggung, dalam proses pemeriksaan penyelesaian sengketa di muka forum arbitrase, harus ditegakkan asas *audi et alteram partem*. Artinya kepala 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* (pembela) dan *respondent* (termuda) untuk diberi kesempatan yang sama dan secukupnya untuk mengajukan pembelaan dalam semua tingkat pemeriksaan. Terjadinya hal ini bisa saja karena disalahkan karena pihak yang dipanggil tersebut belum dipanggil atau diberi tahu menurut sepatutnya. Betapa dia sama sekali tidak tahu tentang adanya proses pemeriksaan sehingga tidak diberi kesempatan mengajukan banding dalam memperjelas hak dan kepentingannya. Dalam hal tersebut keputusan arbitrase dianggap tidak wajar atau *unreasonable*. Jika demikian halnya permohonan eksekusi dapat ditolak. Ketertarikan penolakan eksekusi putusan berdasarkan alasan pemeriksaan dan berkaitan erat dengan asas *audi et alteram partem* dalam pemeriksaan prosedural pengadilannya. Oleh karena itu dalam setiap pemeriksaan para pihak harus diberi tahu secara resmi dan patut.

c. *Putusan Tidak Sesuai dengan Perangasannya*

Menurut sengketa secara nyata-nyata melampaui batas kekuasaan serta maknanya menunjukkan putusan tidak sesuai dengan perua-

gatan yang diberikan kepada arbitrase yang dikemas dengan istilah *manifestly exceeded its power*.

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

- putusan tidak sesuai dengan yang disengkerakan (*the award deals with a difference not 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 decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration*).

Alasan ini dapat diterangkan pemolitan oleh Mahkamah Agung secara *ex officio* karena dengan putusan yang tidak sesuai dengan penguasaan atau *manifestly exceeded its power* dianggap dan dinilai sebagai pelanggaran tata tertib beracara (aturan formal) bahkan merupakan pelanggaran terhadap *public policy* di Indonesia.

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

Dalam hal ini susunan mahkamah arbitrase yang menjangkitkan putusan itu sendiri tidak sesuai dengan kesepakatan para pihak (*was not in accordance with the agreement of the parties*). Baik juga putusan yang diambil didasarkan atas penunjukan anggota arbitrer yang tidak sesuai dengan kesepakatan atau dengan prosedur yang ditentukan dalam *rules* yang disepakati yaitu sistem tata hukum dari negara tempat dimana putusan dijatuhkan (*having such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place*). Alasan ini diregulasi 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.

- * Sebagai mekanisme arbitrase yang menjatuhkan putusan tidak sesuai dengan kesepakatan para pihak;
- * Menyajikan suggesta arbitrase tidak sesuai dengan kesepakatan atau dengan prosedur yang ditetulkan dalam rules yang disepakati; dan
- * Persetujuan yang menguli dasar sengketa tidak sesuai dengan sistem dan nilai nra 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 selangnya putusan yang belum binding, maka terbuka kesempatan untuk mengadakan upaya terhadap putusan. Upaya tersebut dapat berupa permohonan *interpretation of the award*, permohonan *correction of the award*, permohonan *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 yang beranggungan bertentangan dengan ketertiban umum atau public policy". Pengertian dan pemahaman dari public policy ini berbeda dari satu negara dengan negara lainnya.

163. Philip Coppel, *International Arbitration: A Handbook*, Third Edition, London-Singapore, 2004, hlm. 112.

164. M. Yahya Hanafiq, M. Yahya Hanafiq, *Arbitrase Diswayan dan Sengketa dalam Kerangka (Re) Struktural Prosnal EINE, International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award dan FETA/ No. 1 Tahun 1998*, Peta Kerdic, Penerbit Grasindo, Jakarta, 2003, hlm. 366.

165. *Ibid*.

Indonesia pun tidak terlalu jelas memberikan definisi sebenarnya dari ketentuan umum ini. Pasal 1 ayat 1 adalah alasan penolakan secara formal dan sedangkan ayat 2 merupakan alasan yang bersifat tidak dan hukum materil, putusan yang diambil mengenai masalah yang dilarang diselesaikan melalui arbitrase atau putusan bertentangan dengan ketentuan 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 selubung dengan konvensi ini yaitu UU No.5 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 menangkutkan 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. Halap harus ada persetujuan arbitrase terlebih dahulu. Dalam hal Indonesia sebagai pihak dalam kontrak kerja sama investasi maka Pemerintah akan mewakili Indonesia dalam menentang persetujuan arbitrase. Pemerintah juga berhak untuk menentukan bentuk investasi yang bagaimanakah yang dapat diajukan ke arbitrase.¹⁰ Badan penyelesaian sengketa arbitrase di bidang investasi ini selanjutnya akan disebut sebagai Badan Arbitrase Center ICSID.

Putusan yang diajukan 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

menyatakan konvensi yang tidak memerlukan suatu tindakan pembe-
dang undangan untuk dapat berlaku dalam suasana tata hukum in-
tern. Jadi bagi Indonesia, dengan lahirnya UU No. 5 Tahun 1968 ter-
sebut Persetujuan RI atas Konvensi ini, berarti aratun Konvensi sudah
menjadi bagian dari tata hukum intern Indonesia sebagai salah satu
contracting state. Dengan demikian, Konvensi memiliki daya *self ex-*
ecuting. Oleh karena itu, pengakuan (*recognition*) dan eksekusi (*ex-*
ecution) dari putusan arbitrase Centre, merupakan bagian dari ta-
tuhukum Indonesia tanpa memerlukan peraturan pelaksanaan dari UU No. 5
Tahun 1968 atas pengakuan dan eksekusinya.

Berikut ini beberapa hal yang dikemukakan, dihubungkan dengan
ketentuan pasal 53 dan pasal 54 Konvensi, dapat dijelaskan hal-hal
berikut.

a. *Putusan Mengikat*

Setiap putusan yang diumumkan 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 ar-
bitrase Centre kepada para pihak, sekaligus menampun upaya apapun
terhadap putusan. Tidak ada kemungkinan untuk mengajukan upaya
banding (*appeal*) atas putusan.

Sifat mengikat dan final, tidak hanya terhadap putusan itu sendi-
ri tetapi juga meliputi segala penerapan yang menyangkut interpre-
tasi, revisi, dan pembatalan putusan. Hal ini 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 (*recognition*) oleh setiap negara peserta Konvensi (*Con-*
tracting state). Makna pengakuan putusan arbitrase Centre, memper-
samakan daya kekuatan mengikatnya seperti putusan pengadilan yang
telah memperoleh kekuatan hukum tetap, yang diumumkan oleh badan
peradilan di negara yang bersangkutan.

Dengan makna pengakuan atas putusan arbitrase Centre yang demikian, negara yang menerima putusan untuk menilai secara mandiri. Kebiasaan suatu negara untuk menibinya 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 berpautan kepada ketentuan hukum yang berlaku di negara tersebut. Pelaksanaan dibikakan oleh hakim negara badan peradilan resmi yang memiliki kompetensi relatif untuk itu.

Khusus di negara Indonesia, dikeluarkan **peraturan Menteri Kehakiman dan Peradilan 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 HK. Dengan demikian, khusus mengenai eksekusi putusan arbitrase asing, harus sekaligus berpedoman kepada ketentuan Perma No. 1 Tahun 1990 dan pasal-pasal yang diatur dalam HK (pasal 195-pasal 223 HK).

Dari *preogative* pasal 54 ayat (3) Konvensi di atas, pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase Centre harus dipatuhi para pihak, terutama pihak terdakwa. Demikian aturan 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 memanas, tidak tepat;
2. Tribunal arbitrase yang memanas "melampaui batas kewenangan" atau *manifestly exceeded its powers*;
3. Ada "kecurangan" atau *corruption* dan sementara anggota arbitrase;
4. Ada penyimpangan yang sangat serius dari fundamental atau aturan acara, atau
5. putusan gagal memantapkan alasan-alasan yang menjadi dasar putusan.

Perubahan pembatalan putusan diajukan dalam tenggang waktu 120 hari dari tanggal pengumuman 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 Administrative Council*), dalam hal ini Presiden Bank Dunia, menunjuk anggota arbitrer untuk duduk dalam suatu Komite *ad hoc* yang terdiri dari tiga (3) orang. Penunjukan anggota arbitrase yang akan duduk dalam Komite *ad hoc*, tidak boleh diambil dari anggota arbitrer yang sudah menandatangani putusan yang dimohon pembatalan, selama perubahoran 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 ICSED sendiri, tidak ke pengadilan nasional suatu negara.¹⁶⁷

167. Hilda Cypert, *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 Kontesak 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 ketentuan 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.

Bahwa kontrak tersebut berisi bahwa jika terjadi sengketa, mereka akan menyelesaikan melalui arbitrase London dan menurut hukum Inggris.

Haryanto, yang menjadi pembeli, melanggar ketentuan kontrak ini, sebab ketika itu harga gula internasional jatuh dan Bulog membatalkan janji untuk membeli gularnya. 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 ini ke Arbitrase di London. Haryanto dengan aduvisator membayar ganti rugi US \$ 22 juta kepada Man.

Namun Haryanto tidak menyetujui putusan itu. Bahkan pada Agustus 1988, melalui pengacara Prof Sudargo Gautama, Haryanto mengajukan gugatan peninjauan kedua kontrak tadi ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Prof Mr. Sudargo Gautama membalikkan bahwa kontrak tersebut melanggar ketentuan umum dikawatirkan hukum yang digunakan dalam menyelesaikan sengketa adalah hukum Inggris bukan hukum Indonesia. Pada akhirnya Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi sependapat dengan Prof Sudargo sehingga memenangkan

kan Haryanto, dan pihak lain kemudian mengajukan kasasi. Sesuai dengan Putusan No.1 /1990, Man meminta pemohonan pelaksanaan putusan arbitrase London. Dan pemohonan 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 penempatan hanya bersifat titel eksekutor saja, yang belum merupakan perintah (Prima facie). Sedangkan pelaksanaan putusan haruslah tunduk pada peraturan hukum acara di Indonesia di Indonesia.¹²⁸

Analisis kasus:

Sesuai dengan penjabaran di atas, memang salah satu alasan untuk melakukan pedlawanan 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 penempatan yang ditandatangani oleh Ketua MA.

Akan tetapi penempatan 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 dan 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 dibatalkan 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 di sisi putusan arbitrase yang melanggar ketertiban umum adalah apabila kepu-

¹²⁸ Hidayat, *Estimasi Kepuasan Hakim Arbitrase*, Sepreni Press, Jakarta, Hal. 58-107

mesin arbitrase tersebut memuat semi-semi 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 ketentuan 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 nantinya 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 apabila 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 Dulu perlaara:

Sengketa antara Pertamina melawan KBC bermula dengan dimatikan-nya perjanjian jual Operasi Contract (JOC) gula 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 kerjasama ini bertujuan untuk memsook kebutuhan listrik PLN dengan memanfaatkan tenaga panas bumi yang ada di Karaha Bodas, Garut, Jawa Barat.⁶⁹ Namun, karena krisis ekonomi dan atas rekomendasi International Monetary Fund (IMF), pada tanggal 20 September 1997, Presiden melalui Keppres No. 39/ 1997 tentang Penguatan/ Pengkajian Kembali Proyek Pemerintah, BUMN Swasta yang berkaitan dengan Pemerintah BUMN. Keppres tersebut menanggulhkan pelaksanaan proyek PIPP Karaha sampai keadaan ekonomi pulih. Selanjutnya,

69 http://www.pertaminapera.pln.com/ind/daft_psp?id=154&tp=agnt-102.

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

Adanya, KBC pada tanggal 30 April 1998 memasukkan gugatan ganti rugi ke Arbitrase Jenewa (Swiss) sesuai dengan kontrak yang dipilih oleh para pihak dalam JCS. 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 ditung dari nilai ganti rugi US\$ 111.1 juta dan hilangnya kesempatan mendapatkan keuntungan (opportunity loss) US\$ 150 juta, ditambah dengan bunga 4% per tahun sejak 2001.¹⁷⁰ Selain mengajukan Gugatan kepada Pengadilan Swiss, KBC juga melakukan upaya hukum berupa permohonan untuk melaksanakan Putusan Arbitrase Jenewa di Pengadilan Indonesia 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, menuruskan 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 Petrol.

170 <http://www.pertamina.com/ptl/da/da1.php?id=154&type=artikel>

4. Pada tanggal 30 Januari 2004, KBC meminta Hakim New York untuk menahk 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 dipegang 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 meniadakan 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 menominasikan saat arbitrase Jenewa dibuat di Swiss. Kedua, putusan Arbitrase Jenewa dibuat di Swiss. Namun sayang, proses ini tidak berlanjut karena kegagalan 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 Indonesia¹⁷¹ (Pengadilan Negeri Jakarta Pusat).

Adapun amar putusan dari arbitrase Jenewa pada tanggal 18 Desember 2003 di Jenewa adalah sebagai berikut:

1. Pertamina dan PLN telah melanggar perjanjian ESC dan Pertamina telah melanggar kontrak JOC;
2. Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing diwakili pemerintah dalam bentuk pernyataan ganti rugi

171. Tuhli Liu Dava, *Ketertarikan Dava sebagai dasar penolakan Proses Arbitrase*, Lihat pada <http://www.commerceindonesia.com>

3. Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing diharahi membayar pembayarannya ganti rugi sebesar US\$ 150.000.000 untuk laba yang seharusnya diperoleh kepada KBC termasuk bunga sebesar 4% per tahun, terhitung tanggal 1 Januari 2007 sampai habis;
4. Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing diharahi membayar pembayarannya ganti rugi sebesar US\$ 56.654,92 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 2007 sampai habis;
5. Masing-masing pihak harus menanggung ongkos pembayaran perantara hukum dan para asisten mereka;
6. Ketentuan lainnya dari para pihak dianggap tidak berlaku atau diabaikan.

Pihak KBC kemudian melakukan visa terhadap semua perjanjian 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 perlawanan kepada PN Jakarta salah satunya adalah dengan menggunakan Pasal 52 ayat (a) Konvensi New York.

Article 52 (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:*
 (a) *[Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase dapat diadik jika badan yang berwenang di negara tempat pengakuan dan pelaksanaan putusan memunculkan]*
 (b) *The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.*

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

Berkaitan dengan Pasal tersebut di atas, Pertamina dalam alasan permohonan pembatalan putusan arbitrase lembaga kepada PN Jakpus, mengemukakan hal-hal sebagai berikut (http://www.pertamina-pemadilan.com/identif/detil.php?id=194&type=apini_-_fm17): 'Dalam Pasal 1337 menentukan bahwa suatu kontrak adalah bertentangan apabila hal tersebut ditentang oleh undang-undang atau bertentangan dengan keretainan umum'.

Karena sebagaimana telah diuraikan, maka JIC dan ESC tidak dapat ditertakuti pelaksanaannya karena telah ditangguhkan oleh Keputusan Presiden Republik Indonesia.

Karena sebagaimana dapat dilihat dari pertimbangan yang dikemukakan dalam buku 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 menanggulangi proyek-proyek yang memalatkan dana yang besar, antara lain Proyek PLTP Karaha (Jahap PLN) yang dilakukan berdasarkan perjanjian JIC dan ESC;

Karena dengan demikian maka Keputusan Presiden RI No. 5 tahun 1998 tersebut diadopsikan oleh Pemerintah RI dalam kesempatan penyediaan negara dan rakyat Indonesia yang sedang menghadapi krisis ekonomi khususnya yang diakibatkan antara lain oleh depresiasi mata uang rupiah terhadap mata tukar US dollar 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 menanggulangi proyek PLTP Karaha (Jahap PLN) tersebut.

Dalau oleh karenanya Putusan arbitrase Internasional tanggal 18 Desember 2002 tidak dapat dilaksanakan karena bertentangan dengan ketertiban umum Republik Indonesia.

Alasan keterriban 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 dieksekusi (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 dikukuhkan 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 keterriban umum. Dan hingga saat ini keterriban umum tersebut terus menjadi penolakan dalam *domestic recognition and enforcement of the arbitral award*.

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

Bermasalahannya adalah bahwa dengan alasan keterriban 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: 3630/DC/2002/PSUJKT.PST.

Namun apabila kembali ke kasus Karaha Bodas ini, maka alasan keterbitan 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 menggandikan Hukum Swiss dalam menyelesaikan sengketa kasus ini. Dimana dalam isi perjanjian mereka terdapat klausul "Governing Related Law" yang secara tegas dikatakan bahwa PERTAMINA dan PT. PLN akan menanggung risiko. Dalam hal ini Karaha Bodas Company (KBC) secara riptis dikalahkan.¹⁷³

Oleh karena yang menghentikan peyek 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) a, juga disebutkan bahwa pembatalan putusan arbitrase tersebut diputuskan oleh negara dimana perkara tersebut diperiksa dan diputus atau hukum negara yang dipakai dalam arbitrase. Didiri 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 *Antyasar Kembali dan Enforcement di Luar Negeri*, Artikel, *Hukumonline* 201104.

174 *Terdapat masalah yang menyangkut 2 (dua) yurisdiksi primer, yaitu berlaku Lex Arbitri hukum dimana perkara diperiksa dan diputus*, Erich A. Schwart, *Ada Sengketa Gas Bumi dan Minyak Pertamina Akibat PV Kasus KBC*, Artikel *Hukumonline* 15 September 2005, Hal. 16.

arbitrase asing tersebut karena Swiss adalah negara tempat putusan arbitrase diarahkan. Dalam hal ini berdasarkan prinsip arbitrase *forum and binding*, Indonesia sebagai peradilan sekunder harus mengikuti putusan dari yurisdiksi primer yaitu arbitrase Jenewa, Swiss yang telah memuat sengketa antara Karaha Bodas Company (KBC) dan PERTAMINA.

Jadi, putusan Mahkamah Agung mengartikan *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 *reciprocitas* (*reciprocity*). Walaupun Indonesia memang harus membayar ganti rugi, tetapi di dunia investasi Indonesia masih menjadi tempat yang layak untuk meledekkan investasi.

DAFTAR PUSTAKA

a. Buku dan Artikel

- Abdumaspid Priyana, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa: Fikasinya Amerika and BANI*, (2002).
- Ahmanurrahman, *Hubung Antar Bangsa Di Lingkungan Peradilan Tinggi (Diklat)*, Palembang: Fakultas Hukum UNSRI, (2004).
- Alan Redfern dan Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson Sweet and Maxwell, London, (2003).
- Banlung Sengulana, *Metodologi Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, (1998).
- Banlung Waluyo, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta (1996).
- Christopher H. Schreier, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius Publication Limited, (1988).
- Eric Schuster, et al, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International (2003).
- Eva Paschwitz, *Participation of States to International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki, (1990).
- Himahanjo Juwana, *Aspek Kelembagaan Litigasi dan Nonlitigasi Persewaan Asuransi PK Kawas Naraha Badan Company*, (Artikel), <http://www.hukumonline.com>, 30 September (2005).
- Therèse Senon, *Procedural and Protective Measures in Arbitration: (Comparative Study Indonesia and the Netherlands)*, Erasmus University (2004).
- James Hulsart Mark and Nicholas Gould, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, London Hong Kong, LR (1999).
- John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, (1999).
- Lafont, M.K., *International Contracts: Aspect of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, London: Sweet and Maxwell (1996).
- Meris Husna, *Analisis Persepsi Para Peneliti Arbitrase (Masing Masing Tiga Arbitral Award)*, Di Indonesia Menuntut UU No. 30 tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Seminar), Indralaya: Fakultas Hukum UNSRI, 2006.

Choice of Place of Arbitration and The Law Governing the Arbitration Procedure. Rotterdam, 2006.

Munir Fandi, *Arbitrase Nasional*, Penerbitan Sengkhata Borneo, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, (2003).

Glennie Cheekumertje, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Westport: Quorum Books, (1994).

Philip Coppel, *International Arbitration: A Handbook*, Third Edition, London-Singapore: I.L.E, 2004.

Sidarta Gurama, *Indonesia Resolves Law*, Bandung: Citra Aditya Bakti, (1995).

Vera Ivan, *Arbitration and Insolvency Proceedings Claims of Ordinary Bankrupts Creditors*, The Hague: T.M.C. Asser Institute, (1999).

Sander, E and A.J. Van Den Berg, *The Netherlands Arbitration Act 1986*, Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, (1987).

R. Subekti, *Hukum Asas Fonetika*, Bandung: Rineka Cipta, 2^o Edition (1997).

Roni Hantijo Soemito, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurisprudensi*, Galia Indonesia, Jakarta, (1998).

Yuliy Hidayat, *Arbitrase, Disamping Dan Berdasarkan Asas Fonetika (R)*, *Prosedur Arbitrase* ICSID, *International Centre For The Settlement Of Investment Disputes (ICSID)*, *UNCITRAL Arbitration Rules*, *Convention Of The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Award*, *Geneva Nov 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 1958), 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 *Asas Fonetika* *Agensi Republik Indonesia*.

PERATURAN No. 36/PDT.G/2002/PN.JKT/PT.

Undang Undang No. 30 Tahun 1999, *Tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa*.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration 1985.

Dasar-Dasar Hukum Kontrak dan Arbitrase

ORIGINALITY REPORT

15%

SIMILARITY INDEX

16%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

3%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1

ngomongtok.blogspot.com

Internet Source

6%

2

anakmene.blogspot.com

Internet Source

5%

3

www.pemantauperadilan.com

Internet Source

4%

Exclude quotes On

Exclude matches < 3%

Exclude bibliography On