

**BEBERAPA CATATAN TENTANG
BADAN PENYELESAIAN SENGKETA; ARBITRASE
oleh: Prof. DR. H. Yudha Bhakti A., SH., MH.**

I

Berkembangnya usaha perniagaan di Indonesia telah membawa pada suatu segi yang lain dari perniagaan itu sendiri, yaitu harapan agar dapat menyelesaikan setiap sengketa yang timbul dengan cepat, murah dan sebaik-baiknya. Dengan pengertian sebaik-baiknya dimaksudkan, bahwa penyelesaian sengketa tersebut tidak akan mengganggu sengketa iklim bisnis antara pihak yang bersengketa disamping terjaminnya relasi *business* dari para pihak karena dipegang teguhnya kerahasiaan.

Dalam arti kata sehari-hari “sengketa” dimaksudkan sebagai kedudukan dimana pihak-pihak yang melakukan upaya perniagaan mempunyai masalah, yaitu menghendaki pihak lain untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu tetapi pihak lainnya menolak untuk berbuat demikian.

Praktek menunjukkan bahwa yang paling sering terjadi dalam perniagaan modern adalah dipenuhinya pengertian “sengketa” seperti didefinisikan dalam kontrak perniagaan tertentu termasuk pengertian “*default*” dan jika hal ini terpenuhi maka prosedur yang tertera dalam kontrak juga menjadi berlaku. Misalnya suatu kontrak menentukan “*default*” apabila salah satu pihak tidak melakukan pembayaran pada hari jatuh tempo (*due date*) atau paling lambat 14 hari sesudahnya, disamping tanggung jawab selanjutnya akan dipikul juga oleh perusahaan induk (*mother company*) atau oleh negara dalam hal BUMN (*cross default*).

Dunia perniagaan modern berpaling kepada ADR sebagai penyelesaian sengketa alternatif karena keperluan perniagaan modern menghendaki penyelesaian sengketa yang cepat dan tidak menghambat iklim perniagaan sedangkan lembaga penyelesaian sengketa yang tersedia (yaitu Pengadilan) dirasa tidak dapat mengakomodasikan harapan demikian. Upaya penyelesaian sengketa alternatif ini merupakan upaya yang paling tua yang telah dikenal sejak bangsa Mesopotamia yang tinggal diantara sungai Euphrat dan Tigris yang

menyelenggarakan satu bentuk perwasitan dimana Raja Mesilin memutuskan sengketa antara 2 suku yang bersengketa.

Demikianlah, maka alternatif untuk menghindari kemacetan penyelesaian sengketa ini banyak menjadi pilihan. Timbullah lembaga-lembaga yang dikenal sebagai “good offices” sebagai bentuk penyertaan pihak ketiga yang membawa pihak yang bersengketa kemeja perundingan apabila negosiasi sudah tidak mungkin lagi. Good offices inilah sebetulnya yang merupakan bentuk penyertaan pihak ke-3 yang paling awal sebagai penyedia fasilitas.

Dari tahapan “good offices” ini biasanya berlanjut ketahapan mediasi yang dalam arti dasarnya sudah melangkah ke pengertian menengahi sengketa sehingga lebih aktif dari “good offices”. Selangkah dari mediasi adalah memasuki tahap konsiliasi dimana tidak dibawa usulan penyelesaian sehingga secara lebih aktif membantu dan mengarahkan para pihak untuk sampai pada kesimpulan penyelesaian sengketa yang dapat disepakati pihak-pihak. Apabila ternyata para pihak sudah tidak lagi melihat celah penyelesaian berdasarkan “*take and give*” diantara para pihak disamping bahwa sengketa tersebut tidak lagi mendapatkan kekeliruan penafsiran ataupun kekeliruan konfirmasi dari keadaan faktual (*fact finding*) maka dalam keadaan seperti ini tahap penyelesaian sengketa yang paling wajar adalah melalui arbitrase.

Sebetulnya dengan memilih upaya ADR pihak yang bersengketa seharusnya mengacu kepada kontraknya sendiri (apabila ada), yaitu kepada klausul kontrak yang menunjuk kepada penggunaan pihak ke-3 untuk membantu apabila negosiasi tidak berhasil, yaitu melalui jasa-jasa baik, mediasi dan konsiliasi disatu pihak serta arbitrase dilain pihak. Sudah barang tentu masing-masing dengan tata cara penanganannya sendiri sesuai dengan “*rules of procedure*” yang berlaku.

Apabila yang dipilih ternyata arbitrase maka karena sifat putusan arbitrase sebagai putusan yang mengikat, maka sebaiknya dalam kontrak yang bersangkutan diatur dengan tegas dan terinci tentang perangkat ketentuan mana yang akan diikuti, apakah misalnya ketentuan-ketentuan BANI, UNCITRAL dan sebagainya serta hukum yang dipilihnya (*choice of law*).

Sebetulnya dalam proses arbitrase, misalnya dalam ketentuan BANI, lembaga jasa baik, mediasi dan konsiliasi sudah tercakup. Hal ini disebabkan pada waktu berjalannya proses terutama pada sidang pertama para arbiter secara berulang-ulang menawarkan agar pihak pemohon dan termohon bernegosiasi lagi apabila dianggap masih mungkin dan apabila dianggap perlu dengan ikut sertanya arbiter. Sifat upaya damai akan tetap terbuka sepanjang proses, artinya pada setiap tahap pada masa berjalannya persidangan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan untuk melakukan pendekatan damai. Apabila usaha ini tidak berhasil maka proses selanjutnya berjalan sebagaimana biasa.

II

Dalam praktek perdagangan internasional sering terjadi munculnya kasus-kasus yang mempersoalkan tentang hukum negara mana yang akan dipakai apabila terjadi suatu perselisihan. Jawaban atas persoalan ini adalah terletak pada persetujuan para pihak yang bersangkutan yang termuat dalam kontrak dimana mereka sepakat memuat klausula tentang hukum negara mana yang akan dipakai.¹

Apabila para pihak menunjuk arbitrase pada negara tertentu, ini berarti bahwa pengadilan negara tersebutlah yang memiliki yurisdiksi dalam menangani perkara. Implikasi lainnya adalah bahwa para pihak juga menginginkan hukum dari negara tersebut yang akan dipakai sebagai hukum yang menguasai kontrak.

Sebaliknya dapat terjadi manakala para pihak tidak secara jelas menyatakan kehendaknya tentang hukum negara mana yang akan dipakai dalam kontrak tersebut apabila terjadi sengketa. Adanya bukti keinginan para pihak ditunjukkan oleh pengadilan yang merujuk kepada kontrak itu sendiri dan situasi yang menguasai atau mempengaruhi proses pembuatan kontrak itu sendiri.² Dengan lain perkataan, bahwa hukum yang umum berlaku bagi suatu kontrak adalah sistem hukum yang menunjukkan atas dasar hukum tersebut kontrak dibuat atau transaksi berkaitan sangat dekat dengan sistem hukum tersebut.

¹ Chairul Anwar, *Hukum Perdagangan Internasional*, Novindo Pustaka Mandiri, Jakarta, 1999, hlm. 93.

² *Ibid.*

Berdasarkan hukum Indonesia pun pihak-pihak bebas mengadakan perjanjian arbitrase. Dapat dikatakan, bahwa setiap persoalan hak yang termasuk wewenang seseorang dapat diselesaikan melalui arbitrase. Ketentuan tentang keabsahan arbitrase ini dimuat melalui KUH Perdata Bab kedelapanbelas melalui Pasal 1851-1864. Syarat-syarat bagi para pihak untuk mengadakan perjanjian arbitrase tunduk pada peraturan yang sama seperti untuk menyelenggarakan perjanjian pada umumnya.³

Dilihat dari proses saat terjadinya perselisihan, maka terdapat dua macam perjanjian arbitrase, yaitu :

1. Pada saat perselisihan sudah terjadi, maka para pihak sepakat memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Kesepakatan ini dituangkan dalam suatu Perjanjian Arbitrase dimana perjanjian bersangkutan harus dinyatakan dalam suatu dokumen tertulis yang ditandatangani para pihak, baik secara dibawah tangan atau dihadapan Notaris. Pernyataan tertulis itu harus memuat persoalan-persoalan yang menjadi pokok perselisihan dan nama para arbiter dalam jumlah ganjil. Adanya pelanggaran terhadap ketentuan persyaratan perjanjian tersebut dapat mengakibatkan batalnya permufakatan tersebut.⁴
2. Saat yang lain untuk memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase, adalah menentukan sebelum lahirnya sengketa. Dengan lain perkataan ketentuan arbitrase dibuat untuk menyelesaikan perselisihan yang timbul dikemudian hari (*pactum de comprometendo*). Misalnya “apabila dikemudian hari timbul perselisihan yang menyangkut perjanjian ini maka perselisihan dimaksud akan diselesaikan dengan jalan Arbitrase”.

Dalam klausula arbitrase ini biasanya disebutkan jumlah para arbiter dalam satuan ganjil disamping bahwa keputusan arbitrase merupakan keputusan terakhir yang mengikat serta cara pengangkatan para arbiter.⁵

³ Lihat lebih lanjut Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional*, Alumni, Bandung, 1979, hlm. 132-133.

⁴ *Ibid.*, hlm. 133-134.

⁵ *Ibid.*, hlm. 134.

Akibat perjanjian arbitrase ini adalah menghindari jalan ke Pengadilan. Dalam hal ini Pengadilan melepaskan yurisdiksinya. Dengan lain perkataan perselisihan hanya dapat diselesaikan oleh para arbiter.

Untuk dapat merumuskan suatu klausula arbitrase yang baik sudah barang tentu peranan ahli hukum atau ahli arbitrase akan banyak membantu. Karena, didalam merumuskan suatu ketentuan yang terkandung dalam klausula tersebut harus sangat hati-hati agar pihaknya atau kedua pihak sama-sama puas dan sama-sama tidak merasa dirugikan.

Khususnya dipusat-pusat arbitrase internasional terdapat bentuk-bentuk standar klausula arbitrase yang dapat digunakan para pihak seperti antara lain;⁶

a) Standar klausula Arbitrase ICSID yang berbunyi :

“The parties here to consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes any dispute in relation to or arising out of this Agreement for settlement by arbitration pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”.

Ketentuan standar diatas dapat dimodifikasi dalam memenuhi keinginan para pihak khususnya yang berhubungan dengan :⁷

1. pemilihan pakar (*expert*) pada panel arbitrator misalnya dalam permasalahan *shipping, construction, sale of goods* dan sebagainya atau persyaratan untuk menjamin netralitas, kewarganegaraan (bukan kewarganegaraan yang sama dengan pihak yang bersengketa dan sebagainya);
2. untuk membatasi atau meluaskan lingkup sengketa yang dapat dicakupnya (*scope of dispute subject arbitration*);
3. ketentuan-ketentuan khusus tentang pembayaran;
4. memberikan kewenangan khusus bagi para arbitrator, dalam bentuk *provisional remedies, specific performance*, atau *right to consult witness*;
5. ketentuan-ketentuan bahasa yang dipergunakan (*language of proceeding*) atau tempat penyelenggaraan arbitrase (*special location*);

⁶ Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 1991, hlm. 19-23.

⁷ Komar Kantaatmadja, *Beberapa Hal Tentang Arbitrase*, Paper Penataran Hukum Ekonomi Internasional, FH Unpad, Bandung, 1989, hlm. 5.

6. ketentuan-ketentuan tentang jangka waktu berlangsungnya arbitrase.

- b) Standar klausula Arbitrase menurut UNCITRAL (*United Nations Commission International Trade Law*) :

“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules at a present in force”.

- c) Standar klausula Arbitrase menurut ICC (*International Chamber of Commerce*) :

“Any dispute arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules”.

- d) Standar klausula Arbitrase menurut ketentuan nasional. Di Amerika Serikat, AAA (*American Arbitration Association*) memberikan klausula standar yang berbunyi sebagai berikut :

“Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the A.A.A., and judgment upon the award rendered by the Arbitrator(s) may be entered in any court having jurisdiction thereof”.

Di samping memberikan standar klausula kontrak yang bersifat umum diatas, AAA memberikan pula standar klausula atau Rules yang bersifat khusus bagi bidang komersial tertentu, misalnya *the Construction Industry Arbitration Rules, the Real Estate Valuation Arbitration Rules, the Rules of the General Arbitration Council of the Textile and Apparel Industries, the Securities Arbitration Rules, and the Accident Claims Arbitration Rules”.*

Di Indonesia, badan arbitrase nasional yang ada, yaitu Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) memberikan klausula sebagai berikut :

“Semua sengketa yang timbul dari perjanjian ini akan diselesaikan dalam tingkat pertama dan terakhir menurut peraturan prosedur BANI oleh arbitrase yang ditunjuk menurut peraturan tersebut”.

III

Dalam hubungan bisnis kadang terjadi sesuatu yang berada diluar kehendak para pihak, sehingga salah satu pihak tidak dapat memenuhi kewajibannya kepada pihak lainnya, misalnya keterlambatan pengiriman barang. Contoh ini seringkali melahirkan perselisihan diantara mereka. Untuk menyelesaikan perselisihan ini maka akan sampai kepada persoalan hukum mana yang akan dipakai. Masalah ini tidaklah mudah karena pihak-pihak yang berasal dari negara-negara yang sistem hukumnya berbeda, cara penafsiran yang berlainan, serta latar belakang pendidikan hukum dari para ahli hukumnya akan mempengaruhi pemilihan hukum yang tepat.⁸

Dalam menghadapi kontrak semacam ini dimana timbul pertanyaan tentang hukum mana yang harus dipakai terdapat dua macam pilihan hukum, yaitu : (1) pilihan hukum secara tegas, misalnya dalam klausula tambahan ditentukan, bahwa untuk perjanjian jual beli berlaku ketentuan hukum Indonesia, dan (2) pilihan hukum secara diam-diam dimana para pihak tidak memilih hukum mana yang akan berlaku tetapi pilihan hukum itu akan tampak melalui penafsiran, isi kontrak atau dari kehendak para pihak, misalnya bagi Indonesia melalui Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata (asas kebebasan berkontrak).

Apabila para pihak tidak memberi petunjuk apapun, maka hakim harus mencari hukum yang paling tepat untuk menyelesaikan perselisihan tersebut. Untuk kontrak internasional dalam menentukan titik taut penentu, adalah apa yang dinamakan hukum dari pihak yang melakukan prestasi yang paling karakteristik (*the most characteristic connection*). Hukum dari pihak inilah yang akan dipakai, misalnya dalam hal jual beli yang melakukan prestasi yang paling karakteristik adalah pihak penjual. Ialah yang harus menyediakan barangnya, ia harus memproduksinya, pengirimannya, transportasi, pengapalan kepada pembeli. Semua usaha ini yang menjadikan pihak penjual sebagai pihak

⁸ Huala Adolf, *supra*, hlm. 42.

yang paling karakteristik apabila dibandingkan dengan pihak pembeli yang hanya mengeluarkan uang.⁹

Kadang-kadang para pihak dalam kontrak setuju untuk menyelesaikan sengketa mereka dengan tidak memakai hukum negara salah satu pihak tetapi memakai ketentuan hukum kebiasaan atau berdasarkan praktek-praktek perdagangan internasional yang sudah umum dipakai. Inilah yang disebut sebagai *Lex Mercatoria (the Laws of Merchant)* atau *the Law of International Trade*.

Unsur-unsur yang dapat menjadi Sumber Hukum Arbitrase adalah Hukum Internasional Publik (Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional), *Convention on the Settlement of Investment Disputes 1965*, Ketentuan-ketentuan Hukum Yang Seragam (*Uniform Law on Sales on Goods 1964*) dan *The Convention on Contract for The International Sale of Goods 1980*), Prinsip-prinsip Hukum Umum (*Pacta Sunt Servanda*), Ketentuan-ketentuan Hukum Yang Dikeluarkan oleh Organisasi-organisasi Internasional, misalnya Resolusi PBB yang mengurus soal perdagangan dan pembangunan, yaitu UNCTAD (*United Nations Commission on Trade and Development*), dan Kebiasaan-kebiasaan dalam Perdagangan Internasional (*Lex Mercatoria*).

* * * * *

⁹ Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia Tentang PMA Di Indonesia dan Yurisprudensi Indonesia Dalam Perkara Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 1994, hlm. 308-309.