

**ANALISIS YURIDIS PERJANJIAN ARBITRASE
(Study Putusan No:46/pdt.G/1999 /PN Jakarta Selatan)**

TESIS

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister
Hukum (MH) di Fakultas Hukum**

**SITI AZIZAH
0806426023**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCA SARJANA
JAKARTA
JANUARI 2011**

**ANALISIS YURIDIS PERJANJIAN ARBITRASE
(Study Putusan No:46/pdt.G/1999 /PN Jakarta Selatan)**

TESIS

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister
Hukum (MH) di Fakultas Hukum**

**SITI AZIZAH
0806426023**



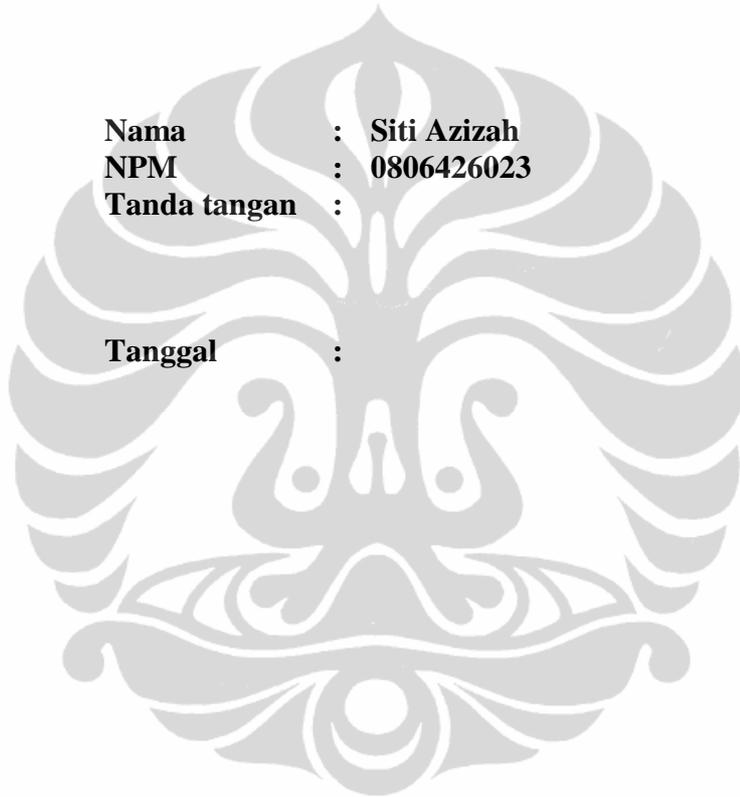
**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCA SARJANA
JAKARTA
JANUARI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Siti Azizah
NPM : 0806426023
Tanda tangan :

Tanggal :



ABSTRAK

Nama : Siti Azizah
Program Studi : Hukum Ekonomi
Judul : Analisis Yuridis Perjanjian Arbitrase
(Study Putusan No:46/pdt.G/1999 /PN Jakarta Selatan)

Tesis ini ditulis berdasarkan hasil penelitian yang menganalisa klausula arbitrase dalam judul tesis ini berfokus untuk menjawab apakah klausula arbitrase yang terdapat dalam judul (Indonesia) sudah cukup mengakomodir dalam penggunaan arbitrase sebagai cara penyelesaian sengketa dan memudahkan proses penyelesaian sengketa asuransi kebakaran di Indonesia. Kajian pustaka dijadikan dasar dalam penelitian guna penulisan tesis ini. Dari hasil yang diperoleh dengan menganalisis data serta norma, diperoleh gambaran mengenai kelebihan-kelebihan dari arbitrase dibandingkan dengan pengadilan umum dalam menyelesaikan sengketa bisnis. Dari penelitian ini dapat dilihat bagaimana klausula arbitrase yang terdapat dalam tidak atau belum mengakomodir kemudahan untuk proses penyelesaian sengketa asuransi.

Ketidakjelasan atau ambiguitas kurang terperinci klausula arbitrase dalam polisinya telah menimbulkan perbedaan penafsiran yang justru menyebabkan terjadinya sengketa (kesulitan) dalam menentukan cara/forum yang digunakan dalam penyelesaian sengketa, yang ternyata menyebabkan berlarut-larutnya proses penyelesaian sengketa (perdagangan). Sengketa yang timbul dari pelaksanaan putusan No:46/pdt.6/1999/Jakarta Selatan yang mencantumkan klausula arbitrase di dalamnya, sebagaimana telah ditentukan oleh Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 (UU Arbitrase) bahwa para pihak dalam perjanjian kehilangan haknya untuk membawa sengketa ke pengadilan umum dan pengadilan umum yang bersangkutan dilarang menerima dan wajib menolak permohonan sengketa, ternyata masih saja kasus arbitrase yang bersangkutan diterima oleh pengadilan umum. Dari hasil analisis kasus yang ada penulis menyarankan bagaimana dapat dilakukan pembenahan dalam penyusunan klausula-klausula arbitrase yang ada di dalam perjanjian, Indonesia dengan memperhatikan elemen-elemen esensial yang harus ada dalam suatu klausula arbitrase. Memperhatikan sikap hakim (pengadilan) yang masih menerima kasus sengketa perjanjian dagang yang telah mencantumkan klausula arbitrase, perlu diadakan sosialisasi UU no. 30 Tahun 1999 tersebut terhadap masyarakat umumnya dan kepada para hakim khususnya dalam menyikapi kasus sengketa yang timbul dari perjanjian yang telah memiliki klausula arbitrase supaya kelebihan-kelebihan arbitrase benar-benar efektif.

Kata kunci : Perjanjian

ABSTRACT

Name : Siti Azizah
Study Programme : Economy Law
Title : Claused Arbitration in The Contract
(study cases No:46/pdt.6/1999/Jakarta Selatan)

This thesis is written based on the research that analyzes the arbitration clauses in the court. This thesis is focused on answering whether the arbitration clause contained in the court is sufficient to accommodate the use of arbitration as a way of disputes resolution and facilitate the process dispute resolution in Indonesia or not. Literature review of the research is the basis in this research in order to write this thesis. From this research we can see how the arbitration clauses the court contained is not (yet) able to accommodate the effectiveness of dispute settlement process. Vagueness or ambiguity and the lacking of the details in the arbitration clauses the ineffectiveness on the dispute settlement process. The disputes arising from the implementation of that includes the arbitration clauses in it, as determined by Law No:46/pdt.6/1999/Jakarta Selatan (Arbitration Law) that the parties in the contractlose their right to take the disputes to the general court and relevant court is barred from receiving and shall dispute settlement request, apparently there still disputes case is accepted by the general court. From the results of the analysis of the case, the author suggest the improvements can be made in darfting the arbitration clauses in the agreements, especially in the court view of the elements that essential to exist in an arbitration clause. Noting the attitude of the judge (general court) that is still receiving the contract disputes cases which its includes the arbitration clauses, it is necessary to socializw the Law No. 30/1999 (Arbitration Law) to the public generally and especially to the judges in dealing with the disputes arising from agreements which have arbitration clauses so that the advantages of the arbitration van be really effective.

Keyword : Agreement

DAFTAR ISI

HALAMAN PENGESAHAN	i
UCAPAN TERIMAKASIH.....	ii
ABSTRAK.....	iii
DAFTAR ISI.....	iv
BAB 1 PENDAHULUAN	
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Rumusan Masalah	9
1.3 Tujuan Dan Kegunaan Penulisan	9
1.4 Metodologi Penelitian	10
1.5 Kerangka Teoritis.....	12
1.6 Sistematika penulisan.....	16
BAB 2 TINJAUAN UMUM PERSELISIHAN DAN ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA	
2.1 Pengertian dan Bentuk-bentuk Perselisihan.....	17
2.2 Alternatif Penyelesaian Sengketa (Alternatif Dispute Resolition /ADR)	18
2.3 Arbitrase sebagai alternatif Penyelesaian Sengketa.....	27
BAB 3 KONSEP DASAR HARMONISASI HUKUM	
3.1 Pengertian Harmonisasi	32
3.1.1 Pengertian Harmonisasi, Hukum Dan Perundangan- Undangan, Harmonisasi Hukum Dan Sistem Hukum	32
3.1.2 Arti Penting Harmonisasi Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase	44
3.1.3 Tujuan Harmonisasi Hukum	50
BAB 4 ANALISIS KASUS PT JAKARTA INTERNATIONAL HOTEL AND DEVELOPMENT Tbk. VS BANKERS TRUST INTERNATIONAL Plc.	
4.1 Analisis Kasus.....	62
4.2 Analisis Perjanjian Arbitrase ditinjau dari UU No 30 Th 99.	79
4.3 Analisis Perjanjian Menurut Pendapat Para Ahli.....	92
BAB 5 KESIMPULAN DAN SARAN	
5.1 Kesimpulan	109
5.2 Saran.....	110

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Pada umumnya untuk memenuhi kebutuhan dan kepentingannya, suatu negara tidak mungkin dapat melaksanakan dan memenuhinya sendiri. Suatu negara mempunyai kemampuan yang terbatas dan tidak mungkin memenuhi kebutuhannya sendiri, ini menghasilkan sesuatu yang dinegara lain tidak ada. Oleh karena itu suatu negara dalam memenuhi kebutuhannya selalu mengadakan hubungan dengan negara lain.

Hubungan antar negara dalam masyarakat internasional pada dasarnya merupakan naluri sebagaimana manusia pada umumnya, yang selalu memerlukan manusia lain, dan bahkan ingin mengelompok satu dengan lainnya. Hal ini¹ juga disampaikan Aristoteles bahwa manusia dikenal sebagai kelompok masyarakat (*zoon politicon*), maksudnya manusia tidak dapat hidup dalam isolasi atau terpencil sendiri karena sudah nalurinya untuk hidup berdampingan dengan sesamanya yaitu dengan istilah *ibi societas ibi ius* yang artinya dimana ada masyarakat disitu ada hukum. Dan selanjutnya², Sarjana Belanda, Hugo Grotius, menyebutkan keinginan bermasyarakat itu sebagai *Appertilius Societali*, maksudnya sebagai realisasi dari keinginan hidup bermasyarakat. Keinginan itu secara lebih luas diwujudkan dalam hubungan-hubungan antar kelompok, seterusnya antara negara-negara dalam masyarakat internasional. Dari data-data diatas penulis menyimpulkan untuk mengatur kehidupan umat manusia dalam masyarakat internasional harus diatur suatu tatanan norma atau hukum sebagai sarana untuk dapat tetap melaksanakan hubungan satu dengan yang lainnya. Keadaan inilah yang menjadi dasar dari timbulnya aktivitas komersial seperti aktivitas perdagangan³ dan bentuk-

¹ Parthiana, Iwayan, *Pengantar Hukum Internasional*, (Mandar Maju Bandung, 1990), hal 11

² Syahmin AK "*Hukum Internasional & Publik*, (jilid 4 Bandung; PT Bina Cipta, 1997), hlm 434-455

³ Perdagangan merupakan aktivitas komersial awal yang dilakukan oleh manusia para pedagang dalam memenuhi kebutuhan hidup atau untuk memperoleh laba, dimana ketentuan-ketentuan hidup ataupun hukum yang mengatur aktivitas perdagangan tersebut. Pada abad-abad pertengahan, dibangun dan dikembangkan sendiri oleh para pedagang tersebut yang dikenal dengan *Lex Mercatoria* atau *the law merchant*, termasuk hakim dalam pemeriksaan dan

bentuk aktivitas komersial lainnya, baik yang dilakukan secara individual, ataupun secara berkelompok dalam bentuk korporasi, tidak hanya pada wilayah gerak nasional, akan tetapi juga internasional⁴ akibat dari aktivitas komersial ini sering menimbulkan perselisihan baik terjadi antara suatu perusahaan dengan perusahaan negara lain, antara satu perusahaan dengan suatu pemerintahan asing, atau antara pemerintah dengan pemerintah asing⁵

Untuk menyelesaikan perselisihan tersebut ada cara penyelesaian sengketa yang lebih disukai dan lebih banyak dipakai yaitu arbitrase, cara penyelesaian melalui arbitrase ini logis lebih lanjut dipakai penyebabnya adalah karena pihak asing umumnya kurang agak menyetujui dan akan merasa khawatir jika permasalahan hukum yang timbul dari kontrak dagang mereka akan diputuskan oleh hakim negara lain.

Hal ini disebabkan karena sebagai pengusaha asing agak kurang paham akan formalitas-formalitas berperkara⁶. Arbitrase luar negeri merupakan salah satu cara menyelesaikan sengketa yang timbul dari perjanjian, disamping cara menyelesaikan sengketa yang lain seperti, negosiasi yang langsung negosiasi yang dibantu oleh pihak ketiga (ADR) dan pengadilan domestik Arbitrase adalah lembaga hukum alternatif untuk menyelesaikan sengketa diluar pengadilan.⁷ Putusan arbitrase membawa keuntungan dapat menghemat waktu, biaya, dan sifatnya tidak terbuka sehingga nama baik dan rahasia

pemutusan perkara dalam aktivitas perdagangan tersebut (mercantile disputes) juga dilakukan oleh pedagang sebagai hakimnya. Dalam perkembangannya prinsip-prinsip keadilan yang terkandung "The law merchant, menjadi dasar pembangunan hukum dagangan diantara negara-negara di dunia lebih jauh baca Bab I dari buku "Commercial law" yang ditulis oleh Roy Goode, edisi ke 3 terbitan Penguin Books hal 1-23 dengan sub judul "The nature and source of commercial law".

⁴ Jurnal Hukum Bisnis Artikel. Ricardo Simanjuntak, Anzip. CIP "Asas-Asas Utama Hukum Kontrak Dalam Kontrak Dagang Internasional Sebuah Tinjauan Hukum, hal 13 volume 27 no. 4 th 2008

⁶ Sudargo Gautama, Kontrak Dagang Internasional, (Bandung Alumni, 1975), hlm 32

⁷ Hunter, Martin el., *The Fresfields Guide to Arbitration and ADR*, (Deventer Kluwer, 1993), page 1 : "The methods of resolving contact disputes may be divided into four main categories :-direct negotiation, -third party assisted negotiation (ADR), "Arbitration and-national courts. dikutip dari "Laporan Akhir Penelitian Tentang Hukum Tentang penyelesaian Sengketa Di Luar Peradilan (Aalternative Disopute Resolution. Oleh M. Yahya Harahap, SH, Departemen kehakiman RI Badan Pembinaan Hukum Nasional

perusahaan para pihak relatif lebih terjamin.⁸ Penyelesaian sengketa dengan cara arbitrase bukanlah suatu hal yang baru.⁹

Alasan lain mengapa pengusaha lebih, menyukai pemakaian arbitrase yaitu dengan cara ini sengketa dapat lebih cepat diselesaikan dan lebih memuaskan dikarenakan dewan abitrarse yang umumnya terdiri dari tiga orang arbitrator yaitu dua orang arbitrator ditunjuk oleh masing-masing pihak dan satu orang arbitrator dipilih bersama-sama, rata-rata adalah orang yang ahli dalam soal yang dipersengketakan¹⁰. Sehingga diharapkan putusan yang dikeluarkan akan lebih cepat dan tentunya diharapkan pula putusan ini akan lebih memuaskan para pihak¹¹. Alasan berikutnya penyelesaian sengketa di pengadilan akan mencari siapa yang salah dan siapa yang benar, dan hasilnya akan dapat merenggangkan hubungan dagang diantara mereka. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase dianggap dapat melahirkan putusan yang kompromistis, yang dapat diterima oleh kedua belah pihak. yang bersengketa.¹² Arbitrase sebagai institusi telah dipergunakan jauh sebelum mulai berlaku Common Law. ada yang mengatakan bahwa arbitrase adalah cara menyelesaikan sengketa yang paling tua antar manusia.¹³ Penelitian yang

⁸ Bozari, Elois Henderson "Public Policy Exemption to International Arbitral Award," Texas International Law Journal, vol. 30, 1995, page 209: "International acceptance of the New York Convention, reflected the growing appreciation to the benefits of arbitration as relatively inexpensive, quick means of private dispute resolution.

⁹ Elkouri Frank et. al., *How arbitration Works*, (Washington, 1974), page 2 sebagai dikutip oleh Soebekti, "Memahami Arbitrase". Seminar sehari Arbitrase, 16 November 1988, Yayasan Triguna, Kadin, Beni di Jakarta, November 1988, *Varia Peradilan, Majalah Hukum Bulanan, Tahun IV No. 40, Januari 1989, hal 1110* : Arbitration is a simple proceeding voluntarily chosen by parties who want a dispute determined by an impartial judge of their own mutual selection, whose decision, based on the merit of the case, they agreed in advance to accept as final and binding.. dikutip dibuku Dr. Tineke Louise Tuegeh Logdong, . *Asas Ketertiban Umum Dan Konvensi New York 1958*.

¹⁰ op-cit hlm 38

¹¹ Huala Adolf "Arbitrase Komersial Internasional, Jakarta, (Grafindo, 2002). hlm 48

¹² M.C.W. Pinto, "Structure, Process, Outcome : thoughts on the "essence" of International Arbitration", Leiden Journal of International Law, vol 6 No. 2 (agustus 1993), h243, sebagaimana dikutip dibuku Erman Rajaguguk., "arbitrase Putusan Pengadilan". (Penerbit Chandra Paratama, Jakarta, 2000), hal 2

¹³ Kantaatmadja, Komar "beberapa Permasalahan Arbitrase Internasional," Serangkaian Pembahasanbagi Pembaharuan Hukum Ekonomi di Indonesia pada Temu Karya Hukum Perusahaan Dan Arbitrase, kantor Menko Ekuin dan Wesbang, Bekerjasama dengan Departemen Kehakiman, Fakultas Universitas Indonesia, yayasan Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta 22-23 Januari 1991, hal 4-5 : "...Juga Ketentuan waktu dalam arbitrase membawa kemungkinan terhindarnya proses penyelesaian sengketa yang panjang disamping menghemat biaya penyelesaian sengketa dan "overhead" perusahaan. Suatu hal yang tidak mungkin didapat dari penyelesaian sengketa dengan jalan litigasi". juga pge 2 : "Arbitration as an institution is not new,

dilakukan terhadap arbiter-arbiter dari American Arbitration Association (AAA) mengatakan, 75% dari mereka mengambil keputusan berdasarkan konsensus. Konsensus informal adalah metode yang normal untuk menghasilkan putusan.¹⁴ Berkenaan dengan masalah penyelesaian sengketa, WIPO antara lain menawarkan lembaga arbitrase sebagai media penyelesaian sengketa.¹⁵ Dari data diatas penulis menyimpulkan bahwa arbitrase adalah penyelesaian sengketa yang sudah lama dipakai dan digunakan oleh para pengusaha dalam kontrak bisnis mereka di Indonesia menganggap penting penyelesaian sengketa melalui arbitrase, hal ini dibuktikan setidaknya-tidaknya dengan ikut sertanya Indonesia sebagai anggota konvensi New York 1958 tentang Pengakuan Dan Pelaksanaan Keputusan Arbitrase Luar Negeri dan meratifikasi Konvensi ICSID (*Convention on the settlement of investment Dispute between state and national of the other state*) tentang penyelesaian sengketa antara investor asing dan pemerintah Indonesia di bidang penanaman modal. Disamping itu di Indonesia telah mempunyai undang-undang no. 30 tahun 1999 tentang arbitrase dan penyelesaian sengketa alternatif dan setelah itu Indonesia telah melahirkan Undang-Undang no. 25 tahun 2007 tentang penanaman modal, dimana undang-undang ini menentukan bahwa sengketa antara pemerintah Indonesia dan investor asing mengarah pada penyelesaian sengketa arbitrase internasional. Prakteknya dalam perdagangan internasional melakukan dua atau lebih sistem hukum para pihak bisa berada dalam sistem hukum yang berbeda, jika timbul perselisihan para pihak mengajukan perselisihan mereka untuk diselesaikan melalui pengadilan yang berwenang yaitu mereka memilih penyelesaian sengketa arbitrase dan masalah yang muncul adalah pengadilan yang mana yang bertindak sebagai hakim dalam pelaksanaan mahkamah asing tersebut¹⁶.

having been in use many centuries before the beginning of the English Common Law. Indeed one court has called arbitration "The oldest know method of settlement of disputes between men.

¹⁴ Erman Rajaguguk,, "arbitrase Putusan Pengadilan". Penerbit Chandra Paratama, 2000 hal 2

¹⁵ Agus Sarjono, *Hak kekayaan Intelektual Dan Pengetahuan Tradisional* (Bandung, Alumni, 2006), hal 279

¹⁶ Laksman Marasinghe "Principles Of International Trade Law" (Butterwor The Asia, 1998) hlm, 57 chapter 3

Dalam dunia internasional, terdapat beberapa sengketa yang "kemungkinan" tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase,¹⁷ yaitu :

1. Persoalan status perseorangan, misalnya masalah kewarganegaraan, keabsahan perkawinan, dan lain-lain
2. Kepailitan, yang berhubungan dengan ketidak mampuan perusahaan memenuhi kewajibannya;
3. Perjanjian yang bertentangan dengan ketertiban umum, misalnya menyangkut pencucian uang korupsi/suap dan lain-lain.
4. Keabsahan hak milik intelektual (paten, merek, dan hak cipta), kecuali mengenai permohonannya,
5. Sengketa hubungan industrial, misalnya masalah serikat pekerja, boikot, mogok, dan lain-lain;¹⁸ Di Indonesia dalam melaksanakan keputusan arbitrase luar negeri, Mahkamah Agung Indonesia pernah menolak permohonan pelaksanaan keputusan arbitrase luar negeri karena alasan public policy atau ketertiban umum, sebagaimana yang tercantum dalam konvensi New York 1958, dan Indonesia hanya mengajukan persyaratan sebagai anggota PBB tahun 1981, 5 Agustus 1981.

Adapun yang menarik lagi adalah perbedaan pendapat mengenai pemisahan perjanjian arbitrase dalam suatu perjanjian pokok

Salah satu contoh dimana pengadilan menentang lembaga arbitrase. Dalam undang-undang no.30 Tahun 1999 tentang arbitrase bahwa pengadilan tidak boleh mencampuri sengketa para pihak yang telah terikat perjanjian arbitrase. Lalu apakah ada alasan-alasan yang dapat membenarkan pengadilan memeriksa perkara para pihak yang sudah terikat dengan klausul arbitrase? Di dalam transaksi bisnis dagang, penyelesaian sengketa pada masyarakat yang

¹⁷ Gatot Soemartono, *Arbitrase Dan Mediasi di Indonesia*, (Jakarta, penerbit Gramedia, 2005) hal 22

¹⁸ Dinegara Negara-negara seperti Amerika , Inggris, Indonesia, dan lain-lain diizinkan menggunakan arbitrase untuk sengketa hubungan industrial, tetapi untuk negara-negara tertentu seperti Singapura hal ini dilarang, Di Indonesia, dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2004 tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial, secara khusus diatur arbitrase hubungan Industrial, yaitu " .. penyelesaian suatu perselisihan kepentingan, dan perselisihan antar serikat pekerja/serikat buruh hanya dalam perusahaan, diluar Pengadilan. Hubungan industrial melalui kesepakatan tertulis dari para pihak yang berselisih untuk menyerahkan penyelesaian perselisihan kepada arbiter yang putusannya mengikat para pihak yang bersifat final" dikutip di fotenote 17

sudah sadar akan lebih sering diselesaikan melalui arbitrase, karena itu kontrak-kontrak dagang di negara-negara yang penduduknya sudah masyarakat sadar asuransi selalu memuat klausul penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Di Inggris misalnya, semua sengketa mengenai besarnya jumlah ganti rugi (klaim) asuransi diselesaikan melalui arbitrase, sedangkan sengketa mengenai penafsiran kontrak (*contract/policy wording*) masih dimungkinkan diselesaikan melalui peradilan umum. Mengapa demikian, karena cara penyelesaian sengketa kontrak asuransi melalui arbitrase dianggap sebagai cara paling adil (*fair*) bagi para pihak yang bersengketa.

Beberapa tahun yang lalu Mahkamah Agung, kasus Bankers Trust melawan Mayora sungguh aneh karena mengetengahkan ketertiban umum sebagai salah satu alasan. Ketua pengadilan negeri Jakarta Pusat telah melukan kesalahan berat dengan menjalankan fungsi yang sesungguhnya (Content) Seharusnya PN Jakarta Selatan menolak untuk memeriksa perkara tersebut karena bukan merupakan kewenangannya, tidak diajukan atas dasar adanya perbuatan melawan hukum, dan dengan Mayora mengajukan perkara tersebut ke pengadilan negeri padahal saat itu arbitrase sedang berjalan, menunjukkan bahwa Mayora tidak beritikad baik dalam pelaksanaan perjanjian tersebut. Dalam hal ketertiban umum, yang dimaksud ketertiban umum oleh hakim adalah perkara tersebut sedang dalam proses di pengadilan hukum di pengadilan, alasan seperti ini seharusnya tidak bisa dijadikan alasan ketertiban umum. Apa yang telah dilakukan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan telah melanggar ketentuan Pasal 11 UU No.30 Tahun 1999, dan sayangnya Mahkamah Agung justru menguatkan putusan ini.

Ketertiban umum dijadikan dalih untuk menolak permohonan arbitrase. Ketertiban umum sendiri adalah suatu sendi-sendi asasi dari hukum suatu negara. UU Arbitrase pada bagian penjelasannya tidak mendefinisikan atau membatasi ketertiban umum. Akibatnya, definisi ketertiban umum dijadikan legitimasi bagi salah satu pihak untuk meminta pembatalan eksekusi dari Pengadilan Negeri. Sulit untuk mengklasifikasikan putusan arbitrase yang bertentangan dengan ketertiban umum, namun dapat digunakan kriteria sederhana sebagai berikut :

putusan arbitrase melanggar prosedur arbitrase yang diatur dalam peraturan perundangan negara, misalnya kewajiban untuk mendaftarkan putusan arbitrase di pengadilan setempat tidak dilaksanakan ; putusan arbitrase tidak memuat alasan-alasan, padahal peraturan perundang-undangan negara tersebut mewajibkannya; atau jika salah satu pihak tidak mendapat kesempatan untuk didengar argumentasinya sebelum putusan arbitrase dijatuhkan. Dengan memperhatikan Undang-undang no; 30 tahun 1999 tidak mengatur tentang tenggang waktu pengajuan kasasi. Maka sesuai dengan asas hukum bahwa apabila dalam peraturan khusus tidak mengatur tentang tenggang waktu maka pengaturan yang berlaku adalah ketentuan umum yang diatur dalam pasal 46 ayat (1) Undang-Undang nomor 14 tahun 1985 yakni permohonan kasasi waktunya adalah 14 hari. Tetapi dalam penetapan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 001 /Pdt /Arb/ .Int/1999 /PN.Jkt. Pdt.joNo 002 /Pdt/Arb.Int/1999/PN.Jkt.Pst.joNomor 02/Pdt.p/2000/PN.Jkt.Pst. Tertanggal 03 Pebruari 2000 diberitahukan kepada Pemohon /Pemohon kasasi pada tanggal 7 Pebruari 2000 oleh Tony Budidjaja SH./Pemohon kasasi, dengan perantaran kuasa khusus, berdasarkan surat kuasa khusus tertanggal 30 Nopember 1999 diajukan permohonan kasasi pada tanggal 6 Maret 2000 yang tercantum dalam surat permohonan kasasi No. 42/ Srt. Pdt.Kas./ 2000/PN. Jkt.Pusat jo No;02/Pdt.P/2000/PN.Jkt.pusat yang dibuat oleh Panitera Pengadilan Negeri Jakarta pusat, permohonan tersebut diajukan secara tertulis dan diterima oleh Kepaniteraan Pengadilan Jakarta Pusat pada tanggal 6 Maret 2000 maka dengan demikian pengajuan permohonan kasasi tersebut melampaui batas tenggang waktu yang ditentukan dalam Undang-Undang nomor 14 tahun 1985 pasal 46 ayat (1) yaitu pengajuan permohonan adalah 14 hari dan permohonan itu harus ditolak.

Terhadap putusan arbitrase Internasional, Pengadilan hukum di Indonesia dapat melakukan pengingkaran pengakuan (denial of awards) akan substansi yang telah diputus oleh lembaga arbitrase internasional, dan juga terhadap eksekusi (denial of awards) terhadap objek arbitrase yang ada di wilayah yurisdiksi hukum Indonesia.

Pada pasal 65 Undang-undang no. 30 tahun 1999 di bawah sub judul arbitrase internasional berbunyi : Yang berwenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dari pengertian pasal tersebut bukan saja pengadilan berwenang untuk menolak mengeksekusi suatu putusan arbitrase, bahkan memiliki kewenangan untuk menolak pengakuan terhadap materi yang telah diputuskan oleh lembaga arbitrase internasional.

Pengakuan atas daya ikat putusan arbitrase, diletakkan di bawah sub judul arbitrase nasional, pada pasal 60 yang berbunyi : Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.

Di sisi lain dalam pasal 456 RV atau Hukum Acara Perdata menyebutkan bahwa pengadilan Indonesia tidak akan mengakui dan melaksanakan putusan pengadilan yang dibuat di negara lain. Dengan kata lain, apabila hendak mengeksekusi suatu putusan arbitrase Internasional, pihak yang bersangkutan harus mengajukan gugatan baru di Indonesia. Pasal 66 UU no. 30 tahun 1999 Putusan Arbitrase Internasional hanya diakui serta dapat dilaksanakan di wilayah hukum Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- a. Putusan Arbitrase Internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan negara Indonesia terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional;
- b. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan;
- c. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a 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 sebagaimana dimaksud dalam huruf a yang menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak

dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Ketertiban umum yang dijadikan dalih PN Jakarta Selatan untuk menolak permohonan Bankers Trust tidak termasuk ketertiban umum melainkan prosedur pengajuan permohonan kasasi yang telah lewat tenggang waktu yang sudah diuraikan diatas. Dari kasus diatas penulis menyimpulkan salah satu pembatalan pelaksanaan putusan arbitrase asing adalah Melewati tenggang Waktu oleh sebab itu penulis memberi judul penelitian adalah "Klausul Perjanjian Arbitrase Dalam Putusan Nomor 46/pdt.G/1999/PN.Jakarta.Selatan.

1.2. Rumusan Masalah

Sehubungan dengan kasus yang ada ,Penulis akan menganalisis tentang prosedur permohonan pembatalan putusan arbitrase terutama tentang jangka waktu di Indonesia maka yang dapat penulis uraikan sebagai rumusan-rumusan dari permasalahan yang hendak penulis bahas adalah sebagai berikut suatu sebagai berikut:

1. Bagaimanakah peranan lembaga arbitrase yang diatur dalam Undang-undang no 30 tahun 1999 dalam penyelesaian putusan pengadilan di Indonesia?
2. Bagaimana upaya hukum yang dapat dilakukan oleh pihak Indonesia dimasa yang akan datang berdasarkan kasus ini?

1.3. Tujuan Dan Kegunaan Penulisan

Berdasarkan pada pokok permasalahan maka penelitian ini bertujuan :

1. Untuk mengetahui apa saja persyaratan dan prosedur serta mekanisme perjanjian arbitrase diIndonesia.
2. Untuk mengetahui bagaimana sifat hukum dalam perjanjian arbitrase di Indonesia.
3. Untuk mengetahui upaya hukum apa saja yang dapat dilakukan oleh pengadilan Indonesia berdasarkan kasus seperti ini.

Dengan adanya penelitian ini maka diharapkan dapat memberikan kegunaan-kegunaan sebagai berikut :

1. Kegunaan Teoritis

Akan bermanfaat bukan saja bagi perkembangan ilmu hukum itu sendiri yaitu untuk menemukan, memahami dan merumuskan gejala-gejala dan kenyataan-kenyataan yang timbul yang berkaitan dengan jangka waktu, dalam kasus putusan arbitrase asing di Indonesia, menghasilkan suatu penafsiran mengenai jangka waktu dalam putusan arbitrase luar negeri sebagai masukan bagi akademisi khususnya fakultas hukum di Indonesia.

2. Kegunaan Praktis

Agar dapat menambah wawasan mengenai pengaturan dalam perselisihan jangka waktu yang berupa doktrin hukum diharapkan dapat berguna bagi hakim dan ahli hukum, praktisi sebagai bahan untuk menemukan hukumnya.

1.4. Metode penelitian

Penelitian ini merupakan sarana yang diperlukan oleh manusia untuk memperkuat, membina serta mengembangkan ilmu pengetahuan¹⁹. penelitian ini dilakukan dengan cara mengidentifikasi dan mengkualifikasi fakta-fakta dan mencari norma hukum yang berlaku, untuk kemudian mengambil kesimpulan berdasarkan fakta-fakta dan norma hukum tersebut²⁰ metode yang dipakai dalam penelitian ini merupakan suatu penelitian yuridis normatif sebagai suatu penelitian yuridis normatif, maka penelitian ini berbasis pada analisis terhadap norma-norma hukum yang ada pada peraturan perundang-undangan²¹ serta hukum dalam arti "*Law as it is in the books* (dalam peraturan perundang-undangan) maupun hukum dalam arti *Law as it is decided by judge through judicial process* (putusan-putusan pengadilan)²². Menurut Kelsen, suatu kaidah hukum yang lebih tinggi²³. Dari jenisnya

¹⁹ Soejono Soekanto, "Pengantar Penelitian Hukum" (Jakarta, UI Press, 1982), hal 3

²⁰ Agus Brotosusilo, et, al, Penulisan Hukum, Buku Pegangan Dosen. Jakarta Konsorsium Ilmu Hukum, Departemen PDK, 1994, h.8

²¹ Arif Sidharta "Refleksi tentang Hukum" (Bandung, Citra Aditya Bakti, 1999), hal 65

²² Ronald Dworkin, *Legal Research* (Daedalus : Spring, 1973), hal 250

²³ Arif Sidharta " Refleksi Tentang hukum" (Bandung, citra Aditya Bakti, 1999), hal 151

penelitian ini bersifat deskriptif²⁴ yaitu memaparkan dan menjelaskan fakta-fakta hukum yang berlaku seperti putusan pengadilan dan perundang-undangan yang berlaku. Teknik pengumpulan data yang dilakukan dalam penelitian ini adalah data primer dan data sekunder yang diperoleh melalui studi kepustakaan. Data hasil penelitian ini menggunakan pendekatan kualitatif dan pendekatan historis, yaitu sejarah hukum arbitrase sampai dengan proses jangka waktu pembatalan putusan arbitrase di Indonesia, seperti *"You will not mistake my meaning or suppose that I depreciate one of the great humane studies if I say that we cannot learn law by learning law. If it is to be anything more than just technique it is to be so much more that it self a part of history apart of economics and sociology apart of ethics and philosophy of life"*²⁵ Untuk mempelajari hukum tidak bisa hanya mempelajari hukum saja tetapi hukum itu terdiri dari sejarah ekonomi dan sosiologi (kemasyarakatan) serta etika dan filsafat dalam kehidupan. Meskipun sistem hukum Indonesia berbeda adanya dengan sistem hukum dari negara lain, yang disebabkan karena perbedaan sejarah budaya dan politik, namun dalam hal membandingkan pelaksanaan putusan arbitrase luar negeri.²⁶ Penelitian juga dilakukan dari sudut sejarah hukum, dengan mengkaji sebab, kondisi lingkungan serta konteks sosial kulturalnya.²⁷ Untuk menganalisis data peneliti mencoba melihat hukum itu dari segi pandangan sejarah, ekonomi, masyarakat, dan filsafat dalam rangka merumuskan jangka waktu dalam pembatalan putusan asing di Indonesia dan *"Juris pruden is as big as law Bigger"*²⁸ bahwa ilmu hukum itu adalah besar tetapi hukum itu sesuatu yang lebih besar.

²⁴ Arif Sidharta "apakah Teori Hukum Itu?" (Universitas katolik parahiyanan FH, 1999) 'hal. 66

²⁵ Lord Radcliffe, *The law And its Compass* (1961) pp. 92-93

²⁶ Latridou, D. Kokkini, "Some methodological aspect of comparative law, *The third part of a (pre-) paradigm*, "Netherlands International Law Review, NILR, 1986 VCol XXXIII-Issue 2, page 155: " *Comporition is an operation in wich specific objects (chosen by the researcher) are set against each other so that their similarities and differences can determited, and the causes of these can be traced. The comparative methode is the which leads to these discoveries.*

²⁷ Sartono, Kartodirdjo, *Pendekatan Ilmu Sosial Dalam Metodologi Sejarah*, (Jakarta Gramedia, 1992), hal.2

²⁸ Karl Liewellyn, *Jurisprudence*, (1962) P-372

1.5. Kerangka Teoritis

Untuk menganalisis data peneliti menggunakan teori hukum yaitu teori sistem hukum Friedman²⁹ menyatakan bahwa sistem terdiri tiga elemen, yaitu elemen struktur (*structure*) substansi (*substance*) dan Budaya Hukum (*legal culture*) aspek struktur (*structure*) oleh Friedman di rumuskan “*The structure of legal system consists of elements of this kind the number and size of courts; their jurisdiction (that is, what kind of cases they hear, and how and why), and modes of appeal from one organized, how many members sit on the federal trade commission, what a president can (legally) do or not do, what procedures the police department follows, and so on*”. Dari rumusan diatas maka pemerintahan dan aparat penegak hukum yaitu pengadilan dan organisasinya merupakan struktur dari system hukum peneliti mengartikan bahwa pemerintah dan aparat penegak hukum perannya sebagai mengambil langkah-langkah yang tepat dalam proses jangka waktu pembatalan putusan asing di Indonesia.

Elemen kedua yaitu substansi hukum (*substance*) Friedman menjelaskan “*By this meant the actual rules, norms, and behavior patterns of people inside the speed limit is fifty five miles an hour, that burglars can be sent to prison by law a pickle maker has to list his ingredients on the label of the jar*. Dengan demikian Friedman mengatakan bahwa yang dimaksud dengan substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang ada, norma-norma dan aturan tentang perilaku manusia, atau yang biasa dikenal sebagai “hukum” dan jika dilanggar mendapat sanksi misalnya dalam membuat ketentuan tentang penyelesaian sengketa syarat-syarat apa saja yang mesti ditaati oleh para pihak. Sedangkan mengenai budaya hukum Friedman mengartikannya sebagai sikap dari masyarakat terhadap hukum dan system hukum, tentang keyakinan, nilai, gagasan, serta harapan masyarakat tentang hukum. Rumusannya sebagai berikut “*By this we mean people’s attitudes toward law. Law and the legal system their beliefs, value, ideas and expectation. In other words, it is that part of the general culture which concerns the legal system*”. Dari ilustrasi diatas peneliti menyimpulkan bahwa ketiga elemen system

²⁹ Friedman, Lawrence M, *American Law*. (New York : W.W. Norton & Company, 1984) hal 5

hukum tersebut saling berhubungan dari memiliki keterkaitan yang sangat erat dan tidak dapat dipisah-pisahkan.

Asas-asas dari arbitrase adalah sebagai berikut:

1. Penyelesaian sengketa diluar pengadilan;
2. Kebebasan berkontrak yang bertanggung jawab. Berdasarkan asas ini para pihak mengadakan kesepakatan tertulis (*klausula arbitrase*);
3. Para pihak bebas menentukan hukum materiil, acara, tempat, jadwal pemeriksaan sengketa;
4. Kekuatan mengikat perjanjian (*Pacta Sunt Servada*);
5. Ruang lingkup terletak dalam bidang perdagangan;
6. Keputusan bersifat final dan binding (tidak ada hak banding dan kasasi);
7. Bersifat rahasia (*confidensial*);
8. Proses cepat;
9. Biaya murah;
10. Para pihak bebas menentukan arbiter, jadwal sidang;
11. Putusan dapat dieksekusi;
12. Keputusan arbitrase berkekuatan mutlak.

Dengan perkembangan dunia usaha dan perkembangan lalu lintas di bidang perdagangan baik nasional maupun internasional serta perkembangan hukum pada umumnya maka peraturan yang terdapat dalam Reglemen Acara Perdata (*Reglement op de Rechtsvordering*) yang dipakai sebagai pedoman arbitrase sudah tidak sesuai lagi sehingga perlu disesuaikan karena pengaturan dagang bersifat internasional sudah merupakan kebutuhan (*conditio sine qua non*) sedangkan hal tersebut tidak diatur dalam Reglemen Acara Perdata (*Reglement op de Rechtsvordering*). Bertolak dari kondisi ini, perubahan yang mendasar terhadap Rv, baik secara filosofis maupun substantif sudah saatnya dilaksanakan.

Selanjutnya yang dimaksud dengan konsep-konsep yang dipergunakan dalam penulisan ini adalah sebagai berikut :

1. *Arbitrase*, ialah cara menyelesaikan sengketa dengan suatu putusan yang mempunyai kekuatan yang pasti dan tetap, berdasarkan hukum atau dengan persetujuan para pihak berdasarkan keadilan dan kepatutan.
2. Arbitrase luar negeri, adalah arbitrase yang mengadung unsur asing : bisa berupa para pihak, badan arbitrase, ketentuan arbitrase, tempat arbitrase dilaksanakan atau tempat putusan arbitrase ditetapkan.
3. Arbitrase nasional, domestik, arbitrase yang diselenggarakan di Indonesia sesuai dengan ketentuan Rv.
4. Arbiter adalah hakim partikelir yang ditunjuk oleh para pihak, badan arbitrase atau ketua pengadilan untuk menyelesaikan satu sengketa arbitrase
5. Putusan arbitrase luar negeri, adalah putusan arbitrase yang diucapkan tidak di tempat pengakuan dan pelaksanaannya diminta.
6. *Ex aequo et bono*, berupa kewenangan yang dapat disepakati oleh para pihak untuk diberikan kepada arbiter untuk memberi putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan.
7. *Public policy* (ketertiban umum), dipergunakan sebagai alasan untuk menolak berlakunya putusan arbitrase luar negeri, sedangkan seharusnya menurut ketentuan yang berlaku putusan arbitrase tersebut seharusnya dapat dilaksanakan
8. *Equatur*, Penetapan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung RI yang menyatakan bahwa satu putusan arbitrase luar negeri dapat dilaksanakan dalam wilayah RI.
9. *Null and void*, kecuali dalam hal batal demi hukum dari klausula arbitrase. Pengadilan berkewajiban atas permintaan salah satu pihak untuk menunjuk para pihak arbitrase.
10. Internasional, asing, berarti adanya unsur asing. Bisa berupa pihak, badan arbitrase, ketentuan arbitrase, tempat arbitrase diselenggarakan, tempat putusan arbitrase ditetapkan.
11. Jangka waktu adalah waktu yang telah ditetapkan berdasarkan Undang-undang yang berlaku.

12. “*Separability*” adalah sebagai perjanjian arbitrase dalam bentuk klausula arbitrase maupun akta kompromis yang terpisah dengan perjanjian utama yang bersifat bebas.

Penelitian ini bersumber dari data primer, yang diperoleh dari study kepustakaan.

Sumber data primer adalah :

1. KUH perdata khususnya pasal 1338 yang menentukan ”Semua perjanjian yang telah dibuat secara sah mengikat para pihak sebagai Undang-Undang.³⁰
2. Konvensi New York 1958 terutama pasal II yaitu bahwa setiap negara peserta konvensi ini akan mengakui dan melaksanakan semua kontrak dan jika terjadi perselisihan akan diselesaikan melalui arbitrase³¹. serta keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981 tentang ” Pengesahan Convention On The Recognition and Enforcement of Foreign arbitration awards”
3. Peraturan Mahkamah Agung RI No. 1 Tahun 1990 tentang ” tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing Mahkamah Agung RI.” Undang-Undang RI no. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa
4. Dan selanjutnya data sekunder yang diperoleh dari buku-buku, artikel maupun koran makalah-makalah seminar putusan pengadilan yang berkaitan permasalahan tesis ini.
5. Undang- Undang nomor 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

³⁰ BW pasal 1338 :”*Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet*“ (dikutip di buku Dr. Tinneke Tueguh Londong. “Asas Ketertiban Umum Dan Konvensi New York 1958 Bandung. Citra Aditya Bakti, 1998) hal 20

³¹ Ibid hal 21

1.6. Sistematika penulisan

Penyusunan tulisan ini di bagi dalam 5 bab, penjelasan setiap bab ini sebagai berikut :

BAB I BERISIKAN PENDAHULUAN

yang terdiri dari latar belakang, permasalahan, tujuan penulisan, kerangka teoritis, metode penelitian definisi operasional, dan sistematika penulisan

BAB II TINJAUAN UMUM PERSELISIHAN DAN ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA

Pengertian dan Bentuk-bentuk Perselisihan, Alternatif Penyelesaian Sengketa (Alternatif Dispute Resolution/ADR), Arbitrase sebagai alternatif Penyelesaian Sengketa.

BAB III KONSEP DASAR HARMONISASI HUKUM

Pengertian Harmonisasi, Hukum dan Perundangan-Undangan, Harmonisasi Hukum dan Sistem Hukum, Arti Penting Harmonisasi Hukum Penyelesaian sengketa arbitrase, Tujuan Harmonisasi Hukum.

BAB IV dalam bab ini akan dibahas mengenai sistem pemerintahan Indonesia dalam pelaksanaan Arbitrase asing yaitu dasar kewenangan pengadilan di Indonesia dan upaya hukum yang dilakukan serta pembatasan terhadap pelaksanaan putusan arbitrase asing kemudian dibahas putusan Pengadilan Jakarta Selatan

BAB V KESIMPULAN DAN SARAN

BAB ini menguraikan beberapa kesimpulan sebagai hasil penelitian dalam Bab-bab yang terdahulu dan saran bagi perbaikan dan perubahan di masa yang akan datang mengenai arbitrase pada umumnya.

BAB 2

TINJAUAN UMUM PERSELISIHAN DAN ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA

2.1. Pengertian dan Bentuk-bentuk Perselisihan

Setiap masyarakat memiliki berbagai macam cara untuk memperoleh kesepakatan dalam menyelesaikan sengketa, perselisihan atau konflik yang sedang mereka hadapi. Penyelesaian perselisihan atau konflik dapat saja dilakukan oleh kedua belah pihak secara kooperatif, dibantu oleh orang lain atau pihak ketiga yang netral.³²

Sengketa atau konflik itu sendiri bermula dari suatu situasi dimana ada pihak yang merasa dirugikan oleh pihak lain. Hal ini diawali oleh perasaan tidak puas akan muncul ke permukaan apabila terjadi *conflict of interest*. Pihak yang merasa dirugikan akan menyampaikan ketidakpuasannya kepada pihak kedua. Apabila pihak kedua dapat menanggapi dan memuaskan pihak pertama, selesailah konflik tersebut. Sebaliknya, jika reaksi dari pihak kedua menunjukkan perbedaan pendapat atau memiliki nilai-nilai yang berbeda, terjadi apa yang dinamakan konflik atau sengketa.³³

Istilah konflik sendiri berasal dari kata Bahasa Inggris *Conflict* dan *Dispute*, yang berarti perselisihan atau percekocan, atau pertengahan. Perselisihan atau percekocan tentang sesuatu terjadi antara dua atau lebih. Konflik nyaris tidak terpisahkan dari kehidupan manusia sehingga sulitlah membayangkan ada orang yang tidak pernah terlibat dalam konflik apapun di tempat kerja.³⁴

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia,³⁵ kata konflik pada umumnya diartikan sebagai percekocan, pertentangan..., konflik sosial berarti pertentangan antara golongan masyarakat yang bersifat menyeluruh dalam kehidupan.

³² Gary Goodpaster, *Arbitrase Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1995), hal.1.

³³ Ibid.

³⁴ Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001), hal. 19.

³⁵ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1997), hal.120.

Dalam bidang ketenagakerjaan, dikenal dua jenis konflik/perselisihan; pertama, perselisihan hak (*rechtsgeschil*); yakni perselisihan perorangan antara pengusaha atau serikat/gabungan pengusaha dengan serikat pekerja atau perorangan akibat pelaksanaan perjanjian kerja atau perjanjian perburuhan (KKB). Perselisihan hak ini disebut pula dengan istilah perselisihan hukum karena perselisihan ini terjadi akibat pelanggaran kesepakatan dalam perjanjian kerja maupun KKB. Kedua, perselisihan kepentingan (*belangengeschil*), yaitu perselisihan antara serikat pekerja atau beberapa serikat pekerja dengan pengusaha atau gabungan pengusaha karena tidak adanya persesuaian paham mengenai syarat kerja dan atau keadaan perburuhan. Misalnya perselisihan akibat perundingan dalam pembuatan perjanjian perburuhan/KKB yang tidak mencapai titik temu, eksistensi serikat pekerja di perusahaan, mengubah atau memperpanjang KKB yang sedang berlaku.³⁶

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pengertian kata konflik, atau sengketa atau percekocokan adalah pertentangan atau ketidaksesuaian antara pihak yang sedang mengadakan hubungan atau kerjasama. Bentuk konflik ini dapat berupa konflik kepentingan, hukum, sosial. Pada umumnya konflik akan terjadi di mana saja sepanjang terjadi interaksi atau hubungan antara sesama manusia, baik antara individu dengan individu maupun kelompok dengan kelompok dalam melakukan sesuatu termasuk diantaranya dalam hubungan antara pekerja dengan pengusaha berkaitan dengan hubungan kerja.

2.2. Alternatif Penyelesaian Sengketa (*Alternatif Dispute Resolution/ADR*)

2.2.1. Pengertian

Alternatif penyelesaian sengketa lebih dikenal dengan istilah “*Alternatif Dispute Resolution*” yang biasa disingkat ADR, merupakan suatu istilah asing yang perlu dicarikan padanannya dalam Bahasa Indonesia. Berbagai istilah dalam Bahasa Indonesia telah diperkenalkan dalam berbagai forum, oleh berbagai pihak, seperti

³⁶ Husni, Pengantar Hukum Ketenagakerjaan Indonesia, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000), hal.84.

pilihan penyelesaian sengketa (PPS)³⁷, mekanisme alternatif penyelesaian sengketa, pihak penyelesaian sengketa di luar Pengadilan dan mekanisme penyelesaian sengketa secara kooperatif. Sedangkan dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 dikenal dengan istilah Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Jadi pengertian arbitrase terpisah dengan alternatif penyelesaian sengketa.³⁸

Dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, mengartikannya sebagai lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, mediasi, konsolidasi atau penilaian ahli.³⁹

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa ADR adalah suatu proses penyelesaian sengketa dimana para pihak yang bersengketa dapat membantu atau dilibatkan dalam menyelesaikan persengketaan tersebut atau melibatkan pihak ketiga yang bersifat netral.

Secara teoritis, dalam bidang ketenagakerjaan telah diatur jalur penyelesaian sengketa yang bernafaskan suatu rangkaian kesatuan. Istilah bipartite dan tripartite digunakan sesuai asas negosiasi, mediasi, atau konsolidasi.

Bila menyimak sejarah perkembangan alternatif penyelesaian sengketa (ADR) di Amerika Serikat, pengembangan ADR dilatarbelakangi oleh kebutuhan sebagai berikut:⁴⁰

1. Mengurangi kemacetan di Pengadilan. Banyak kasus yang diajukan ke pengadilan menyebabkan proses pengadilan seringkali berkepanjangan sehingga memakan biaya yang tinggi dan sering memberikan hasil yang kurang memuaskan.

³⁷ Mas Achmad Santoso dan Anthony LP Hutapea. Mendayagunakan Mekanisme Alternatif Sengketa Lingkungan di Indonesia, (Jakarta: WALHI,1992).

³⁸ Indonesia. Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, pasal 1 ayat (1) dan ayat (10).

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Suyud Margono, Alternative Dispute Resolution Proses Pelembagaan dan Aspek..., (Jakarta: Ghalia Indonesia,2001), hal.37.

2. Meningkatkan ketertiban masyarakat dalam proses penyelesaian sengketa.
3. Memperlancar serasid memperluas akses ke pengadilan.
4. Memberikan kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak dan memuaskan.

Proses penyelesaian sengketa (*consesually based approaches*) mengharuskan para pihak mengembangkan penyelesaian yang dapat diterima bersama. Proses ini sebenarnya telah ada dan berakar dalam sistem kehidupan masyarakat Indonesia.

Dengan demikian, agar tercipta proses penyelesaian sengketa yang efektif, pencapaian metode alternatif untuk mencegah dan menyelesaikan sengketa adalah suatu yang urgen dalam masyarakat. Berbagai model penyelesaian sengketa baik yang formal maupun informal, dapat dijadikan acuan untuk menjawab sengketa yang mungkin saja timbul terutama dalam lapangan ketenagakerjaan yang semakin berkembang dewasa ini.

2.2.2. Bentuk-bentuk alternatif penyelesaian sengketa

Pencarian metode alternatif untuk mencegah dan menyelesaikan sengketa adalah sesuatu yang urgen dalam masyarakat. Para ahli baik di bidang hukum maupun non hukum telah banyak mengeluarkan energi dan inovasi untuk mengkreasikan berbagai bentuk penyelesaian sengketa, baik formal maupun informal, dapat dijadikan acuan untuk menjawab sengketa yang mungkin timbul.

Alternatif penyelesaian sengketa di luar peradilan banyak sekali macamnya, namun dalam penulisan tesis ini yang akan diungkap adalah model alternatif penyelesaian sengketa yang umum di kenal di Indonesia, yaitu negosiasi, mediasi, konsiliasi dan arbitrase.

Jacqueline M. Nolan-Haley, menjelaskan bahwa alternatif penyelesaian sengketa terdiri dari negosiasi, mediasi dan arbitrase. Sedangkan *Priyatna Abdurrasyid* menyimpulkan bentuk alternatif

penyelesaian adalah *mediation, conciliation, disputes prevention, binding opinion, valuation appraisal, special matters, matters, ombudsmen, minitrial, private judges, summary jury trial, quality arbitrator* atau *arbitration*.⁴¹ Namun saat ini bentuk alternatif penyelesaian sengketa (ADR) yang paling umum dilakukan adalah:⁴²

1. Negosiasi;
2. Mediasi;
3. Konsiliasi;
4. Arbitrase.

Keempat bentuk penyelesaian sengketa di atas dilakukan di luar pengadilan, masing-masing memiliki kelebihan dan kekurangan, tergantung yang mana yang lebih disukai atau dianggap cocok oleh para pihak untuk menyelesaikan permasalahan yang sedang mereka hadapi.

Keputusan untuk menggunakan metode ADR tergantung pada kebijaksanaan dan kemauan para pihak, hanya saja paling tidak memerlukan dua pertimbangan, yaitu bahwa prosedur ADR lebih tepat guna dari pada prosedur hukum biasa dan perlu ditentukan mana yang paling tepat untuk menyelesaikan jenis sengketa yang mereka hadapi. Untuk menjawab pertanyaan ini, perlu diketahui beberapa pertanyaan lanjutan yang merupakan bahan pertimbangan untuk menggunakan pola ADR, yaitu:⁴³

- 1). Berapa besar kekuatan relatif yang dimiliki oleh pihak-pihak yang terlibat, dan bagaimana pentingnya ini bagi setiap pihak? Sumber kekuatan meliputi:
 - a. Kekuatan atau wewenang formal, yaitu wewenang yang diberikan secara legal untuk menetapkan kebijakan, menyusun peraturan, memberi izin, dan lain-lain.

⁴¹ Priyatna Abdurasyid, Penyelesaian Sengketa Perdagangan Internasional di Luar Pengadilan, (Semarang, 1996), hal.12.

⁴² Suyud Margono, Op.Cit., hal.27.

⁴³ W. Moore dan James Creighton, The Mediation Process Practical Strategies for Resolving Conflict, (Jossey Bass Inc. Publisher, San Francisco, California, 1996), p.38.

- b. Keahlian/kekuatan informasi, yaitu memiliki akses untuk berhubungan dengan orang-orang yang berilmu atau memiliki informasi yang tidak dimiliki orang lain.
 - c. Kekuatan Prosedural, yaitu kontrol terhadap prosedur pengambil keputusan.
 - d. Kekuatan asosiasi, yaitu kekuatan yang berasal dari bernegosiasi dengan orang-orang yang berkuasa.
 - e. Kekuatan yang diperoleh dari menyusahkan orang lain, yaitu kemampuan untuk menimbulkan ketidaknyamanan bagi pihak lain.
 - f. Kekuatan habitual atau yang diperoleh dari kebiasaan, yaitu kekuatan atau kekuasaan dari berlakunya 'status quo' atau sebagaimana biasanya sesuatu dilakukan.
 - g. Kekuatan moral, yaitu kemampuan untuk meningkatkan konflik dalam sudut pandang nilai sumber kekuatan lain.
 - h. Kekuatan pribadi, yaitu atribut-atribut pribadi atau keahlian yang memperbesar sumber-sumber keahlian lain.
- 2). Memperhitungkan kekuatan relatif dan komitmen dari tiap pihak apabila persengketaan ini terus berlangsung sampai sekarang, prosedur manakah yang kelihatan paling baik untuk menyelesaikannya?
- 3). Dengan mempertimbangkan kekuatan relatif dan komitmen yang diberikan oleh satu pihak, jika persengketaan tersebut terus berlangsung, hasil-hasil atau akibat substantif apa yang paling mungkin terjadi dan berapa besar peluang relatifnya?
- 4). Dengan mempertimbangkan perkiraan atau ramalan dalam pertanyaan tersebut di atas, berapa besar keuntungan/biaya potensial dari prosedur yang diterapkan saat ini dan dimana suatu persengketaan akan diselesaikan. Keuntungan dan biaya-biaya tersebut bisa mencakup:

- a. Biaya proses;
 - b. Dampak terhadap hubungan antara organisasi dan pihak-pihak lain;
 - c. Keuntungan finansial;
 - d. Resiko peningkatan/penurunan yang diakibatkan oleh hasil penyelesaian yang tidak diterima;
 - e. Menetapkan preseden hukum;
 - f. Dampak-dampak politik;
 - g. Dukungan internal/moral.
- 5) Apakah penggunaan prosedur yang diterapkan sekarang sudah dicarikan pembenarannya?
- 6). Mekanisme alternatif penyelesaian mana yang paling sesuai untuk menangani persengketaan ini.

Berkaitan dengan hal itu, maka akan diuraikan secara singkat dari bentuk-bentuk alternatif penyelesaian sengketa.

1. Negosiasi

Dalam bahasa sehari-hari kata negosiasi sering di dengar padanannya dengan istilah 'berunding' atau 'bermusyawarah'. Sedangkan kata negosiasi sendiri berasal dari kata *negotiation* (Inggris), yang berarti perundingan. Secara umum negosiasi dapat diartikan sebagai suatu upaya menyelesaikan sengketa para pihak tanpa proses peradilan dengan tujuan mencapai kesepakatan bersama atas dasar kerjasama yang lebih harmonis dan kreatif. Di sini para pihak berhadapan langsung secara seksama dalam mendiskusikan permasalahan yang mereka hadapi dengan cara kooperatif dan saling terbuka. Sedangkan orang yang mengadakan perundingan itu sendiri disebut *negosiator*.⁴⁴

⁴⁴ Joni Emirzon. *Op.Cit.*, hal.44.

Garry Goodpaster,⁴⁵ menjelaskan bahwa negosiasi adalah proses bekerja untuk mencapai suatu perjanjian dengan pihak lain, suatu proses interaksi dan komunikasi yang dinamis dan bervariasi, serta bernuansa sebagaimana keadaan atau yang dapat dicapai. Sedangkan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, negosiasi diartikan sebagai berikut:

- a. Proses tawar menawar dengan jalan berunding untuk memberikan atau menerima guna mencapai kesepakatan bersama antara pihak (kelompok atau organisasi) dan pihak (kelompok atau organisasi) yang lain.
- b. Penyelesaian sengketa secara damai melalui perundingan antara pihak-pihak yang bersengketa.

Kemudian Alan Fowler,⁴⁶ menjelaskan negosiasi sebagai proses interaksi, di mana dua orang atau lebih terlibat secara bersama dalam sebuah hasil akhir walau pada awalnya mempunyai sasaran yang berbeda, berusaha dengan menggunakan argumen dan persuasi, menyudahi perbedaan mereka untuk mencapai jalan keluar yang dapat mereka terima bersama.

Dengan demikian, dalam negosiasi terdapat keinginan para pihak untuk menyelesaikan permasalahan yang sedang mereka hadapi dengan tujuan mendapatkan kesempatan yang saling menguntungkan.

Lebih lanjut Alan Fowler,⁴⁷ menjelaskan bahwa negosiasi terdiri dari beberapa elemen yang merupakan prinsip-prinsip umum, yaitu:

⁴⁵ Garry Goodpaster, *A guide to Negotiation and Mediation*, (Trans National Publisher, Inc. Irvington-on-Hudson, New York, 1997), hal.1.

⁴⁶ Alan Fowler, *Effective Negotiation*, Terjemahan Kenjawani Tamiran. Ketrampilan Bernegosiasi, (Jakarta: Bionarupa Aksara, 1993), hal. 6.

⁴⁷ Ibid.

- a. Negosiasi melibatkan dua pihak atau lebih;
- b. Pihak-pihak itu membutuhkan harus keterlibatan satu sama lain dalam mencapai hasil yang diinginkan bersama;
- c. Pihak-pihak bersangkutan, setidaknya-tidaknya pada awalnya menganggap negosiasi sebagai cara yang lebih memuaskan untuk menyelesaikan perbedaan mereka dibandingkan dengan metode-metode lain;
- d. Masing-masing pihak harus beranggapan bahwa ada kemungkinan untuk membujuk pihak lain untuk memodifikasi posisi awal mereka;
- e. Setiap pihak harus mempunyai harapan akan sebuah hasil akhir yang mereka terima, dan suatu konsep tentang seperti apakah hasil akhir itu;
- f. Masing-masing pihak mempunyai suatu tingkat kuasa atau kemampuan pihak lain untuk bertindak.
- g. Proses negosiasi itu sendiri pada dasarnya merupakan salah satu interaksi di antara orang-orang, terutama antar komunikasi lisan yang langsung.

Dalam praktek, jumlah pihak terlibat dalam negosiasi sangat penting, karena untuk mencapai kesimpulan yang disetujui bersama akan semakin sulit apabila jumlah pihak yang terlibat bertambah. Oleh karena itu, kualitas dan gaya negosiasi juga dipengaruhi oleh jumlah peserta dari masing-masing pihak. Situasi negosiasi yang paling sederhana walaupun bukan yang paling mudah adalah antara dua individu. Pada prakteknya satu pihak yang bernegosiasi dapat terdiri dari beberapa orang perunding, satu orang perunding penjual misalnya bertemu dengan beberapa orang calon pembeli, atau beberapa orang wakil pekerja/serikat pekerja dengan jumlah pimpinan perusahaan multinasional yang besar.

Suatu negosiasi akan mempunyai kualitas yang berbeda-beda tergantung pada apakah mereka yang terlibat itu bernegosiasi atas nama mereka sendiri ataukah bertindak sebagai wakil, misalnya manajer personalia bernegosiasi untuk perusahaannya dan pengurus serikat pekerja bernegosiasi untuk anggotanya. Secara umum mereka kurang bebas karena peran mereka hanyalah sebagai wakil dari masing-masing pihak yang memberikan wewenang untuk bertindak. Ada keuntungan dan kerugian untuk kedua peran tersebut. Peran langsung memungkinkan keputusan yang lebih cepat dan pasti, tapi merupakan posisi terbuka tanpa adanya kesempatan untuk mundur. Peran sebagai wakil jika wewenang terlalu dibatasi, mungkin mengurangi kredibilitas di perundingan, tetapi memberikan kesempatan untuk mendapatkan waktu mengacu kembali untuk arah baru, dan menawarkan kemungkinan untuk memecahkan jalan buntu dengan mengalihkan negosiasi ke arah baru yang lebih tinggi.

Bentuk negosiasi dapat sangat informal sampai sangat formal dan terstruktur. Negosiasi formal, seperti perundingan gaji tahunan untuk seluruh gaji pekerja industri, terjadi dalam kerangka struktur dan prosedur yang diketahui dan diterapkan bersama. Negosiasi ini mungkin akan mengikuti prosedur yang telah mapan. Keuntungan negosiasi formal ialah peserta tidak menghabiskan waktu atau energi untuk membahas prosedur atau peranan. Semua ini ditetapkan melalui sistem struktur formal. Sedangkan negosiasi informal kadang-kadang dilakukan secara tidak sadar, misalnya seorang manajer produksi meminta bantuan manajer keuangan untuk menghitung ulang anggaran produksi perusahaan. Dengan demikian dalam negosiasi informal tidak ada aturan diskusi atau pembahasan.

2. Mediasi

Mediasi atau dalam bahasa Inggris disebut *mediation* adalah penyelesaian sengketa dengan menengahi. *Mediator* adalah orang yang menjadi penengah.

Beberapa literatur menjelaskan pengertian mediasi sebagai berikut:⁴⁸

- a. Mediasi adalah intervensi terhadap suatu sengketa atau negoasiasi oleh pihak ketiga yang dapat diterima, tidak berpihak dan netral yang tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan dalam membantu para pihak yang berselisih dalam upaya mencapai kesepakatan secara sukarela dalam menyelesaikan permasalahan yang disengketakan.
- b. Mediasi adalah suatu proses di mana para pihak sengan bantuan seseorang atau beberapa orang secara sistematis menyelesaikan permasalahan yang disengketakan untuk mencari alternatif dan mencapai penyelesaian yang dapat mengakomodasi kebutuhan mereka.
- c. Mediasi adalah proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasehat.

Dari berbagai pengertian mediasi di atas dapat disimpulkan bahwa mediasi adalah upaya penyelesaian sengketa para pihak dengan kesepakatan bersama melalui mediator yang bersikap netral, dan tidak membuat keputusan atau kesimpulan bagi para pihak tetapi menunjukkan fasilitator untuk terlaksananya dialog antar pihak dengan suasana keterbukaan, kejujuran dan tukar pendapat untuk mencapai mufakat. Dengan kata lain, proses negoasiasi pemecahan masalah adalah proses di mana pihak luar yang tidak memihak dan netral bekerja dengan pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian secara memuaskan.

⁴⁸ Ibid.

Berdasarkan pengertian mediasi tersebut, dapat disimpulkan beberapa elemen mediasi, yaitu:

- 1). Penyelesaian sengketa sukarela;
- 2). Intervensi/bantuan pihak ketiga;
- 3). Pihak ketiga tidak memihak;
- 4). Pengambilan keputusan oleh para pihak secara konsensus;
- 5) Partisipasi aktif.

Dalam penyelesaian sengketa melalui mediasi tidak terdapat unsur paksaan antara para pihak dan mediator, karena para pihak secara sukarela meminta kepada mediator untuk membantu penyelesaian konflik yang sedang mereka hadapi. Oleh karena itu, mediator berkedudukan sebagai pembantu, walaupun ada unsur intervensi terhadap pihak-pihak yang sedang bersengketa. Dalam kondisi demikian, mediator harus bersikap netral atau tidak memihak sampai diperoleh keputusan yang hanya ditentukan oleh para pihak. Hanya saja dalam proses penyelesaian konflik tersebut mediator berpartisipasi aktif membantu para pihak untuk menemukan berbagai perbedaan persepsi atau pandangan.

Dengan demikian dalam mediasi, pihak ketiga sebagai mediator tidak membuat putusan bagi para pihak yang berselisih, karena peranan mereka adalah membantu para pihak dalam proses komunikasi dan negosiasi yang memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menganalisis permasalahan, membuat putusan, dan menyepakati langkah-langkah yang akan diambil dalam proses penyelesaian problema yang mereka hadapi.⁴⁹ Oleh karena itu, metode penyelesaian perselisihan melalui mediasi banyak memberikan manfaat bagi para pihak terutama dalam hal untuk menjaga agar hubungan baik antar pihak yang berselisih tetap terjaga.

⁴⁹ Aloysius Uwiyono, *Op.Cit*, hal. 261.

2.3. Arbitrase sebagai alternatif Penyelesaian Sengketa.

2.3.1 Pengertian

Seperti telah dikemukakan di atas bahwa alternatif penyelesaian sengketa di luar lembaga peradilan yang umum dikenal di samping negosiasi antara lain adalah mediasi dan konsiliasi. Namun demikian dalam prakteknya tidak semua perselisihan dapat diselesaikan melalui metode tersebut. Seperti halnya dalam perselisihan perburuhan, perselisihan yang terjadi antara pekerja atau serikat pekerja dengan pengusaha, tidak seluruhnya dapat diselesaikan melalui konsiliasi atau mediasi. Hal ini disebabkan karena ada masalah-masalah tertentu yang tidak mudah dapat didamaikan.

Menurut William Ury, ada 3 faktor utama yang mempengaruhi proses penyelesaian sengketa, yaitu :⁵⁰

- 1) kepentingan(interest),
- 2) hak-hak (rights), dan
- 3) status kekuasaan (power).

Para pihak yang bersengketa menginginkan agar kepentingannya tercapai, hak-haknya dipenuhi, dan kekuasaannya diperhatikan, dimanfaatkan dan dipertahankan. Dalam proses penyelesaian sengketa, pihak-pihak yang bersengketa lazimnya akan bersikeras mempertahankan salah satu atau ketiga faktor tersebut diatas.

Berkaitan dengan hal itu, dalam perselisihan perburuhan yang berkaitan dengan upah (perselisihan hak) atau syarat-syarat kerja (perselisihan kepentingan), merupakan perselisihan yang tidak selalu dapat diselesaikan melalui mekanisme mediasi atau konsiliasi. Penyelesaian perselisihan yang berwenang memberikan putusan final dan mengikat(final and Binding) berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak yang berselisih. Disamping itu, mekanisme tersebut juga harus dapat mengakomodir kepentingan dan kebutuhan para pihak

⁵⁰ William Ury, J.M.Brett, S.B.Goldberg, *Getting Disputes Resolver*, (Pan Book. 1993).
Dalam Suyud Margono, *Op.Cit.* hal. 35

serta hak-hak yuridis mereka. Oleh karenanya disamping adjudikasi publik, arbitrase merupakan mekanisme penyelesaian perselisihan yang diharapkan dapat memenuhi hal-hal tersebut diatas.⁵¹

Arbitrase itu sendiri berasal dari kata *arbitrare* (Latin) yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu perkara menurut kebijaksanaan. Menurut Frank Elkoury dan Edna Elkoury, arbitration adalah suatu proses yang mudah yang dipilih oleh para pihak secara sukarela karena ingin agar perkaranya diputus oleh pihak yang netral sesuai dengan pilihan dimana keputusan mereka berdasarkan dalil-dalil dalam perkara tersebut. Para pihak setuju sejak semula untuk menerima putusan tersebut secara final dan mengikat.⁵²

Menurut Gary Goodpaster: arbitration is the private adjudication of disputes parties, anticipating possible dispute or experience an actual dispute, agree to submit their dispute to a decision maker they in some fashion select.

Erman Rajagukghuk,⁵³ mengatakan bahwa kalau kedua belah pihak yang berselisih bersepakat menyerahkan penyelesaian perselisihan mereka kepada pihak ketiga dan mereka menyatakan secara tertulis akan tunduk kepada apa yang diputuskan pihak ketiga yang mereka pilih itu, penyelesaian perselisihan demikian itulah yang disebut arbitrase. Lebih lanjut disebutkan bahwa arbitrase dapat dibedakan adanya arbitrase yang dilakukan oleh satu orang dan arbitrase yang dilakukan oleh dua orang atau lebih dalam bentuk tim, komisi, dewan atau panitia. Jika ada arbitrase yang penyerahan penyelesaian kepadanya untuk untuk diselesaikan sifatnya sukarela dan penyerahan yang bersifat wajib.

Mengenai kekuatan hukum putusan yang dijatuhkan arbitrase dapat diadakan pembedaan apakah keputusannya bersifat mengikat dan berupa putusan akhir yang tidak dapat dibanding lagi (*final and binding*) atau putusannya masih ada kemungkinan untuk diminta

⁵¹ Aloysius Uwiyono, *Op.Cit.* Hal. 270.

⁵² Joni Emirzon, *Op.Cit.* Hal 96.

⁵³ Erman Rajagukghuk, *Peran Serta Pekerja Dalam Pengelolaan Perusahaan*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2002), hal.95.

ditinjau oleh lembaga lain. Arbitrase dapat juga dibedakan berdasarkan penugasannya apakah hanya untuk menyelesaikan satu perselisihan tertentu atau ditugaskan menurut jangka waktu tidak terbatas dan hanya anggota-anggotanya yang diganti secara berkala. Selanjutnya mengenai penyerahan penyelesaian perselisihan kepada arbitrase dapat dibedakan apakah penyerahan itu terjadi semata-mata karena usaha para pihak atau karena dianjurkan/diwajibkan pihak lain misalnya oleh Pengadilan.⁵⁴

Dari beberapa pengertian yang disampaikan di atas, pada dasarnya terdapat kesamaan bahwa arbitrase adalah perjanjian perdata dimana para pihak sepakat untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi diantara mereka yang mungkin akan timbul di kemudian hari yang diputuskan oleh orang ketiga, atau penyelesaian sengketa oleh seorang atau beberapa orang wasit (*Arbitor*) yang bersama-sama ditunjuk oleh pihak yang berperkara dengan tidak diselesaikan melalui pengadilan tetapi secara musyawarah dengan menunjuk pihak ketiga, hal mana dituangkan dalam salah satu bagian dari kontrak.

⁵⁴ Ibid.

BAB 3

KONSEP DASAR HARMONISASI HUKUM

3.1. Harmonisasi Hukum

3.1.1 Pengertian Harmonisasi, Hukum dan Perundangan-Undangan, Harmonisasi Hukum dan Sistem Hukum

Harmonisasi hukum dalam penyelesaian sengketa arbitrase, tidak dapat dilepaskan dari pengertian harmonisasi dan hukum itu sendiri, karena dengan perumusan istilah yang tepat dan lengkap akan memberikan kejelasan dari argumentasi-argumentasi yang dipaparkan, demikian pula sebaliknya pemberian arti terhadap sesuatu yang samar-samar dan kabur akan menimbulkan pemahaman yang keliru terhadap sesuatu yang disampaikan.

Istilah harmonisasi dalam kajian ini berasal dari kata harmoni (bahasa Yunani *harmonia*), yaitu terikat secara serasi dan sesuai. Dari aspek filsafat harmoni diartikan kerja sama antara berbagai faktor yang sedemikian rupa sehingga faktor-faktor tersebut menghasilkan kesatuan yang luhur, misalnya antara jasad seorang manusia hendaknya harus ada harmoni, kalau tidak belum dapat disebut pribadi.⁵⁵

Di sisi lain, istilah harmoni diartikan juga sebagai pola, seperti di bidang sosiologi, yaitu usaha untuk mempertemukan berbagai pertentangan dalam masyarakat, diterapkan dalam hubungan-hubungan sosial ekonomi untuk menunjukkan pemikiran bahwa kebijakan sosial ekonomi yang paling sempurna hanya dapat tercapai dengan meningkatkan permusyawaratan antara berbagai anggota masyarakat, istilah ini disebut juga pola integrasi.⁵⁶

⁵⁵ Hassan Shaddly, dkk, *Ensiklopedi Indonesia*, (Ichdisar Baru-Van Hoeve, Jakarta), Hal. 1262

⁵⁶ Hassan Shaddly, *Op.cit*, Hal, 1262.

Dalam *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, istilah *harmonious*, yaitu *friendly, peaceful and without any disagreement, arranged together in a pleasing way so that each part goes well with the other*.

Sementara itu, istilah *harmonized* berarti *if two or more things harmonize with each other or more thing harmonizes with the other, the thing go well together and produce an attractive result*, sedangkan istilah *harmony*, yaitu *a state of peaceful existence and agreement*.⁵⁷

Kusnu Goesniadhie tidak saja memberikan arti dari istilah harmonis secara lebih lengkap, yaitu keselarasan, kecocokan, keserasian, keseimbangan, tetapi juga menentukan unsur-unsur pengertian harmonisasi dan pemaknaannya. Unsur-unsur pengertian harmonisasi, antara lain terdiri dari:

- a. Adanya hal-hal ketegangan yang berlebihan;
- b. menyelaraskan kedua rencana dengan menggunakan bagian masing-masing agar membentuk sistem;
- c. proses atau upaya untuk merealisasi keselarasan, kesesuaian, keserasian, kecocokan, dan keseimbangan;
- d. kerja sama antara berbagai faktor yang sedemikian rupa, hingga faktor-faktor tersebut menghasilkan kesatuan yang luhur.⁵⁸

Makna harmonisasi menurut Kusnu Goesniadhie, baik dalam arti sebagai upaya maupun sebagai proses, yaitu sebagai upaya atau proses yang hendak mengatasi batasan-batasan perbedaan, hal-hal yang bertentangan dan kejanggalan. Upaya atau proses untuk merealisasikan keselarasan, keserasian, kecocokan dan keseimbangan, antara berbagai faktor yang sedemikian rupa hingga faktor-faktor tersebut menghasilkan kesatuan atau membentuk satu keseluruhan yang luhur sebagai bagian dari sistem.⁵⁹

⁵⁷ A.S Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, (Sixth edition, Oxford University Press, New York, 2000), Hal. 522.

⁵⁸ Kusnu Goesniadhie, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-Undangan*, (JP Books, Surabaya, 2006), Hal. 62

⁵⁹ *Ibid*

Berdasarkan berbagai pengertian, istilah, atau definisi harmonisasi dapat disimpulkan bahwa istilah harmonisasi yaitu sebagai proses atau upaya untuk menyelaraskan, menyetarakan, atau menyesuaikan sesuatu yang dianggap tidak atau kurang sesuai, kurang atau tidak pantas atau tidak serasi, sehingga menghasilkan sesuatu yang baik atau harmonisasi di berbagai hal.

Pengertian harmonisasi di atas, belum menunjukkan arti dari harmonisasi hukum. Oleh sebab itu, dalam konteks pengkajian harmonisasi hukum, diperlukan pengertian hukum itu sendiri. Pengertian hukum di kalangan ahli hukum sangat beragam. Hal ini disebabkan setiap pendapat tergantung dari sudut pandangnya masing-masing, namun untuk memberikan batasan terhadap hukum yang dimaksudkan dalam disertasi ini, pengertian hukum diperlukan agar terdapat kesamaan persepsi dalam memandang harmonisasi hukum yang dimaksudkan.

Istilah hukum identik dengan istilah *law* dalam Bahasa Inggris, *droit* dalam Bahasa Perancis, *recht* dalam Bahasa Jerman, *recht* dalam Bahasa Belanda, atau *diritto* dalam bahasa Italia. Namun kata hukum yang dikenal di Indonesia berasal dari Bahasa Arab *hukm* yang berarti putusan (*judgement*) atau ketentuan (*provision*).⁶⁰ Hukum merupakan rangkaian kaidah, peraturan-peraturan tata aturan, baik tertulis maupun tidak tertulis yang menentukan dan mengatur hubungan-hubungan antar para anggota masyarakat. Dalam arti luas hukum dapat disamakan dengan aturan, kaidah, norma atau ugeran, baik tertulis maupun tidak tertulis yang pada dasarnya berlaku dan diakui orang sebagai peraturan yang harus ditaati dalam kehidupan bermasyarakat dan apabila dilanggar maka akan dikenakan sanksi.⁶¹

Thomas Aquinas (1225-1274) berpendapat bahwa hukum diperlukan untuk menegakkan kehidupan moral di dunia. Ini berarti bahwa hukum tidak lain merupakan moral tingkah laku manusia

⁶⁰ H. Muchsin, *Ikhtisar Ilmu Hukum*, (Badan Penerbit Iblam, Jakarta, 2000), Hal. 4.

⁶¹ H.A Hafizh Dasuki, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (PT. Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 1997), Hal. 71.

dalam pergaulan hidupnya sehari-hari. Aquinas membedakan hukum menjadi empat macam, yaitu: *lex aeterna*; hukum dan kehendak Tuhan, *lex naturalis*; prinsip umum (hukum alam, *lex divina*; hukum Tuhan dalam kitab suci, *lex humane*; hukum buatan manusia yang sesuai dengan hukum alam.

Aquinas membedakan antara hukum yang berasal dari wahyu dengan hukum yang dijangkau oleh akal manusia. Hukum yang berasal dari wahyu disebut *ius devinum positivum* hukum Illahi positif), sedangkan hukum yang ditemui lewat kegiatan akal, terdiri dari; *ius naturale* (hukum alam), *Ius gentium* (hukum bangsa-bangsa), dan *ius positivum humanum* (hukum positif buatan manusia).⁶² *Ius gentium* kemudian berkembang menjadi hukum internasional.⁶³

Aristoteles dalam bukunya *Rhetorica*, membagi hukum menjadi dua bagian, yaitu *particular law* dan *universal law*. *Particular law is that which each community lays down and applies to its own members*. Sedangkan *universal law is the law o nature*. Gratius berpendapat bahwa *law is rule of moral action obliging to that which is right*.⁶⁴ Sementara itu, Antony Allot, memberikan definisi hukum sebagai sebuah abstraksi dari realitas dari hukum-hukum atau dari hukum yang khusus.⁶⁵

Berbagai definisi atau pengertian hukum menurut para ahli hukum di atas, masing-masing memberikan arti yang sendiri-sendiri dari hukum. Begitu banyaknya pengertian hukum, Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto menyebutkan 9 macam arti hukum, yaitu:

⁶² Bernard L. Tanya, *Teori Hukum, Strategi Tertib Lintas Ruang dan Generasi*, (CV. Kita, Surabaya, 2006), Hal.

⁶³ Mochtar Kusumaatmadja, Hukum internasional publik adalah keseluruhan kaidah-kaidah dan asas-asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas-batas negara-negara, antara negara dengan negara, negara dengan subjek hukum lain bukan negara atau subjek hukum lain bukan negara satu sama lain. (Mochtar Kusumaatmadja, Pengantar Hukum Internasional, Bina Cipta, Bandung, 1978), Hal. 3-4.

⁶⁴ Ridwan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, (Pustaka Kartini, Jakarta, 1991), Hal. 19. Lihat pula Mhd. Shiddiq Tgk. Armia, *Perkembangan Pemikiran Dalam Ilmu Hukum*, (Pradnya Paramita, Jakarta, 2002), Hal. 1.

⁶⁵ Antony Allot, *The Limit of Law*, (Butterworths & Co, USA, 1980), Hal. 2.

- a. Hukum sebagai ilmu pengetahuan, yaitu pengetahuan yang tersusun secara sistematis atas dasar kekuatan pemikiran;
- b. Hukum sebagai disiplin, yaitu sistem ajaran tentang kenyataan atau gejala-gejala yang dihadapi;
- c. Hukum sebagai kaidah, yaitu pedoman atau patokan sikap tindak atau perilaku yang pantas atau diharapkan;
- d. Hukum sebagai tata hukum, yaitu struktur dan proses perangkat kaidah-kaidah hukum yang berlaku pada waktu dan tempat tertentu serta berbentuk tertulis;
- e. Hukum sebagai petugas, yaitu pribadi-pribadi yang merupakan kalangan yang berhubungan erat dengan penegak hukum (*law enforcement officer*);
- f. Hukum sebagai keputusan penguasa, yaitu hasil proses diskresi yang menyangkut *decision making not strictly governed by legal rules, but rather with a significant element of personal judgement*. Dimaksud dengan diskresi menurut Roscoe Pound (1960) adalah *an authority conferred by law to act in certain conditions or situations in according with an official's or an official agency's own considered judgment and conscience. It as an idea of morals, belonging to the twilight zone between law and morals*.
- g. Hukum sebagai proses pemerintah, yaitu proses hubungan timbal balik antara unsur-unsur pokok dari sistem kenegaraan.
- h. Hukum sebagai sikap tindak atau perilaku, yaitu perilaku yang diulang-ulang dengan cara yang sama yang bertujuan untuk mencapai kedamaian;
- i. Hukum sebagai jalinan nilai-nilai, yaitu jalinan dari konsepsi abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.⁶⁶

⁶⁶Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Sendi-Sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*, (Alumni, Bandung), Hal. 10-11.

Walaupun pengertian hukum sangat beragam, namun menurut H. Muchsin dapat disimpulkan unsur-unsur dari hukum, yaitu:

- a. Peraturan mengenai tingkah laku manusia;
- b. Peraturan itu dibuat oleh badan berwenang;
- c. Peraturan itu bersifat memaksa, walaupun tidak dapat dipaksakan;
- d. Peraturan itu disertai sanksi yang tegas dan dapat dirasakan oleh yang bersangkutan.⁶⁷

Berdasarkan pandangan di atas, jika dihubungkan dengan pembahasan dalam tesis ini, maka hukum yang dimaksudkan adalah sekumpulan, asas-asas hukum, kaidah-kaidah hukum tertulis dalam bentuk peraturan perundang-undangan yang terkait dengan penyelesaian sengketa arbitrase, baik dalam kasus arbitrase nasional peraturan pertambangan itu sendiri, kelompok peraturan kelautan, maupun dalam kelompok peraturan terkait dengan pemerintahan daerah, sesuai dengan ruang lingkup pengelolaan pertambangan migas itu sendiri.

Kata hukum atau perundang-undangan pada pengertian di atas, menunjukkan pada keseluruhan peraturan-peraturan negara dalam proses pembentukannya. Perundang-undangan, tidak lain adalah undang-undang dalam arti materiil, yakni setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang (negara) yang mengatur tingkah laku manusia dan bersifat serta berlaku mengikat umum.⁶⁸ A. Hamid Attamimi memberikan batasan peraturan perundang-undangan sebagai semua aturan hukum yang dibentuk oleh semua tingkat lembaga dalam bentuk tertentu, dengan prosedur tertentu, biasanya disertai sanksi dan berlaku umum serta mengikat rakyat.⁶⁹ Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Peraturan

⁶⁷ H. Muchsin, *Op.Cit*, Hal. 5.

⁶⁸ B. Hestu Cipto Handoyo, *Prinsip-prinsip Legal Drafting & Desain Naskah Akademik*, (Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 2008), Hal. 29-30.

⁶⁹ A. Hamis Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden RI dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, (Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1990), Hal. 161.

perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum.

Berdasarkan pengertian perundang-undangan di atas, dapat disimpulkan bahwa peraturan perundang-undangan, yang dimaksud dalam tesis adalah keputusan dari lembaga negara atau lembaga pemerintahan yang tertulis dan mengikat secara umum, dibentuk berdasarkan *atribusian* dan *delegasian*. Atribusi wewenang dalam pembentukan peraturan perundang-undangan ialah pemberian wewenang membentuk peraturan perundang-undangan oleh UUDNRI atau UU kepada lembaga negara/pemerintah.

Wewenang tersebut melekat terus-menerus dan dapat dilaksanakan atas prakarsa sendiri setiap waktu diperlukan, sesuai dengan batas-batas yang diberikan. Sebagai contoh, *atribusi* yang diberikan oleh Pasal 5 Ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan Presiden berhak mengajukan rancangan Undang-Undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat. Di sisi lain, ada delegasi wewenang, yaitu pelimpahan wewenang membentuk peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kepada peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, baik pelimpahan itu dinyatakan dengan tegas atau tidak. Berlainan dengan atribusi, pada delegasi wewenang tersebut tidak diberikan, melainkan “diwakilkan.” Selain itu, wewenang delegasi ini bersifat sementara, dalam arti wewenang ini dapat diselenggarakan sepanjang pelimpahan tersebut masih ada. Contoh pengaturan dalam Pasal 5 Ayat (2) UUD 1945, *delegasian* ini adalah wewenang pemerintah menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya.⁷⁰

⁷⁰ Maria F. Indrati Soeprapto, *Kedudukan dan Materi Muatan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, dan Keputusan Presiden dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara di Republik Indonesia*, “Disertasi”, (Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2002), Hal. 255–256.

Menurut istilah yang dikenal dalam cabang ilmu hukum “Hukum Tata Pengaturan” (*Regelingsrecht; Regelungsrecht*), di luar “peraturan perundang-undangan” (*wettelijke regels*), ada lagi jenis peraturan lain yang disebut “peraturan kebijakan” (*beleidsregels; pseudo wetgeving*).

Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa peraturan perundang-undangan menghasilkan peraturan yang memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

- a. Bersifat umum dan *komprehensif*, dengan demikian merupakan kebalikan dari sifat-sifat yang khusus dan terbatas;
- b. Bersifat universal, peraturan perundang-undangan diciptakan untuk menghadapi peristiwa yang akan datang yang belum jelas bentuk konkretnya. Oleh karena itu, ia tidak dapat dirumuskan untuk mengatasi peristiwa-peristiwa tertentu saja.⁷¹

Peraturan perundang-undangan, bersifat umum, yaitu ditujukan untuk masyarakat pada umumnya, bukan hanya untuk pribadi. Isinya bersifat abstrak, yaitu bukan mengatur hal yang konkrit atau kasuistis, berlaku terus menerus bukan sekali saja.⁷²

Pembedaan antara peraturan dengan peraturan kebijakan dapat dilihat dari fungsinya, dasar wewenangnya dan materi muatan yang diatur. Fungsi peraturan perundang-undangan adalah menyelenggarakan fungsi legislatif, dasar wewenangnya adalah atribusi atau delegasi, materi muatan yang diatur terdiri dari:

- a. Tata kehidupan masyarakat yang mendasar;
- b. dapat mengurangi, membatasi hak asasi warga negara/penduduk;
- c. berisikan norma suruhan/larangan;
- d. dapat memuat sanksi pidana/sanksi lainnya.

⁷¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Alumni, Bandung, 1989), Hal. 113.

⁷² Shidarta, Arif Kerangka Berpikir Harmonisasi Peraturan Perundang-Undangan Dalam Pengelolaan Pesisir, Dalam Buku Narasi Menuju Harmonisasi Sistem Hukum Sebagai Pilar Pengelolaan Wilayah Pesisir Indonesia, Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional Badan Perencanaan pembangunan Nasional, Departemen Kelautan dan Perikanan, Departemen Hak Asasi Manusia bekerja sama dengan Mitra Pesisir/Coastal Resources Management Project, Jakarta, 2005, Hal. 33.

Sedangkan peraturan kebijakan, dapat dicirikan dari:

- a. berfungsi menjalankan fungsi legislatif;
- b. dasar wewenang diskresi;
- c. materi muatannya berisikan tentang penetapan;
- d. sanksi yang diatur hanya menetapkan sanksi administratif.

Pengkajian terhadap harmonisasi hukum dalam penyelesaian sengketa arbitrase akan difokuskan pada peraturan perundang-undangannya. Adapun peraturan kebijakan yang dikaji dibatasi pada peraturan kebijakan dari menteri atau bawahannya yang ditetapkan berdasarkan perintah dari peraturan yang lebih tinggi dan ditujukan untuk masyarakat pada umumnya. Peraturan kebijakan yang tidak berkaitan dengan masyarakat umum tidak dikaji dalam harmonisasi ini didasarkan pertimbangan bahwa setiap instansi terkait begitu banyak mengeluarkan peraturan kebijakan yang sifatnya tidak berlaku secara umum dan tidak terus menerus (*insidentil*), sehingga kurang relevan untuk dikaji dalam rangka pembangunan sistem hukum nasional dalam penyelesaian sengketa perdagangan internasional dimana menyangkut pihak asing dan pribumi.

Sistem hukum dalam konteks harmonisasi hukum di suatu negara memiliki arti penting terutama jika dilihat dari sudut kegunaan kajian. Pencermatan terhadap sistem hukum akan mengantarkan pada pemahaman secara komprehensif segala sesuatu mengenai tata hukum suatu negara. Pemahaman komprehensif tersebut, antara lain meliputi; keadaan nyata budaya hukum yang tercermin dari perilaku hukum anggota masyarakat, dapat diinventarisasi nilai-nilai yang hidup dan dipertahankan oleh masyarakat, dengan demikian dalam membentuk kerangka hukum nasional akan mudah dilakukan harmonisasi hukum.⁷³

⁷³ I Gede A.B. Wiranata, *Reorientasi Terhadap Tanah Sebagai Objek Investasi*, (Disertasi, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2007), Hal. 67.

Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa sistem mempunyai dua pengertian, pertama adalah pengertian sistem sebagai jenis satuan yang mempunyai tatanan tertentu. Tatanan ini menunjukkan pada struktur yang tersusun dari bagian-bagian. Kedua, sistem sebagai rencana, metode, atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu. Pemahaman yang umum mengartikan sistem adalah kesatuan yang bersifat kompleks yang terdiri dari bagian-bagian yang berhubungan satu sama lain. Selanjutnya, Satjipto Rahardjo menyatakan bahwa dalam pengertian sistem terkandung hal-hal sebagai berikut:

- a. Sistem berorientasi pada tujuan;
- b. Keseluruhan adalah lebih besar dari sekedar jumlah bagian-bagian (*wholism*);
- c. Suatu sistem berinteraksi dengan sistem yang lebih besar, yaitu lingkungannya (keterbukaan sistem);
- d. Bekerjanya bagian-bagian dari sistem itu menciptakan sesuatu yang berharga (transformasi);
- e. Masing-masing bagian harus cocok satu sama lain (keterhubungan);
- f. Ada kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu (mekanisme kontrol).⁷⁴

Sehubungan dengan hukum sebagai sistem, L. Fuller menyatakan bahwa hukum dapat dianggap sebagai sistem harus memenuhi delapan asas atau *principle of legality*, yaitu:

- a. Sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan, artinya ia tidak boleh mengandung sekedar keputusan-keputusan yang bersifat ad-hoc;
- b. Peraturan-peraturan yang telah dibuat harus diumumkan;
- c. Peraturan tidak boleh berlaku surut;
- d. Peraturan-peraturan disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti;

⁷⁴ Satjipto Rahardjo, *Op.Cit*, Hal. 48.

- e. Sistem tidak boleh mengandung peraturan yang bertentangan satu sama lain;
- f. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
- g. Peraturan tidak boleh sering diubah-ubah.
- h. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.⁷⁵

Jika pengertian sistem di atas dikaitkan dengan hukum nasional, maka hukum nasional merupakan sistem, karena terdiri dari:

Sejumlah unsur yang saling terkait dan saling berpengaruh satu sama lain oleh satu atau beberapa asas,

- a. Asas utama yang menghubungkan semua unsur atau komponen hukum nasional adalah Pancasila dan UUDNRI 1945, di samping asas hukum lain yang berlaku dalam dan bagi disiplin hukum tertentu,
- b. Semua unsur atau komponen terpaut dan terorganisasi menurut struktur atau pola tertentu, sehingga senantiasa saling pengaruh mempengaruhi.⁷⁶

Jadi sistem hukum nasional adalah sistem hukum yang tersusun secara hirarkhis dan berintikan cita hukum Pancasila yang dioperasionalkan ke dalam kenyataan melalui asas hukum nasional pada proses pembentukan hukum positif melalui peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi.⁷⁷ Dengan demikian, harmonisasi peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan penyelesaian sengketa arbitrase perdagangan internasional yang merupakan bagian dari sistem hukum, tentunya juga ditujukan dalam kerangka pembangunan sistem hukum nasional, yaitu bangun hukum

⁷⁵Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, (Edisi Revisi, New Haven & London, Yale University Press, 1971), Hal. 38-39.

⁷⁶ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, (Alumni, Bandung, 1991), Hal. 37.

⁷⁷ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, (Mandar Maju, Bandung, 1999), Hal. 80-81, Lihat pula Kusnu Goesniadhie, *Op.Cit*, Hal. 79

yang tersusun secara sistematis dan hirarkhis yang berintikan cita hukum Pancasila.

Seminar Hukum Nasional IV Tahun 1979, sebetulnya telah meletakkan landasan terhadap pembangunan sistem hukum nasional, yaitu:

- a. Sistem Hukum Nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat Indonesia;
- b. Landasan hukum nasional adalah Pancasila dan UUDNRI 1945;
- c. Asas-asas umum dari hukum nasional adalah asas-asas yang tercantum dalam GBHN yaitu; asas manfaat, usaha bersama dan kekeluargaan, demokrasi, adil dan merata, perikehidupan dalam keseimbangan, kesadaran hukum dan asas kepercayaan pada diri sendiri;
- d. Fungsi hukum nasional adalah pengayoman;
- e. Dalam rangka menciptakan ketertiban dan kepastian hukum untuk memperlancar pembangunan nasional, hukum nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu, hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari hukum nasional;
- f. Untuk memelihara persatuan dan kesatuan, hukum nasional dibina ke arah unifikasi dengan mempertahankan kesadaran hukum masyarakat, khususnya dalam bidang-bidang yang erat hubungannya dengan kehidupan spiritual.⁷⁸

Kesepakatan nilai-nilai yang terkandung Pancasila dan UUDNRI 1945 sebagai landasan utama pembangunan hukum nasional, dengan demikian paradigma pembangunan hukum terkandung paradigma harmoni, termasuk semua nilai-nilai yang dapat di masukan dalam kategori harmoni seperti kekeluargaan, keselarasan, keserasian, dan keseimbangan. Kesemua nilai-nilai ini menunjukkan

⁷⁸Barda Nawawi Arief, *Penggalian Hukum Dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional*, Masalah-Masalah Hukum, No. 9 Tahun 1991 (FH UNIDIP, Semarang, 1991), Hal. 8. Lihat pula L. Tri Setyawanta R, *Konsep Dasar dan Masalah Pengaturan Pengelolaan Pesisir Terpadu Dalam Lingkup Nasional*, (Chradika Bhakti Litiga Press, Semarang, 2005), Hal. 162.

tatanan kehidupan yang berkualitas komunal.⁷⁹ Masalah yang dihadapi dalam pembangunan struktur kepada paradigma dengan kelengkapan nilai-nilainya tersebut melalui sistem hukum dalam peraturan maupun dalam prakteknya tidaklah mudah, tetapi melalui peraturan perundang-undangan yang harmonis akan dapat menempatkan SDA di bawah kekuasaan negara yang menjadi pengemban amanat rakyat, yaitu sebagai pemilik dari segala sumber kekayaan alam.⁸⁰

Berdasarkan pembahasan tentang arti harmonisasi dan arti hukum, maka Harmonisasi hukum atau peraturan perundang-undangan, menurut L.M.Gandhi dapat diartikan adalah mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum, keadilan (*justice, gerechtgheid*), dan kesebandingan (*equity, billijkheid*), kegunaan dan kejelasan hukum, tanpa mengaburkan dan mengorbankan pluralisme hukum kalau memang dibutuhkan.

Berdasarkan beberapa pengertian yang telah dipaparkan pada bagian terdahulu, maka harmonisasi hukum dalam pembahasan ini terkait dengan upaya untuk menyelaraskan, menyasikan, mencocokkan dan menyeimbangkan berbagai peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan penyelesaian sengketa arbitrase perdagangan bisnis internasional dalam rangka menuju kepada kesatuan sistem hukum nasional.

3.1.2 Arti Penting Harmonisasi Hukum Penyelesaian sengketa arbitrase

Harmonisasi hukum merupakan unsur penting untuk pencapaian tujuan ditetapkannya peraturan perundang-undangan, karena Indonesia sebagai negara yang berdasarkan hukum (baik

⁷⁹ L. Tri Setyawanta R, *Konsep Dasar dan Masalah Pengaturan Pengelolaan Pesisir Terpadu Dalam Lingkup Nasional*, (Chradika Bhakti Litiga Press, Semarang, 2005), Hal. 167.

⁸⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Pemantapan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional di Masa Kini dan Masa yang akan Datang*, (Makalah Seminar Temu Kenal Cita Hukum dan Penerapan Asas-Asas Hukum Nasional, BPHN, Jakarta, 1995), Hal. 13.

tertulis maupun tidak tertulis) tidak dapat diingkari terdapat banyak peraturan perundang-undangan yang mengatur berbagai aspek dan berbagai aktivitas kehidupan berbangsa dan bernegara. Demikian banyak peraturan perundang-undangan yang ditetapkan merupakan konsekuensi logis dari penjabaran konstitusi, karena tidak mungkin semua kegiatan berbangsa dan bernegara akan dimuat dalam satu konstitusi secara lengkap, untuk itu penjabarannya dilaksanakan dengan peraturan perundang-undangan sesuai bidang dan kepentingannya masing-masing, salah satunya di bidang penyelesaian sengketa arbitrase perdagangan.

Khusus untuk penyelesaian sengketa arbitrase, setidaknya akan terkait dengan tiga kelompok undang-undang yang masing-masing kelompok undang-undang dijabarkan dalam peraturan pelaksana, baik dalam bentuk PP, peraturan presiden, peraturan menteri pada tingkat pusat, belum lagi penjabaran pada tingkat peraturan daerah, sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang yang menentukan bahwa:

Jenis hierarki peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;
- e. Peraturan Daerah.

Peraturan menteri dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004, tidak termasuk ke dalam peraturan perundang-undangan, padahal dalam pengelolaan pertambangan migas lepas pantai cukup banyak peraturan menteri yang ditetapkan.

Pada rapat antara komisi II dan pemerintah terkait dengan pembahasan peraturan menteri, apakah akan di masukan dalam

hierarki peraturan perundang-undangan atau tidak, terjadi perdebatan yang cukup hangat. Pendapat pertama menyatakan bahwa peraturan menteri tetap ada sebagai jenis peraturan perundang-undangan dan kedudukannya lebih tinggi dari peraturan daerah (perda). Seajar dengan peraturan lembaga pemerintah non departemen. Pendapat kedua bahwa peraturan menteri bukan peraturan perundang-undangan, karena substansinya lebih kepada peraturan kebijakan (*beleidregel*). Ruang lingkup dari peraturan menteri ini pun lebih bersifat sektoral. Oleh karenanya wajar apabila perda berkedudukan lebih tinggi daripada peraturan menteri karena pembentukan perda melibatkan rakyat (DPRD) dan menjangkau masyarakat luas. Pendapat ketiga yang menyatakan bahwa peraturan menteri tetap tidak dicantumkan dalam hierarki, tetapi tetap diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya. Termasuk dalam kategori ini tidak hanya peraturan menteri tetapi juga peraturan di tingkat bawahnya. Pendapat ketiga inilah yang kemudian diadopsi oleh pembentukan undang-undang dengan mencantumkannya dalam Pasal 7 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 yang menetapkan bahwa; jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan lebih tinggi.

Peraturan perundang-undangan yang demikian banyak tersebut dapat mencapai tujuannya, jika satu sama lain sesuai, serasi atau harmonis, baik dalam penyusunannya, asas-asas hukumnya maupun materi muatan yang diatur. Sementara itu, jika dikaji lebih dalam banyak peraturan perundang-undangan yang terkait dengan penyelesaian sengketa arbitrase yang disharmoni satu sama lain yang disebabkan oleh beberapa hal, antara lain:

- a. Adanya peraturan perundang-undangan yang telah cukup tua usianya, sehingga sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi

perkembangan masyarakat, seperti UU KPP yang telah berlaku sejak tahun 1967, UULKI berlaku sejak tahun 1973 dan masih banyak lagi undang-undang yang usianya cukup tua, sedang peraturan yang terkait dengan undang-undang juga sudah banyak yang diganti;

- b. adanya perubahan pedoman dalam penyusunan peraturan perundang-undangan, seperti dengan ditetapkannya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang yang mencabut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950 tentang Jenis dan Bentuk Peraturan yang Dikeluarkan oleh Pemerintah Pusat dan peraturan perundang-undangan lain yang ketentuannya telah diatur dalam undang-undang ini, seperti TAP MPRS Nomor XX/MPRS/1966 dan TAP MPR Nomor III/MPR/2000. Dengan demikian, praktis banyak peraturan perundang-undangan yang baik bentuk, format maupun materi muatan yang perlu disesuaikan;
- c. adanya undang-undang baru yang menggantikan undang-undang yang lama, sementara itu, peraturan pelaksanaannya masih diberlakukan karena belum ditetapkan;
- d. adanya materi muatan yang inkonsisten, *overlapping*, pengaturan wewenangnya, instansi pelaksana dan tidak jelas makna dan hubungannya dengan tujuan ditetapkannya peraturan;
- e. Adanya ratifikasi terhadap ketentuan internasional oleh pemerintah yang membawa konsekuensi penyesuaian dengan ketentuan nasional;

Berbagai faktor penyebab terjadinya disharmoni di atas menunjukkan bahwa perlunya harmonisasi hukum agar seluruh peraturan perundang-undangan yang ada dapat selaras dalam pencapaian tujuan hukum itu sendiri. Penerapan berbagai peraturan perundang-undangan secara bersama-sama tanpa upaya harmonisasi atau penyalarsan sudah barang tentu akan menimbulkan masalah,

seperti benturan kepentingan antara lembaga dan *stakeholder*, karena masing-masing peraturan perundang-undangan memiliki tujuan, strategi untuk pencapaian tujuan, dan pedoman untuk melaksanakan strategi, ketiganya sering dirumuskan dalam bentuk kebijakan-kebijakan, baik kebijakan yang bersifat tetap atau *regulatory policies* yang diterapkan dalam berbagai bentuk peraturan pelaksanaan dari peraturan yang lebih tinggi tingkatannya, maupun kebijakan yang bersifat tidak tetap, yaitu yang mudah diubah dalam rangka mengikuti perkembangan.⁸¹

Di Indonesia, harmonisasi hukum dipandang sesuatu hal yang penting, dapat diketahui dengan ditetapkannya Keputusan Presiden Nomor 188 Tahun 1998, dalam Pasal 2 diatur bahwa:

Dalam rangka pengharmonisasian, pembulatan dan pemantapan konsepsi yang akan dituangkan dalam Rancangan Undang-Undang (RUU), menteri atau pimpinan lembaga pemrakarsa penyusun RUU wajib mengkonsultasikan terlebih dahulu konsep tersebut dengan Menteri Kehakiman dan menteri serta pimpinan lembaga terkait lainnya.

Selain itu, pengaturan tentang perlunya harmonisasi hukum dapat ditemukan pula dalam Pasal 18 ayat (2) UU Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, menetapkan bahwa: Pengharmonisasian, pembulatan dan pemantapan konsepsi RUU yang berasal dari presiden, dikoordinasikan oleh menteri yang tugas dan tanggung jawabnya di bidang peraturan perundang-undangan, sedangkan dalam Pasal 6 ayat (1) diatur bahwa prinsip keseimbangan, keserasian dan keselarasan, antara kepentingan individu dan masyarakat dengan kepentingan bangsa dan negara, merupakan salah satu asas materi muatan setiap peraturan perundang-undangan.

⁸¹ Shidarta, Arief *Op.Cit*, Hal, 36.

Berdasarkan ketentuan di atas, nampak bahwa walaupun mekanisme dalam pembentukan hukum secara jelas diatur untuk adanya harmonisasi, namun dalam kenyataannya tetap saja banyak peraturan perundang-undangan yang ditetapkan disharmoni satu sama lain, seperti halnya pengaturan pengelolaan pertambangan migas lepas pantai, karena untuk mengharmonisasikan peraturan perundang-undangan tidaklah mudah dan memerlukan langkah-langkah dan metode yang tepat, sesuai dengan prinsip-prinsip dasar dari pengkajian ilmu pengetahuan hukum.

Peraturan perundang-undangan penyelesaian sengketa arbitrase, setidaknya terdapat tiga komponen peraturan yang berhubungan erat dan perlu diharmonisasikan, Ketiga komponen ini diatur dan tunduk dalam rezim-rezim hukum tersendiri. Rezim hukum masing-masing kelompok peraturan perundang-undangan, dilaksanakan dengan peraturan pelaksana yang juga cukup banyak, akibatnya dalam satu kelompok perundang-undangan saja dapat menyebabkan disharmoni satu sama lain, apalagi antar kelompok perundang-undangan.

Disharmoni materi muatan peraturan perundang-undangan tersebut dapat terjadi, dalam hal konsistensinya, yaitu antara materi muatan dalam peraturan yang satu dengan yang lain yang mengatur hal yang sama dirumuskan secara sama, koherensinya, yaitu materi muatan dalam satu peraturan harus menyatu dengan materi muatan terkait dalam peraturan lain, dan inkorespondensinya, yaitu materi muatan yang mengatur objek, subjek, hak dan kewajiban, tugas dan fungsi dan lain-lain pada bidang yang sama harus berhubungan antara satu peraturan dengan yang lain. Di samping itu, disharmoni peraturan perundang-undangan pengelolaan pertambangan migas yang demikian banyak cenderung menimbulkan ketidakjelasan norma sebagai akibat penggunaan bahasa yang tidak cermat, sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda dan pada akhirnya menimbulkan konflik hukum, baik berkaitan dengan wewenang, kelembagaan, ruang

lingkupnya, dan tindakan-tindakan pengawasannya. Pada hal idealnya berbagai peraturan yang berhubungan dirumuskan secara konsisten, koheren dan koresponden, sehingga berbagai peraturan tersebut walaupun mempunyai tujuan dan strategi pencapaian tujuan yang berbeda, tetapi pada akhirnya dapat mencapai tujuan yang sama, yaitu terjaminnya kepastian, keadilan dan kemanfaatan pada setiap peraturan.

3.1.3 Tujuan Harmonisasi Hukum

Harmonisasi hukum memiliki fungsi pencegahan dan penanggulangan terjadinya disharmoni hukum yang dilakukan melalui penemuan hukum (penafsiran dan konstruksi hukum), penalaran hukum, pemberian argumentasi yang rasional. Dengan tujuan untuk menemukan:

- a. Kehendak hukum atau cita hukum, yaitu kepastian hukum;
- b. Kehendak masyarakat, yaitu keadilan hukum; dan
- c. Kehendak moral, yaitu kebenaran.

Ketiga kehendak dalam harmonisasi hukum di atas sebagai arah dari harmonisasi yang dilakukan.

Penemuan hukum dalam harmonisasi hukum dilakukan karena peraturan perundang-undangan bersifat umum dan abstrak, sehingga rumusan kalimatnya tidak cukup jelas tatkala berhadapan dengan peristiwa nyata.

Sudikno Mertokusumo, menyatakan bahwa:

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang nyata. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret. Ajaran tentang penemuan hukum menjawab pertanyaan mengenai interpretasi atau penafsiran undang-

undang, interpretasi restriktif atau ekstensif, penyempitan hukum dan analogi.⁸²

Begitu banyak metode tentang penemuan hukum, pada intinya dapat dikelompokkan pada dua aliran, yaitu:

- a. Aliran yang memfokuskan pada teks (*the textualist approach*), yaitu mengandalkan proses harmonisasi semata-mata dari kekuatan redaksional peraturan. Jadi hanya dilihat pertama-tama dari bunyi peraturan secara apa adanya menurut susunan tata bahasa (gramatikal);
- b. Aliran yang tidak aja melihat teks tetapi juga tujuan (*the purposive approach*) *focus on purpose*, yaitu tidak semata-mata dari kekuatan teks, tetapi menggunakan rasa keadilan yang diperhitungkan.

Berkenaan dengan dua aliran ini, Jimly Asshiddiqie menyatakan bahwa saat ini Indonesia sedang berada dalam masa transisi konstitusional. Oleh karenanya, para hakim sebaiknya mempertimbangkan aspek-aspek yang menyangkut prinsip-prinsip keadilan transisional (*transitional justice*), termasuk dalam menguji peraturan perundang-undangan. Keseimbangan dalam penerapan prinsip *doelmatigheid* dan penerapan prinsip *rechtmatigheid* dapat ditemukan jika majelis hakim dapat mengembangkan penafsiran yang bersifat kontekstual. Menurutnya di masa transisi ini sistem hukum Indonesia sedang mengalami penataan kembali. Banyak sekali terdapat kekurangan di sana-sini sehingga prinsip *rechtmatigheid* tidak dapat sepenuhnya diandalkan atau dijadikan andalan dalam mewujudkan keadilan.⁸³

Usaha penemuan hukum untuk keperluan melakukan harmonisasi hukum, perlu memperhatikan asas-asas hukum, karena asas-asas hukum demikian banyaknya, maka langkah pertama yang

⁸² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, (Liberty, Yogyakarta, 1988), Hal. 136.

⁸³ Jimly Asshiddiqie, *Judicial Review: Kajian atas Putusan Permohonan Hak Uji Materil terhadap PP Nomor 19 Tahun 2000*, (Jurnal Diktum, edisi 1, 2002), Hal. 31.

perlu dilakukan, yaitu membedakan antara asas-asas yang terkait dengan bagaimana mengharmonisasikan peraturan perundang-undangan tersebut dan asas pembentukan peraturan perundang-undangan serta asas-asas yang terkandung dalam materi muatan peraturan perundang-undangan yang akan diharmonisasikan.

Asas-asas yang terkait dengan prosedur harmonisasi, yaitu asas hukum yang digunakan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan, antara lain:

- a. *Lex superior derogat lege inferiori*, yaitu peraturan yang lebih tinggi tingkatannya akan mengenyampingkan peraturan yang lebih rendah. Asas ini dijadikan pedoman dalam hal terjadinya inkonsistensi secara vertikal dari segi format peraturan, yaitu peraturan perundang-undangan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, misal antara PP dengan UU.
- b. *Lex posterior derogat lege priori*, yaitu peraturan yang lebih belakang akan mengenyampingkan peraturan sebelumnya. Asas ini digunakan untuk mengkaji apabila terjadi inkonsistensi secara vertikal dari segi waktu, yaitu beberapa peraturan yang secara hierarkis sejajar (sama-sama UU atau PP) tetapi satu lebih dulu belaku daripada yang lain. Asas ini juga digunakan jika terjadi inkonsistensi secara horizontal dari segi substansi dalam satu peraturan yang sama, dalam arti hanya berbeda nomor ketentuan.
- c. *Lex specialis derogat lege generali*, yaitu peraturan yang lebih khusus cakupannya akan mengenyampingkan peraturan yang lebih umum. Asas ini digunakan untuk mengkaji terjadinya inkonsistensi secara horizontal dari segi substansi peraturan, yaitu beberapa peraturan yang secara hierarkis sejajar tetapi substansi peraturan yang satu lebih umum dibandingkan substansi peraturan lainnya.
- d. *Res judicata pro veritate habetur*, yaitu putusan hakim harus dianggap benar sekalipun bertentangan dengan UU sebelum adanya putusan hakim lain yang mengoreksinya. Asas ini

digunakan untuk mengkaji inkonsistensi antara sumber formal hukum yang berbeda, yaitu antara UU dan putusan hakim.

- e. *Lex dura, sed tamen scripta*, yaitu UU tidak dapat diganggu-gugat. Asas ini digunakan jika terjadi inkonsistensi antara sumber formal hukum yang berbeda, yaitu antara UU dengan kebiasaan.
- f. *Die normatieve kraft des paktischen*, yaitu perbuatan yang berulang-ulang dilakukan akan memberikan kekuatan berlaku normatif. Asas ini digunakan jika terjadi inkonsistensi antara sumber formal hukum yang berbeda, yaitu antara UU yang bersifat mengatur dengan kebiasaan.⁸⁴

Selain asas hukum sebagaimana diuraikan terdahulu, dalam harmonisasi hukum juga harus memperhatikan asas-asas pembentukan peraturan. Van der Vlies yang dikutip oleh A. Hamid S. Attamimi (1990) dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus didasarkan pada beberapa asas yang dibedakan menjadi dua kategori asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang patut (*beginselen van behoorlijk rçgelgeving*), yaitu asas formal dan asas material. Asas-asas formal meliputi:

- a. Asas tujuan jelas (*Het beginsel van duidelijke doelstelling*);
- b. Asas lembaga yang tepat (*Het beginsel van het juiste orgaan*);
- c. Asas perlunya pengaturan (*Het noodzakelijkheid beginsel*);
- d. Asas dapat dilaksanakan (*Het beginsel van uitvoerbaarheid*);
- e. Asas Konsensus (*het beginsel van de consensus*);⁸⁵

⁸⁴Shidarta, Arief *Op.Cit*, Hal. 64.

⁸⁵A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Kepres Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (Suatu Studi Analisis mengenai Kepres yang Berfungsi Pengaturan Dalam Kurun Waktu Pelita I/IV)* (Disertasi Pascasarjana FH UI, Jakarta, 1990), Hal. 57.

Asas-asas material meliputi:

- a. Asas kejelasan terminologi dan sistematika (*het beginsel van de duidelijke terminologie en duidelijke systematiek*);
- b. Asas bahwa peraturan perundang-undangan mudah dikenali (*Het beginsel van den kenbaarheid*);
- c. Asas persamaan (*Het recht.s gelijkheids beginsel*);
- d. Asas kepastian hukum (*Het rechtszekerheids begin sel*);
- e. Asas pelaksanaan hukum sesuai dengan keadaan individual (*Het beginsel van de individuelerechtsbedeling*).

Asas-asas ini lebih bersifat normatif, meskipun bukan norma hukum, karena pertimbangan etik yang masuk ke dalam ranah hukum. Asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan ini penting untuk dijadikan arahan dalam harmonisasi hukum, karena dapat terjadi pembentuk peraturan atas dasar intuisi sesaat bukan karena kebutuhan masyarakat atau karena adanya kepentingan-kepentingan yang didasarkan oleh ego sektoral.

Pada prinsipnya asas pembentukan peraturan perundang-undangan sangat relevan dengan asas umum administrasi publik yang baik (*general principles of good administration*).

Dalam Pasal 5 UU Nomor 10 Tahun 2004 dan Pasal 137 UU Nomor 32 Tahun 2004, diatur tentang peraturan perundang-undangan, termasuk peraturan daerah dan peraturan desa dibentuk berdasarkan pada asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang meliputi:

- a. Kejelasan tujuan, yaitu bahwa setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai.
- b. Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, yaitu adalah bahwa setiap jenis peraturan perundang-undangan harus dibuat oleh lembaga/pejabat pembentuk peraturan perundang-undangan yang berwenang. Peraturan perundang-undangan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum, apabila dibuat oleh lembaga/pejabat yang tidak berwenang.

- c. Kesesuaian antara jenis dan materi muatan, bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis peraturan perundang-undangannya.
- d. Dapat dilaksanakan, yaitu bahwa setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus memperhitungkan efektivitas peraturan perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat, baik secara filosofis, yuridis maupun sosiologis.
- e. Dayaguna dan hasilguna, yaitu bahwa setiap peraturan perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- f. Kejelasan rumusan, yaitu bahwa setiap peraturan perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan peraturan perundang-undangan, sistematika dan pilihan kata atau terminologi, serta bahasa hukumnya jelas dan mudah dimengerti, sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.
- g. Keterbukaan, yaitu bahwa dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan mulai dari perencanaan, persiapan, penyusunan, dan pembahasan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian, seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam proses pembuatan peraturan perundang-undangan.

Selain asas tersebut di atas, upaya harmonisasi hukum, juga harus memperhatikan asas yang terdapat dalam materi muatan sebagaimana diatur dalam Pasal 6 UU Nomor 10 Tahun 2004 dan Pasal 138 UU Nomor 32 Tahun 2004, yang meliputi:

- a. Asas pengayoman, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus berfungsi memberikan perlindungan dalam rangka menciptakan ketenteraman masyarakat.

- b. Asas kemanusiaan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan hak-hak asasi manusia serta harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.
- c. Asas kebangsaan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan sifat dan watak bangsa Indonesia yang *pluralistik (kebhinekaan)* dengan tetap menjaga prinsip negara kesatuan Republik Indonesia.
- d. Asas kekeluargaan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan musyawarah untuk mencapai mufakat dalam setiap pengambilan keputusan.
- e. Asas kenusantaraan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan senantiasa memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan materi muatan peraturan perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila.
- f. Asas Bhinneka Tunggal Eka, yaitu bahwa materi muatan peraturan perundang-undangan harus memperhatikan keragaman penduduk, agama, suku dan golongan, kondisi khusus daerah, dan budaya khususnya yang menyangkut masalah-masalah sensitif dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
- g. Asas keadilan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara tanpa kecuali.
- h. Asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh berisi hal-hal yang bersifat membedakan berdasarkan latar belakang, agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial.
- i. Asas ketertiban dan kepastian hukum, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus dapat menimbulkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan adanya kepastian hukum.

- j. Asas keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, yaitu bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan harus mencerminkan keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, antara kepentingan individu dan masyarakat dengan kepentingan bangsa dan negara.

Asas-asas materi muatan tersebut, harus ada dalam materi muatan, atau dengan kata lain setiap materi muatan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan pengelolaan pertambangan migas lepas pantai merupakan penjabaran dari asas-asas tersebut, termasuk dan terkandung di dalamnya prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pasal 33 UUDNRI 1945, karena peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dapat berlaku secara efektif, tidak saja mengandung daya laku secara yuridis, tetapi juga daya laku secara filosofis dan sosiologis, politis dan ekonomis dan merupakan penjabaran lebih lanjut dari makna Pembukaan UUDNRI 1945 sebagai dasar filosofis negara dan bangsa Indonesia dan materi muatan UUDNRI 1945 sebagai dasar konstitusional.

Sudikno Mertokusumo (1999) menyatakan bahwa hukum atau peraturan perundang-undangan akan dapat berlaku secara efektif apabila memenuhi tiga daya laku sekaligus yaitu filosofis, yuridis, dan sosiologis. Di samping itu juga harus memperhatikan efektivitas/daya lakunya secara ekonomis dan politis. Masing-masing unsur atau dasar daya laku tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Landasan filosofis, maksudnya agar produk hukum yang diterbitkan oleh Pemerintah jangan sampai bertentangan dengan nilai-nilai hakiki di tengah-tengah masyarakat, misalnya agama dan adat istiadat yang juga mengandung berbagai asas-asas;
- b. Daya laku yuridis berarti bahwa peraturan perundang-undangan tersebut harus sesuai dengan asas-asas hukum yang berlaku dan dalam proses penyusunannya sesuai dengan aturan main yang ada.

- c. Produk-produk hukum yang dibuat harus memperhatikan unsur sosiologis, sehingga setiap produk hukum yang mempunyai akibat atau dampak kepada masyarakat dapat diterima oleh masyarakat secara wajar bahkan spontan;
- d. Landasan ekonomis, yang maksudnya agar produk hukum yang diterbitkan oleh Pemerintah dapat berlaku sesuai dengan tuntutan ekonomis masyarakat dan mencakup berbagai hal yang menyangkut kehidupan masyarakat, misalkan pertambangan, kesejahteraan dan pelestarian sumber daya alam;
- e. Landasan politis, maksudnya agar produk hukum yang diterbitkan oleh pemerintah dapat berjalan sesuai dengan tujuan tanpa menimbulkan gejolak di tengah-tengah masyarakat.⁸⁶

Tidak dipenuhinya kelima unsur daya laku tersebut di atas akan berakibat tidak dapat berlakunya hukum dan perundang-undangan secara efektif. Kebanyakan produk hukum yang ada saat ini hanyalah berlaku secara yuridis tetapi tidak berlaku secara filosofis dan sosiologis. Ketidaktaatan asas dan keterbatasan kapasitas pemerintah dalam penyusunan produk hukum yang demikian ini yang dalam banyak hal menghambat pencapaian tujuan dari peraturan perundang-undangan yang ditetapkan.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa harmonisasi hukum penyelesaian sengketa arbitrase yang akan dikaji dalam tesis ini disesuaikan dengan arahan harmonisasi hukum itu sendiri, sehingga pemikiran-pemikiran yang muncul dalam setiap pembahasannya dapat dipertanggungjawabkan secara logis dan rasional sesuai dengan kaidah-kaidah ilmu pengetahuan.

Di bidang keuangan, dalam penjelasan UU PKPD pemerintah pada hakikatnya mengemban tiga fungsi utama, yaitu distribusi, stabilisasi, dan fungsi alokasi. Fungsi distribusi dan stabilisasi pada umumnya lebih efektif dan tepat dilaksanakan pemerintah pusat,

⁸⁶ Sudikno Mertokusumo, *Op Cit.* (1999)

sedangkan fungsi alokasi dilaksanakan oleh pemerintah daerah, karena pemerintah daerah lebih mengetahui kebutuhan, kondisi, dan situasi masyarakat. Pembagian ketiga fungsi ini sangat penting sebagai landasan dalam penentuan dasar-dasar perimbangan keuangan antara pusat dan daerah.⁸⁷

Pengertian sistem hukum terkandung dua kata yang memerlukan penjelasan, yaitu pengertian sistem itu sendiri dan pengertian hukum. Pengertian sistem dalam *Blacks Law Dictionary* dinyatakan; *A system is orderly combination as of particulars, parts or elements into a whole; especially such combination according to some rational principle*.⁸⁸ Sementara itu, Subekti mengartikan bahwa sistem adalah suatu susunan atau tatanan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri atas bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain, tersusun menurut rencana atau pola, hasil pemikiran untuk mencapai tujuan.⁸⁹

Makna dikuasai negara di bidang SDA dalam Pasal 33, menurut Mohammad Hatta mengandung arti bahwa penguasaan negara tidak berarti negara sendiri yang menjadi pengusaha, usahawan atau *ondernemer*. Lebih tepat dikatakannya bahwa kekuasaan negara terdapat pada membuat peraturan guna kelancaran jalannya ekonomi, peraturan yang melarang penghisapan orang yang lemah oleh orang yang bermodal. Pengertian dikuasai oleh negara menurut Mohammad Hatta meliputi:

- a. Pemerintah harus menjadi pengawas dan pengatur dengan berpedoman kepada keselamatan rakyat.
- b. Semakin besar perusahaan dan semakin banyak jumlah orang yang menggantungkan dasar hidupnya semakin besar pesertaan pemerintah.

⁸⁷ Yuswanto, *Kedudukan Dana Alokasi Umum (DAU) Dalam Hubungan Antara Pusat dan Daerah Berdasarkan Asas Otonomi*, (Ringkasan Disertasi Program Pasacasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung, 2006), Hal. 30-31.

⁸⁸ Bryan A. Garner, *Blacks Law Dictionary*, (Seventd Edition, St. Paul, Minn: West Group, 1983), Hal. 1464.

⁸⁹ Subekti, *Beberapa Pemikiran Mengenai Sistem Hukum Nasional yang akan Datang*, (Makalah Seminar Hukum Nasional IV, Jakarta, 1979), Hal. 4.

- c. Tanah haruslah di bawah kekuasaan negara.
- d. Perusahaan tambang yang besar dijalankan sebagai usaha negara.⁹⁰
- e. Peran Pancasila sebagai cita hukum dalam peraturan perundang-undangan tertulis dapat secara langsung dan tidak langsung. Secara langsung yaitu melalui pengaruh kesusilaan perorangan, masyarakat, dan pada gilirannya menghasilkan cara dan kesusilaan umum dalam membentuk kebiasaan, tata kelakuan, adat istiadat dan hukum.
- f. Sedangkan secara tidak langsung terlaksana secara berjenjang, melalui tahapan-tahapan dari cara kebiasaan ke tata kelakuan, dari tata kelakuan ke adat istiadat dan dari adat istiadat ke hukum. Hubungan cita hukum dan sistem hukum bergantung dari kesadaran dan penghayatan dan para wakil rakyat terhadap cita hukum yang ada dalam masyarakat. Selama jiwa dan sanubari para pembentuk hukum masih diliputi cita hukum yang sesuai dengan masyarakat, maka hukum yang terbentuk akan mencerminkan cita hukumnya, begitu pula sebaliknya.⁹¹

Selanjutnya Mochtar Kusumaatmadja, menyatakan perubahan hukum sering kali dilakukan oleh pemerintah Indonesia, khususnya bidang hukum agraria, perburuhan dan pertambangan, karena ada keinginan untuk menarik penanaman modal asing maka akan ada tarik-menarik antara keinginan demikian dengan keinginan untuk mengadakan perubahan dasar perundang-undangan yang ditinggalkan pemerintahan kolonial. Konsep hukum sebagai sarana pembangunan masyarakat merupakan konsep membangun hukum dan sumber hukum yang utama dalam pandangan ini tetap pada undang-undang. Oleh sebab itu, dalam perumusan hukum yang baru, pertama harus diperhatikan sumber hukum yang sudah eksis dan dalam perundang-

⁹⁰ Mohammad Hatta, *Penjabaran Pasal 33 UUD 1945*, (Mutiara, Jakarta, 1977), Hal. 28

⁹¹ Soerjanto Poespowardodjo, *Pancasila Sebagai Ideologi Ditinjau Dari Segi Pandangan Hidup Bersama*, (Dalam Pancasila Sebagai Ideologi, BP-7 Pusat, Jakarta, 1992), Hal,

undangan yang baru harus diperhatikan sumber hukum yang hidup dalam masyarakat, ada tujuan-tujuan pragmatis harus diperhatikan oleh pembentuk undang-undang yaitu harus diabdikan dalam pembangunan.



BAB 4

ANALISIS KASUS PT JAKARTA INTERNATIONAL HOTEL AND DEVELOPMENT Tbk. VS BANKERS TRUST INTERNATIONAL Plc.

4.1 Analisis Kasus

PT JAKARTA INTERNATIONAL HOTELS & DEVELOPMENT beralamat di Gedung Artha Graha, Lantai 15, Kawasan Niaga Terpadu Sudirman Jl. Jenderal Sudirman Kav. 52-53 Jakarta 12190, selanjutnya disebut sebagai penggugat yang adalah Perseroan Terbatas perusahaan Indonesia yang bidang usahanya adalah Perhotelan dan Property (Real Estate) (Terlampir Anggaran Dasar Penggugat bukti P-1).

BANKERS TRUST INTERNATIONAL PLC, beralamat di 1 Appoid Street, Broadgate, London EC2A 2HE, England untuk selanjutnya disebut sebagai Tergugat. Tergugat II merupakan badan hukum resmi di Indonesia dalam bentuk Perseroan Terbatas yang bertindak sebagai penasehat keuangan penggugat.

Permasalahan

1. Tergugat bertindak sebagai penasehat dari penggugat dimana dalam hal ini tergugat menasehati penggugat dalam bidang keuangan (Financial Advisor) yang dikenal dengan nama Bankers Trust Group dan bertindak sebagai penasehat keuangan dan penyanggah dana bagi Penggugat.
2. Nasihat yang diberikan Para Tergugat kepada Penggugat terdiri dari berbagai aspek keuangan antara lain: masalah penghematan keuangan, cash flow, swap/derivative dll.
3. Atas nasihat tersebut Para Tergugat mendapatkan honor dari Penggugat.
4. Bahwa dalam melakukan bisnis di Asia Tenggara, Tergugat yang berkantor di London memakai kantornya di Singapura, di Jakarta untuk "mendapatkan" nasabah atau customer di Indonesia.
5. Bahwa pada pertengahan tahun 1998 sampai pada pertengahan tahun 1997 Para Tergugat sudah sering memberikan nasehat tentang strategi dan efisiensi keuangan termasuk efisiensi bidang pajak dan sudah menawarkan produk-produk jasa keuangan kepada Penggugat.

Tergugat telah berjanji dan terikat secara hukum untuk memberikan berbagai fasilitas mata uang kepada penggugat. Fasilitas-fasilitas tersebut adalah:

1. FASILITAS PERTAMA : SURAT KONFIRMASI (CONFIRMATION LETTER) NO. TKSWO 33558/BC Tanggal 16 Juni 1997 (Bukti P-2) Senilai Rp. 75.000.000.000,- (Tujuh Puluh Lima Milyar Rupiah)
2. Dengan Surat Konfirmasi (Confirmation Letter) tanggal 16 Juni 1997 No. TKSWO 33558/BC Tergugat berjanji akan memberikan fasilitas Swap kepada Penggugat sebesar Rp. 75.000.000.000,- (Tujuh Puluh Lima Milyar Rupiah) yang akan diserahkan tanggal 16 Januari 1998.
3. Untuk jelasnya dengan ini dikutip redaksi dari paragraf tiga (3) halaman 2 dari Surat Konfirmasi tanggal 16 Juni 1997 (Vide P-2) :

“ The first Fixed Rate Payers Pays on Each Payment Date an amount demermined in accoedance with the following :

First Fixed Rate Payer : BANKERS TRUST INT. PLC.

Calculation Amount : IDR 75.000.000.000,-

Payment Date : Commencing on 16 January 1998 and semi annually thereafter on the 16th Calendar day of each January and July, up to and including the Termination Date, subject to adjustment in accordance with the Modified following Bussiness Day Convention.

Terjemahan :

Pembayar dengan kurs tetap membayar pada setiap Tanggal Pembayaran suatu jumlah yang ditetapkan sehubungan berikut ini :

Pembayaran Kurs Tetap : BANKERS TRUST INT' L PLC

Perhitungan Jumlah : IDR 75.000.000.000,-

Tanggal Pencairan : Dimulai pada 16 Januari, 1998 dan setiap enam bulan berikutnya pada setiap tanggal kalender 16 untuk tiap bulan Januari dan Juli, sampai dengan dan termasuk Tanggal Pengakhiran. Tergantung pada penyesuaian sehubungan dengan Modified Following Business Day Convention.

Jadi berdasarkan Fasilitas Pertama disepakati :

- a. Mulai tanggal 16 Januari 1998 Tergugat akan memberikan Fasilitas kepada Penggugat dalam mata uang Rupiah sebesar Rp. 75.000.000.000,- (tujuh puluh lima milyar rupiah).
- b. Cara Pencairan Fasilitas secara bertahap tiap 6 bulan sekali pada setiap bulan Januari dan sampai semua cair pada tahun 2002.

Tujuan Fasilitas :

- a. Fasilitas tersebut dimaksudkan untuk dipakai Penggugat untuk membeli mata uang Dollar Amerika Serikat.
- b. Pada saat Surat konfirmasi tanggal 16 Juni 1997 ditandatangani, kurs mata uang US\$ Dollar terhadap Rupiah disepakati bersama adalah 1 US\$ = Rp. 2.429,-. Jadi dengan uang sebesar 25 Milyar rupiah maka Penggugat akan dapat membeli US\$ Dollar sebesar US\$ 30.876.904,- (tiga puluh juta delapan ratus

tujuh puluh enam ribu sembilan ratus empat Dollar Amerika Serikat).

Tergugat Lalai

- a. Tergugat lalai untuk melaksanakan kewajibannya tersebut memberikan Fasilitas Pertama (Vide P-2).
 - b. Akibat kelalaian Tergugat tersebut maka Penggugat tidak dapat membeli US\$ Dollar dengan Kurs US\$ = Rp. 2.429,- atau Rp. 75 Milyar sama dengan US\$30.876.904,-
 - c. Pada saat gugatan ini diajukan kurs US\$ Dollar terhadap US\$ 1 = Rp.. 9.668,- (bukti P-3) sehingga US\$ 30.876.904,- akan sama dengan Rp. 298.517.908.872,- pada saat gugatan ini diajukan. Sehingga sekarang fasilitas sudah cair mulai tanggal 16 januari 1998 pada saat US\$ 1 = Rp. 2.429,- maka Penggugat akan untung per US\$ sebesar Rp. 9.668,- - 2.429 = Rp. 7.239,-
4. Perjanjian induk
Sebagai perjanjian yang mengatur ketentuan umum Penggugat dan Tergugat sepakat menunjuk ISDA Master Agreement tanggal 9 Maret 1995 (Bukti (P-21) yang mengatur ketentuan umum dan mengatur secara sah tentang syarat-syarat umum, namun dalam pelaksanaannya kurang lebih 2 (dua) tahun kemudian para Tergugat melakukan pelanggaran.
5. Situasi Ekonomi dan moneter
Setelah seluruh perjanjian ditandatangani (Vide P-2 sampai dengan P-20) ternyata tiba-tiba timbul krisis moneter dan situasi dan suhu politik yang tinggi dan huru-hara dimana-mana di wilayah Republik Indonesia yang berakibat Para Tergugat secara sepihak mengingkari janjinya

sehingga tidak satupun dari 19 (sembilan belas) Fasilitas mata uang tersebut jadi dilaksanakan.

6. Ingkar Janji dan Pemutusan dan Ganti Rugi

a. Para Tergugat secara bersama-sama terbukti ingkar janji (wanprestasi) terhadap Penggugat dan oleh karenanya sesuai pasal 1267 KUH Perdata Penggugat akan melaksanakan haknya untuk :

- Menuntut pemutusan semua perjanjian yang ditandatangani oleh Penggugat dengan Tergugat (Vide P-2 sampai dengan P-20)
- Menuntut ganti rugi, biaya dan bunga dari Para Tergugat. Hal ini sesuai dengan bunyi pasal 1267 KUH Perdata yang berbunyi sebagai berikut : “Pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih apakah ia, jika hal itu masih dapat dilakukan, akan memaksa pihak yang lain untuk memenuhi persetujuan, disertai penggantian biaya, kerugian, dan bunga”.

b. Tuntutan Pemutusan Perjanjian

Penggugat menuntut agar Majelis Hakim berkenan memutuskan atau menyatakan putus dengan segala akibat hukumnya perjanjian-perjanjian sebagai berikut :

- ISDA Master Agreement tanggal 9 Maret 1995 (Vide P-21).
- Surat Konfirmasi (Confirmation Letter) N0. TKSW 0335558/BC tanggal 16 Juni 1997 antara Penggugat dan Tergugat (Vide P-21).

Ganti Rugi Imateriil

Sebagai akibat tindakan dari Para Tergugat tersebut maka Penggugat mengalami beban Pikiran yang sangat berat dan tekanan mental yang sangat serius dan oleh karenanya Penggugat menuntut agar Para Tergugat dihukum secara tanggung renteng untuk membayar ganti rugi immateril sebesar US\$ 50 juta (lima puluh juta dollar Amerika Serikat) ditambah bunga sebesar 6% per tahun dihitung sejak gugatan ini didaftarkan di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan sampai seluruhnya lunas.

7. Para tergugat melakukan “Misrepresentation” (Tindakan Menyesatkan)
- a. Bahwa dalam kurun waktu 1997 dalam pembuatan dan pelaksanaan semua Fasilitas (semua Surat Konfirmasi Vide F-2 sampai dengan P-9) Para Tergugat telah melaksanakan tindakan menyesatkan (Misrepresentation) yang nyata-nyata melanggar pasal 5 (a) (IV) ISDA Master Agreement (Vide P-21).

Tindakan pelanggaran berupa misrepresentation tersebut pada dasarnya adalah :

- (i) Selaku Penasihat Keuangan memberikan nasihat yang menyesatkan (Misrepresentation) bahwa seolah-olah kurs Rupiah akan stabil terhadap Dollar Amerika Serikat setidak-tidaknya sampai tahun 2002.
 - (ii) Menyembunyikan data dan informasi bahwa Para Tergugat sendiri berdasarkan riset ahli-ahli keuangannya sudah menyadari pada pertengahan tahun 1997 nilai Rupiah sudah terdesak dan Para Tergugat sendiri sudah menyadari nilai Rupiah akan turun merosot tajam.
 - (iii) Memberikan nasihat untuk keuntungan diri sendiri bukan untuk keuntungan Nasabah yaitu Penggugat.
- b. Bahwa bukti pelanggaran Misrepresentation yang dilakukan Para Tergugat yang memberikan penjelasan secara menyesatkan kepada Penggugat seolah-olah nilai Rupiah akan stabil terhadap Dollar Amerika Serikat dalam kurun waktu tahun 1997 s/d 2002, padahal pada waktu semua Surat Konfirmasi ditandatangani pada menjelang akhir tahun 1997 Para Tergugat sudah dapat memprediksi nilai Rupiah akan jatuh dari dokumen sebagai berikut:

BUKTI-BUKTI :

- a. Bahwa dari Dokumen Laporan Monthly Review and Comment edisi April dan Mei 1997 dan Laporan Tertulis tentang : Prospects 1997/ASIA 11 Juli 1997 (Vide P-22 dan P-23) jelas terbukti para perusahaan lembaga penasehat keuangan sudah

berhasil menganalisa bahwa “nilai Rupiah terhadap US\$ Dollar akan jatuh pada pertengahan tahun 1997 dan awal tahun 1998”.

- b. Bahwa disamping mengetahui hasil riset dalam dokumen Vide P-22 dan P-23 TERNYATA Para Tergugat juga telah melakukan riset keuangan sendiri seperti terbukti dari Laporan tanggal 22 Mei 1997 (terlampir bukti P-22) yang dibuat Kantor Pusat Para Tergugat).

Isi Laporan Riset Para Tergugat : Tanggal 22 Mei 1997 (Vide P-24).

Pertama

Di halaman 3 paragraf pertama disebutkan sebagai berikut :

“Many of Asia’s market and currencies felt the repercussions of the Thai Financial jitters”.

Terjemahan :

“Banyak Pasar di Asia dan Mata Uang akan jatuh sebagai akibat kegoncangan keuangan di Thailand”.

- c. Jadi pada bulan Mei 1997 Para Tergugat sudah mengetahui berdasarkan hasil riset bahwa banyak mata uang di Asia (termasuk Indonesia) akan kena dampak dan nilainya akan turun terhadap US\$ Dollar.
 - d. Akan tetapi Para Tergugat tidak menasehatkan hal ini kepada Penggugat malahan Para Tergugat “berbohong” dan memberikan nasihat yang terbalik atau bertentangan dengan nasihat sendiri demi keuntungan Para Tergugat.
 - e. Pada bulan Mei 1997 Para Tergugat sudah sadar bahwa nilai Rupiah akan segera jatuh terhadap US\$ Dollar akan tetapi dalam waktu yang sama justru Para Tergugat menjerumuskan Penggugat dengan cara meyakinkan Penggugat bahwa “tingkat suku bunga 15% Rupiah akan sama dengan tingkat suku bunga Dollar Libor +1.4% – 1,45%.
- Kenyataan sebenarnya adalah minus 20%, malahan tingkat suku bunga rupiah naik sampai 75% per tahun.

- f. Jadi jelas terbukti Para Tergugat “Berbohong, Itikad Buruk dan Menyesatkan Nasabahnya Sendiri”.
- g. Terlampir kepada Laporan 22 Mei 1997 (Vide P-24) dibuat hasil forecast “Economic Fundamental” (terlampir bukti P-25) dimana disebutkan bahwa “Indonesia mengalami defisit sebesar US\$ 9,2 Milyar ketiga terbesar setelah Korea dan Thailand”.

Hanya dari besarnya defisit ini dapat dengan mudah diperkirakan bahwa nilai Dollar Amerika Serikat sudah akan naik terhadap Rupiah sebab “demand/permintaan terhadap Dollar akan banyak”.

- h. Para Tergugat selaku ahli keuangan dan juga penasihat keuangan dari Penggugat menutupi dan menyembunyikan fakta tersebut dan memberikan nasehat yang bertentangan dengan fakta dan hasil riset.
- i. Dari hasil research Para Tergugat berjudul *The Philipines 1997 : Haunted By the Thailand Specter* (terlampir bukti P-26) dapat diketahui bahwa Para Tergugat telah mengetahui keadaan perekonomian Indonesia, seperti terlihat di halaman 3 paragraf 2 (Vide P-26) :

“With a large investment-saving gap, widening external imbalance, lending spress fueled by easy foreign money, and potential property sector bubbles, the next Thailand. Suddenly, the notorius “Thailand Disease” has become voraciously infectious across Asia”.

Terjemahan :

“Dengan besarnya kesenjangan antara investasi dan tabungan, perluasan ketidakseimbangan, eksternal, peminjaman secara seenaknya dengan menggunakan uang asing, dan sektor properti potensial yang berkembang, Philipina telah dicap atau secara mutlak dianggap oleh beberapa pihak sebagai Thailand

kedua. Tiba-tiba “penyakit Thailand” yang terkenal mewabah secara cepat ke seluruh Asia”.

Halaman 3 paragraf 3 (Vide P-26) :

“Similar traces shared by Thailand and the Philippines are worrisome and should be taken seriously. Investors tend to react strongly to similar development in the emerging markets. One example is the tremendous pressures exerted by investors on the Republic soon after the collapse of Mexican Peso in late 1994”.

Terjemahan:

Keadaan yang serupa antara Thailand dan Philipina ini sangat mengkhawatirkan dan harus ditangani secara serius. Para investor bermaksud untuk betul-betul memberikan reaksi dalam pembangunan yang sama dalam hal pasar yang bermunculan. Satu contoh seperti dilakukannya tekanan yang sangat besar oleh para investor terhadap republik segera setelah jatuhnya nilai Peso Meksiko pada akhir tahun 1994.

k. Bahwa hasil riset Para Tergugat (Vide P-24, P-25, P-26 dan P-27) tidak pernah diberitahukan Para Tergugat kepada Penggugat.

Bahwa ternyata :

- Nilai Dollar naik hampir 500% terhadap Rupiah dan akibatnya beban penggugat naik bertambah 500%.
- Sebaliknya bunga rupiah naik berkisar antara 50% s/d 75% per tahun akan tetapi Para Tergugat hanya membayar bungatetap (fix) sebesar 15% per tahun selama 7 (tujuh) tahun .
- Bahwa terbukti nasihat yang diberikan Para Tergugat kepada Penggugat yang seharusnya untuk keuntungan penggugat akan tetapi sebaliknya untuk keuntungan Para Tergugat.

8. PENASEHAT MENGKHIANATI NASABAH

a. Bahwa dengan demikian terbukti Para Tergugat telah menyalahgunakan kedudukannya sebagai penasihat bisnis/keuangandengan cara memberikan nasehat yang menyesatkan (misrepresentation) kepada Penggugat.

b. Dari bukti P-22, P-23, P-24, P-25, P-26, dan P-27 ini terbukti :

Pertama :

Pada bulan April, Mei, Juni, dan Juli 1997 Para tergugat sudah mengetahui bahwa kurs mata uang di ASEAN (termasuk) Rupiah di Indonesia telah mengalami tekanan dan nilainya akan jatuh terhadap US\$. Akan tetapi Para Tergugat tidak memberitahukan Penggugat malahan sebaliknya Para Tergugat menyesatkan (misrepresentation) dan membohongi Penggugat dengan mengatakan bahwa Penggugat akan untung dari transaksi derivatif dengan beban Dollar di pihak Penggugat.

Kedua:

Indonesia sudah memasuki “RIZKY ZONE” (Daerah Bahaya) artinya Para Tergugat sudah mengetahui dan sadar betul bahwa pada bulan April, Mei, Juni, dan Juli 1997 Indonesia sudah mulai dalam keadaan bahaya mata uang rupiahnya terhadap Dollar.

Ketiga:

Defisit Perdagangan (Current Account) Indonesia bulan Februari 1997 sudah mencapai US\$ 9,2 Milyar. Berarti nilai Dollar akan naik sebab permintaan dan kebutuhan sangat banyak.

Para Tergugat tidak memberitahukan dan menasehatkan Fakta Temuan tersebut. Malahan sebaliknya Para Tergugat membohongi dan menyesatkan (misrepresentation) Penggugat dengan tetap menasehatkan Penggugat bahwa transaksi derivatif dengan beban bunga Dollar bagi Penggugat dan beban bunga Rupiah bagi Para Tergugat tetap akan menguntungkan Penggugat, malahan Para Tergugat mendesak dan menyuruh Penggugat untuk menandatangani ISDA Master Agreement pada bulan Agustus 1997.

Jadi terbukti jelas Para Tergugat telah “beritikad buruk” dan menyesatkan (misrepresentation).

Dasar-dasar dari permohonan/permintaan/perintah untuk Penggugat mengangkat sumpah pemutus (decisoire/beslissing eed) seperti tersebut di atas adalah sebagai berikut:

V.1. Bahwa gugatan Penggugat terhadap pa Tergugat adalah gugatan ingkar janji (wanprestasi) sehubungan dengan ISDA Master Agreement yang diberi tanggal (date as of) 9 Maret 1995 antara Penggugat dan Tergugat (Vide, bukti P-21 pe) ;

V.2. Bahwa ISDA Master Agreement yang diberi tanggal (date as of) 9 Maret 1995 pada bagian pembukaan/preamble dan kalimat pertamanya dengan jelas dan tegas menyatakan :

PT. Jakarta International Hotels & Development (in casu, pe) dan Bankers Trust International PLC (in casu, te) have entered and/or anticipate entering into one or more transactions (each a “Transaction”) that are or will be governed by this Master Agreement, wich includes the schedule (the “schedule”), and the documents and other confirming evidence (each a “Confirmations”) exchanged between the parties confirming those transactions”.

(vide, bagian pembukaan/preambul dan kalimat pertama bukti P-21 Penggugat dan Bukti TI-1 Eksepsi Kompetensi Absolut te):

Terjemahannya, yang disampaikan oleh Penggugat:

“PT. Jakarta International Hotels & Development (in casu Penggugat) dan Bankers Trust International PLC (in casu, Tergugat) telah mengadakan dan/atau mengantisipasi untuk mengadakan satu atau lebih transaksi (masing-masing disebut sebagai suatu “Transaksi”) yang tunduk atau akan tunduk kepada Perjanjian Pokok ini, yang meliputi Akta Schedule (Akta Schedule”) dan dokumen-dokumen serta bukti-bukti pendukung lainnya, (masing-masing disebut sebagai suatu

“Konfirmasi”) yang dipertukarkan diantara para pihak untuk menegaskan transaksi-transaksi tersebut”.

Terjemahannya, yang disampaikan oleh Tergugat:

“PT. Jakarta International Hotels & Development (in casu, Penggugat) dan Bankers Trust International PLC (in casu, te) telah membuat dan atau bermaksud untuk membuat satu atau beberapa transaksi (masing-masing disebut “transaksi”) yang diatur atau akan diatur oleh ISDA Master Agreement (Schedule to ISDA Master Agreement”) dan dokumen-dokumen dan bukti confirmation lainnya (masing-masing disebut “confirmation”) yang dipertukarkan diantara para pihak yang mengkonfirmasi transaksi-transaksi tersebut”.

Jadi TERBUKTI bahwa ISDA Master Agreement yang diberi tanggal (dated as of) 9 Maret 1995 antara Penggugat dan Tergugat (vide bukti P-21 Penggugat maupun Bukti TI-1 Eksepsi Kompetensi Absolut Tergugat) jelas-jelas menyatakan bahwa Perjanjian Pokok atau ISDA Master Agreement tersebut meliputi AKTA SCHEDULE atau termasuk Schedule to ISDA Master Agreement;

V.3. Bahwa karenanya, jika sekarang ini Penggugat melalui kuasa hukum Penggugat Sdr. Hotman Paris Hutapea cs. Menyatakan bahwa “ISDA Master Agreement yang diberi tanggal (dated as of) 9 Maret 1995 antara Penggugat dan Tergugat (vide, Bukti P-21 Penggugat maupun Bukti TI-1 Eksepsi Kompetensi Absolut Tergugat) ditandatangani Penggugat tanpa Schedule”, maka tentang perbuatan yang dilakukan Penggugat qualitate qua (dalam hal ini, karena jabatan dan/atau fungsinya) Tuan Jusuf Indradewa, selaku Presiden Direktur dari pe, pada (tanggal 16 Juni 1995) saat menandatangani ISDA Master Agreement tersebut di atas, perbuatan tersebut adalah satu perbuatan yang dilakukan oleh Penggugat sendiri (persoonlijk daad I fait personel) dan karenanya hanyalah diketahui oleh

Penggugat sendiri. Tidak ada satupun bukti yang (dapat) membuktikan bahwa pada (tanggal 16 Juni 1995) saat Penggugat menandatangani ISDA Master Agreement tersebut di atas, ISDA Master Agreement tersebut tanpa Schedule atau meliputi/termasuk/dengan Schedule ;

V.4. Bahwa schedule tersebut pada Bagian (Part) 5 (d)-nya berisikan Klausula Arbitrasi (vide, Bukti TI-1 Eksepsi Kompetensi Absolu Tergugat) yang secara tegas-tegas (uitrukkelijk) menyatakan persetujuan Penggugat dan Tergugat bahwa :

“(1) Any dispute, controversy or claim howsoever arising out of or in connection with this agreement or the breach thereof, including any questions regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the Rules of the London Court of International Arbitration, which rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

(ii) An award rendered in connection with an arbitration pursuant to this paragraph shall be final and binding, and judgment upon such an award may be entered and enforced in any court of competent jurisdiction; provided however that the parties agree that the arbitrators may not make an award in respect of punitive damages.

(iii) The forum for arbitration under this paragraph shall be London and the law governing the procedure for such arbitration shall be the law of England. The arbitration shall be conducted in the English Language”.

Terjemahan resminya :

“(i) Setiap sengketa, perselisihan atau gugatan bagaimanapun juga yang timbul dari atau sehubungan dengan Perjanjian ini atau pelanggaran daripadanya (wanprestasi), termasuk setiap pertanyaan mengenai keberadaan, keabsahannya

atau pengakhirannya, harus diserahkan kepada dan pada akhirnya diputuskan melalui arbitrase berdasarkan ketentuan-ketentuan dari London Court of International Arbitration, ketentuan-ketentuan mana dianggap menyatu dengan ketentuan ini.

(ii) Putusan yang diberikan sehubungan dengan arbitrase berdasarkan ketentuan dalam pasal ini adalah final dan mengikat, dan putusan peradilan bagi pelaksanaan paksa putusan tersebut dapat langsung diajukan dan dilaksanakan pada pengadilan yang berwenang; namun demikian para pihak setuju bahwa arbitrator tidak boleh membuat putusan berkaitan dengan kerugian yang bersifat menghukum.

(iii) Forum untuk arbitrase berdasarkan pasal ini adalah di London dan hukum yang mengatur proses arbitrase tersebut adalah hukum Inggris. Proses arbitrase dilaksanakan dalam bahasa Inggris”.

V.5. Bahwa berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum Indonesia (a.l. Penjelasan Pasal 3 Ayat (1) Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman juncto Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPer) dan prinsip kebebasan berkontrak (freedom of contract principle) sebagaimana yang telah dengan sangat konsekuen diterapkan oleh lembaga peradilan di Indonesia (karenanya telah menjadi jurisprudensi tetap Mahkamah Agung RI), dalam hal suatu perjanjian (seperti halnya perjanjian diantara Penggugat dan Tergugat) meliputi /memasukkan/memuat Klausa Arbitrase (yang merupakan pilihan suatu pihak untuk menyerahkan penyelesaian perselisihan mengenai hak-hak yang ia kuasai secara bebas kepada keputusan arbitrator/wasit), maka pengadilan (seperti halnya Pengadilan Negeri Jakarta Selatan)

harus menyatakan dirinya tidak berwenang untuk memeriksa dan/atau mengadili perselisihan tersebut (in casu, perkara aquo) sehingga perselisihan tersebut yang (secara menyalahi ketentuan perjanjian yang ada) diajukan ke Pengadilan untuk penyelesaiannya (in casu, perkara aquo yang saat ini sedang berlangsung di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan) akan menjadi Putus;

V.6. Bahwa karena hal-hal tersebut di atas, maka adanya Klausula Arbitrasi pada Schedule membuat permasalahan apakah ISDA Master Agreement yang diberi tanggal (dated as of) 9 Maret 1995 antara Penggugat dan Tergugat (vide, bukti P-21 Penggugat maupun Bukti TI-1 Eksepsi Kompetensi Absolut Tergugat) ditandatangani Penggugat tanpa Schedule atau meliputi/termasuk/dengan Schedule dalam perkara aquo merupakan permasalahan yang menyangkut dan menentukan kewenangan absolut Pengadilan Negeri Jakarta Selatan untuk memeriksa dan mengadili perkara ini (yang hingga saat ini masih menggantung karena belum ada putusan yang berkekuatan hukum pasti), dan putusan kepastian mengenai permasalahan tersebut menjadi benar-benar bersifat “litis decisoir”.

V.7. Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 134 HIR (het Herziene Indonesisch Reglement-reglement Indonesia yang diperbaharui /RIB, Staatblad 1848-57, 1926-559 dan 1941-44), jika ada perselisihan yang menyangkut kewenangan absolut Pengadilan Negeri, maka pada setiap tahapan perkara (elken stand van het geding) dan karenanya pada setiap waktu dalam pemeriksaan perkara ini, dapat dimintakan supaya hakim menyatakan dirinya tidak berwenang (onbevoegd verklaren) dan hakim pun wajib pula mengakuinya karena jabatannya (ambtshalve). Sehubungan dengan hal yang disampaikan ini, harap pula dilihat ketentuan pasal 1930 ayat (2) KUHPer yang menyatakan : “Sumpah

pemutus dapat dimintakan/diperintahkan (opdragen) dalam setiap tingkatan perkaranya”;

Prof. R Subekti, SH dalam buku “Hukum Pembuktian” (penerbit Pradnya Paramita, 1995, Jakarta, hal. 60) (vide, Bukti Jawaban TI-3) menyatakan bahwa :

“Bahwa sumpah pemutus dapat diperintahkan dalam setiap tingkatan perkara yang berarti bahwa sumpah pemutus itu dapat diperintahkan pada detik atau pada saat manapun sepanjang pemeriksaan, pada waktu diperiksa oleh hakim, pada replik ataupun pada duplik ataupun pada saat perkara sudah akan diputus bahkan perkara dalam tingkatan banding dimuka pengadilan tinggi. Dan lagi, sumpah pemutus itu dapat diperintahkan meskipun tiada pembuktian sama sekali” ;

V.8. Berdasarkan ketentuan Pasal 156 ayat (1) HIR :

“Bahkan jika sekalipun tidak ada suatu bukti untuk memperkuat gugatan atau (per-) lawanan atas gugatan, satu pihak dapat meminta/memerintahkan (opdragen) supaya pihak lain untuk mengangkat sumpah di hadapan hakim, guna menggantungkan kepadanya pemutusan perkaranya, asal saja sumpah itu tentang satu perbuatan yang telah dilakukan oleh pihak lain tersebut yang kepadanya sumpahnya akan digantungkan pemutusan perkara itu”.

Sedangkan pasal 1930 ayat (2) KUHPer menyebutkan :

“Sumpah pemutus dapat dimintakan/diperintahkan (opdragen) dalam setiap tingkatan perkaranya, bahkan juga apabila/dalam hal tiada upaya pembuktian lain yang manapun untuk membuktikan tuntutan atau tangkisan yang dimintakan penyumpahannya itu”;

Kata-kata “Bahkan jika sekalipun (zeifs dan) tidak ada suatu bukti” dalam pasal 156 ayat (1) HIR maupun kata-kata “bahkan juga apabila/dalam hal (zelfs dan) tiada upaya pemnbuktian lain yang manapun” dalam pasal 1930 ayat (2) KUHPer jelas tidak

dapat disamakan atau diartikan dengan “jika sama sekali tidak ada bukti-bukti” atau “apabila bukti-bukti sama sekali tidak ada”;

Ny. Retnowulan Sutantio, SH. Dan Iskandar Oeripkartawinata, SH. Dalam buku “Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek” (Penerbit CV. Mandar Maju, 1989, Bandung, hal. 83) (vide, Bukti Jawaban TI-4) menyatakan bahwa :

“Menjadi persoalan apakah apabila salah satu pihak mempunyai suatu bukti, misalnya seorang saksi atau surat biasa yang tidak dengan cukup membuktikan dalil yang menjadi dasar gugat, ia dapat mempergunakan: “Biarlah, saya mau dikalahkan, asal kau berani bersumpah”.

Mr. R. Tresna dalam buku “Komentar HIR” (Penerbit Pradnya Paramita, 1980, Jakarta, hal 158) (vide, Bukti Jawaban TI-5) menyatakan mengenai ketentuan Pasal 156 HIR bahwa :

“Sumpah yang dimaksud disini, ialah yang dinamakan sumpah yang menentukan. Berlainan dengan sumpah tersebut dalam pasal 155, yang diperintahkan oleh Hakim, maka sumpah yang menentukan, diberatkan oleh salah satu pihak kepada lawannya. Suatu perbedaan lagi, ialah bahwa sumpah yang menentukan itu dapat dibebankan sekalipun tidak ada tanda-tanda pembuktian sama sekali”.

Jadi, terlepas dari ada atau tidaknya bukti atau upaya pembuktian lain untuk memperkuat gugatan Penggugat ataupun (per-) lawanan atas gugatan yang diajukan oleh Tergugat (dalam perkara aquo, tentang apakah pada (tanggal 16 Juni 1995) saat Penggugat menandatangani ISDA Master Agreement tersebut di atas, ISDA Master Agreement tersebut tanpa schedule atau meliputi/termasuk/dengan schedule, Tidak ada satupun Bukti yang (dapat) membuktikannya, karenanya pun) sumpah pemutus (decisoire eed) dapat dimintakan/diperintahkan (opdragen) oleh pihak yang satu kepada yang lainnya;

V.9. Bahwa dengan perkataan “satu pihak dapat meminta supaya pihak lain untuk mengangkat sumpah” dalam pasal 156 Ayat (1) HIR dan perkataan “sumpah yang oleh pihak yang satu dimintakan/diperintahkan kepada pihak yang lain untuk menggantungkan pemutusan perkara padanya” dalam pasal 1929 angka 1e KUHP, serta menurut literatur-literatur hukum yang berisikan doktrin-doktrin hukum, jelas bahwa pembuktian dengan sumpah pemutus merupakan hak pihak yang berperkara; Itulah sebabnya dalam teori maupun praktek hukum, sumpah pemutus sering disebut juga sebagai sumpah yang dimintakan oleh salah satu pihak, hal mana berbeda dengan sumpah penambah/pelengkap (*suppletoire eed*) maupun sumpah penaksir (*aestimatoire eed*) yang diatur dalam pasal 155 HIR dan Pasal 1929 angka 2e KUHP yang disebut juga sebagai sumpah yang dibebankan hakim. Kemudian ketentuan pasal 157 HIR dan Pasal 1934 KUHP menyatakan bahwa, sumpah itu dengan sendirinya harus diangkat oleh pihak yang bersangkutan (secara pribadi). Sehingga Mr. R. Tresna dalam buku “Komentar H.I.R.” (Penerbit Pradya Paramita, 1980, Jakarta, hal. 159) (vide, bukti Jawaban TI-5) menyatakan mengenai ketentuan Pasal 156 HIR bahwa : “Hakim tidak boleh menolak penyumpahan ini”

4.2 Analisis Perjanjian Arbitrase ditinjau dari UU No 30 Th 99

4.2.1 Perjanjian arbitrase

Perjanjian arbitrase oleh Undang-Undang Arbitrase dalam Pasal 1 butir 3 diberikan definisi, yaitu suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.

Sebagai salah satu bentuk perjanjian, sah tidaknya perjanjian arbitrase tidak terlepas dari syarat-syarat sahnya suatu perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara.⁹²

a. Bentuk Klausula Arbitrase

Dari berbagai sumber undang-undang, peraturan dan konvensi internasional, dikenal dua bentuk klausula arbitrase, yaitu:

1) *Pactum de Compromittendo*

Dalam *Pactum de Compromittendo*, para pihak mengikat kesepakatan akan menyelesaikan perselisihan melalui forum arbitrase sebelum timbul perselisihan. Bentuk klausula *Pactum de Compromittendo* ini diatur dalam:

a) Pasal 615 ayat 3 Rv, yang berbunyi:

“Adalah diperkenankan mengikatkan diri satu sama lain untuk menyerahkan sengketa-sengketa yang mungkin timbul di kemudian hari kepada putusan seorang atau beberapa orang arbiter (wasit)”

b) Pasal 7 Undang-Undang Arbitrase, yang berbunyi:

“Para pihak dapat menyetujui suatu sengketa yang terjadi atau yang akan terjadi antara mereka untuk diselesaikan melalui arbitrase.”

c) Pasal II ayat (1) Konvensi New York 1958, terdapat dalam kalimat:

“*Each contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.*”

⁹² Gunawan Wijaya & Ahmad Yani, Seri Hukum Bisnis :Hukum Arbitrase , (PT.Raja Grafindo, Jakarta, 2001) hlm 50.

Mengenai cara pembuatan klausula *Pactum de Compromittendo*, tidak secara tegas diatur dalam Pasal 615 ayat 3 Rv maupun dalam Pasal II ayat (1) Konvensi New York 1958.³⁶ Namun dari segi pendekatan penafsiran dan praktik, dijumpai dua cara yang dibenarkan, yaitu:

- a) *Pertama*; mencantumkan klausula arbitrase tersebut dalam perjanjian pokok. Ini cara yang paling lazim. Perjanjian pokok menjadi satu kesatuan dengan klausula arbitrase. Dalam perjanjian pokok, langsung dimuat persetujuan arbitrase yang berisi kesepakatan, bahwa para pihak setuju akan menyelesaikan perselisihan yang timbul di kemudian hari, melalui forum arbitrase (*Severable contract*).
- b) *Kedua*; *pactum de compromittendo* dibuat dalam akta tersendiri. Perjanjian arbitrase dalam hal ini tidak langsung digabung menjadi satu dengan perjanjian pokok, tetapi dibuat terpisah dalam akta tersendiri. Akta perjanjian pokok merupakan dokumen tersendiri, begitu juga perjanjian arbitrase, dengan demikian ada dua dokumen, yakni akta perjanjian pokok dan akta perjanjian arbitrase. Jadi *pactum de compromittendo* adalah akta yang terpisah dari perjanjian pokok. Waktu pembuatan perjanjian arbitrase harus tetap berpegang pada ketentuan, bahwa akta persetujuan arbitrase harus dibuat “sebelum” perselisihan atau sengketa terjadi. Hal ini harus sesuai dengan syarat formal keabsahan *pactum de compromittendo*, yaitu dibuat sebelum perselisihan diantara para pihak. Boleh dibuat beberapa saat setelah pembuatan perjanjian pokok, bisa juga dibuat beberapa lama setelah pembuatan perjanjian pokok. Yang pasti dibuat sebelum terjadi perselisihan atau sengketa.

2) Akta Kompromis

Bentuk perjanjian arbitrase yang kedua disebut “akta kompromis” atau *compromise and settlement* (perdamaian yang dicapai diluar pengadilan). Bentuk aktak kompromis, diatur dalam:

a) Pasal 618 Rv, yang berbunyi:

(1) Persetujuan arbitrase harus diadakan secara tertulis dan ditandatangani kedua belah pihak, jika para pihak tidak mampu menandatangani, maka persetujuan harus dibuat di muka notaries.

(2) Persetujuan harus memuat masalah yang menjadi sengketa, nama dan tempat tinggal para pihak, dan juga nama serta tempat tinggal arbiter atau anggota para arbiter yang selalu harus dalam jumlah ganjil.

Penerapan atau syarat sahnya akta kompromis yang diatur dalam Pasal 618 Rv, dapat dirinci sebagai berikut:

1) Pembuatan akta kompromis dilakukan “setelah” timbul sengketa;

2) Bentuknya harus “akta tertulis”, tidak dengan persetujuan lisan;

3) Akta kompromis harus ditandatangani oleh kedua belah pihak. Dalam hal para pihak tidakbisa menandatangani, akta kompromis harus dibuat di depan notaries.

4) Isi akta kompromis memuat:

(a) Masalah yang disengketakan;

(b) Nama dan tempat tinggal para pihak;

(c) Nama dan tempat tinggal para arbiter, dan

(d) Jumlah arbiter yang mereka tunjuk, jumlahnya harus ganjil.

b) Pasal 9 Undang-Undang Arbitrase, yang berbunyi:

(1) Dalam hal para pihak memilih menyelesaikan sengketa melalui arbitrase setelah sengketa terjadi, persetujuan mengenai hal tersebut harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh para pihak.

(2) Dalam hal para pihak tidak dapat menandatangani perjanjian tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), perjanjian tertulis tersebut harus dibuat dalam bentuk akta notaries.

(3) Perjanjian tertulis sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), harus memuat:

- a. Masalah yang dipersengketakan;
- b. Nama lengkap dan tempat tinggal para pihak;
- c. Nama lengkap dan tempat tinggal arbiter atau majelis arbitrase;
- d. Tempat arbiter atau majelis arbitrase akan mengambil keputusan;
- e. Nama lengkap sekretaris;
- f. Jangka waktu penyelesaian sengketa;
- g. Pernyataan kesediaan arbiter; dan
- h. Pernyataan kesediaan dari pihak yang beresngketa untuk menanggung segala biaya yang diperlukan untuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

(4) Perjanjian tertulis yang tidak memuat hal sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) batal demi hukum”.

c) Pasal II ayat (1) Konvensi New York 1958, yang berbunyi:

“each contracting State shall recognize an agreement in writing under which the patries undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or

which may arise between them in respect of a defined legal relationship whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.”

Dari bunyi Pasal 618 Rv dan Pasal 9 UU Arbitrase dapat dilihat, akta kompromis sebagai perjanjian arbitrase dibuat “setelah” timbul perselisihan antara para pihak yang berbunyi: Setelah para pihak mengadakan perjanjian, dan perjanjian sudah berjalan, timbul perselisihan. Sedangkan sebelumnya, baik dalam perjanjian maupun dengan akta tersendiri, tidak diadakan persetujuan arbitrase.

Kompromi itu sendiri berarti *a settlement of differences* yang bertujuan menghindari penyelesaian melalui peradilan (*to prevent a lawsuit*). Jadi, akta kompromis ialah akta yang berisi aturan penyelesaian perselisihan yang telah timbul di antara orang yang berjanji.

Jadi dapat ditarik kesimpulan bahwa perbedaan antara *pactum de compromittendo* dan akta kompromis hanya terletak pada saat pembuatan perjanjian. Bila *pactum de compromittendo* dibuat sebelum perselisihan terjadi, akta kompromis dibuat setelah perselisihan terjadi. Namun dari segi perjanjian keduanya tidak ada perbedaan.

Perjanjian arbitrase merupakan suatu kontrak. Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, perjanjian arbitrase dapat berupa bagian dari suatu kontrak atau merupakan suatu kontrak yang terpisah. Perjanjian arbitrase dalam suatu kontrak biasa disebut klausula arbitrase. Klausula arbitrase dapat berupa perjanjian yang sederhana untuk melaksanakan arbitrase, tetapi

dapat juga berupa perjanjian yang lebih komprehensif, yang memuat syarat-syarat arbitrase.⁹³

Klausula arbitrase ini merupakan hal yang penting karena akan menentukan berlangsungnya suatu arbitrase, bagaimana pelaksanaannya, hukum substantif apa yang berlaku, dan lain-lain.

b. Perjanjian Arbitrase Tidak Bersifat *Accessoir*

focus perjanjian arbitrase ditujukan kepada masalah penyelesaian perselisihan yang timbul dari perjanjian. Perjanjian ini bukan perjanjian “bersyarat”. Pelaksanaan perjanjian arbitrase tidak digantungkan pada sesuatu kejadian tertentu di masa mendatang. Perjanjian ini mengatur mengenai masalah cara dan pranata yang berwenang menyelesaikan perselisihan yang terjadi antara pihak.

Perjanjian arbitrase ini tidak melekat menjadi suatu kesatuan dengan materi pokok perjanjian. Perjanjian arbitrase yang lazim disebut “klausula arbitrase” merupakan tambahan yang diletakkan pada perjanjian pokok. Meskipun keberadaannya hanya sebagai tambahan pada perjanjian pokok klausula arbitrase maupun perjanjian arbitrase tidak bersifat *accessoir* oleh karena pelaksanaannya dan sama sekali tidak memengaruhi atau dipengaruhi oleh keabsahan maupun pelaksanaan pemenuhan perjanjian pokok.

Menurut Priyatna, Klausula Arbitrase dalam kontrak kini dianggap sebagai kesepakatan arbitrase dan arena statusnya sebagai kontrak, maka kesepakatan ini tidak dapat dibatalkan kecuali disepakati secara tegas, resmi, dan tertulis oleh para pihak, jadi walaupun seluruh kontrak di tolak atau batal ataupun dibatalkan, klausula arbitrase tetap berlaku, karena

⁹³ H. Priyatna Abdurasyid, Suatu Pengantantar Arbitrase & Penyelesaian Sengketa , (PT. Fikahati Aneska, 2002,) hlm 85.

klausula/perjanjian arbitrase memiliki kehidupannya sendiri dan independen.

Jadi dalam hal ini, jika klausula arbitrase diperlakukan hanya sebagai klausula terpisah yang merupakan kewajiban atau perikatan lain di samping perikatan lainnya yang telah ditentukan dalam suatu perjanjian tertentu, maka keberadaan klausula arbitrase dalam suatu perjanjian akan menjadi suatu *Severable Clause*. Sedangkan jika klausula arbitrase dianggap sebagai perjanjian mandiri, meskipun isinya terdapat atau terkandung dalam suatu perjanjian lain, klausula arbitrase dapat di anggap dan diperlakukan sebagai *Severable Contract*. Ini berarti diperlakukan sebagai apa pun klausula arbitrase dalam suatu perjanjian, baik sebagai *Severable Clause* maupun *Severable contract*, klausula arbitrase adalah independen terhadap pemenuhan kewajiban atau perikatan lain dalam perjanjian tersebut dan karena karenanya berlakulah asas separabilitas terhadapnya.

Asas Separabilitas dalam Arbitrase

Hal-hal 1 yang terkait dengan pengertian Separabilitas dalam Arbitrase:

1) Doktrin Separabilitas

Doktrin ini telah berkembang dan sekarang telah menjadi sebuah hokum. “Apabila tidak disepakati lain oleh para pihak, Perjanjian Arbitrase yang dibuat atau yang dibuat sebagai bagian dari suatu perjanjian (baik tertulis maupun tidak tertulis) tidak akan dianggap tidak berlaku, tidak ada atau tidak dapat dilaksanakan dengan alasan perjanjian pokoknya batal, atau dianggap tidak pernah ada atau menjadi tidak berlaku dan oleh karena sebab itu dianggap sebagai suatu perjanjian yang berdiri sendiri.”

Hasil dari keputusan ini adalah lahirnya suatu doktrin yang komprehensif dan lebih memberikan kepastian daripada

contoh kasus (yurisprudensi) yang sudah mempunyai posisi yang hampir sama.

Contoh kasus awal: evolusi dari doktrin separabilitas

The House of Lords membatalkan teori bahwa klausula arbitrase menjadi batal apabila wanprestasi dari perjanjian pokoknya pada tahun 1942. Mereka menyatakan bahwa adanya penolakan maupun adanya penerimaan penolakan tidak menyebabkan batalnya kewajiban untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase. Tetapi sebaliknya, pihak yang menerima kerugian dapat meminta untuk penilaian kerugian yang diderita akibat dari penolakan tersebut dilakukan melalui arbitrase.

“apa yang secara umum merupakan penolakan atau wanprestasi terhadap seluruh perjanjian...tidak membatalkan perjanjian tersebut meskipun semua kewajiban yang harus dilakukan oleh para pihak terhadap pihak lainnya tidak dapat dilaksanakan. Perjanjian tersebut tetap bertahan dengan tujuan untuk menilai tuntutan yang timbul sebagai akibat dari wanprestasi, dan klausula arbitrase tetap bertahan untuk menentukan cara untuk menyelesaikan sengketa. Tujuan dari perjanjian tersebut gagal, tetapi klausula arbitrase bukanlah merupakan salah satu tujuan dari perjanjian tersebut.”

Alasan dari doktrin separabilitas adalah bahwa klausula arbitrase mengatur suatu perjanjian jaminan atau perjanjian subsidi dari perjanjian pokok. Contoh kasus menyatakan kemudian bahwa klausula arbitrase tetap bertahan apabila perjanjian pokok menjadi tidak berlaku.

2) Konsepsi Separabilitas

Konsepsi separabilitas pada klausula arbitrase yang sekarang telah secara luas diterima adalah sesuatu yang tidak hanya

menarik dilihat dari segi teori, namun juga berguna dalam praktik. Hal ini berarti bahwa klausula arbitrase dalam suatu perjanjian dilihat sebagai suatu yang terpisah daripada perjanjian pokok yang dibuat sebagai bagian daripadanya dan oleh karena itu tetap bertahan apabila perjanjian tersebut berakhir. Memang akan menjadi peristiwa yang sangat tidak menguntungkan apabila sebuah wanprestasi dari suatu perjanjian atau menuntut bahwa suatu perjanjian dapat dibatalkan adalah cukup untuk membatalkan suatu klausula arbitrase juga, justru dalam keadaan inilah di mana suatu klausula arbitrase sangat diperlukan.

Dikatakan Separabilitas oleh karena hal itu memastikan, apabila sebagai contoh, salah satu pihak menuntut bahwa telah terjadi suatu wanprestasi terhadap seluruh perjanjian tersebut oleh pihak yang lain, perjanjian itu tidak dibatalkan untuk keseluruhannya. Melainkan:

“klausula arbitrase tetap berlaku sebagai tolok ukur dari tuntutan ganti rugi yang timbul dari wanprestasi dan klausula arbitrase tetap berlaku sebagai cara untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi. Maksud dari perjanjian gagal, tetapi klausula arbitrase bukan merupakan salah satu maksud dari perjanjian tersebut.”

Salah satu metode analisi keadaan ini adalah bahwa terdapat dua buah perjanjian. Perjanjian pokok atau utama merupakan kewajiban niaga daripada para pihak; perjanjian yang kedua atau jaminan berisi kewajiban dalam menyelesaikan setiap sengketa yang terjadi dari hubungan niaga dengan arbitrase. Perjanjian kedua ini mungkin saja tidak pernah dilaksanakan; tetapi bila dilaksanakan akan menjadi dasar dari penunjukan suatu dewan arbitrase dan untuk menyelesaikan setiap sengketa yang timbul dari perjanjian utama.

Doktrin separabilitas disetujui oleh institusi dan peraturan internasional arbitrase, seperti UNCITRAL, dimana sehubungan dengan permintaan untuk menentukan yurisdiksi dari dewan arbitrase:

“...sebuah klausula arbitrase yang merupakan suatu bagian dari perjanjian dan untuk memberikan arbitrase di bawah perjanjian tersebut harus diperlakukan sebagai sebuah perjanjian yang berdiri sendiri dari ketentuan lain dari perjanjian tersebut.”

Tujuan utama dari klausula arbitrase adalah untuk memberikan yurisdiksi kepada dewan arbitrase. Hal ini dikemukakan saat persiapan dari Model Law:

“Keuntungan utama dalam praktik dari ketentuan ini adalah mengatur secara jelas keberatan hukum, untuk salah satu pihak yang menginginkan untuk menunda atau menolak perjanjian arbitrasenya, untuk membatalkan klausula arbitrase dengan mempertanyakan dalam peradilan mengenai kekuatan atau keabsahan dari perjanjian.”

3) Separabilitas dalam Klausula Arbitrase

Ketika para pihak sepakat untuk membuat suatu perjanjian, baik secara tertulis maupun secara lisan, yang di dalamnya terdapat suatu klausula arbitrase yang tertulis, maka ini akan menunjukkan adanya perjanjian arbitrase. Tetapi, klausula arbitrase dan perjanjian yang di dalamnya terdapat klausula tersebut adalah dua perjanjian yang berbeda. Klausula arbitrase tersebut merupakan kesepakatan antar para pihak dalam perjanjian untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi baik saat ini ataupun di masa depan melalui arbitrase. Sebuah perjanjian yang di dalamnya tercantum klausula arbitrase adalah perjanjian pokok. Sengketa yang timbul dari perjanjian pokok tersebut adalah objek dari arbitrase.

Apabila tidak disepakati lain oleh para pihak, perjanjian arbitrase yang dibuat atau merupakan bagian dari sebuah perjanjian (baik tertulis atau lisan) tidak boleh dianggap tidak berlaku, menjadi tidak ada, atau tidak bisa dijalankan karena perjanjian pokoknya tidak berlaku atau menjadi tidak ada atau tidak bisa dijalankan dan oleh karena tujuannya harus diperlakukan sebagai suatu perjanjian yang berbeda.

Section 7 of the AA 1996 memberikan kekuatan hukum kepada *Common Law Rule* dalam *Harbour Assurance Co.(UK) Ltd vs Kansas General International Insurance Co. Ltd (1993) QB 701*, bahwa perjanjian arbitrase di dalam suatu perjanjian merupakan perjanjian yang terpisah. Dalam kasus tersebut *the Court of Appeal* menyatakan meskipun perjanjian pokok batal karena bertentangan dengan hukum tersebut tidak menggugurkan perjanjian arbitrase. Tetapi dimana sebuah perjanjian yang batal sejak dibuatnya atau disepakatinya perjanjian tersebut (void ab initio) karena salah satu pihak adalah yang belum dewasa, maka dengan alasan ini perjanjian arbitrase pun dapat menjadi batal. Perjanjian arbitrase pada dasarnya adalah sama dengan perjanjian pada umumnya. Persyaratan penawaran dan penerimaan (kesepakatan para pihak), hal tertentu, kecakapan para pihak dan keinginan untuk mengadakan hubungan hukum berlaku pada perjanjian arbitrase sama dengan perjanjian pada umumnya.

Konsep bahwa perjanjian arbitrase adalah terpisah dari perjanjian pokoknya bukanlah merupakan hal yang baru. *In Heyman vs Darwins Ltd (1942) AC 356 the House of Lords*, menyatakan bahwa sebuah perjanjian arbitrase tidak batal karena wanprestasi dari perjanjian pokok. *The House of Lords* menambahkan bahwa baik penolakan terhadap perjanjian pokok oleh salah satu pihak ataupun penerimaan

dari penolakan tersebut tidak akan menentukan perjanjian arbitrase. Lord Mcmillan mengemukakan, bahwa pihak yang tidak wanprestasi dapat memaksa, dalam suatu peristiwa bahwa permasalahan tersebut dapat diberikan kepada dewan arbitrase untuk memutuskan:

“Apa yang secara umum diterima sebagai penolakan atau wanprestasi pada perjanjian seluruhnya...tidak membatalkan perjanjian tersebut...meskipun semua prestasi dari kewajiban yang disepakati oleh para pihak dengan pertimbangan pihak lainnya dapat berakhir. Perjanjian tersebut tetap berlaku dengan tujuan untuk mengatur ganti rugi yang timbul akibat dari wanprestasi dan klausula arbitrase tersebut tetap berlaku untuk menentukan bagaimana mereka menyelesaikan sengketa tersebut.”

Tetapi, dalam *Heyman vs Darwins* sebuah perbedaan disimpulkan, yaitu antara klausula arbitrase yang terdapat di dalam perjanjian pokok apabila perjanjian tersebut dibatalkan secara tidak benar oleh salah satu pihak dan kekuatan dari klausula arbitrase apabila perjanjian pokok batal demi hukum.

Dalam kasus sebelumnya, *The House of Lords* menyatakan bahwa klausula arbitrase tidak dapat menjadi gugur tetapi di dalam kasus berikutnya dinyatakan bisa, yaitu dalam *Joe Lee Lts vs Lord Dalmeny (1997) 1 Ch 300*. *The Court of Appeal* dalam *Harbour Assurance Co. (UK) Ltd v Kansas General International Insurance Co. Ltd (1993) QB 701* menyimpulkan perbedaan yang lebih jelas yaitu antara kekuatan dari klausula arbitrase apabila perjanjian pokok batal karena melawan hokum atau batal sejak awal perjanjian dibuat (*void ab initio*). Dalam kasus sebelumnya *The House*

of Appeal menyatakan bahwa klausula arbitrase dapat tetap berlaku tetapi pada kasus setelahnya menyatakan sebaliknya.

Jadi, dapat ditarik kesimpulan bahwa asas separabilitas yang terkandung dalam arbitrase, bertujuan untuk membedakan atau memisahkan antara perjanjian pokok tidak menyebabkan batalnya atau tidak berlakunya perjanjian arbitrase. Semuanya terpulangkan kembali pada perumusan pasal 1320 KUHPer mengenai sahnya perjanjian.

4.3 Analisis Perjanjian Menurut Pendapat Para Ahli

Dalam kehidupan bermasyarakat, manusia tidak lepas dari ketergantungan terhadap orang lain. Antara manusia yang satu dengan yang lainnya tergantung satu sama lain. Manusia saling berinteraksi. Interaksi-interaksi⁹⁴ ini timbul melalui hubungan-hubungan di antara manusia itu. Hubungan-hubungan tersebut disebut juga hubungan-hubungan sosial.

Dalam khazanah ilmu pengetahuan, ilmu sosiologi mempelajari hubungan-hubungan kemasyarakatan tersebut. Ilmu sosiologi mempelajari hubungan-hubungan, interaksi yang ada di dalam masyarakat. Sosiologi juga merupakan ilmu yang mempelajari masyarakat, struktur, proses, perubahan-perubahan yang berlangsung di dalam masyarakat serta masalah-masalah yang ada di dalam masyarakat⁹⁵.

Ilmu Hukum sebagai bagian dari ilmu sosial, juga memiliki keterkaitan dengan ilmu sosiologi. Efektivitas hukum tentunya dapat dilihat dari penerapannya di dalam masyarakat. Seringkali apa yang tercantum dalam ketentuan hukum tidak sesuai dengan penerapan yang ada di masyarakat. Hukum

⁹⁴ Interaksi dalam tulisan ini adalah interaksi sosial. Gillin dan Gillin dalam tulisannya *Cultural Sociology, a revision of An Introduction to Sociology*, yang dikutip oleh Soerjono Soekanto dalam tulisannya *Sosiologi Suatu Pengantar* (h.67) mengemukakan bahwa interaksi sosial merupakan hubungan-hubungan sosial yang dinamis yang menyangkut hubungan antara orang-orang perorangan, antara kelompok-kelompok manusia, maupun antara orang perorangan dengan kelompok manusia.

⁹⁵ Selo Soemardjan dan Soelaeman Soemardi (ed), *Setangkai Bunga Sosiologi*, (Jakarta: Lembaga Penerbitan FEUI, 1974), h. 29.

yang ada di dalam buku seringkali tidak sesuai dengan kenyataan yang ada di masyarakat⁹⁶.

Berkaitan dengan hal tersebut, beberapa ahli hukum yang meneliti kenyataan hukum di masyarakat memiliki pandangan yang berbeda mengenai hukum⁹⁷. Mereka berpandangan bahwa hukum bukanlah sekedar kaidah-kaidah tetapi hukum merupakan kenyataan sosial. Mereka yang memiliki pandangan demikian dikategorikan dalam aliran sosiologi hukum. Beberapa ahli yang dapat dikategorikan sebagai pelopor aliran sosiologi hukum antara lain: Max Weber, Roscoe Pound, Eugene Ehrlich, Schuyt, Talcott Parsons, Emile Durkheim.

Sosiologi hukum menarik untuk dibahas karena efektivitas hukum dapat dilihat dari kenyataan yang ada di masyarakat. Apakah hukum memang benar-benar diterapkan dalam masyarakat dan bagaimana reaksi masyarakat terhadap hukum tersebut⁹⁸.

Beberapa ahli hukum bahkan berpandangan bahwa hukum dipengaruhi oleh fase-fase perkembangan dalam masyarakat. Berkembangnya masyarakat maka hukum yang diterapkan pun berkembang disesuaikan dengan kebutuhan masyarakat. Beberapa ahli yang berpandangan demikian antara lain Max Weber dengan empat tingkatan perkembangan hukumnya, Emile Durkheim dengan solidaritas masyarakatnya, dan lain-lain⁹⁹.

Salah satu bahasan yang menarik untuk dikaji lebih dalam oleh penulis adalah paktek hukum kontrak baku atau kontrak standar yang menurut penulis merupakan salah satu perkembangan dari hukum perikatan, dan jenis kontrak baku ini atau kontrak standar akhir-akhir ini telah banyak dipergunakan dan penggunaannya telah meluas, tidak hanya di bidang bisnis saja tetapi juga dalam bidang pelayanan jasa, seperti perjanjian antara pengguna aliran listrik dengan perusahaan listrik, pengguna kartu kredit atau ATM dengan pihak bank dan lain-lain.

⁹⁶ Pada kenyataannya, hal tersebut memang terjadi. Sebagai contoh yang seringkali terjadi adalah dalam hal pelanggaran lalu lintas. Menurut ketentuan yang berlaku, setiap pelanggaran diselesaikan melalui mekanisme pengadilan singkat, prakteknya, ada istilah “uang damai” yang dipungut oleh polisi sehingga penegakan hukum tidak berjalan.

⁹⁷ Bidang yang mengkaitkan hubungan antara kenyataan di masyarakat dengan hukum adalah sosiologi hukum atau dalam istilah hukum Barat ialah *Sociological Jurisprudence*.

⁹⁸ L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, cet. ke-24, (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 1990), h. 415.

⁹⁹ Dalam tulisan ini dibahas mengenai teori Emile Durkheim mengenai hukum kontrak kemudian sebagai pembandingnya adalah teori Max Weber mengenai hukum kontrak.

Berkembangnya masyarakat tentunya membawa berbagai perubahan terutama dalam praktek hukum perikatan¹⁰⁰. Salah satu bentuk perkembangan hukum perikatan ialah lahirnya bentuk kontrak baku atau kontrak standar, yang telah dijelaskan dalam pemaparan sebelumnya.

Hukum perikatan dalam hukum Indonesia diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata pada buku ketiga Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Kontrak masuk dalam hukum perjanjian dan hukum perjanjian merupakan bagian dari hukum perikatan. Perkataan perikatan mempunyai arti yang lebih luas dari perkataan “Perjanjian”¹⁰¹, sebab dalam Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata diatur juga mengenai hubungan hukum yang sama sekali tidak bersumber pada suatu persetujuan atau perjanjian yakni mengenai perikatan-perikatan yang timbul dari persetujuan atau perjanjian. Jadi berisikan hukum perjanjian¹⁰².

Adapun yang dimaksudkan dengan perikatan menurut Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata adalah suatu hubungan hukum (mengenai kekayaan harta benda) antara dua orang, yang memberi hak pada yang satu untuk menuntut barang sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya ini diwajibkan memenuhi tuntutan itu¹⁰³. Adapun yang dapat dituntut tersebut dinamakan prestasi yang menurut undang-undang dapat berupa:

1. menyerahkan suatu barang,
2. melakukan suatu perbuatan,
3. tidak melakukan suatu perbuatan¹⁰⁴.

Sumber-sumber perikatan dapat lahir dari suatu perjanjian atau persetujuan dan dari undang-undang¹⁰⁵. Perikatan yang lahir dari undang-undang dapat dibagi

¹⁰⁰ Menurut R. Subekti dalam “*Pokok pokok Hukum Perdata*”, cet. XXVII, (Jakarta: PT Intermasa, 1995), h. 122. “perikatan merupakan suatu pengertian abstrak.”

¹⁰¹ Menurut R. Subekti dalam, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, “perjanjian adalah suatu peristiwa hukum yang konkrit.”

¹⁰² Dengan demikian, hukum perjanjian merupakan bagian dari hukum perikatan.

¹⁰³ Kitab Undang-undang Hukum Perdata terbagi atas 4 bagian buku yakni buku I tentang orang memuat hukum tentang diri seseorang dan hukum keluarga, buku II tentang benda memuat hukum perbendaan serta hukum waris, buku III tentang perikatan memuat hukum kekayaan yang mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang berlaku terhadap orang-orang atau pihak-pihak tertentu, buku IV tentang pembuktian dan lewat waktu (kadaluarsa) memuat hal alat-alat pembuktian dan akibat-akibat lewat waktu terhadap hubungan-hubungan hukum.

¹⁰⁴ Buku III KUHPerdata mengatur tentang hubungan hukum antara orang dengan orang, hal tersebut diatur dalam pasal 1234 KUHPerdata. Menurut pasal ini, tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu.

¹⁰⁵ Menurut pasal 1233 KUHPerdata, tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang.

dua yakni perikatan yang lahir dari undang-undang saja dan yang lahir dari undang-undang karena suatu perbuatan orang. Perikatan yang lahir dari undang-undang karena suatu perbuatan orang dibagi menjadi dua yakni perikatan-perikatan yang lahir dari suatu perbuatan yang diperbolehkan dan yang lahir dari perbuatan yang berlawanan dengan hukum¹⁰⁶.

Bentuk kontrak baku atau kontrak standar merupakan bagian dari hukum perikatan yang masuk dalam perikatan yang lahir dari suatu perjanjian. Perjanjian yang dibuat tersebut tidak terlepas dari ketentuan-ketentuan hukum yang tercantum dalam Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata, mengenai syarat-syarat sahnya perjanjian serta asas-asas yang menjadi landasan dibuatnya perjanjian¹⁰⁷.

4.3.1 Perjanjian menurut Emile Durkheim

Emile Durkheim adalah seorang sosiolog berkebangsaan Perancis. Ia dilahirkan dekat Strasbourg pada tahun 1858 dan menamatkan studinya pada Ecole Normal. Dia memberikan kuliah sosiologi pada Universitas Bordeaux dan di Sorbonne. Dia mengajar pendidikan dan sosiologi semenjak tahun 1902 hingga meninggalnya pada tahun 1917¹⁰⁸. Pandangan-pandangannya didasarkan pada data yang ada dalam masyarakat. Adapun yang merupakan pusat perhatian Durkheim adalah pertanyaan besar tentang apa yang membentuk masyarakat, bukankah masing-masing individu memiliki keinginan-keinginan, kepentingan-kepentingan sendiri yang berbeda satu sama lain, tetapi mengapa mereka menyatukan diri dalam satu kelompok yakni masyarakat, mengapa mereka dapat hidup di dalam satu kelompok yakni masyarakat, dan apa yang menjadi dasar pengikat sehingga mereka dapat hidup dalam kelompok yakni masyarakat¹⁰⁹.

Jawaban atas pertanyaan-pertanyaan tersebut dituangkan oleh Durkheim melalui bukunya dengan judul *De la division du travail social* yang diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan judul *The Division of Labor in Society* (1893)¹¹⁰. Durkheim menemukan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan yang ada di dalam benaknya. Menurutnya, faktor pengikat individu-individu sehingga dapat hidup

¹⁰⁶ R. S ubekti, *op. cit.*, h.123.

¹⁰⁷ Pemaparan mengenai praktek kontrak baku dalam tulisan ini hanya sekilas sebagai contoh mengenai kontrak baku yang digunakan dalam praktek di masyarakat.

¹⁰⁸ Soerjono Soekanto, Emile Durkheim Aturan-aturan Metode Sosiologis (Seri Pengenalan Sosiologi 2), cet. Pertama, (Jakarta: CV Rajawali Pers, Juni, 1985), h.153.

¹⁰⁹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, cet- ke-3 (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1991), h. 288.

¹¹⁰ Hasil karya Emile Durkheim yang terkemuka lainnya: *The Rules of Sociological Method* (1895), *The Elementary of Religious Life* (1913).

dalam satu ikatan kemasyarakatan adalah solidaritas¹¹¹. Solidaritas inilah yang menjadi pengikat dalam hubungan kemasyarakatan. Menurutnya, yang pertamanya ada adalah kesadaran sosial, bukan kesadaran individual. Durkheim menekankan perhatiannya pada periode solidaritas itu terbentuk yaitu pada saat hubungan antara orang-orang dalam satu wilayah hanya bersifat kadangkala, maka belum terbentuk masyarakat dengan pengaturan yang terperinci. Durkheim mengemukakan teorinya dengan menggunakan metode empiris yakni berdasarkan data yang ada di dalam masyarakat, sekalipun solidaritas tidak dapat diangkat dan diukur dengan pasti¹¹². Durkheim menggunakan ukuran empiris dengan suatu hal yakni hukum. Durkheim menghubungkan kaidah-kaidah hukum dengan jenis-jenis solidaritas yang ada dalam masyarakat, menemukan hukum sebagai suatu kaidah yang bersanksi. Berat ringannya sanksi senantiasa tergantung dari sifat-sifat pelanggaran, anggapan-anggapan serta keyakinan masyarakat tentang baik buruknya suatu tindakan dan peranan-peranan sanksi tersebut dalam masyarakat. Bertolak dari penemuan tersebut, ia selanjutnya melihat adanya pertalian antara jenis jenis hukum tertentu dengan sifat solidaritas dalam masyarakat¹¹³.

Dalam uraian sebelumnya, Durkheim mempertanyakan apa yang menyebabkan masyarakat dapat menjadi satu, dari pertanyaan tersebut, Durkheim meneliti mengenai masalah “tertib atau tatanan sosial” (*social order*). Masalah tertib atau tatanan sosial ini berkaitan dengan masalah pengintegrasian sosial. Salah satu bentuk khusus pengintegrasian ini adalah proses normatif. Proses ini merupakan unsur fundamental bagi integrasi sosial. Secara fungsional, hukum merupakan mekanisme pengintegrasian. Pada saat yang sama, hukum itu merupakan pencerminan dan sekaligus juga indeks dari solidaritas sosial. Bersama-sama dengan moralitas, hukum merupakan perwujudan dan sekaligus sarana untuk mencapai harmoni sosial. Dengan demikian, hukum merupakan sarana pengorganisasian karena adanya hukum maka masyarakat dapat stabil dan berkesinambungan. Jadi, hukum dapat dikatakan sebagai alat integrasi dalam kehidupan masyarakat¹¹⁴.

Selanjutnya, Durkheim melihat bahwa masyarakat di dunia ini tidak sama dalam perkembangannya. Bentuk solidaritas itu bermacam-macam, ada yang sederhana dan ada yang rumit. Durkheim menarik kesimpulan bahwa ada dua tipe

¹¹¹ Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, *solidaritas* memiliki arti *sifat satu rasa* (senasib, dsb); *perasaan setia kawan*.

¹¹² Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, h. 228.

¹¹³ Adanya solidaritas-solidaritas tersebut berkaitan dengan jenis-jenis hukum, yang pada pemaparan selanjutnya akan dikemukakan. Solidaritas masyarakat mekanik memiliki tipe hukum represif dan solidaritas masyarakat yang organis memiliki tipe hukum restitutif.

¹¹⁴ *Op. cit.*, h. 289.

masyarakat dengan tipe hukum dan tipe solidaritas yang berbeda. Dua tipe masyarakat dengan tipe hukum dan tipe solidaritas itu adalah:

1. Bentuk masyarakat yang sederhana memiliki bentuk solidaritas yang mekanik dan tipe hukum yang represif.
2. Bentuk masyarakat yang kompleks memiliki bentuk solidaritas yang organik dan tipe hukum yang restitutif¹¹⁵.

Solidaritas mekanik ditimbulkan kesamaan yang mengaitkan individu dengan masyarakatnya. Di dalam masyarakat tersebut terdapat kesamaan antara para anggotanya mengenai kebutuhan-kebutuhan, perilaku, kepercayaan dan sikap. Perasaan kesamaan ini tidak hanya menarik para anggota menjadi satu melainkan sekaligus menjadi landasan berdirinya masyarakat. Dengan demikian, serangan terhadap masyarakat akan dihadapi dengan kesadaran bersama pula, berupa penindakan terhadap serangan tersebut, dalam hal ini berupa pemidanaan¹¹⁶.

Apabila hukum yang menindak mencerminkan masyarakat yang bersifat kolektif, maka hukum yang mengganti merupakan pencerminan suatu masyarakat yang telah mempunyai diferensiasi dan spesialisasi fungsi-fungsi. Dengan demikian, keadaan ini menciptakan perbedaan-perbedaan dalam pengalaman dan pandangan. Dalam segi dinamikanya, diferensiasi ini menimbulkan kebutuhan akan adanya kerjasama antara para individu anggota masyarakat. Solidaritas yang ditimbulkan dengan adanya keadaan demikian tersebut disebut solidaritas organik¹¹⁷. Hukum yang dibutuhkan bukan lagi yang bekerja secara menindak, melainkan yang memberikan penggantian sehingga keadaannya menjadi pulih kembali seperti semula.

Yang termasuk dalam hukum represif adalah hukum pidana, sedangkan yang termasuk dalam hukum restitutif adalah hukum perdata, hukum acara, hukum administratif dan sebagainya¹¹⁸. Hukum represif lahir dari masyarakat sederhana dan homogen. Hal ini disebabkan oleh karena keutuhan masyarakat-masyarakat yang secara relatif sederhana dan homogen¹¹⁹. Hal ini disebabkan oleh

¹¹⁵ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, cet. II, (Jakarta : PT Toko Gunung Agung Tbk, 2002), h.285.

¹¹⁶ Soerjono Soekanto, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, cet. ke-11, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, Okt, 2001), h. 43.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Hari C hand, *Modern Jurisprudence*, (Kuala Lumpur: *International Law Book Services*, 1994), h.184.

¹¹⁹ Soerjono Soekanto, *op- cit.*

karena kebutuhan masyarakat tersebut dijamin oleh hubungan antarmanusia yang erat serta adanya tujuan bersama. Dengan demikian jika terjadi pelanggaran dan kejahatan dianggap sebagai tindakan yang mencemarkan keyakinan bersama. Dalam hal ini maka seluruh masyarakat akan bertindak karena penyimpangan tersebut mengancam ketenangan kehidupan masyarakat, tetapi di lain pihak secara tidak langsung juga memperkuat ikatan kelompok tadi.

Hukum yang restitutif lahir dari masyarakat yang lebih modern dan lebih kompleks yaitu masyarakat yang ditandai oleh pembagian kerja yang kompleks¹²⁰. Hubungan mereka tidak didasarkan pada “kesadaran kolektif” dan tidak melibatkan kepentingan bersama yang kuat. Sanksi hukumnya tidak seberat sanksi represif. Durkheim membagi hukum restitutif ke dalam 2 bagian, antara lain:

1. Hubungan negatif, ditandai dengan tidak memihak, berhubungan dengan orang dan benda. Jadi, hukum kepemilikan (hak milik) bersifat negatif yang tidak berhubungan dengan hak-hak positif dan tidak mengganggu.
2. Hubungan positif, yang timbul dari kerjasama. Contohnya: kontrak. Cabang hukum lainnya seperti hukum ekonomi, hukum administrasi, dan hukum konstitusi¹²¹.

Hukum restitutif menjadi lebih kompleks dalam masyarakat yang pembagian kerjanya (diferensiasi sosialnya) lebih tinggi.

Durkheim menyatakan bahwa hukum represif dapat berubah menjadi hukum restitutif¹²², hal ini terjadi karena meningkatnya diferensiasi dalam masyarakat, reaksi kolektif yang utuh dan kuat terhadap penyelewengan-penyelewengan menjadi berkurang di dalam sistem yang bersangkutan. Artinya, yang pokok adalah untuk mengembalikan kedudukan seorang yang dirugikan ke keadaan semula yang merupakan hal pokok dalam menyelesaikan perselisihan-perselisihan (pemulihan keadaan).

¹²⁰ Menurut P itirim A Sorokin dalam Sosial dan Cultural Mobility yang d iikutip oleh S oerjono Soekanto dalam Sosiologi Suatu Pengantar, pembagian kerja muncul seiring dengan berkembangnya teknologi dan zaman. Pembagian kerja menjadi lebih spesifik, lebih khusus, tidak bersifat umum dan sederhana. Masyarakat bekerja sesuai dengan bidang keahlian yang dimilikinya dan jenis-jenis pekerjaan tidak sederhana lagi, bermacam-macam, sesuai dengan teknologi, bidang yang berkembang.

¹²¹ Hari Chand, *op. cit.*, hh.184-185.

¹²² Soerjono Soekanto, *op. cit.*, h.44.

Mengenai Perjanjian, Durkheim memiliki pandangan yang berbeda. Lazimnya, perjanjian dibuat berdasarkan kesepakatan para pihak, individu yang satu dengan individu yang lain dan perjanjian tersebut mengikat kedua pihak tersebut. Namun, Durkheim menyatakan bahwa perjanjian bukan berdasarkan keinginan 2 pihak saja, tetapi juga didasarkan atas keinginan masyarakat.

Durkheim menyatakan kontrak itu bersifat sosial. Dikatakannya:

“Suatu perjanjian itu tidak cukup untuk bisa berdiri sendiri, tetapi ia bisa dilakukan hanya karena adanya peraturan-peraturan yang mengaturnya dan karenanya merupakan sesuatu yang pada hakikatnya bersifat sosial”¹²³.

Berdasarkan kutipan di atas, pendapat Durkheim menyimpang dari kelaziman bahwa kontrak merupakan perbuatan yang bersifat individual dan diakuinya asas kebebasan berkontrak sebagai landasan dari pembuatan kontrak. Durkheim menyatakan kontrak itu dimungkinkan untuk dilaksanakan oleh karena masyarakat membuat kerangkanya yaitu dalam bentuk peraturan-peraturan yang mensahkan kontrak itu, seperti syarat-syarat kontrak, akibat-akibatnya, dan sebagainya¹²⁴.

Durkheim berpandangan bahwa fungsi utama perjanjian adalah pengakuan hak. Dia mendukung paham imbal balik, artinya seseorang melakukan prestasi maka ia akan mendapatkan balasan dari prestasi yang ia lakukan. Menurut Durkheim, perjanjian telah berubah dari status perjanjian ke perjanjian kehendak. Status kontrak adalah pihak atau subyek kontrak yang dianggap sakral. Awalnya, tata cara memegang peranan penting dalam formasi kontrak tetapi dengan kemajuan produksi, perdagangan, perekonomian, tatacara tersebut hilang. Kontrak berdasarkan konsensus memegang peranan penting dan kontrak jenis ini merupakan kontrak yang adil dan berkembang di masa akan datang. Kontrak yang adil adalah adanya keseimbangan dalam nilai-nilai obyek sosial atau pertukaran pembayaran¹²⁵.

Pandangan Durkheim mengenai kontrak sejalan dengan syarat sahnya kontrak yang ditentukan dalam undang-undang maupun menurut kebiasaan yang berlaku. Kontrak, sebagai bagian dari hukum perikatan dan mengandung unsur-unsur perikatan berisi klausula-klausula yang mencerminkan keinginan para pihak, klausula-klausula tersebut disetujui, disepakati dan dijadikan aturan bagi

¹²³ Satjipto R ahardjo, Ilmu Hukum, c et. ke-3, (Bandung: P T C itra Aditya Bakti, 1 991), h. 2 91.

¹²⁴ Ibid., h. 292.

¹²⁵ Hari Chand, *op. cit*, h.189.

mereka, para pihak yang mengikatkan diri dalam kontrak tersebut. Bahkan kontrak tersebut mengikat pula pihak ketiga apabila dalam klausul kontrak ada keterkaitan dengan pihak ketiga¹²⁶. Prinsip ini sama halnya dengan apa yang telah dikemukakan oleh Durkheim, bahwa kontrak tidak hanya mengikat kedua belah pihak yang mengikatkan diri pada kontrak tersebut tetapi juga mengikat pada pihak ketiga, dalam hal ini masyarakat. Kemudian, para pihak tidak merupakan individu-individu yang memiliki kebebasan sepenuhnya, kebebasan tersebut dibatasi oleh ketentuan perundang-undangan yang mengatur klausula-klausula apa saja yang diperbolehkan dalam membuat kontrak. Hal ini sejalan dengan pandangan Durkheim yang menyatakan bahwa kontrak tidak sepenuhnya cerminan kebebasan dari para pihak.

4.3.2 Perjanjian menurut Max Weber

Selain Durkheim, ada seorang ahli yang dikategorikan dalam aliran sosiologi hukum, dia adalah Max Weber, seorang berkebangsaan Jerman yang merupakan ahli hukum, seorang sosiolog dan juga pakar ekonomi. Weber memiliki pandangan yang berbeda mengenai pengaruh ekonomi terhadap hukum maupun pengaruh masyarakat terhadap hukum dan sebaliknya¹²⁷.

Menurut Weber, hukum dipahami sebagai suatu kompleks dari kondisi-kondisi faktual yang ditentukan oleh tindakan-tindakan manusia. Weber memandang hukum dalam konteksnya dan hubungannya dengan sanksi. Bagi Weber, hukum baru dapat disebut hukum jika ada jaminan eksternal bahwa aturan itu dapat dipaksakan melalui paksaan fisik ataupun psikologis¹²⁸.

Weber mengkaji perkembangan hukum dan perkembangan masyarakatnya di mana konsep dasar Weber memandang perkembangan hukum ataupun

¹²⁶ Klausula-klausula kontrak yang disetujui, disepakati dan dijadikan aturan bagi para pihak yang mengikatkan diri dalam kontrak dikenal juga dengan asas "Pacta Sunt Servanda" yang tercantum dalam pasal 1338 KUHPerdara. Menurut pasal 1338 KUHPerdara, semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

¹²⁷ Soerjono Soekanto dalam tulisannya Pengantar Sosiologi Hukum (h.45) mengemukakan bahwa Max Weber mempelajari pengaruh politik, agama dan ekonomi terhadap perkembangan hukum serta juga pengaruh dari para teoritikus hukum, praktikus hukum maupun apa yang dinamakannya para honorariorien bertujuan untuk merumuskan teorinya mengenai tahap-tahap rasionalisasi peradaban Barat serta faktor-faktor yang mempengaruhinya. Tahap-tahap rasionalisasi tersebut dibahas dalam pemaparan berikutnya dalam tulisan ini.

¹²⁸ Menurut Weber, paksaan fisik atau psikologis ditujukan untuk mematuhi tatanan atau menindak pelanggaran, akan diterapkan oleh suatu perangkat terdiri dari orang-orang yang khusus menyiapkan diri untuk melakukan tugas-tugas tersebut. Menurut Satjipto Rahardjo, definisi hukum yang demikian itu memang cocok untuk mendukung pemikiran tentang birokrasi sebagai suatu landasan untuk melakukan administrasi terhadap hukum yang dikonsepsikan secara rasional sistematis itu (Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, cet. ke-3 (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1991), h. 295.

perkembangan masyarakat selalu bergerak dari yang irasional ke yang rasional dan kemudian transisi dari “substantively rational law” ke “formally rational law”¹²⁹.

Max Weber membedakan empat tahapan baik dari “mode of creation”, “formal qualities” dan “types of justice”. Pada “mode of creation” tahap kharismatik, menggunakan kualitas formal yang bersifat “magical formalism dan irrationality” dengan tipe keadilan bersifat kharismatik. Pada mode of creation, tahap empirical, maka tahap kualitas formalnya adalah “reliance on honorationers” dan tipe keadilannya adalah “khadi justice”. Berikutnya pada “mode of creation” tahap *secule theocratic*, maka kualitas formalnya bersifat “Theocratic Substantive Rationality” dengan tipe keadilan yang empirical justice”. Terakhir, pada mode of creation tahap professionalised menggunakan kualitas formal yang “logical sublimation” dengan tipe keadilan yang “rational justice”¹³⁰.

Weber juga menaruh perhatian terhadap hubungan antara hukum dan kapitalisme. Perhatiannya berkisar pada dua tema masing-masing :

1. Arti penting dari “hukum rasional” dalam hubungan kausalnya dengan perkembangan kapitalisme;
2. Sampai sejauh mana faktor-faktor ekonomi yang bisa ditunjuk sebagai mempunyai peranan kausal dalam perkembangan sistem-sistem hukum¹³¹.

Mengenai hubungan antara hukum dan kegiatan ekonomi, Weber mengatakan sebagai berikut :

“Obviously, any legal guarantee is directly at the service of economic interests to a very large extent. Even where this does not seem to be, or actually is not, the case, economic interests are among the strongest factors influencing the creation of law. For, any authority guaranteeing a legal order depends, in some way, upon the consensual action of the

¹²⁹ Usaha Weber untuk menyingkap ciri yang menonjol dari masyarakat Barat yakni rasionalitas sebagai kuncinya mengenai hukum yang terbagi atas *substantively rational law* dan *formally rational law*. Kedua hal ini berhubungan dengan bagaimana suatu sistem yang disusun merupakan suatu sistem yang mampu menentukan sendiri peraturan dan prosedur yang dipakai untuk mengambil suatu lapisan dan penggunaan dari bahan masing-masing sistem hukum tersebut (formal atau substantif) termasuk di dalamnya peraturan-peraturan serta prosedur-prosedur.

¹³⁰ Achmad Ali, *op. cit.*, h. 282.

¹³¹ Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, h. 295.

constitutive sosial groups, and the formation of the sosial groups depends, to a large extent upon constellation of material interests.¹³²”

Kutipan di atas diterjemahkan secara bebas ialah bahwa kenyataannya, suatu jaminan hukum secara langsung merupakan pelayanan kepentingan-kepentingan ekonomi dalam skala besar. Walaupun sebenarnya tidak demikian, namun kenyataannya, kepentingan-kepentingan ekonomi mempengaruhi terbentuknya hukum. Bagi suatu kekuasaan, pemberian jaminan dalam bentuk peraturan-peraturan hukum tersebut tergantung pada konsensus yang ada dalam kelompok masyarakat Pembentukan kelompok masyarakat pun sebagian besar tergantung pada hubungan-hubungan yang berlandaskan pada kepentingan material.

Berkaitan dengan pembahasan mengenai teori Emile Durkheim mengenai kontrak dikaitkan dengan praktek kontrak baku atau kontrak standar, ada baiknya dibahas pula teori Max Weber mengenai kontrak. Teori Max Weber dalam pembahasan ini sebagai pembandingan dari teori Emile Durkheim mengenai kontrak.

Pada penjelasan sebelumnya, Weber mengemukakan bahwa ada hubungan antara hukum dan ekonomi. Weber mengemukakan bahwa kepentingan ekonomi mempengaruhi hukum¹³³. Hukum yang lahir diharapkan dapat memberikan jaminan keamanan bagi para pelaku ekonomi. Hukum juga merupakan aturan main bagi para pelaku ekonomi dalam menjalankan kegiatan ekonomi.

Kontrak merupakan salah satu bentuk hukum yang lahir dari kegiatan perekonomian. Berbagai macam transaksi yang terjadi dalam kegiatan perekonomian tidak terlepas dari keberadaan kontrak. Kontrak memegang peranan penting dalam kegiatan ekonomi karena isi kontrak mencerminkan keinginan para pihak yang mengikatkan diri dalam kontrak tersebut. Keinginan-keinginan tersebut dirumuskan dalam klausula-klausula yang mengandung hak-hak serta kewajiban-kewajiban para pihak yang kemudian disepakati oleh para pihak dan dijadikan hukum, ketentuan, bagi para pihak.

¹³² Hari Chand, *op. cit.*, h . 177.

¹³³ Pada kenyataannya, kepentingan ekonomi mempengaruhi hukum, sebagai contoh dibentuknya Undang-undang No.78 tahun 1958 mengenai Penanaman Modal Asing yang bertujuan untuk mempertinggi kehidupan rakyat di bidang ekonomi karena modal di Indonesia belum mencukupi maka dianggap bermanfaat menarik modal asing. Oleh karena itu, dibentuklah undang-undang penanaman modal asing, se lain b ertujuan menarik i nvestasi asing, u ndang-undang i ni j uga m engatur tata cara penanaman modal asing di Indonesia. Dengan demikian, pandangan Weber mengenai kepentingan ekonomi mempengaruhi hukum memang benar adanya.

Weber mengemukakan bahwa dengan berkembangnya kekuatan ekonomi, terutama berkembangnya pasar, maka hukum kontrak juga berkembang¹³⁴. Tentu saja, ada keterkaitan yang erat antara perluasan pasar dan kebebasan berkontrak. Kebebasan berkontrak tidak tak terbatas. Pembatasan timbul dari dua pihak yakni kepentingan negara dan orientasi pasar kelompok itu sendiri. Pihak yang lebih memiliki kekuatan di pasar mempunyai kekuatan untuk memaksakan kehendaknya kepada pihak yang lemah.

4.3.3 Analisis Pemikiran antara Emile Durkheim dengan Max Weber mengenai perjanjian

Mengenai hukum perjanjian, pandangan Durkheim berbeda dengan pandangan Weber. Weber menyatakan bahwa dengan berkembangnya ekonomi, khususnya berkembangnya pasar, maka kontrak juga berkembang. Sudah pasti, ada keterkaitan erat antara ekspansi pasar dengan kebebasan berkontrak. Kebebasan berkontrak adalah tidak tak terbatas. Batasan timbul dari kepentingan negara dan orientasi pasar itu sendiri. Pihak yang lebih memiliki kekuatan di pasar memiliki posisi yang lebih kuat daripada pihak yang lemah kekuatannya di pasar dan dapat memaksakan kehendaknya pada pihak yang lemah¹³⁵.

Pandangan Durkheim mengenai perjanjian adalah perjanjian bukan semata-mata keinginan antara 2 pihak tetapi juga merupakan keinginan dari masyarakat. Masyarakat merupakan pihak ketiga yang terlibat dalam perjanjian. Kekuatan perjanjian tidak hanya mengikat kedua belah pihak saja tetapi juga mengikat pihak ketiga yakni masyarakat¹³⁶.

Perbedaan pandangan antara Durkheim dengan Weber mengenai kontrak, Weber lebih menitikberatkan kontrak dengan perkembangan yang ada dalam ekonomi, jadi kontrak dihubungkan dengan kekuatan pasar. Sedangkan Durkheim lebih menitikberatkan kepada masyarakat yang membuat kontrak itu sendiri. Durkheim tidak berpandangan secara ekonomi, semata-mata memandang kontrak lahir dari keinginan kolektif bukan keinginan individu-individu semata. Kontrak itu dimungkinkan untuk dilaksanakan karena masyarakat membuat kerangkanya yaitu dalam bentuk peraturan-peraturan yang mensahkan kontrak itu, seperti

¹³⁴ Berkembangnya pasar mengakibatkan transaksi-transaksi yang terjadi juga berkembang. Transaksi-transaksi tersebut dituangkan dalam kontrak. Kontrak yang dibuat pun berkembang, klausul-klausul yang memuat kontrak tersebut disesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan transaksi.

¹³⁵ Hari Chand, *op. cit.*, h. 181.

¹³⁶ *Ibid.*, h. 189

syarat-syarat kontrak, akibat-akibatnya, dan sebagainya¹³⁷. Dengan demikian, kontrak dapat dibuat diantara individu-individu dengan landasan peraturan-peraturan yang telah dibuat oleh masyarakat. Kebebasan kontrak dibatasi oleh peraturan-peraturan yang ada dalam masyarakat. Kontrak tidak semata-mata cerminan kebebasan, keinginan antara kedua belah pihak, kontrak tersebut dapat dilaksanakan bila dalam pembuatannya berlandaskan pada peraturan yang ada dalam masyarakat.

Perkembangan perjanjian menurut Durkheim, perjanjian pada awalnya merupakan tata cara dan memandang status kontrak hanya berdasarkan subyek kontrak saja. Kemudian kontrak berkembang menjadi kontrak yang didasarkan atas keinginan para pihak dan adanya kesepakatan antara para pihak. Kontrak-kontrak seperti inilah yang akan berkembang di masa akan datang. Kontrak ini merupakan kontrak yang adil.

Perkembangan kontrak menurut Weber, kontrak pada awalnya memang berdasarkan kesepakatan namun perkembangan kontrak kemudian dipengaruhi oleh perkembangan ekonomi. Hal ini disebabkan kontrak-kontrak yang dibuat memang berhubungan dengan kegiatan perekonomian¹³⁸. Kebebasan berkontrak itu mendapat pengaruh, tekanan dari berbagai kepentingan yakni negara dan kekuatan pasar. Kontrak akhirnya lebih didominasi oleh pihak yang memiliki kekuatan yang besar di pasar dan menempatkan pihak lain dalam posisi lemah.

Dari penjelasan sebelumnya, ada perbedaan antara perjanjian yang lazimnya dibuat dengan kontrak baku. Perbedaan terlihat pada kebebasan berkontrak antara para pihak mengenai isi kontrak. Dalam perjanjian biasa, kedua belah pihak menentukan isi kontrak, klausula-klausula dirumuskan atas pertimbangan, tawar menawar antara kedua belah pihak, demikian pula mengenai hak-hak serta kewajiban-kewajiban kedua belah pihak. Klausula-klausula tersebut akhirnya disepakati oleh kedua belah pihak dan menjadi ketentuan yang mengikat kedua belah pihak. Kebebasan berkontrak terlihat secara nyata, kedua belah pihak memiliki posisi tawar menawar yang sama mengenai isi kontrak, sedangkan dalam kontrak baku, kebebasan berkontrak tidak terlihat secara nyata. Salah satu pihak merumuskan klausula-klausula dan pihak lain tinggal menerima atau menolaknya. Pihak lain tersebut tidak memiliki kekuatan untuk mengubah isi

¹³⁷ Kerangkanya adalah dalam bentuk peraturan perundang-undangan, di Indonesia, syarat-syarat sahnya kontrak diatur dalam pasal 1320 KUHPerduta dan asas-asas kebebasan berkontrak yang diatur dalam pasal 1338 KUHPerduta. Pasal-pasal ini dijadikan landasan hukum bagi para pihak yang mengadakan kontrak

¹³⁸ Pada perkembangannya, kontrak-kontrak yang dibuat oleh para pihak memang lebih banyak kontrak bisnis yang berhubungan dengan kegiatan perekonomian. Kontrak-kontrak tersebut antara lain: kontrak leasing, sewa guna usaha, franchise, dan lain-lain.

kontrak. Apabila pihak lain menerima dan menyetujui serta menyepakati isi kontrak tersebut, maka kontrak tersebut berlaku mengikat kedua belah pihak. Apabila klausula kontrak tersebut juga mengandung kepentingan pihak ketiga, maka kontrak tersebut tidak hanya mengikat kedua belah pihak tetapi juga mengikat pihak ketiga.

Penggunaan kontrak baku atau kontrak standar dalam praktek bisnis contohnya ialah kontrak asuransi, kontrak pengangkutan udara, kontrak pengangkutan laut, kontrak pengangkutan darat, kontrak penggunaan listrik, kontrak jaringan telepon, kontrak penggunaan kartu kredit atau ATM dan lain-lain.

Pada dasarnya, penggunaan kontrak baku diterapkan pada jenis transaksi yang melibatkan pihak ke satu yakni pihak perusahaan pelayanan yang bergerak di bidang pelayanan masyarakat dengan pihak kedua yakni masyarakat. Pihak pertama merumuskan isi kontrak dan pihak kedua tinggal menyetujuinya.

Kontrak baku atau kontrak standar memiliki 2 buah ciri yang sangat khas. Pertama kontrak standar selalu berupa kontrak yang tertulis yang substansinya selalu telah dipersiapkan terlebih dulu. Kedua kontrak standar disusun dan disiapkan oleh salah satu pihak kemudian diajukan kepada pihak yang lain untuk diterima secara utuh. Kontrak standar adalah suatu bentuk kontrak definitif yang telah disiapkan dan diusulkan oleh salah satu pihak kepada pihak lain. Pihak yang disebut terakhir tersebut tidak dapat mengubah isi kontrak, ia hanya memiliki dua pilihan yaitu menerima (menyetujuinya) atau menolaknya, tanpa dapat menegosiasikan substansi dari kontrak itu lagi.

Keuntungan penggunaan kontrak baku yakni menghemat waktu, menghemat tenaga kerja, juga kecepatan transaksi. Penggunaan kontrak baku merupakan salah satu terobosan dalam bidang hukum perikatan yang cermat, apalagi dalam bidang ekonomi, di mana segala aktivitas perekonomian harus diperhitungkan secara cermat, efektivitas dan efisiensi diperhitungkan dengan baik. Penggunaan kontrak baku dapat diterima oleh kalangan profesional.

Namun, di balik kemudahan penggunaan kontrak baku atau kontrak standar ada akibat hukum yang mungkin tidak terpikirkan oleh pembuat kontrak. Akibat hukum lebih menitikberatkan pada pihak yang mengikatkan diri dalam kontrak dengan hanya menyetujui atau menolak tanpa ikut serta membuat kontrak, tidak memiliki posisi tawar menawar yang kuat. Pihak kedua berada dalam posisi lemah dan seringkali klausula-klausula dalam kontrak baku memojokkan pihak kedua. Klausula-klausula yang terdapat dalam kontrak baku yang memberatkan pihak kedua misalkan kontrak baku dengan klausula sebagai berikut: “apabila pihak kedua melanggar isi kontrak, maka ia harus mengganti

kerugian sebesar $\frac{1}{2}$ atau $\frac{1}{4}$ dari harga yang telah ditetapkan”, atau klausula lain yang bunyinya di kemudian hari dapat memberatkan atau merugikan pihak kedua.

Berkembangnya kontrak baku dalam praktek bisnis, dan kontrak ini seringkali digunakan oleh pihak bank, memberikan ketimpangan bagi pihak lain. Dalam kondisi demikian, nasabah tidak memiliki posisi yang seimbang dengan pihak bank, jika ia ingin membuat kartu ATM atau kartu kredit dengan pihak bank maka hanya ada dua pilihan menerima ketentuan-ketentuan bank atau menolaknya, jika ia benar-benar ingin membuat kartu ATM atau kartu kredit dengan bank tersebut maka ia harus menerima ketentuan-ketentuan yang ada dalam kontrak tersebut dan ia tidak memiliki kekuatan tawar menawar dengan pihak bank.

Kontrak baku ini sendiri dalam teori kontrak masuk dalam doktrin ketidakadilan (*unconscionability*) adalah suatu doktrin dalam ilmu hukum kontrak yang mengajarkan bahwa suatu kontrak batal atau dapat dibatalkan oleh pihak yang dirugikan manakala dalam kontrak tersebut terdapat klausula yang tidak adil dan sangat memberatkan salah satu pihak, sungguhpun kedua belah pihak telah menandatangani kontrak yang bersangkutan. Salah satu wujud dari ketidakadilan dalam kontrak adalah apa yang disebut dengan “Keterkejutan yang Tidak Adil” (*Unfair Surprise*). Suatu klausula dalam kontrak dianggap merupakan *unfair surprise* manakala klausula tersebut bukan klausula yang diharapkan oleh seorang yang normal dalam kontrak semacam itu, sementara pihak yang menulis kontrak mempunyai alasan untuk mengetahui bahwa klausula tersebut tidak akan sesuai dengan keinginan yang wajar dari pihak lain, tetapi pihak yang menulis kontrak tersebut tidak berusaha menarik perhatian pihak lainnya terhadap klausula tersebut. Contoh klausula yang bersifat *unfair surprise* adalah kontrak baku atau kontrak standar.

Pandangan yang modern dalam hukum kontrak mengajarkan bahwa klausula dalam kontrak baku hanya mengikat sejauh klausula-klausula oleh manusia yang normal akan dipandanginya sebagai klausula yang wajar dan adil. Jika ada klausula tersebut bersifat sebaliknya, maka klausula yang bersangkutan oleh hukum dianggap tidak pernah ada.

Perkembangan kontrak baku ini lebih mendekati pandangan Weber. Kontrak akhirnya lebih didominasi oleh pihak yang lebih kuat dan menempatkan pihak lain dalam posisi lemah. Pihak bank dapat digambarkan sebagai pihak yang kuat yang lebih mendominasi daripada pihak nasabah. Pihak nasabah digambarkan sebagai pihak yang lemah.

Berkaitan dengan perkembangan kontrak yang cenderung menggunakan kontrak baku atau kontrak standar, maka pandangan Durkheim tidak sesuai dengan kenyataan yang berkembang saat ini. Adanya kontrak baku di satu pihak

mencerminkan ketidakadilan karena pihak yang lemah dihadapkan pada pilihan menerima atau menolak ketentuan-ketentuan dalam kontrak tersebut. Padahal, Durkheim menyatakan bahwa kontrak yang akan berkembang di masa depan adalah kontrak berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak dan itu merupakan kontrak yang adil. Dengan demikian, kontrak baku bertentangan dengan pandangan Durkheim. Kontrak baku ini malahan mencerminkan pandangan yang dikemukakan oleh Max Weber, bahwa dengan berkembangnya perekonomian maka perkembangan kontrak bergeser, dari kesepakatan antara para pihak yang didasarkan dari keinginan bebas dari para pihak menjadi kebebasan tidak tak terbatas, pihak yang kuat yang mendominasi isi kontrak dan pihak lain berada di posisi lemah yang tidak memiliki posisi tawar menawar yang kuat.

Walaupun kontrak baku di satu pihak tidak mencerminkan sisi keadilan, karena menempatkan posisi salah satu pihak dalam posisi lemah, namun, bentuk kontrak baku telah diakui secara internasional. Bentuk kontrak baku tercantum dalam International Commercial Terms 1993 (Incoterms 1993) yang disponsori oleh International Chamber of Commers dan The General Conditions of Sale and Standard Forms of Contracts yang disponsori oleh United Nations Economic Commision for Europe.

Dalam International Commercial Terms 1993 (Incoterms 1993) dan The General Conditions of Sale and Standard of Contracts diakui tiga macam bentuk kontrak-kontrak internasional yaitu:

1. kontrak-kontrak hukum perdata internasional,
2. kontrak-kontrak baku biasa,
3. kontrak-kontrak standar internasional.

Dengan demikian, kontrak baku atau kontrak standar akan terus berkembang yang di masa akan datang tidak dapat dielakkan prakteknya, dan juga diperlukan suatu mekanisme perlindungan bagi pihak yang dirugikan oleh klausula kontrak baku.

Berdasarkan uraian yang telah dipaparkan pada bagian pembahasan, maka dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Durkheim berpandangan bahwa masyarakat terbagi atas 2 jenis solidaritas dan tipe hukum sebagai berikut:
 - a. Solidaritas mekanik dalam masyarakat sederhana dengan tipe hukum represif
 - b. Solidaritas organik dalam masyarakat yang kompleks dengan tipe hukum restitutif

2. Berkaitan dengan kontrak, Durkheim berpandangan bahwa kontrak tidak semata-mata dibuat berdasarkan kebebasan 2 pihak saja, tetapi juga didasarkan pada keterlibatan pihak ke-3 yakni masyarakat. Masyarakat sebagai kerangka hukum yang mendasari lahirnya kontrak antara kedua belah pihak, kerangka hukum dari masyarakat itu adalah berupa ketentuan-ketentuan mengenai syarat-syarat sahnya kontrak.
3. Pandangan Durkheim mengenai kontrak bertentangan dengan kenyataan yang ada yakni adanya kontrak baku tidak sesuai dengan teori kontrak Durkheim. Kenyataannya kontrak baku tidak didasari pada kesepakatan kedua belah pihak bahkan keterlibatan pihak ke-3 sama sekali tidak ada. Klausula kontrak baku menempatkan salah satu pihak tidak memiliki posisi tawar menawar yang seimbang.

Dalam bidang hukum kontrak, perkembangan kontrak yang dikemukakan oleh Durkheim tidak sepenuhnya sesuai dengan kenyataan yang ada. Kontrak merupakan perjanjian yang dibentuk berdasarkan atas kesepakatan kedua belah pihak, mengenai syarat-syarat kontrak, sebenarnya para pihaklah yang menentukan karena pada dasarnya kontrak merupakan aturan yang mengatur hubungan kedua pihak tersebut. Mengenai keterlibatan pihak ketiga yakni masyarakat dapat ada bila akibat yang ditimbulkan oleh kontrak tersebut berhubungan dengan masyarakat. Penulis tidak sependapat dengan pandangan Durkheim bahwa kontrak timbul dari keinginan kolektif (masyarakat) bukan dari keinginan individu-individu, bagaimana dapat timbul dari keinginan kolektif terlebih dulu? Seharusnya timbul dari keinginan-keinginan individu terlebih dulu kemudian keinginan-keinginan individu-individu yang memiliki kesamaan tujuan dituangkan dalam bentuk kontrak dan disepakati oleh para pihak sehingga kontrak tersebut mengikat para pihak dan menjadi ketentuan, aturan yang mengikat kepentingan bersama para pihak tersebut dan kepentingan bersama itulah yang dinamakan kepentingan kolektif. Durkheim tidak dapat menjelaskan secara terperinci mengenai hal tersebut. Dalam undang-undang no 8 tahun 1999 tentang perlindungan konsumen kontrak baku diatur dalam pasal 18 dan pasal 1 dari sini pengertian klausula baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan / atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen.

Teori Emile tentang kontrak dan menurut Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase tidak bertentangan dan sesuai dengan apa yang ada di Undang-undang.

"Bagaimanakah bentuk kelembagaan penyelesaian di luar pengadilan yang sejalan dengan asas-asas hukum umum baik dari sisi perlindungan hak-hak dan kepentingan yang lebih luas termasuk subjek hukum UU atau negara atau sejalan dengan standar internasional?" Menurut Penulis kita harus menjawabnya dengan mencari model yang mengacu kepada sistem hukum nasional yang mengenal pembedaan (bukan pemisahan) hukum perdata dan hukum publik. Pembedaan itu berakar nilai (*value*) yaitu hak perseorangan (pribadi) dan hak masyarakat. Interaksi diantara kedua disiplin ini, bersifat seimbang sesuai dengan filsafat negara kita. Didalam sistem nasional, kita menganut asas keseimbangan (tepaselira) antara kepentingan individu dan kepentingan umum.

2. Upaya hukum yang mesti di perhatikan adalah sanksi kepada para penegak hukum khususnya para staf yang berwenang mengeluarkan putusan pengadilan dalam kasus perdagangan yang memuat klausula Arbitrase dalam perjanjian. Di Indonesia, hukum bertujuan mencapai kepentingan individu yang selaras, serasi dan seimbang dengan kepentingan masyarakat. Di barat yang primair adalah individu. Individu terlepas dari masyarakat. Hukum bertujuan untuk mencapai kepentingan individu. Bahwa manusia diakui dan diperlakukan sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa yang sama derajatnya, yang sama hak dan kewajiban asasinya tanpa membedakan suku, keturunan, agama dan kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya. Karena itu dikembangkan sikap saling mencintai sesama manusia, sikap tenggang rasa "tepo seliro" serta sikap tidak semena-mena terhadap orang lain.

5.2 Saran

1. Keberadaan kita dipersimpangan jalan, yang menghadapi krisis ekonomi dan memasuki gerbang globalisasi, tidak berarti kita harus memilih, apakah kita pergi kekanan atau kekiri. Kebijakan Pemerintah untuk mengatasi keadaan ini harus mengacu kepada sistem. Tanpa sistem hukum akan runtuh.

BAB 5

KESIMPULAN DAN SARAN

5.1 Kesimpulan

1. Untuk kegiatan-kegiatan dalam bidang ekonomi dan keuangan yang didalamnya terdapat penyertaan modal Negara dan Negara terancam bahaya, maka jika sengketa yang terjadi diselesaikan diluar pengadilan (Out of Court Settlement (OCS)) maka acuannya tidak kepada hukum perdata tetapi mengacu kepada hukum publik. Untuk memenuhi asas legalitas (*rechtsvaardigheid*) diciptakan undang-undang seperti UU PUPN, UU Perbankan dan UU Pasar Modal. Secara formal hal itu dapat dibenarkan sebagai sesuatu hal yang sah tetapi secara materiil jika dilihat dari sistem hukum yang berlaku maka terjadi penerobosan sistem oleh hukum publik terhadap hukum perdata. Alasan pembenaran itu didasarkan pada situasi darurat yang membahayakan kepentingan umum. Dikalangan pakar hukum timbul pertanyaan apakah keadaan ini merupakan pergeseran dari disiplin hukum dimana disiplin hukum perdata didominasi oleh hukum publik. Andaikata pandangan itu dapat diterima maka ada kecenderungan kekuasaan. Sistem hukum adalah keseluruhan bangunan hukum yang didukung oleh sejumlah pilar (tiang) yang satu sama lain terkait secara terpadu. "Sistem hukum adalah keseluruhan aturan hukum yang disusun secara terpadu berdasarkan atas asas-asas tertentu". lebih tinggi derajatnya (kedaulatannya) daripada hukum sehingga Negara cenderung menjadi negara kekuasaan. Hal ini bertentangan dengan hak asasi dan demokrasi dan juga bertentangan dengan UUD 1945 yang menghendaki Negara Indonesia adalah Negara hukum (*rechtsstaat*) tidak Negara kekuasaan (*machtstaat*). UU yang mengatur penyelesaian sengketa bidang ekonomi dan keuangan diluar pengadilan, dengan menggunakan dimensi hukum publik bertujuan untuk mengatasi keadaan darurat yang jika dibiarkan akan berdampak kepada kepentingan umum. Oleh karena itu model yang dipergunakan untuk menyelesaikan sengketa ini dapat dibenarkan, akan tetapi tidak boleh bersifat permanen dan hanya dapat diterima untuk sementara.

2. Dalam hal terjadi keadaan darurat yang mengancam kepentingan umum maka terhadap sistem itu dapat diadakan penyesuaian (justifikasi) yang berlaku sepanjang keadaan membutuhkan (sementara) dan tidak permanen. Jika keadaan pulih, maka sistem harus dikembalikan lagi kekeadaan semula, yaitu sengketa itu diselesaikan di forum Arbitrase.
3. Untuk mengatasi membesarnya kerugian negara.

"Perlu di kembangkan model penyelesaian sengketa baru yaitu dengan memasukkan lembaga penyelesaian "*injunction*". Melalui lembaga ini maka kerugian (material maupun immaterial) yang lebih besar lagi akan dapat dicegah jika proses penyelesaian melalui sanksi administratif, perdata atau pidana tetap berjalan sesuai dengan UU yang berlaku. Putusan Pengadilan yang memerintahkan penghentian proses penyelesaian yang sedang berlangsung dan dilaksanakan, oleh pejabat keuangan atau perbankan sebagai penyidik PPNS dapat mencegah terjadinya kerugian bagi pihak-pihak yang terlibat dalam kasus tersebut, apakah Negara sebagai pihak maupun *stakeholder* sebagai pihak.

Dimasukkannya proses penyelesaian sengketa dengan menggunakan *injunction* sehingga melibatkan peranan Pengadilan jauh sebelum proses penyelesaian dengan UU dilaksanakan atau selama berlangsungnya proses penyelesaian. Model penyelesaian sengketa tersebut akan membuka lembaran baru dalam sistem hukum dan sistem peradilan di Indonesia yaitu proses penyelesaian dalam kasus keuangan dan perbankan melalui mekanisme *injunction* - administratif - (*injunction*) - perdata (*injunction*) pidana (*injunction*).