

**ASAS IKTIKAD BAIK
DALAM
PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK
MELALUI ARBITRASE**

Dr. Ir. Anita D.A. Kolopaking, S.H., M.H.



Dr. Ir. Anita D.A. Kolopaking, S.H., M.H.

ASAS IKTIKAD BAIK DALAM PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK MELALUI ARBITRASE

**ASAS IKTIKAD BAIK DALAM
PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK
MELALUI ARBITRASE**

Dr. Ir. Anita Dewi Anggraeni Kolopaking, S.H., M.H.

ISBN 978-979-414-175-2

Anggota IKAPI

PENERBIT P.T. ALUMNI
Jalan Bukit Paksi Timur II/108
Tel. (022) 2502221, 2503038, 2503039
Fax. (022) 2503044 - Bandung - 40132
Website : penerbitalumni.com
E-mail: bandung@penerbitalumni.com
purchasing@penerbitalumni.com
penerbitalumni@penerbitalumni.com



Penerbit P.T. ALUMNI Bandung 2016

**ASAS IKTIKAD BAIK
DALAM PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK
MELALUI ARBITRASE**

Hak cipta dilindungi undang-undang pada: Pengarang
Hak Penerbitan pada : Penerbit P.T. Alumni
Percetakan : P.T. Alumni
Desain sampul : Tim ALUMNI

EDISI PERTAMA

Cetakan ke-1 : Tahun 2013
Cetakan ke-2 : Tahun 2016

Sebagian atau seluruh isi buku ini dilarang digunakan
atau diperbanyak untuk tujuan komersial dalam bentuk apa pun
tanpa izin tertulis dari Penerbit P.T. Alumni, kecuali dalam hal
pengutipan untuk keperluan penulisan artikel atau karangan ilmiah
dengan menyebutkan buku ini sebagai sumber.

ISBN 978-979-414-175-5

Anggota IKAPI

PENERBIT P.T. A L U M N I

Jalan Bukit Pakar Timur II/109
Tel. (022) 2501251, 2503038, 2503039
Fax. (022) 2503044 - Bandung - 40197

Website : penerbitalumni.com

E-mail: bandung@penerbitalumni.com
purchaseorderalumni@yahoo.com
penerbitanalumni@yahoo.com



Kata Sambutan
Prof. Dr. H. Fhystina Abdurasyid, S.H., Ph.D.



**Dipersembahkan kepada ibu saya Hj. Ratih Amir,
suami saya Wyasa dan anak-anak saya tercinta
Ajie, Dimas, dan Anisa.**

Kata Sambutan

Prof. Dr. H. Priyatna Abdurrasyid, S.H., Ph.D.

Setiap gagasan ilmiah, terutama di bidang hukum, pasti dapat memiliki nilai dan makna yang diharapkan oleh masyarakat. Demikian halnya tulisan yang diketengahkan oleh Dr. Anita Dewi Anggraeni Kolopaking dalam tulisannya yang berjudul "ASAS IKTIKAD BAIK DALAM PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK MELALUI ARBITRASE". Isi tulisan tersebut memiliki dampak yang akan membantu dalam memberikan pencerahan dan penguasaan kepada para praktisi hukum, terutama para pengacara yang melakukan praktik di bidang Arbitrase, khususnya di Indonesia.

Selama ini tampak bahwa kebanyakan praktisi hukum di Indonesia kurang memerhatikan bahwa penyelesaian sengketa di bidang hukum menghendaki suatu apa yang disebut: **BRAIN POWER** di bidang hukum Arbitrase yang menghendaki benar-benar penguasaan positif di bidang hukum tersebut dan jangan sekali-kali memanfaatkan kemampuan bidang-bidang/tata cara yang sangat tercela dan negatif. Misalnya, penggunaan tata krama iktikad baik seyogianya didampingi oleh **Prinsip-prinsip Kooperatif** dan **non Konfrontatif**.

Dan sekaligus juga menilai pertama sejarah perkembangan penyelesaian secara damai/Arbitrase yang telah dimanfaatkan oleh masyarakat/kelompok-kelompok di Indonesia yang jumlahnya lebih dari seratus kelompok, mulai dari Nanggroe Aceh Darussalam hingga Papua Barat dan kini telah dipersatukan prinsip-prinsip tersebut dalam Pancasila, falsafah negara kita.

Dengan demikian, sudah sepantasnya tata aturan Arbitrase di Indonesia dapat disebarluaskan ke forum luar Indonesia melalui doktrin: **Global Village and Open Sky**. Demikian pula, kita wajib mengusahakan tukar pikiran dengan forum Arbitrase Internasional dan menguasai juga tata aturan bidang tersebut yang bersumber pada Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB).

Dengan demikian, sangat diharapkan bahwa tulisan ini dapat membantu dan memberikan jalan kepada masyarakat dunia untuk menerapkan tata krama Arbitrase secara global dan terbuka. Harapan kami, buku ini dapat membantu perkembangan yang tersebut dahulu di dalam usaha menyadarkan masyarakat Indonesia bahwa penerapan dan penggunaan Arbitrase/Alternatif Penyelesaian Sengketa tidak berdiri sendiri tetapi harus dikaitkan dengan perkembangan dan kegiatan-kegiatan praktik di Arbitrase/Alternatif Penyelesaian Sengketa di jagat raya.

Jakarta, 21 September 2013

Prof. Dr. H. Priyatna Abdurrasyid, S.H., Ph.D.

Kata Sambutan

Prof. Dr. Mariam Darus, S.H., FCBArb.

Assalamu'alaikum wr.wb.

Pertama-tama saya mengucapkan puji dan syukur ke hadirat Allah Subhanahu Wa Taala yang telah menambahkan usia dari Dr. Anita Kolopaking, S.H., M.H., dan merahmatinya untuk menyusun serta menyelesaikan buku yang berjudul: **"Asas Iktikad Baik dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak melalui Arbitrase"**.

Saya sangat bangga kepada Dr. Anita Kolopaking, S.H., M.H., karena di tengah kesibukannya beliau masih meluangkan waktunya untuk menghasilkan karya dengan menuliskan pemikirannya dalam bentuk sebuah buku. Buku tentang Arbitrase ini sedikit berbeda dengan buku-buku tentang Arbitrase lainnya, disebabkan di dalam buku ini juga membahas tentang iktikad baik.

Di dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa (UUArbitrasi) dan Peraturan Prosedur BANI diatur iktikad baik dalam beberapa ketentuan, antara lain:

1. Dalam Pasal 6 ayat (1) UUArbitrasi; *"Sengketa atau beda pendapat dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada iktikad baik dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri"*.
2. Dalam Pasal 4 ayat (6) Peraturan Prosedur BANI; *"Dengan mengajukan penyelesaian sengketa kepada BANI sesuai Peraturan Prosedur ini maka semua pihak sepakat bahwa sengketa tersebut harus diselesaikan dengan iktikad baik secepat mungkin dan bahwa tidak akan ditunda atau adanya langkah-langkah lain yang dapat menghambat proses arbitrase yang lancar dan adil"*.

Mengenai pengertian dan sifat dari iktikad baik yang diatur di dalam UUAbitrase dan Peraturan Prosedur BANI tidak dijelaskan tentang pengertian iktikad baik tersebut. Merujuk kepada pengertian iktikad baik didalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara yang oleh yurisprudensi dan doktrin pada umumnya diartikan sebagai iktikad baik objektif jika iktikad baik itu dalam ranah hukum perikatan dan diartikan sebagai iktikad baik subjektif jika iktikad baik itu berada dalam ranah hukum benda. Dengan demikian, untuk kepastian hukum, pengertian iktikad baik didalam UUAbitrase dan Prosedur BANI perlu dikaji lebih lanjut.

P.L. Wery di dalam kertas kerjanya tentang "*Perkembangan hukum iktikad baik di Nederland*", tahun 1990, mengemukakan fungsi iktikad baik terdiri atas: menambah, membatasi dan meniadakan isi perjanjian.

Hans Kelsen sebagaimana dikemukakan oleh H.J. van Eikema Hommes di dalam buku "*Hoofddlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*", tahun 1972, hlm. 204, mengemukakan bahwa hukum itu dibedakan antara *Das Sollen* dan *Das Sein*. *Das Solen* adalah akar dari *Das Sein*. Iktikad baik dalam peraturan perundang-undangan kita merupakan *Das Sollen* yang harus direfleksikan dalam hukum yang nyata (hukum positif).

Dalam rangka mencapai kepastian hukum, besar harapan saya, semoga buku ini dapat menjadi dorongan bagi para akademisi dan professional yang bergerak di dalam bidang hukum untuk mengadakan penelitian lebih lanjut tentang sifat dari iktikad baik dan penerapannya dibawah payung UUAbitrase dan Peraturan Prosedur BANI.

Sekian kata sambutan dari saya, Selamat Ulang Tahun ke-50 Dr. Anita Kolopaking, S.H., M.H.

Jakarta, 23 September 2013

Prof. Dr. Mariam Darus, S.H., FCBArb.

Kata Sambutan

Prof. Dr. Felix Oentoeng Soebagjo, S.H., LL.M.

Dunia usaha yang makin pesat berkembang membawa kita menjadi ikut terlibat di dalam perkembangannya. Kadang kita belum siap menerima keadaan tersebut, nun di sisi lain kita sudah harus ikut terlibat baik disengaja maupun tidak, khususnya terkait dengan kegiatan usaha yang kadang masih perlu pendalaman keahlian dan pengalaman atas suatu usaha tertentu.

Setelah membaca buku yang ditulis oleh penulis Saudari Anita Dewi Anggraeni Kolopaking, saya melihat tulisan ini dapat menjadi bacaan ilmiah tambahan, baik untuk keperluan studi maupun sebagai acuan dalam praktik dan penerapan kegiatan usaha yang berlandaskan iktikad baik.

Iktikad baik adalah ruh dalam memahami, melahirkan dan melaksanakan perjanjian. Penyelesaian sengketa melalui Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) merupakan dinamika yang mulai berkembang dalam dunia bisnis di Indonesia. Banyak pihak berharap, penyelesaian melalui jalur Arbitrase dan APS akan dapat membawa angin segar bagi dunia hukum dan bisnis. Hanya sayang, pada kenyataannya sering terkendala dengan iktikad baik dari para pihak dan pihak-pihak yang terkait.

Dengan menerapkan iktikad baik dalam melaksanakan suatu kontrak/kerja sama, akan lebih memberikan nuansa kenyamanan dalam praktik dan pelaksanaan arbitrase, karena para pihak akan lebih cermat dan berhati-hati dalam berargumen.

Upaya penulis dalam memberikan sumbangsih pemikiran terkait dengan praktik pelaksanaan dari putusan Arbitrase dengan topik bahasan yang berjudul "ASAS IKTIKAD BAIK DALAM PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK MELALUI ARBITRASE" yang sekarang diterbitkan, sangat patut dihargai. Ini merupakan tulisan yang mencoba melihat permasalahan hukum yang muncul, selain

masalah internal dalam berperilaku menjalankan usaha juga sebagai akibat bertautnya ketentuan peraturan perundang-undangan dari suatu negara, yang berbasis kepentingan lokal disatu sisi dan memerhatikan Peraturan dan Acara dari suatu Arbitrase Internasional sekaligus Peraturan dan Acara Arbitrase dari berbagai negara.

Sekali lagi saya sangat menyambut gembira atas penulisan buku ini yang dilakukan penulis. Kehadiran buku ini diharapkan dapat menambah rujukan bagi pihak-pihak yang tertarik dan mempunyai minat baik studi maupun praktik sehari-hari dari penyelesaian sengketa melalui Arbitrase dan APS.

Salam sukses,

Prof. Dr. Felix Oentoeng Soebagjo, S.H., LL.M.

Prakata

Puji syukur kepada Illahi atas rahmat-Nyalah buku ini dapat diterbitkan. Semoga penerbitannya dapat memberikan manfaat dan pengetahuan bagi para pembaca dalam melakukan suatu kontrak kerja sama dengan memerhatikan: 1) kemampuan yang dimilikinya (kemampuan: keahlian, pengetahuan, biaya dan tanggung jawab menyelesaikan isi daripada kontrak tersebut), apakah ia sanggup melaksanakan isi dari suatu perjanjian yang telah mengikat dirinya untuk melaksanakan kontrak tersebut; 2) harus menyadari sebelum menandatangani suatu kontrak lebih dahulu memahami bahwa perjanjian yang dibuat memenuhi unsur syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata yakni adanya: a) **Kesepakatan**: para pihak yang membuat kontrak; b) **Cakap**: mempunyai kemampuan menurut hukum untuk melakukan perbuatan hukum (perjanjian); c) **Suatu Hal Tertentu**: adanya objek perjanjian yang jelas; dan d) **Suatu Sebab yang Halal**: tidak dapat bertentangan dengan undang-undang kesesuaian dan ketertiban umum.

Setelah pemahaman akan kemampuan dan ketentuan syarat sahnya perjanjian tersebut dipenuhi, ia pun harus menyadari bahwa ketika ia telah menandatangani kontrak tersebut, kontrak tersebut telah mengikat baginya dan berlaku sebagai undang-undang yang telah menimbulkan hak dan kewajiban baginya untuk dipatuhi dan dilaksanakan sebagaimana ketentuan ini diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata menetapkan:

"Semua perjanjian yang dibuat secara sah **berlaku sebagai undang-undang** bagi mereka yang membuatnya."

Meskipun perjanjian yang dibuat dan ditandatangani itu telah mengikat dan berlaku sebagai undang-undang baginya, jika tidak dilandasi dengan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak yang

telah disepakati, lalu timbul sengketa atas kontrak tersebut, sehingga akan menimbulkan sengketa kontrak yang dapat membuat para pihak menjadi tidak harmonis lagi, bahkan cenderung saling ingin menjatuhkan satu sama lain. Untuk itu perlunya para pihak memegang teguh asas iktikad baik sebagaimana ketentuan ini diatur pada Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-undang Hukum Perdata:

Perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik,

demikian Kitab Undang-undang Hukum Perdata mengaturnya sebagai suatu asas. Iktikad baik dimaksud, harus terus terjaga dan terpelihara, sejak dari kontrak ditandatangani, saat pelaksanaan kontrak, timbulnya sengketa kontrak, sampai berakhirnya kontrak kerja sama. Dengan iktikad baik yang terjaga dengan baik ini, tidak akan terjadi masalah, karena jika timbul sengketa di dalam pelaksanaan kontrak, maka asas iktikad baik ini akan menyelesaikan sengketa kontrak ini dengan cara-cara damai dan mencari solusi masalah yang timbul dengan cara-cara baik, sehingga apapun hasilnya dapat diterima oleh para pihak bersengketa dengan hati lapang dalam menemukan solusi masalah yang dihadapi.

Menghadapi kehidupan yang modern dan aktivitas usaha suatu bangsa dan negara, tingkat sengketa rentan pula terjadi. Sengketa yang terjadi dapat muncul secara tiba-tiba dan tidak disangka-sangka, bahkan dapat pula terjadi tanpa diperhitungkan sebelumnya. Oleh karena itu, perlunya pemahaman untuk dapat mengelola sengketa yang terjadi dengan pengetahuan yang diperolehnya dan berusaha mengatasinya dengan baik.

Pada dasarnya, manusia itu mempunyai naluri yang damai, tidak ada satupun orang yang ingin mempunyai sengketa dalam kehidupannya. Namun, karena banyaknya pemicu yang membuat sengketa dapat terjadi disetiap saat dan kesempatan, baik itu menyangkut sengketa individu maupun sengketa usaha dari badan hukum yang didasari dari kontrak yang dibuat para pihak.

Sengketa yang terjadi bisa disebabkan oleh adanya unsur kesengajaan atau hal yang tidak terhindar dari suatu masalah dari suatu kontrak yang ada akibat sesuatu hal yang terkait dengan usaha yang sedang dibuat. Untuk itu, setiap individu dan organ perusahaan harus menyiapkan diri senantiasa bersikap untuk memelihara iktikad baik di dalam dirinya maupun organ perusahaannya dalam melaksanakan suatu kontrak, baik ada at

tidak adanya sengketa yang timbul dalam kontrak yang dibuatnya, tetap bersikap menjaga iktikad baik, karena dengan menjaga iktikad baik, maka sengketa kontrak dapat diselesaikan dengan damai yang berakhir dengan ikatan kerja sama yang lebih terpercaya dan terpelihara untuk selanjutnya dan menjadi partner usaha yang langgeng dan harmonis.

Akhir kata, semoga buku ini bermanfaat dan dapat memberikan pengetahuan kepada pembaca bagaimana mencari solusi dalam menghadapi sengketa kontrak yang dihadapinya dengan tetap menjaga iktikad baik.

Buku ini, saya persembahkan untuk almarhum ayahanda Haji Amir Hamzah yang telah berpulang sejak tahun 1996, meskipun beliau telah meninggal, tetapi semangat yang almarhum pernah berikan kepada penulis semasa hidupnya terus hidup di dalam kehidupan penulis. Insya Allah amal jariah ayahanda penulis mendapat ridho Allah. Juga buku ini penulis persembahkan untuk ibunda Hajah Ratih Amir yang terus mendoakan penulis untuk terus berkarya dan juga kepada suami Wyasa Kolopaking dan anak-anak penulis: Ajie, Dimas dan Anisa yang penulis kasihi dan menjadikan bagian dari inspirasi penulis menulis buku ini.

Tentunya kepada Penerbit Alumni, beserta seluruh staf pendukungnya, taklupa Penulis sampaikan apresiasi untuk kerja samanya menerbitkan karya tulis ini dalam waktu relatif singkat dan mutu pencetakan prima.

Jakarta, September 2013

Penulis

Daftar Isi

KATA SAMBUTAN:

Prof. Dr. H. Priyatna Abdurrasyid, S.H., Ph.D. iv

KATA SAMBUTAN:

Prof. Dr. Mariam Darus, S.H., FCBArb. vi

KATA SAMBUTAN:

Prof. Dr. Felix Oentoeng Soebagjo, S.H., LL.M. viii

PRAKATA x

DAFTAR ISI xiii

BAB I PENDAHULUAN 1

BAB II SENGKETA DAN MEKANISME PENYELESAIAN

SENGKETA KONTRAK 8

A. Sengketa 8

1. Pengertian Sengketa 8

2. Teori Sengketa (Konflik) 10

3. Struktur Sengketa 20

4. Jenis Sengketa 22

B. Memahami Sengketa Kontrak 23

1. Potensi-potensi Sengketa yang Terjadi 23

2. Penyebab-penyebab Sengketa 24

3. Sifat Sengketa 26

4. Mengelola Sengketa 28

5. Penyelesaian Sengketa Kontrak 30

C. Penyelesaian Sengketa Kontrak 34

1. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan Adat 35

2. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan 39

3. Penyelesaian Sengketa Melalui Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) dan Arbitrase. 42

BAB III ARBITRASE DAN ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA (APS)	45
A. Arbitrase dan APS sebagai Penyelesaian Sengketa Kontrak yang Efisien dan Efektif	45
1. Tata Cara Penyelesaian Sengketa	45
2. Proses Beracara Arbitrase Cepat	56
3. <i>Win-Win Solution</i>	64
B. Arbitrase Sebagai Lembaga Penyelesaian Sengketa	65
1. Tata cara Arbitrase	68
2. Jenis-jenis Lembaga Arbitrase	72
3. Alasan Memilih Arbitrase Sebagai Forum Penyelesaian Sengketa	75
4. Perjanjian Arbitrase Sebagai Iktikad Baik dalam Kontrak	77
BAB IV ASAS IKTIKAD BAIK SEBAGAI TIANG PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK MELALUI ARBITRASE	89
A. Asas Iktikad Baik	89
1. Asas Iktikad Baik Menurut Sistem Hukum <i>Civil Law</i> dan <i>Common Law</i>	89
2. Perkembangan Dasar Iktikad Baik	91
3. Penafsiran Asas Iktikad Baik	94
4. Asas Iktikad Baik dalam Proses Negosiasi dan Penyusunan Kontrak	96
5. Syarat Iktikad Baik, Kepatutan, Kepentingan Umum dan Kebiasaan	100
6. Iktikad Baik yang Bermoral	103
7. Prestasi dan Wanprestasi dalam Menjalankan Iktikad Baik dalam Kontrak	104
B. Penerapan Iktikad Baik	106
1. Iktikad Baik dalam Kontrak	107
2. Pilihan Forum Arbitrase Sebagai Penyelesaian Sengketa dengan Dasar Iktikad Baik	108
3. Pelaksanaan Arbitrase dengan Iktikad Baik	112
4. Putusan Arbitrase Berkekuatan Hukum Tetap	117

BAB V PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE DALAM PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK	119
A. Pelaksanaan Eksekusi Putusan Arbitrase	119
B. Iktikad Baik dalam Pelaksanaan Putusan Arbitrase	119
C. Tata Cara Pengajuan Permohonan Penetapan Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional	120
D. Mengajukan Permohonan Penetapan Eksekusi ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat	120
E. Mengajukan Permohonan Penetapan Eksekusi ke Mahkamah Agung Apabila Salah Satu Pihaknya Adalah Negara/Pemerintah ataupun Wakilnya	121
F. Pengadilan yang Berwenang Menolak Permohonan Penetapan Putusan Arbitrase Internasional	122
G. Upaya Hukum Terhadap Penolakan Permohonan Penetapan Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional	124
H. Pembatalan Putusan Arbitrase	126
I. Contoh Kasus: Penyelesaian Sengketa Kontrak Antara PT. Lirik Petroleum vs. PT. Pertamina Pusat dan PT. Pertamina EP Melalui Arbitrase International Chamber of Commerce (ICC)	126
BAB VI PENUTUP	141
DAFTAR PUSTAKA	145



BAB V PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE DALAM PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK

A. Pelaksanaan Eksekusi Putusan Arbitrase 119

B. Ikhtikad Baik dalam Pelaksanaan Putusan Arbitrase 119

C. Tata Cara Pengajuan Permohonan Penetapan Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional 120

D. Mengajukan Permohonan Penetapan Eksekusi ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat 120

E. Mengajukan Permohonan Penetapan Eksekusi ke Mahkamah Agung Abdulla Salih Satu Pihaknya Adalah Negara/Permintah satu-pihak lainnya 121

F. Pengadilan yang Berwenang Menolak Permohonan Penetapan Putusan Arbitrase Internasional 122

G. Ujara Hukum Terhadap Penolakan Permohonan Penetapan Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional 124

H. Penetapan Putusan Arbitrase 126

I. Contoh Kasus: Penyelesaian Sengketa Kontrak Antara PT. Link Pertamina vs. PT. Pertamina Pusat dan PT. Pertamina EP Melalui Arbitrase Internasional Chamber of Commerce (ICC) 126

BAB VI PENUTUP 141

DAFTAR PUSTAKA 142

1

Pendahuluan

Sejak alam semesta dan seisinya ini diciptakan oleh Allah yang maha kuasa dan seiring berkembangnya zaman, potensi sengketa kian pesat terjadi. Sengketa yang lebih dikenal dengan bahasa sehari-harinya konflik, merupakan hal yang terjadi pada makhluk ciptaan Allah yang terjadi pada manusia maupun hewan. Sengketa yang terjadi pada manusia tidak terbatas pada sengketa perorangan, tetapi dapat terjadi lebih luas lagi dengan melibatkan kelompok manusia yang besar. Demikian pula yang terjadi pada diri hewan, ketika hewan yang merasa telah menempati wilayah/teritorinya ataupun perebutan makanan lalu kemudian datang hewan lain yang ingin mengambil makanan ataupun dianggap mengganggu teritorinya, hal ini dapat membuat hewan yang terusik tersebut akan marah kemudian berkelahi dengan hewan lain tersebut.

Tentu saja kita tidak dapat membandingkan antara manusia dengan hewan dalam melihat sengketa yang terjadi, tetapi untuk memberikan gambaran bahwa sengketa itu bisa terjadi pada semua makhluk di muka bumi ini untuk mempertahankan haknya. Manusia adalah makhluk yang sempurna diciptakan oleh Allah yang maha kuasa baik dari fisik maupun akal sehat untuk dipergunakan di dalam mengatur. Karena itu, manusia perlu mengatur apa yang menjadi hak dan kewajiban tiap individu baik dalam kelompok kecil maupun besar. Di dalam mengatur itu diperlukan sistem yang dipahami oleh setiap individu.

Sengketa dapat terjadi setiap saat akibat timbulnya keadaan yang sekilas tampak tidak berarti dan kecil, sehingga terabaikan. Biasanya muncul secara tiba-tiba dan tidak disangka-sangka, atau dapat terjadi tanpa diperhitungkan sebelumnya. Sejak awal kehidupan, manusia telah terlihat dalam masyarakat di sekitarnya yang penuh dengan pertentangan, dan bersamaan dengan itu sejarah hukum berlangsung secara paralel dan selanjutnya dimanapun dapat saja diketemukan seseorang yang bertindak sebagai penengah untuk menyelesaikan sengketa yang timbul

secara adil dan tidak memihak. Bertitik tolak dari perkembangan terjadinya sengketa, sejak awal hukumnya mulai dikembangkan dan akhirnya seperti apa yang tampak kini.

Hukum mulai berkembang dan terjadi pembagian tugas di dalam usaha menerapkan hukum secara tepat dan seadil mungkin. Tampak bahwa hukum itu bukan saja melindungi yang lemah terhadap tindak tanduk dari mereka yang kuat, tetapi juga memberi jalan kepada yang menderita untuk memperoleh ganti rugi, bilamana memang ada dasarnya dan diperlukan sesuai dengan ketentuan hukum.¹⁾ Di dalam mengatur hubungan sesama individu, kita tidak cukup hanya memerhatikan norma-norma dan budaya yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat itu sendiri, tetapi juga harus memerhatikan bagaimana kehidupan sosial, politik dan ekonomi di negeri itu sendiri.

Perubahan sosial di Indonesia sejak tahun 1967 memasuki suatu babak baru yang disebut sebagai modernisasi dan pembangunan. Modernisasi sebagai suatu proses melibatkan terjadinya perombakan-perombakan di dalam masyarakat pula, yang berpusat pada penggunaan teknologi modern. Problem-problem sosial yang sekarang juga sudah mulai menampakkan diri di Indonesia adalah urbanisasi dan kebutuhan untuk menampung mobilitas sosial ke dalam saluran partisipasi politik. Keadaan dan kejadian-kejadian yang terlihat di sekitar kita sekarang ini kiranya cukup membenarkan bahwa modernisasi itu menciptakan ketakstabilan dalam masyarakat. Modernitas sendiri adalah suatu keadaan ideal yang ingin kita capai, tetapi proses yang harus ditempuh untuk mencapainya, yang disebut sebagai modernisasi, tidaklah sama dengan modernitas itu sendiri. Demikianlah apabila modernitas itu membuahakan stabilitas, modernisasi membuahakan ketakstabilan. Oleh karena itu, harus dilakukan berbagai perombakan agar masyarakat yang belum modern itu menjadi modern.²⁾

Kita sekarang berada di tengah-tengah perubahan sosial sebagaimana diutarakan di atas. Dari pembacaan terhadap rencana-rencana pembangunan jangka panjang maupun menengah dapat diketahui perombakan-perombakan apa saja

- 1) H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) Suatu Pengantar*, Edisi II (Revisi), Fikahati Aneska, 2011, Cet. ke-2, hlm. 31.
- 2) Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial, Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, Cet. ke-3, hlm. 10-11 (mengutip, Huntington, 1972: 39-71)

yang hendak dilakukan di negeri ini dan kita bisa membayangkan akibat-akibat apa saja yang kiranya mengikuti perombakan sosial tersebut. Perubahan-perubahan yang melanda suatu masyarakat tidak akan membiarkan hukumnya tidak terjamah. Bahkan, dikatakan dalam suatu perubahan sosial tersebut, hukumlah yang akan paling cepat terkena. Keadaan tersebut berhubungan dengan fungsi hukum yang memberikan bentuk-bentuk pada hubungan-hubungan sosial. Hukum bisa juga dikatakan yang menentukan prosedur-prosedur yang harus ditempuh untuk mencapai tujuan-tujuan sosial yang dikehendaki oleh masyarakat. Hukum memang tidak menciptakan sendiri substansi yang diaturnya. Misalnya, hukum tidak bisa menciptakan perbuatan jual-beli dan kontrak. Semua perbuatan tersebut timbul dari kebutuhan dan hubungan-hubungan sosial yang alamiah sifatnya. Vinogradoff menyebutkan sebagai suatu proses *give-and-take considerations of reasonable intercourse and social cooperation*. Demikianlah, proses alamiah yang terjadi pada suatu masyarakat yang mengalami modernisasi tentu adalah berbeda dari sebelumnya. Hubungan-hubungan yang terjadi, persoalan-persoalan yang timbul di tengah-tengah proses modernisasi itu memaksa hukum untuk menjalankan pengaturan yang sesuai dengan perubahan itu pula.³⁾

Masyarakat, pelaku usaha dan semua sektor usaha yang mengalami modernisasi ini lebih gampang terlihat persoalan-persoalan yang timbul di dalam kehidupan dan aktivitas usahanya dibanding persoalan-persoalan di kehidupan yang belum mengalami modernisasi. Meskipun demikian, bukan berarti segala persoalan tidak bisa diselesaikan dengan baik. Untuk itu, peraturan-peraturan yang ada pun berkembang mengikuti perkembangan zaman/modernisasi kehidupan manusia. Akan tetapi, jika para pihak tidak mempunyai iktikad baik menyelesaikan persoalan-persoalan/sengketa yang timbul, hal tersebut akan terus terbuka peluang masalah, karena tidak semua peraturan-peraturan yang telah ada bisa mencakup permasalahan mereka saat terjadinya sengketa, mengingat perhitungan waktu antara kehidupan modern dengan kesiapan peraturan selalu ada tenggang waktu, biasanya kehidupan modern sudah ada lebih dahulu, lalu peraturannya menyusul, sehingga peraturan tersebut harus dibuat terlebih dahulu dan memerlukan waktu untuk menyiapkan, memproses/mendapat persetujuan dari Dewan Perwakilan Rakyat (DPR)

3) *Ibid.*, hlm. 11 (mengutip, Friedmann, 1953: 437 dan Alien, 1957: 68)

sampai kepada sosialisasinya. Misalnya saja kejadian yang terjadi lebih dahulu dengan penyalahgunaan dunia maya/elektronik mail/internet, setelah sekian banyak kejadian, barulah peraturan dibuat. Akhirnya, membuat aparat hukum menjadi kewalahan menerapkan sanksi hukuman kepada yang bersalah.

Peraturan-peraturan yang ada dan yang telah berkembang tersebut dimaksud untuk mencakup persoalan-persoalan/sengketa yang timbul di kehidupan masyarakat modern ini. Hal ini akan sejalan dengan kehidupan masyarakat dan pelaku usaha jika saja pada setiap permasalahan yang timbul para pihak dengan iktikad baik menyelesaikannya baik diselesaikan secara langsung tanpa peraturan yang mendasarinya ataupun dengan dasar peraturan yang ada, baik secara penyelesaian sengketa melalui adat, mediasi, pengadilan (litigasi), dan non litigasi.

Memasuki modernisasi, masyarakat dan para pelaku usaha sudah harus dibekali pengetahuan yang cukup untuk mengantisipasi permasalahan yang dapat terjadi diantara pelaku usaha, yakni kontrak kerja sama yang dibuat oleh para pelaku usaha. Sebagai upaya mendukung kerja sama antara pengusaha dalam pertumbuhan perekonomian di Indonesia, perlu memberikan pengetahuan kepada para pengusaha dalam menerapkan isi kontrak kerja sama yang telah dibuat para pihak, meskipun diantaranya/pada umumnya para pihak telah menggunakan jasa hukum untuk membuat/me-review kontrak yang dibuat, baik pra-kontrak, pasca-pelaksanaan kontrak, penyelesaian sengketa kontrak sampai kepada berakhirnya kontrak.

Kontrak kerja sama yang dibuat oleh para pengusaha harus memiliki landasan utama yang sama, yaitu setiap kontrak kerja sama dilandasi pada asas iktikad baik.

Dalam istilah bisnis, iktikad baik yang berasal dari Latin, "*bona fide*" diartikan sebagai upaya untuk tidak mencari keuntungan yang tidak wajar atau tidak menipu pihak lain, bermaksud jujur untuk memenuhi kewajiban atau menaati standar yang pantas dalam transaksi yang wajar (*observance of reasonable standards of fair dealing*). Sementara, dalam istilah hukum iktikad baik adalah suatu istilah abstrak dan komprehensif yang meliputi kepercayaan (*sincere belief*) atau motif tanpa kebencian (*malice*) atau keinginan untuk menipu orang lain. Dengan latar belakang tersebut, tulisan berikut membahas penerapan asas iktikad baik ini dalam pembuatan kontrak kerja sama.

Menghadapi era globalisasi hampir setiap bidang usaha terjadi peningkatan perdagangan, keuangan dan industri yang menimbulkan liberalisasi ekonomi. Seiring berjalannya usaha yang dibina dalam mitra kerja sama, tanpa disadari selain usaha yang meningkat juga telah menimbulkan banyak sengketa bisnis yang terjadi diantara pengusaha dalam pelaksanaan kontrak kerja yang dibuat para pengusaha.

Dalam konteks pembicaraan umum, bisnis tidak terlepas dari aktivitas produksi, pembelian, penjualan, maupun pertukaran barang dan jasa yang melibatkan orang atau perusahaan. Pada umumnya, aktivitas dalam bisnis bertujuan atau menghasilkan laba untuk kelangsungan hidup serta mengumpulkan cukup dana bagi pelaksanaan kegiatan si pelaku bisnis atau pelaku bisnis (*businessman*) itu sendiri. Dalam konteks yang lebih sempit, masyarakat awam seringkali menghubungkan bisnis dengan usaha, perusahaan atau suatu organisasi yang menghasilkan dan menjual barang dan jasa. Sedangkan bisnismen dikaitkan dengan pedagang, pengusaha, usahawan atau orang yang bekerja dalam bisnis serta orang yang menjalankan perusahaan atau industri komersial.⁴⁾

Dengan makin berkembangnya suatu peradaban/modernisasi kehidupan/meningkatnya usaha dan hubungan para pengusaha, peluang sengketa makin terbuka lebar. Untuk itu, sangat dirasakan kebutuhan tata cara penyelesaian sengketa-sengketa perdagangan dengan cepat dan murah, khususnya dapat tetap menjaga nama baik dan kepentingan-kepentingan perdagangan bagi pihak yang bersengketa.

Terlebih lagi apabila sengketa tersebut tidak kunjung selesai dalam kurun waktu yang relatif cepat, mengingat adanya pihak yang beriktikad tidak baik/sengaja menunda-nunda permasalahan yang sedang dihadapinya, baik dalam pelaksanaan pra sengketa, maupun dalam persidangan penyelesaian sengketa, sehingga berdampak kerugian bagi pribadi/perusahaan dalam menjalankan usahanya.

Sengketa bisnis yang terjadi dapat saja disebabkan oleh adanya iktikad tidak baik bagi pihak yang sedang bersengketa, ataupun dapat juga karena ketidak-tahuannya dalam memandang

4) M. Fuand, Christine H, Nurilela, Sugiarto, Paulus, Y.E.F, *Pengantar Bisnis*, Gramedia, Pustaka Utama, Jakarta, Cet. Keenam, 2006, hlm. 1.

permasalahan yang terjadi, sehingga permasalahan terus terjadi tanpa penyelesaian, yang bermula dari hal-hal lebih mudah dapat diselesaikan/diperbaiki. Akan tetapi, karena tidak adanya penyelesaian dengan iktikad baik, akhirnya kemudian berkembang menjadi masalah yang sulit diselesaikan dan bahkan menjadi masalah yang besar.

Perlunya suatu proses penyelesaian sengketa yang cepat dan tetap menjaga kerahasiaan para pihak yang bersengketa menyebabkan para pengusaha lebih memilih penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa atau arbitrase.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase sudah mulai dikenal di Indonesia pada tahun 1977. Sebagai pedoman lahirnya arbitrase ini karena adanya:

1. Undang-undang No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman terdapat pada Pasal 3 berbunyi:

"Penyelesaian perkara di luar pengadilan, atas dasar perdamaian atau melalui wasit (arbitrase), tetap diperbolehkan".

2. Sumber hukum yang mengatur arbitrase yang terdapat pada "*Reglement op de Burgerlijke Rechtsordering*" disingkat "RV".⁵⁾

Walaupun ketentuan-ketentuan ini adalah dari masa penjajahan Belanda, Peraturan Peralihan dalam Undang-undang Dasar 1945 memungkinkan ketentuan-ketentuan ini tetap berlaku setelah kemerdekaan Indonesia. Telah menjadi kesepakatan para sarjana dan praktisi hukum bahwa ketentuan-ketentuan dalam RV dapat dipergunakan, tetapi ketentuan-ketentuan arbitrase sebagaimana dalam RV akan dianggap sebagai pedoman.⁶⁾

Dengan dasar itulah kemudian pertama kali lembaga arbitrase di Indonesia didirikan dengan nama Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang diprakarsai oleh Kamar Dagang Indonesia (KADIN). Sedangkan undang-undang Arbitrase baru diundangkan pada tahun 1999, selanjutnya disingkat "UU Arbitrase".

Penyelesaian sengketa melalui non litigasi dikenal dengan penyelesaian melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa,

5) Gary Goodpaster, et al, Dalam Felix O. Soebagjo, dan Erman Rajagukguk (Editors), *Arbitrase Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995, hlm. 37. (mengutip, S.1847 No. 52 juncto S.1849 NO. 63. Khususnya Pasal 615 s.d. 651).

6) *Ibid.*, hlm. 37.

selanjutnya disingkat "APS". Kehadiran UU Arbitrase merupakan salah satu cara penyelesaian sengketa bisnis yang diminati oleh para pelaku usaha baik pribadi maupun badan hukum.

Untuk menghindari terjadinya hal-hal yang tidak diinginkan dikemudian hari oleh para pihak yang menjalin kerja sama, khususnya dalam penyelesaian sengketa yang dihadapi para pihak, para pihak membuat suatu perjanjian kerja sama yang memuat suatu klausula arbitrase, yaitu jika dikemudian hari timbul sengketa, para pihak akan menempuh musyawarah untuk menyelesaikan sengketa para pihak. Akan tetapi, jika musyawarah tidak tercapai, para pihak telah menunjuk lembaga arbitrase/*ad-hoc* untuk menyelesaikan sengketa yang para pihak hadapi.

Klausula arbitrase yang dibuat para pihak sebagai perjanjian yang berlaku sebagai undang-undang (*pacta sunt servanda*) diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) yang menyatakan sebagai berikut:

"(1) Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya".

Terhadap pilihan penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak yang dituangkan dalam klausula arbitrase yang merupakan undang-undang bagi para pihak, harus diikuti iktikad baik bagi para pihak untuk menyelesaikannya dan memercayai apa yang menjadi pilihan bagi para pihak, sebagaimana diatur pada Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata yang menyatakan sebagai berikut:

"(3) Perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik".

Pilihan penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang telah dituangkan oleh para pihak ini merupakan pilihan hukum yang dikenal dengan "*law of the parties*", sehingga sepatutnya para pihak yang menjalankan proses arbitrase nantinya harus tetap menyadari akan pilihan hukum yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa, yaitu sebagai bentuk penyelesaian yang bersifat damai, cepat dan terjaga kerahasiaan sengketa yang tengah dialami para pihak. Kemudian pada akhir putusan, apapun yang dihasilkan dari putusan arbitrase itu, para pihak yang bersengketa seharusnya berbesar hati menerima putusan dan dengan sukarela menjalankan isi putusan, tanpa perlunya upaya paksa dalam menjalankan eksekusinya. □

2

Sengketa dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Kontrak

A. SENGKETA

1. Pengertian Sengketa

Jstilah sengketa berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu *dispute*. Sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah *geeding* atau *proces*. Sementara itu, penggunaan istilah sengketa itu sendiri belum ada kesatuan pandangan dari para ahli. Ada ahli yang menggunakan istilah sengketa, dan ada juga yang menggunakan istilah konflik. Kedua istilah itu sering kali digunakan oleh para ahli. Richard L. Abel menggunakan istilah sengketa, sedangkan Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin, serta Nader dan Todd menggunakan istilah konflik. Pengertian sengketa atau konflik disajikan berikut ini. Richard L. Abel mengartikan sengketa (*dispute*) adalah:⁷⁾

"Pernyataan publik mengenai tuntutan yang tidak (*inconsistent claim*) terhadap sesuatu yang bernilai".

Richard L. Abel melihat sengketa dari aspek ketakcocokan atau ketaksesuaian para pihak tentang sesuatu yang bernilai. Sesuatu yang bernilai dimaknakan sebagai sesuatu yang mempunyai harga atau berharga uang.

Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin mengemukakan pengertian sengketa berarti:⁸⁾

"Persepsi mengenai perbedaan kepentingan (*perceived divergence of interest*), atau suatu kepercayaan bahwa aspirasi pihak-pihak yang bersengketa tidak dicapai secara simultan (secara serentak)".

Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin, melihat sengketa dari perbedaan kepentingan atau tidak dicapainya kesepakatan para pihak.

7) Lawrence M. Friedman, *op. cit.*, hlm. 11.

8) Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin, *op. cit.*, hlm. 9-10.

Diartikan dengan perbedaan kepentingan adalah berlainannya keperluan atau kebutuhan dari masing-masing pihak. Misalnya, A sebagai salah satu ahli waris, menginginkan bahwa rumah warisan yang ditinggalkan oleh pewaris dijual, sementara pihak B tidak menginginkan rumah itu dijual, karena mengandung nilai-nilai sejarah bagi keluarga. Contoh lainnya, A telah menjual rumah dan tanah dari pewaris (B), tetapi si C keberatan karena tanah rumah itu bukan milik pewaris, tetapi milik orang tuanya. Sementara A dan C, masing-masing tetap mempertahankan argumentasinya. Laura Nader dan Harry F. Todd Jr. mengartikan sengketa sebagai:⁹⁾

"Keadaan bahwa sengketa tersebut dinyatakan di muka atau dengan melibatkan pihak ketiga. Selanjutnya, ia mengemukakan istilah pra sengketa dan sengketa. Pra sengketa adalah keadaan yang mendasari rasa tidak puas seseorang. Sengketa itu sendiri adalah keadaan ketika para pihak menyadari atau mengetahui tentang adanya perasaan tidak puas tersebut".

Sengketa atau konflik dalam masyarakat mengalami suatu proses dan melalui tahapan-tahapan sebagaimana dijelaskan Laura Nader dan Harry F. Todd Jr sebagai berikut:¹⁰⁾

"*Tahap pertama*, sengketa berawal dari munculnya keluhan-keluhan (*grievance*) dari salah satu pihak terhadap pihak lain (individu atau kelompok) karena pihak yang mengeluh merasa haknya dilanggar, diperlakukan secara tidak wajar, kasar, dipersalahkan, diinjak harga dirinya, dirusak nama baiknya, dilukai hatinya, dan lain-lain. Kondisi awal seperti ini disebut sebagai tahapan pra konflik (*pre conflict stage*) yang cenderung mengarah kepada konfrontasi yang bersifat monadik (*monadic*). Monadik artinya keluhan yang belum ditanggapi pihak lawan".

Tahap kedua, apabila kemudian pihak yang lain menunjukkan reaksi negatif berupa sikap yang bermusuhan atas munculnya keluhan dari pihak yang pertama, kondisi ini meningkat eskalasinya menjadi situasi konflik (*conflict stage*) sehingga konfrontasi berlangsung secara diadik (*dyadic*). Diadik artinya bahwa keluhan itu telah ditanggapi pihak lawan.

9) Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin, *op. cit.*, hlm. 9-10.

10) Laura Nader dan Harry F. Todd Jr., *op. cit.*, hlm. 14-15.

Tahap ketiga, apabila sengketa antarpihak-pihak tersebut ditunjukkan dan dibawa ke arena publik (masyarakat) dan kemudian diproses menjadi kasus perselisihan dalam institusi penyelesaian sengketa, sehingga situasinya telah meningkat menjadi sengketa (*dispute stage*) dan konfrontasi antar pihak-pihak yang berselisih menjadi triadik (*triadic*). Triadik artinya bahwa perorangan atau kelompok telah terlibat secara aktif dalam ketakadilan atau ketaksesuaian.

Pengertian sengketa yang disajikan oleh para ahli mengandung kelemahan-kelemahan. Kelemahan itu, meliputi tidak jelasnya subjek yang bersengketa dan objek sengketa. Oleh karena itu, pengertian sengketa yang disajikan di atas perlu disempurnakan.

Sengketa adalah: "Pertentangan, perselisihan atau percekocokan yang terjadi antara pihak yang satu dengan pihak lainnya dan atau antara pihak yang satu dengan berbagai pihak yang berkaitan dengan hak yakni sesuatu yang bernilai, baik itu berupa uang maupun benda".

Apapun yang menjadi pengertian sengketa itu, jika kita kembali kepada dasar hati nurani manusia sebagai makhluk yang sempurna diciptakan oleh Yang Maha Khalik selalu menginginkan perdamaian, tetapi kenyataannya dalam kehidupan sengketa kian terus terjadi. Hal ini terjadi karena adanya keinginan dan hal-hal yang mengganggu kenyamanan seseorang, sehingga tanpa disadari keinginan ataupun terganggunya kenyamanan seseorang itulah yang memicu terjadi sengketa. Karena itu, sengketa dapat dikatakan sebagai sesuatu yang membuat timbulnya ketaknyamanan tidak tercapainya keinginan yang diharapkan oleh seseorang tersebut.

2. Teori Sengketa (Konflik)

Teori sengketa atau teori konflik, digunakan sebagai dasar untuk menganalisis faktor penyebab timbulnya sengketa, mekanisme dan pola penyelesaian sengketa tanah antara masyarakat Desa Labangkar dan Desa Ropang, Kecamatan Ropang, Kabupaten Sumbawa dengan PT. Newmont Nusa Tenggara.¹¹⁾

11) H. Salim HS, *Hukum Penyelesaian Sengketa Pertambangan di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, 2013, hlm. 38.

Teori konflik merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis tentang sengketa atau pertentangan yang timbul dalam masyarakat, faktor penyebab terjadinya sengketa dan cara-cara atau strategi yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Teori konflik yang disajikan di sini adalah teori konflik yang dikemukakan oleh Ralf Dahrendorf, Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin, dan Simon Fisher.¹²⁾

Teori konflik dikembangkan oleh Ralf Dahrendorf pada tahun 1958-an. Teori konflik berorientasi kepada struktur dan institusi sosial.¹³⁾ Ralf Dahrendorf berpendapat bahwa masyarakat mempunyai dua wajah, yaitu konflik dan konsensus. Oleh karena itu, Ia berpendapat bahwa teori sosiologi harus dibagi menjadi dua bagian, yaitu teori konflik dan teori konsensus. Teori konflik menganalisis konflik kepentingan dan penggunaan kekerasan yang mengikat masyarakat bersama di hadapan tekanan itu. Sementara itu, teori konsensus menguji nilai integrasi dalam masyarakat.¹⁴⁾

Sementara itu, teori yang digunakan menganalisis tentang faktor penyebab terjadinya sengketa tanah antara masyarakat Desa Labangkar dan Desa Ropang, Kecamatan Ropang, Kabupaten Sumbawa dengan PT. Newmont Nusa Tenggara adalah teori konflik yang dikemukakan oleh Simon Fisher, dkk. Simon Fisher, dkk mengemukakan enam teori yang mengkaji dan menganalisis penyebab terjadinya sengketa. Keenam teori itu, meliputi:¹⁵⁾

- 1) Teori hubungan masyarakat,
- 2) Teori negosiasi prinsip,
- 3) Teori identitas,
- 4) Teori kesalahpahaman,
- 5) Teori transformasi konflik, dan
- 6) Teori kebutuhan manusia.

12) *Ibid.*

13) *Ibid.*, hlm. 39 (mengutip, George Ritzer dan Douglas J. Goodman, *Teori Sosiologi Modern (Modern Sociological Theory)*. Diterjemahkan oleh Alimandan, Prenada, Jakarta. 2007. hlm. 153-154.

14) *Ibid.*, hlm. 39.

15) *Ibid.*, hlm. 39 (mengutip, Iman Taufik, *Relasi Negara dan Masyarakat dalam Diskursus Sengketa di Indonesia dalam Mengelola Sengketa Membangun Damai Teori, Strategis dan Implementasi Resolusi Sengketa*, editor Mukhsin Jamil, (Semarang: WMC (Walisongo Mediation Center) dan IAIN Walisongo, 2007), hlm. 155-158).

- 1) *Teori hubungan masyarakat* berpendapat bahwa penyebab terjadinya konflik adalah oleh polarisasi (kelompok yang berlawanan) yang terus terjadi, ketidakpercayaan dan permusuhan di antara kelompok yang berbeda dalam suatu masyarakat. Sasaran yang ingin dicapai teori ini adalah:
 - a. Meningkatkan komunikasi dan saling pengertian antara kelompok-kelompok yang mengalami konflik; dan
 - b. Mengusahakan toleransi dan agar masyarakat lebih bisa saling menerima keragaman yang ada di dalamnya.
- 2) *Teori negosiasi prinsip* menganggap bahwa penyebab terjadinya sengketa disebabkan oleh posisi-posisi yang tidak selaras dan perbedaan pandangan tentang sengketa oleh pihak-pihak yang mengalami konflik. Sasaran yang ingin dicapai teori ini adalah:
 - a. Membantu pihak-pihak yang mengalami konflik untuk memisahkan perasaan pribadi dengan berbagai masalah dan isu, dan memungkinkan mereka untuk melakukan negosiasi berdasarkan kepentingan-kepentingan mereka daripada posisi tertentu yang sudah tetap; dan
 - b. Melancarkan proses pencapaian kesepakatan yang menguntungkan kedua belah pihak atau semua pihak.
- 3) *Teori identitas* berasumsi (beranggapan) bahwa terjadinya konflik disebabkan identitas yang terancam, yang sering berakar pada hilangnya sesuatu atau penderitaan di masa lalu yang tidak diselesaikan.
- 4) *Teori kesalahpahaman* antarbudaya berasumsi bahwa sengketa terjadi disebabkan oleh ketidakcocokan dalam cara-cara komunikasi di antara berbagai budaya yang berbeda. Sasaran yang ingin dicapai teori ini adalah:
 - a. Mengetahui budaya pihak lain,
 - b. Mengurangi stereotip negatif yang mereka miliki tentang pihak lain, dan
 - c. Meningkatkan keefektifan komunikasi antarbudaya.
- 5) *Teori transformasi konflik* berasumsi bahwa konflik terjadi disebabkan oleh masalah-masalah ketidaksetaraan dan ketidakadilan yang muncul sebagai masalah-masalah sosial, budaya dan ekonomi. Sasaran yang ingin dicapai teori ini adalah:

- a. Mengubah berbagai struktur dan kerangka kerja yang menyebabkan ketidaksetaraan dan ketidakadilan, termasuk kesenjangan ekonomi,
 - b. meningkatkan jalinan hubungan dan sikap jangka panjang di antara pihak-pihak yang mengalami sengketa, dan
 - c. mengembangkan berbagai proses dan sistem untuk mempromosikan pemberdayaan, keadilan, perdamaian, pengampunan, rekonsiliasi dan pengakuan.
- 6) *Teori kebutuhan manusia* berasumsi bahwa penyebab terjadinya sengketa disebabkan oleh kebutuhan dasar manusia baik fisik, mental, dan sosial yang tidak terpenuhi atau dihalangi. Keamanan, identitas, pengakuan, partisipasi, dan otonomi sering merupakan inti pembicaraan. Sasaran yang ingin dicapai teori ini adalah:¹⁶⁾
- a. Membantu pihak-pihak yang mengalami sengketa untuk mengidentifikasi dan mengupayakan bersama kebutuhan mereka yang tidak terpenuhi, dan menghasilkan pilihan-pilihan untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan itu,
 - b. Agar pihak-pihak yang mengalami sengketa mencapai kesepakatan untuk memenuhi kebutuhan dasar semua pihak.

Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin mengemukakan sebuah teori tentang penyelesaian sengketa. Kedua ahli ini mengemukakan sebuah teori, yang disebut dengan teori strategi penyelesaian sengketa. Ada lima strategi dalam penyelesaian sengketa, sebagaimana disajikan berikut ini.¹⁷⁾

"Pertama, *contending* (bertanding), yaitu mencoba menerapkan suatu solusi yang lebih disukai oleh salah satu pihak atas pihak lainnya. **Kedua, *yielding*** (mengalah), yaitu menurunkan aspirasi sendiri dan bersedia menerima kurang dari yang sebetulnya diinginkan. **Ketiga, *problem solving*** (pemecahan masalah), mencari alternatif yang memuaskan aspirasi kedua belah pihak. **Keempat, *with drawing*** (menarik diri), yaitu memilih meninggalkan situasi sengketa, baik secara fisik maupun psikologis. **Kelima, *inaction*** (diam), yaitu tidak melakukan apa-apa".¹⁸⁾

16) *Ibid.*, hlm. 39-40.

17) *Ibid.*, hlm. 40-41.

18) *Ibid.*, hlm. 40-41. (mengutip, Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin, *Konflik Sosial*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta. 2004. hlm. 4-6.

Para ahli antropologi hukum juga mengemukakan pendapatnya tentang cara-cara penyelesaian sengketa yang terjadi dalam masyarakat baik dalam masyarakat modern maupun tradisional. Laura Nader dan Harry F. Todd Jr., mengemukakan tujuh cara penyelesaian sengketa dalam masyarakat. Ketujuh cara itu, meliputi:¹⁹⁾

1. *Lumping it* (membiarkan saja);
2. *avoidance* (mengelak);
3. *coercion* (paksaan);
4. *negotiation* (perundingan);
5. *mediation* (mediasi);
6. *arbitration* (arbitrasi); dan
7. *adjudication* (peradilan)".

Penulis lebih cenderung menggunakan adjudikasi untuk istilah *adjudication*.

Membiarkan saja atau *lumping it*, yaitu pihak yang merasakan perlakuan yang tidak adil, gagal dalam upaya untuk menekankan tuntutanannya. Dia mengambil keputusan untuk mengabaikan saja masalah atau isu yang menimbulkan tuntutanannya dan dia meneruskan hubungan-hubungannya dengan pihak yang dirasakan merugikannya. Ini dilakukan karena berbagai kemungkinan seperti kurangnya faktor informasi mengenai bagaimana proses mengajukan keluhan itu ke peradilan, kurangnya akses ke lembaga peradilan atau sengaja tidak diproses ke peradilan karena diperkirakan bahwa kerugiannya lebih besar dari keuntungannya (dari arti materiil maupun kejiwaan). Mengelak (*avoidance*), yaitu pihak yang merasa dirugikan, memilih untuk mengurangi hubungan-hubungan dengan pihak yang merugikannya atau untuk sama sekali menghentikan hubungan tersebut. Misalnya, dalam hubungan bisnis, hal semacam ini bisa terjadi. Dengan mengelak, isu yang menimbulkan keluhan dielakkan saja. Berbeda dengan pemecahan pertama, hubungan-hubungan berlangsung terus, isunya saja yang dianggap selesai. Dalam hal bentuk kedua ini, pihak yang dirugikan mengelakkannya. Pada bentuk satu hubungan-hubungan tetap diteruskan, pada bentuk kedua hubungan-hubungan dapat dihentikan untuk sebagian atau untuk keseluruhan.

19) *Ibid.*, hlm. 41 (mengutip, Laura Nader dan Harry F. Todd Jr, *The Disputing Process Law in Ten Societies*. Columbia University Press. (New York. 1978). hlm. 9-11.

Paksaan atau *coercion*, satu pihak memaksakan pemecahan kepada pihak lain. Ini bersifat unilateral. Tindakan yang bersifat memaksakan ini atau ancaman untuk menggunakan kekerasan, pada umumnya mengurangi kemungkinan penyelesaian secara damai. Perundingan (*negotiation*), yaitu dua pihak yang berhadapan merupakan para pengambil keputusan.²⁰⁾

Pemecahan dari masalah yang dihadapi dilakukan oleh mereka berdua, mereka sepakat tanpa adanya pihak ketiga yang mencampurinya. Kedua belah pihak berupaya untuk saling meyakinkan, jadi mereka membuat aturan mereka sendiri dan tidak memecahkannya dengan bertitik tolak dari aturan-aturan yang ada. Mediasi (*mediation*) yaitu pihak ketiga yang membantu kedua belah pihak yang berselisih pendapat untuk menemukan kesepakatan. Pihak ketiga ini dapat ditentukan oleh kedua belah pihak yang bersengketa, atau ditunjuk oleh yang berwenang untuk itu. Apakah mediator hasil pilihan kedua pihak, atau karena ditunjuk oleh orang yang mempunyai kekuasaan, kedua pihak yang bersengketa harus setuju bahwa jasa-jasa dari seorang mediator akan digunakan dalam upaya mencari pemecahan. Dalam masyarakat-masyarakat kecil (paguyuban) bisa saja tokoh-tokoh yang berperan sebagai mediator juga berperan sebagai arbitrator dan sebagai hakim. Arbitrase, yaitu dua belah pihak yang bersengketa sepakat untuk meminta perantara pihak ketiga, arbitrator, dan sejak semula telah setuju bahwa mereka akan menerima keputusan dari arbitrator itu. Peradilan (*adjudication*), yaitu pihak ketiga mempunyai wewenang untuk mencampuri pemecahan masalah, lepas dari keinginan para pihak bersengketa. Pihak ketiga itu juga berjanji membuat keputusan dan menegakkan keputusan itu artinya berupaya bahwa keputusan dilaksanakan.²¹⁾

Ketujuh cara ini, dapat dibagi menjadi tiga cara penyelesaian sengketa, yaitu tradisional, alternatif penyelesaian sengketa (APS) dalam bahasa Inggris *alternative dispute resolution* (ADR), dan pengadilan. Yang termasuk cara tradisional adalah membiarkan saja atau *lumping it*, mengelak (*avoidance*) dan paksaan. Ketiga cara ini tidak ditemukan dalam peraturan perundang-undangan. Yang termasuk dalam penyelesaian dengan menggunakan ADR adalah perundingan (*negotiation*), mediasi, dan arbitrase.

20) *Ibid.* hlm. 41-42

21) *Ibid.*, hlm. 42 (mengutip, T.O. Ihromi, *Antropologi Hukum; Sebuah Bunga Ramp.* Yayasan Obor, Jakarta. 1993. hlm. 210-212).

Ketiga cara ini terdapat dalam UUPA. Penyelesaian sengketa melalui pengadilan dikenal dalam hukum acara. Teori-teori ini dikenal sebagai berikut:

1) *Teori Fungsionalisme Struktural*²²⁾

Menurut pendapat Nasikun yang mengemukakan dua teori sengketa yang dapat dijadikan landasan dalam penyelesaian sengketa pertanahan yaitu: Teori *fungsionalisme struktural* atau sudut pendekatan fungsional struktural. Sudut pendekatan fungsional struktural ini menyatakan bahwa masyarakat pada dasarnya terintegrasi di atas dasar kata sepakat para anggotanya atas nilai-nilai kemasyarakatan tertentu, suatu *general agreements* yang memiliki daya mengatasi perbedaan-perbedaan pendapat dan kepentingan diantara para anggota masyarakat. Ia memandang masyarakat sebagai suatu sistem *equilibrium*. Teori inipun dikuatkan oleh Plato, Augus Comte, Herbert Spencer, Emile Durkheim, Bronislaw Malinowski, Redcliffe Brown, dan Talcott Parsons.

Adapun anggapan dasar dari teori *fungsionalisme struktural* adalah.²³⁾

- a. Masyarakat harus dilihat sebagai suatu sistem daripada bagian-bagian yang saling berhubungan satu sama lain;
- b. Dengan demikian, hubungan pengaruh-mempengaruhi diantara bagian-bagian tersebut adalah bersifat ganda dan timbal balik;
- c. Sekalipun integrasi soal tersebut tidak pernah dapat dicapai dengan sempurna, secara fundamental sistem sosial selalu cenderung bergerak kearah *equilibrium* yang bersifat dinamis, menanggapi perubahan-perubahan yang datang dari luar dengan kecenderungan memelihara agar perubahan-perubahan yang terjadi dalam sistem sebagai akibatnya hanya akan mencapai derajat yang minimal;
- d. Sekalipun disfungsi, ketegangan-ketegangan, dan penyimpangan senantiasa terjadi juga dalam jangka panjang keadaan

22) Iing Sodikin Arifin, Naskah Disertasi: *Penyelesaian Sengketa Hak Atas Tanah Aset Negara Dikaitkan Dengan Hak Menguasai Negara Atas Tanah Dihubungkan Dengan Asas Keadilan Dalam Upaya Mencapai Tujuan Negara Kesejahteraan*, Universitas Padjadjaran, Bandung, 2008, hlm. 137-139. (Mengutip: Tri Sakti, *Laporan Akhir Kajian Pola Penyelesaian Masalah Pertanahan*, Puslitbang BPN, Jakarta, 2002 dan Pendapat Nasikun).

23) *Ibid.*, hlm. 137, (mengutip, Suryanto, dkk. *Studi Identifikasi dan inventarisasi Masalah Pertanahan*, Laporan Penelitian Kerja sama BPN dengan Lemlit UNAIR, 2001).

tersebut pada akhirnya akan teratasi dengan sendirinya melalui penyesuaian-penyesuaian dan proses institusionalisasi. Artinya, sekalipun integrasi sosial pada tingkatnya yang sempurna tidak akan pernah tercapai, tetapi setiap sistem sosial akan senantiasa berproses kearah sana.

- e. Perubahan-perubahan di dalam sistem sosial pada umumnya terjadi secara gradual, melalui penyesuaian-penyesuaian, dan tidak secara revolusioner. Perubahan unsur sosial budaya yang menjadi bangunan dasarnya tidak seberapa mengalami perubahan.
- f. Pada dasarnya, perubahan-perubahan sosial timbul atau terjadi melalui tiga macam kemungkinan yaitu: penyesuaian-penyesuaian yang dilakukan oleh sistem sosial tersebut (*extra sistemix change*); pertumbuhan melalui proses diferensiasi struktural dan fungsional; serta penemuan-penemuan baru oleh anggota-anggota masyarakat.
- g. Faktor paling penting yang memiliki daya mengintegrasikan suatu sistem sosial adalah konsensus diantara para anggota masyarakat mengenai nilai-nilai kemasyarakatan tertentu. Di dalam setiap masyarakat selalu terdapat tujuan-tujuan atau prinsip-prinsip dasar tertentu bahwa sebagian besar anggota masyarakat menganggap, serta menerimanya sebagai sesuatu hal yang mutlak benar.

Dengan kata lain, menurut Hari Poerwanto,²⁴⁾ teori itu "lebih menitik beratkan pada bagaimana cara manusia menghadapi dunia melalui sistem-sistem hubungan sosial, sengketa dan kontradiksi serta dasar-dasar konsensus, yang pada akhirnya menciptakan suatu integrasi".

Teori pendekatan *fungsionalisme struktural* tersebut dalam perkembangannya dianggap kurang mampu menganalisis masalah-masalah perubahan kemasyarakatan, karena pendekatan yang digunakan oleh teori tersebut telah mengabaikan kenyataan bahwa sengketa dan kontradiksi-kontradiksi intern merupakan sumber bagi terjadinya perubahan-perubahan kemasyarakatan, dan kurang memberikan tempat yang wajar pada kenyataan bahwa suatu sistem sosial tidak terlalu mampu menyesuaikan diri terhadap perubahan-perubahan.²⁵⁾

24) *Ibid.*, hlm. 139, (mengutip, Suryanto, dkk. *ibid.*, hlm. 10).

25) *Ibid.*, hlm. 140, (mengutip, *Tanya Jawab Hukum Tanah, op. cit.*, hlm. 111).

Suatu sistem sosial dapat juga bersikap menolak perubahan-perubahan yang data dari luar, baik dengan cara memelihara *status quo* maupun dengan cara melakukan perubahan-perubahan yang bersifat reaksioner.²⁶⁾

2) Teori Pendekatan Konflik (Sengketa)

Teori ini didasarkan pada anggapan-anggapan dasar.²⁷⁾

1. Setiap masyarakat senantiasa berada di dalam proses perubahan yang tidak pernah berakhir, atau dengan perkataan lain, perubahan sosial merupakan gejala yang melekat di dalam setiap masyarakat.
2. Setiap masyarakat mengandung sengketa-sengketa di dalam dirinya, atau dengan kata lain, sengketa adalah merupakan gejala yang melekat di dalam setiap masyarakat.
3. Setiap unsur di dalam suatu masyarakat memberikan sumbangan bagi terjadinya disintegrasi dan perubahan-perubahan sosial.
4. Setiap masyarakat terintegrasi di atas penguasaan atau dominasi oleh sejumlah orang atas sejumlah orang-orang yang lain.

Dengan kata lain bahwa sengketa dianggap bersumber di dalam faktor-faktor yang ada di dalam masyarakat itu sendiri. Sengketa/sengketa timbul dari kenyataan akan adanya unsur-unsur yang saling bertentangan di dalam setiap masyarakat. Kontradiksi intern bersumber pada pembagian kewenangan atau otoritas (*authority*) secara tidak merata. Sehingga di dalam setiap masyarakat terbagi menjadi mereka yang memiliki otoritas dan mereka yang tidak memiliki otoritas.²⁸⁾

Pembagian otoritas yang bersifat dikotomis tersebut merupakan sumber timbulnya sengketa-sengketa sosial di dalam setiap masyarakat. Pembagian otoritas secara dikotomis tersebut akan menimbulkan:²⁹⁾

1. Kepentingan-kepentingan yang berlawanan satu sama lain;
2. Mereka yang menduduki posisi sebagai pemegang otoritas dan mereka yang tidak memiliki otoritas memiliki kepen-

26) *Ibid.*, hlm. 140, (mengutip, *ibid.*, 112).

27) *Ibid.*, 140, (mengutip, Suryanto, Dkk, *loc. cit.*).

28) R. Adiwilaga, *Hukum Agraria Indonesia*, dalam *teori dan praktek*, Penerbit N.V. Masa Baru, Bandung, 1962, hlm. 30.

29) *Ibid.*, hlm. 30.

tingan-kepentingan, baik secara substansial maupun arahnya, berlawanan satu sama lain. Oleh karena itu, bagi mereka yang memiliki otoritatif cenderung untuk memelihara bahkan mengukuhkan status quo, sedangkan mereka yang tidak memiliki otoritatif akan berusaha untuk merombak atau mengubah status quo. Konsekuensi yang timbul adalah semakin bertambahnya otoritas pada satu pihak, sehingga semakin berkurangnya otoritas pada pihak lain.

Atas dasar pemikiran tersebut, teori pendekatan sengketa merupakan suatu gejala yang serba hadir dalam masyarakat dan senantiasa melekat dalam diri setiap masyarakat, akan lenyap bersama lenyapnya manusia itu sendiri. Yang dapat dilakukan manusia hanyalah mengatur dan mengendalikan sengketa agar yang terjadi di dalam berbagai kekuatan masyarakat tidak akan terwujud dalam bentuk kekerasan (*violence*).

Menurut pendapat Ralf Dahrendorf bahwa pengaturan sengketa sangat bergantung kepada tiga hal, yaitu:³⁰⁾

- a. Sebelah pihak harus mengakui kenyataan dari situasi politik yang terjadi diantara mereka, harus ada pengakuan atas kepentingan yang diperjuangkan oleh pihak lain;
- b. Kepentingan-kepentingan yang diperjuangkan harus terorganisasi secara rapi, tidak bercerai berai dan tidak terkotak-kotak, sehingga masing-masing pihak memahami dengan jelas lingkup tuntutan pihak yang lain;
- c. Kedua pihak harus menyepakati aturan mainnya (*rule of the game*) yang menjadi landasan dan pegangan di dalam berinteraksi antara mereka.

Landasan teori dalam upaya mengelola sengketa supaya tidak menimbulkan kekerasan, A.M. Haryana³¹⁾ memberikan lima cara untuk mengelolanya, yaitu:

- a. bersaing dan bertanding (*competing*), menguasai (*dominating*) atau memaksa (*forcing*), pola pengelolaan sengketa ini bercirikan menang-kalah;
- b. kerja sama (*collaborating*) dan menghadapi (*confronting*), kedua pihak yang terlibat dalam sengketa mengadakan kerja

30) Dalam Konsorsium Pembaruan Agraria, *Sengketa Agraria dan Perlunya Menegakkan Lembaga Peradilan Agraria yang Independen*, 1998. (mengutip, pendapat Ralf Dahrendorf).

31) Suryanto, dkk, *Studi Identifikasi dan inventarisasi Masalah Pertanahan*, Laporan, *Op.Cit*, hlm. 15. (Mengutip Pendapat A.M Haryana).

- sama dan mencari upaya penyelesaian/pemecahan sengketa yang memuaskan kepentingan kedua belah pihak;
- c. kompromi (*compromising*) dan berunding (*negotiating*). Pola ini menghendaki kedua pihak yang bersengketa tidak ada yang menang atau kalah;
 - d. menghindari (*avoiding*) atau menarik (*withdrawal*). Kedua belah pihak yang bersengketa tidak memperjuangkan kepentingan masing-masing, bahkan mereka tidak menarik perhatian pada perkara yang disengketaan;
 - e. menyesuaikan (*obliging*)

3. Struktur Sengketa

Pengertian struktur sengketa (konflik) dalam hal ini diasumsikan pada situasi konflik. Menurut Paul Conn menggambarkan ada dua jenis situasi konflik yakni:³²⁾

- a. konflik menang – kalah (*zero – sum conflict*); dan
- b. konflik menang – menang (*non zero – sum conflict*).

Konflik menang – kalah ialah situasi konflik yang bersifat antagonistik sehingga tidak memungkinkan tercapainya kompromi di antara pihak-pihak yang terlibat dalam konflik. Ciri-ciri struktur konflik ini, tidak mungkin mengadakan kerja sama, bahwa hasil kompetisi akan dinikmati oleh pemenang saja (pihak pemenang akan mendapatkan semuanya, sedangkan pihak yang kalah akan kehilangan semuanya). Biasanya, yang dipertaruhkan menyangkut hal-hal yang dianggap prinsipil seperti harga diri, iman kepercayaan, masalah hidup atau mati dan jabatan penting dalam pemerintahan. Misalnya dalam pemilihan umum yang menggunakan formula pluralitas dalam menentukan partai mana yang menang merupakan salah satu contoh tentang konflik menang – kalah.

Adapun konflik menang – menang ialah suatu situasi konflik bahwa pihak-pihak yang terlibat dalam konflik masih mungkin untuk mengadakan kompromi dan bekerja sama sehingga semua pihak akan mendapatkan bagian dari konflik tersebut. Yang dipertaruhkan dalam situasi konflik biasanya bukan hal-hal yang bersifat prinsipil, bukan pula hal tidak prinsipil. Namun, bila hal itu dianggap penting diadakan dialog, kompromi, dan kerja sama

32) Trubus Rahardiansah P. dan Endar Pulungan, *Pengantar Sosiologi Hukum*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, Cet. III, 2008, hlm. 170, (mengutip, Pendapat Paul Conn).

yang menguntungkan kedua pihak. Ciri struktur konflik ini adalah kompromi dan kerja sama, hasil kompetisi akan dinikmati oleh kedua belah pihak walaupun tidak secara maksimal. Misalnya, konflik yang terjadi dalam pembuatan suatu undang-undang oleh parlemen, terjadi konflik antarfraksi dan akhirnya terjadi kompromi yang merupakan hasil perjuangan usulan setiap fraksi walaupun tidak secara maksimal semuanya berakomodasi.

Struktur konflik menurut Lewis A Coser dibedakan pada situasi konflik terjadi. Dalam hal ini, struktur konflik terbagi dua, yakni konflik yang terjadi di dalam kelompok (*in group*) dan konflik yang terjadi di luar kelompok (*out group*). Memperkuat struktur dan identitas kelompok tersebut, bahwa konflik dapat bermakna positif bagi kelompok tersebut. Sedangkan konflik yang terjadi di dalam kelompok (*in group*) berfungsi negatif bagi kelompok tersebut.³³⁾

Dalam konteks ini Louis R. Pondy membuat tahapan-tahapan konflik yang merupakan struktur konflik. Adapun kelima tahapan konflik tersebut adalah:³⁴⁾

1. Konflik laten (*laten conflict*). Menurutnya, konflik laten ditandai oleh tiga hal yakni: (1) adanya persaingan untuk memperebutkan sumber daya yang terbatas; (2) memperebutkan kekuasaan; (3) adanya perbedaan-perbedaan tujuan pada sub unit organisasi atau kelompok dalam masyarakat.
- 2) Konflik yang mulai terasa (*perceive conflict*). Hal ini terjadi tatkala masing-masing pihak secara sadar terlibat di dalam pusaran konflik, dan hal tersebut tidak dialami dalam tahap sebelumnya.
- 3) Konflik yang semakin terasa (*felt conflict*). Konflik ini terjadi tatkala ia memperoleh tanggapan emosional dari pihak-pihak yang terlibat konflik.
- 4) Konflik terbuka (*manifest conflict*). Ciri-cirinya terbentang dari perang mulut hingga kekerasan fisik.
- 5) Konflik sementara dari sebuah konflik. Sebab, bagaimanapun kemungkinan untuk terjadi proses konflik kembali masih terbuka lebar, bila penyelesaian konflik tidak memuaskan.

33) *Ibid.*, hlm. 171 (mengutip, Pendapat Lewis A. Coser).

34) *Ibid.*, hlm. 171-172 (mengutip, Pendapat Louis R. Pondy).

4. Jenis Sengketa

Banyak sengketa yang terjadi baik yang menggunakan kekerasan maupun yang tidak menggunakan kekerasan. Kesemua sengketa itu mempunyai tingkatan/jenis-jenis sengketa.

Sengketa mempunyai jenis dilihat dari subjek hukumnya (pihak yang bersengketa) dan objek hukumnya (objek perkara). Jenis sengketa ini akan memengaruhi aturan hukum yang mengatur sengketa tersebut. Karena itu, perlunya kita memerhatikan pembagian jenis sengketa tersebut di bawah ini:

1) *Subjek hukum (pihak yang bersengketa)*

Para pihak yang bersengketa akan dilihat dari asal-usul kewarganegaraan, agama dan usianya. Ketika akan menyelesaikan pihak yang mempunyai kewarganegaraan berbeda, sistem hukum yang mengatur setiap warga negaranya akan mengacu kepada sistem hukum negara tersebut. Demikian juga ketika menyangkut subjek hukum yang beragama Islam, sistem hukum yang mengaturnya pun akan berbeda lagi yaitu mengikuti peraturan bagi yang beragama Islam. Juga terhadap usia subjek hukumnya, jika digolongkan berusia anak-anak, dapat saja tergolong dalam peraturan yang menyangkut Perlindungan Anak, dan sebagainya;

2) *Objek hukum (objek sengketa)*

Setiap objek sengketa mempunyai jenis sengketa yang bermacam-macam, misalnya objek tersebut menyangkut tanah. Hal ini akan lebih luas lagi untuk mencari hukum penyelesaiannya, mengingat tanah akan menyangkut peruntukan tanah yang menjadi objek sengketa. Apakah tanah sengketa adalah lahan pertanian/perkebunan, pertambangan dan perumahan serta peruntukan lainnya, sehingga dengan peruntukan ini saja bukan hanya menyangkut hukum agraria dan Badan Pertanahan Nasional, tetapi juga menyangkut Departemen terkait yang menyelenggarakannya sampai kepada Pemerintah Daerah/Otonomi Daerah dalam hal perizinan dan seterusnya. Demikian juga jika objek sengketa menyangkut saham, bahwa ada saham yang merupakan tanda penyertaan modal pada suatu Perseroan Terbatas (PT) dan ada saham yang merupakan surat berharga yang menunjukkan kepemilikan atau penyertaan pasar modal investor dalam suatu perusahaan, dan sebagainya. Sehingga jika objek sengketa mengenai hal-hal yang berbeda ini, acuan sistem hukumnya akan merujuk kepada Undang-undang Perseroan Terbatas selanjutnya

disebut UUPT ataupun Undang-Undang Pasar Modal selanjutnya disebut UUPM.

3) Tempat Terjadinya Sengketa

Tempat terjadinya sengketa tersebut juga menjadi bagian terpenting, mengingat setiap wilayah mempunyai aturan sistem hukum yang mengaturnya, misalnya saja objek sengketa yang terjadi di wilayah hukum suatu daerah yang menyangkut pemerintahan daerah tempat objek sengketa terjadi.

Dengan mengetahui jenis-jenis sengketa, akan memberikan pengetahuan bagi kita untuk lebih memahami apa arti sengketa dan bagaimana cara menyelesaikannya, sehingga akan memudahkan untuk mencari solusi dengan memahami tingkat kesulitan dari sengketa yang terjadi.

B. MEMAHAMI SENGKETA KONTRAK

1. Potensi-potensi Sengketa yang Terjadi:

Ada beberapa hal yang menjadi potensi terjadinya sengketa, yang memerlukan perhatian dari para pihak. Potensi-potensi terjadinya sengketa antara lain:

- 1) Sejak awal kontrak dibuat mengandung masalah;
- 2) Adanya miskomunikasi yang tertuang di dalam kontrak tidak disadari sesuai dengan harapan yang diinginkan salah satu pihak;
- 3) Kontrak yang dibuat kurang jelas dan tidak spesifik;
- 4) Terbukanya peluang masalah pada isi kontrak yang dibuat;
- 5) Tidak segera mengatasi awal masalah yang timbul;
- 6) Tidak adanya usaha untuk berkonsultasi atas penyebab masalah yang timbul dan untuk segera menyelesaikannya sebelum mencuatnya sengketa; dan
- 7) Potensi lainnya.

Dari kesemua potensi-potensi sengketa yang disebutkan di atas perlu menjadi perhatian dari para pihak yang bersengketa untuk dapat menemukan penyebab timbulnya sengketa dari permasalahan yang sedang dihadapinya. Jika saja salah satu pihak/para pihak dapat menemukan apa yang menjadi penyebab timbulnya masalah diantara mereka, seharusnya para pihak dapat dengan mudah mencari jalan keluar penyelesaian masalah yang tengah mereka hadapi dengan melakukan penyelesaian atau pembenahan dari kesalahan yang ada.

2. Penyebab-penyebab Sengketa

Selain potensi-potensi penyebab terjadinya sengketa yang telah penulis uraikan di atas, ada juga penyebab-penyebab terjadinya sengketa, yaitu antara lain:

- 1) Tidak meneliti dengan saksama apa isi yang tertuang di dalam kontrak;
- 2) Kurangnya pengetahuan akan pekerjaan yang dikerjakan baik dari sisi ilmu pengetahuan, keahlian, dan atau tidak ada/kurangnya pengalaman kerja akan pekerjaan yang dikerjasamakan;
- 3) Kurangnya pengetahuan akan bahasa kontrak/bahasa hukum yang tertuang di dalam kontrak;
- 4) Kurangnya komunikasi dari kedua belah pihak untuk mendiskusikan potensi akan hal yang dapat menjadi masalah di kemudian hari;
- 5) Tidak mencoba melakukan musyawarah untuk menyelesaikan permasalahan yang ada pada saat tanda-tanda permasalahan/sengketa mulai terjadi;
- 6) menolak untuk bernegosiasi atau berkompromi sehubungan dengan masalah tersebut;
- 7) melibatkan kepentingan sendiri tanpa melihat kepentingan dari masing-masing pihak;
- 8) Tidak mencoba melakukan kompromi-kompromi antara para pihak;
- 9) Mempertahankan keyakinan yang salah atas timbulnya sengketa yang ada;
- 10) Cenderung memiliki kesulitan besar dalam membayangkan resolusi *win-win*.
- 11) Adanya pandangan yang salah terhadap ketakadilan dalam suatu masalah yang timbul; rasa ketakadilan sering memotivasi agresi atau balas dendam;
- 12) Bersikap acuh takacuh/tidak terlalu peduli akan peluang potensi yang dapat menjadi masalah di kemudian hari.

Demikian juga, dengan penyebab sengketa dapat ditelusuri oleh para pihak yang tengah bersengketa untuk mencari penyebab masalah diantara mereka. Jika saja mereka dapat menemukan penyebabnya dan mau mencari jalan keluar dari penyebab masalah mereka, akan lebih mudah menyelesaikan masalah sengketa mereka.

Terjadinya sengketa tidak terlepas dari beberapa faktor yang memengaruhi sikap para pihak dalam sengketa dan yang dapat memengaruhi cara penyelesaian. Faktor-faktor tersebut misalnya:³⁵⁾

- 1) Implikasi keuangan dan ekonomi yang memengaruhi sikap para pihak, termasuk jumlah uang yang dipersengketakan terkait dengan posisi keuangan secara keseluruhan pada masing-masing pihak dan pengaruh yang akan ditimbulkan terhadap pihak tersebut akibat perselisihannya.
- 2) Masalah prinsip dapat menjadi pertentangan meskipun implikasi keuangan tidak begitu berarti, kadang-kadang masalah yang tampak dipermukaan sebagai masalah prinsip tidak terbukti atau adanya kemungkinan untuk memisahkan prinsip dari sengketa sebenarnya.
- 3) Persepsi tentang kewajaran dan keadilan, juga pemahaman dan kecurigaan para pihak mungkin sangat berbeda dan memengaruhi tindakan yang diambil terhadap suatu masalah.
- 4) Tuntutan dan pemberian dapat dibuat secara cermat misalnya, untuk mendorong seseorang mengadakan negosiasi atau menunda pembayaran jumlah uang yang harus dibayar.
- 5) Adanya masalah yang memengaruhi kebebasan atau berkaitan dengan status individu atau dimana preseden yang mengikat perlu dibentuk, penting untuk diakhiri dengan suatu keputusan. Demikian pula dalam beberapa keadaan penting untuk memperoleh perlindungan melalui Majelis (arbitrase) secara dini dalam hal-hal tertentu (teliti Pasal 32 UUAbitrase yang berkata: (1) Atas permohonan salah satu pihak, arbiter atau majelis arbitrase dapat mengambil putusan provisional atau putusan sela lainnya untuk mengatur ketertiban jalannya pemeriksaan sengketa termasuk penetapan sita jaminan, memerintahkan penitipan barang kepada pihak ketiga, atau menjual barang yang mudah rusak. (2) Jangka waktu pelaksanaan putusan provisional atau putusan sela lainnya sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak dihitung dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 48.
- 6) Acapkali pokok masalah mempunyai nilai simbolis, misalnya menunjukkan batas-batas toleransi atau mendefinisikan hubungan kekuasaan.
- 7) Publisitas bisa menjadi faktor yang relevan baik (walaupun secara hukum tidak dibenarkan) karena kelemahan salah satu

35) H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrasw dan Alternatif* . . . , *op. cit.*, hlm, 5-6.

pihak untuk menghindari perhatian umum atau sebaliknya karena adanya harapan yang positif untuk menarik liputan media.

- 8) Faktor emosional dapat memengaruhi sikap para pihak, misalnya suatu pihak didorong oleh kemarahan, tekanan, kurang informasi, ketidakpuasan, penghinaan, salah paham atau perasaan kuat lainnya atau jika tindakan yang diambil untuk menunjukkan dan mempertahankan posisi pribadi atau untuk menekankan perasaan duka.
- 9) Faktor kepribadian akan memengaruhi cara pendekatan yang diambil satu pihak dalam suatu sengketa, misalnya sebagian masyarakat menyadari bahwa prospek penuntutan akan menegangkan dan penuh dengan tekanan, sedangkan pihak lainnya mungkin menghadapinya dengan kesabaran, atau untuk memenuhi kebutuhan pribadi berkepentingan memenangkan sengketa.
- 10) Pertimbangan praktis tentu saja sangat relevan, termasuk faktor biaya, proporsional yang dapat diterima berkaitan dengan masalah dalam perselisihan, kemampuan dan kemauan satu pihak untuk membayar biaya hukum, apakah melalui bantuan hukum, keterlambatan atau hambatan waktu yang dihadapi dan tingkat risiko akan selalu diketemukan dalam penuntutan hukum yang ingin dilakukan oleh para pihak.
- 11) Adanya titik – faktor yang dapat membuat atau memberi arah, bahwa ditemukan celah yang dapat dimanfaatkan oleh para pihak sampai kepada perdamaian. Dalam proses APS, pasti ada celah yang dapat diterima oleh kedua belah pihak yang bersengketa, sehingga yang merasa kuat tidak berada pada posisi 100% menang, dan yang lemah tidak kalah 100%. Arahnya suatu solusi yang mengarah posisi "win – win".

Dengan memerhatikan faktor-faktor timbulnya sengketa sebagaimana diuraikan tersebut di atas akan lebih memudahkan pihak yang bersengketa untuk memahami kembali sengketa yang timbul diantara para pihak yang bersengketa.

3. Sifat Sengketa

Selain dari pembahasan di atas, terhadap timbulnya perselisihan/sengketa yang terjadi dari sisi potensi dan penyebabnya, ternyata kita masih dituntut untuk memahami adanya sifat dari

sengketa, baik kepada pihak yang sedang bersengketa atau pihak yang terlibat dalam sengketa (pihak yang menengahi sengketa). Bagi pihak yang berada di luar sengketa dalam hal ini sebagai mediator atau pengambil keputusan dalam hal sebagai arbiter, biasanya akan lebih mudah melihat permasalahan itu sendiri dibanding bagi pihak yang sedang bersengketa. Dengan melihat sifat dari sengketa tersebut akan lebih mudah menemukan solusinya.

Priyatna Abdurrasyid dalam tulisannya menulis mengenai sifat perselisihan/sengketa ini dengan mengatakan bahwa sengketa yang terjadi mungkin berhubungan dengan yang dapat dihitung jumlahnya atau yang melibatkan sejumlah uang yang berkisar antara beberapa rupiah, US\$, Euro, dan lain-lain sampai jumlah yang besar atau sebagian sengketa mungkin berkenaan dengan hak-hak, status, gaya hidup, reputasi atau aspek lain dan kegiatan perdagangan atau tingkah laku pribadi. Perselisihan mungkin juga berhubungan dengan soal yang sederhana atau kompleks dan melibatkan berbagai jenis persoalan, misalnya:³⁶⁾

- 1) Kenyataan yang mungkin timbul akibat kredibilitas para pihak itu sendiri, atau dari data yang diberikan oleh pihak ketiga termasuk penjelasan-penjelasan tentang kenyataan-kenyataan data tersebut.
- 2) Masalah hukum yang pada umumnya akibat dari pendapat atau tafsiran menyesatkan yang diberikan oleh para ahli hukum yang terkait.
- 3) Akibat perbedaan teknis termasuk perbedaan pendapat dari para ahli teknik dan profesionalisme dari para pihak.
- 4) Perbedaan pemahaman tentang sesuatu hal yang muncul, misalnya dalam penggunaan kata-kata yang membingungkan atau adanya perbedaan asumsi.
- 5) Perbedaan persepsi mengenai keadilan, konsep keadilan dan moralitas, budaya, nilai-nilai dan sikap.

Sementara itu, dalam setiap sengketa salah satu pihak mungkin berada di pihak yang benar, juga ada kemungkinan memiliki elemen hak hukum, satu pihak mungkin benar dalam masalah-masalah tertentu dan pihak lainnya dalam masalah masalah lainnya, atau kedua tuntutan atau tuntutan bali bermafaat bagi keduanya, atau adanya pembagian tanggung

36) H. Priyatna Abdurrasyid, *op. cit.*, hlm. 4-5.

jawab antara para pihak, atau satu pihak mungkin secara moral benar dan pihak lainnya secara hukum benar, atau perbedaan konsep mendasar menyangkut suatu persepsi atau konsep pandang yang berbeda. Terkadang terdapat faktor "gunung es" dalam perselisihan, hanya sebagian kecil yang tampak dan sebagian besar tersembunyi di bawah permukaan. Ini adalah masalah khusus berkaitan dengan pertentangan yang melibatkan para pihak yang memiliki bentuk hubungan hukum satu sama lain, yang mungkin semakin memburuk setelah jangka waktu tertentu. Sehingga dalam perselisihan kemitraan adalah yang tampak dalam permukaan bukanlah masalah yang sebenarnya secara keseluruhan, yang tidak tampak mungkin jauh lebih rumit, melibatkan perbedaan-perbedaan mendasar dan mungkin terdapat masalah tersembunyi dalam hubungan usaha atau hubungan pribadi, dan para pihak itu sendiri tidak menyadari sepenuhnya.³⁷⁾

Dengan memahami sifat dari sengketa, berarti para pihak yang bersengketa dan pihak yang turut serta menyelesaikan sengketa mau mengedepankan penyelesaian masalah dengan mencari solusinya daripada membiarkan masalah berlarut-larut/buang banyak waktu, biaya dan emosi dengan masing-masing pihak mempertahankan argumentasinya.

4. Mengelola Sengketa

Terhadap sengketa yang timbul dapat dilakukan penyelesaian dengan cara mengelola sengketa untuk menuju penyelesaian. Sengketa yang timbul yang menimbulkan kesulitan dalam penyelesaiannya, dapat diselesaikan sebagaimana suatu usaha yang dilakukan oleh pihak yang profesional dibidangnya menyelesaikan suatu bangunan atau usaha dengan melakukan manajemen pengelolaan usaha. Untuk itu, memerlukan orang yang ahli dibidangnya untuk melakukan pengelolaan sengketa yang timbul.

Seorang ahli membagi beberapa jenis penanganan konflik (*conflict handling*) menjadi dua bagian, yaitu:³⁸⁾

1. *avoiding* atau mencegah/menghindar dari konflik; dan
2. *engaging* yaitu berhadapan dan terlibat langsung dengan konflik dapat berupa resolusi konflik ataupun manage konflik.

37) *Ibid.*, hlm. 5.

38) Emmy Yuhassarie, Endang Setyowati, *Arbitrase dan Mediasi*, Perpustakaan Nasional RI: Katalog dalam Terbitan (KDT), Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta. 2003, hlm. 153.

Tipologi penanganan konflik:³⁹⁾

1. **Dalam penghindaran konflik** atau *conflict avoidance* terdapat pencegahan yaitu untuk berinteraksi dan mencari solusi,
2. **Mencegah konflik** atau *conflict prevention* yaitu mencegah konflik sebelum konflik terealisasi, bersifat negatif dan destruktif. Dalam keadaan normal suatu konflik terekskalasi, bersifat negatif dan destruktif. Dalam terekskalasi dan menjadi negatif serta destruktif harus dicegah. Konflik adalah bagian dari hidup yang dinamis karena kualitas manusia didapat dari perbedaan.

Pengelolaan konflik atau *conflict management* memfokuskan pada penanggulangan atau pengendalian. Jadi, lebih pada penanggulangan atau pengendalian akibat negatif tanpa perlu lebih penting mencari muara persoalan. Sifatnya mitigasi. Sebagai contoh, pengelolaan konflik adalah penerapan dalam bidang perburuhan, dalam unjuk rasa buruh biasanya pimpinan buruh diundang oleh perusahaan karena dianggap mempunyai pengaruh terhadap pengikutnya mereka kemudian di-*entertain*, ini merupakan contoh-negatif. Contoh positif biasanya pimpinan perusahaan mengundang buruh pengunjuk rasa untuk makan malam di rumah direksi. Keduanya bersifat mitigatif atau sesaat saja, tetapi perusahaan tidak mencari akar penyebab dari unjuk rasa tersebut.⁴⁰⁾

Ralf Dahrendorf menyebutkan ada tiga bentuk pola manajemen konflik sosial yang efektif, yakni:⁴¹⁾

- 1) Lewat mekanisme konsiliasi. Metode ini bisa dijalankan dengan dialog secara terbuka baik lewat lembaga parlemen atau quasi-parlemen, bahwa semua pihak yang berkonflik memiliki kesempatan yang sama dalam mengutarakan pendapatnya tanpa ada mendominasi pembicaraan atau memaksakan kehendak.
- 2) Lewat mekanisme mediasi. Diperlukan pihak ketiga ini berfungsi sebagai penasihat yang dipercaya mampu mencarikan jalan keluar secara adil dan proporsional, sehingga konflik yang ada mampu diatasi. Pihak ketiga ini bisa datang dari

39) *Ibid.*, hlm. 153.

40) *Ibid.*, hlm. 154.

41) Trubus Rahardiansah P. dan Endar Pulungan, ... *op. cit.*, hlm. 181-182 (mengutip, Pendapat Ralf Dahrendorf).

tokoh masyarakat, pakar, atau ahli di bidangnya atau lembaga tertentu yang dipandang mampu memberi *advise* dan keahlian mendalam di bidangnya.

- 3) Lewat mekanisme arbitrase atau perwasitan. Masing-masing pihak yang tengah berkonflik sepakat untuk menyelesaikan urusannya demi mendapatkan keputusan akhir yang legal. Yang bertindak sebagai arbitrator adalah lembaga-lembaga arbitrase atau pengadilan, sehingga keputusan yang dihasilkan legal. Dalam konteks tertentu, dalam penyelesaian konflik politik, pemerintah mampu bertindak sebagai arbitrator terhadap lawan-lawan politiknya. Yakni dengan menyerahkan tokoh oposisi yang dinilai melawan negara ke pengadilan sebelum akhirnya menjadi tahanan politik.

Sengketa yang timbul dapat diselesaikan dengan baik dengan cara menunjuk orang yang profesional dibidangnya untuk melakukan negosiasi penyelesaian sengketa ini. Secara garis besar pengelolaan konflik meliputi langkah:⁴²⁾

- 1) Analisis, yaitu kegiatan yang dimaksudkan dalam rangka memahami konflik, isu kritis dan memahami pula alat bantu analisis konflik. Dalam hal resolusi konflik isu potensial apakah yang dapat menjadi penyebab adanya konflik.
- 2) Strategi, yaitu kegiatan yang meliputi penyusunan berbagai strategi untuk mengelola konflik dan memengaruhi kebijakan.
- 3) Tindakan, yaitu kegiatan yang meliputi: mengelola konflik atau potensinya secara langsung, mengelola akibat konflik dan bagaimana memengaruhi struktur sosial dalam rangka men-ciptakan harmoni.
- 4) Proses belajar, yaitu kegiatan yang meliputi evaluasi berbagai langkah yang telah dan sedang dilakukan serta bagaimana hasilnya, selanjutnya akan diperoleh berbagai kemungkinan informasi dan langkah-langkah baru untuk menindak kelanjutan penanganan.

5. Penyelesaian Sengketa Kontrak

Penyelesaian sengketa yang timbul dari kontrak yang dibuat oleh para pihak yang bersengketa, tentunya memerlukan cara-cara yang profesional untuk menangani penyelesaian sengketa ini. Harus diyakini oleh mereka yang bersengketa untuk dapat menyelesaikan masalah yang mereka hadapi baik dilakukan sendiri

42) *Ibid.*, hlm. 185.

dengan iktikad baik dalam proses penyelesaiannya, ataupun menggunakan pihak ketiga untuk membantu proses penyelesaian sengketanya dengan penanganan yang profesional agar tidak menimbulkan kerugian yang lebih banyak dengan menunda/mengulur waktu penyelesaian ataupun lamanya proses penyelesaian jika ditangani oleh pihak-pihak yang tidak mengerti penanganan sengketa yang baik.

Seorang senior dari IICT yaitu Bernard Mayer menulis buku mengenai resolusi konflik atau *conflict resolution* yang berjudul *dynamic of conflict resolution. Resolusi konflik bersifat:*⁴³⁾

1. kolaboratif, yaitu mencoba menyelesaikan masalah atau konflik secara kolaboratif baik melalui negosiasi langsung atau melalui jasa penengah pihak ketiga yang netral ayau yang biasa disebut mediator;
2. mencari sumber persoalan atau akar penyebab;
3. kesepakatan diusahakan memenuhi kebutuhan bersama semua pihak yang berkonflik secara seimbang (*interest based*). *Interest based* terdiri atas *interest based negotiation* dan *interest based mediation*. Dengan demikian, resolusi konflik tendensinya adalah mencari akar penyebab sekaligus mengembangkan solusi yang mampu mengakomodasi kebutuhan atau kepentingan para pihak yang berkonflik.

Penyelesaian konflik atau *conflict settlement*, tidak mempedulikan apakah penyelesaian masalah dengan memakai kekerasan atau paksaan, puas atau tidak puas, yang diutamakan adalah kesepakatan. Hasil dari penyelesaian konflik biasanya kesepakatan yang sifatnya "semu" atau tidak stabil dan cenderung akan muncul konflik kambuhan atau *recurrants*. Penyelesaian konflik tidak positif karena yang penting selesai. Misalnya, konflik-konflik lingkungan hidup, di daerah-daerah terdapat kultur bila terjadi konflik yang melibatkan warga masyarakat suatu daerah tertentu, bupati atau walikota menganggap hal itu merupakan urusan mereka untuk menangani persoalan konflik-konflik yang terjadi di daerahnya. Oleh sebab itu, kehadiran mediator dari luar ditolak, karena secara kultural mereka menganggap dirinya sebagai bapak yang harus menangani kenakalan anak-anak yang berkonflik. Mereka biasanya disebut sebagai *mediator authoritative* atau mediator yang mempunyai kewenangan.⁴⁴⁾

43) *Ibid.*, hlm. 154 (mengutip, Pendapat Bernard Mayer).

44) *Ibid.*, hlm. 154.

Dispute settlement atau penyelesaian sengketa merupakan bagian dari konflik yang sudah diartikulasikan. *Dispute settlement* adalah cara penyelesaian sengketa yang telah diekspresikan dan dimanifestasikan dalam bentuk tuntutan, klaim, sanggahan atau pembelaan, tidak terbatas pada persepsi atau perasaan dengan mendasarkan pada norma-norma hukum, peraturan perundang-undangan. Penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui:⁴⁵⁾

- 1) pendekatan-pendekatan konsensual atau konsensus yaitu mediasi atau negosiasi;
- 2) ajudikatif atau pihak ketiga yang memutus baik pengadilan atau arbitrase;
- 3) kombinasi antara konsensual dan arbitrase, misalnya med.arb. yaitu gabungan antara mediasi dan arbitrase, jika mediasi gagal disepakati langsung dilakukan arbitrase, baik otomatis yang dilakukan oleh mediator maupun orang lain sebagai arbiternya selain dari mediator.

ADR saat ini sudah berkembang dengan UU Arbitrase dalam pengertian ADR dengan kata lain yang dianut adalah *alternatif to litigation*.⁴⁶⁾

Para pihak yang akan terlibat di dalam proses kerja sama untuk membuat kontrak agar terhindari sengketa kontrak sebaiknya memahami KUHPerdara tentang Perikatan yang telah mengatur isi kontrak. Untuk menghindari penafsiran yang salah terhadap perjanjian. Hal itu diatur pada Pasal 1342 sampai dengan Pasal 1351 KUHPerdara. Pasal-pasal tersebut memuat penafsiran/pengertian sebagai berikut:

- 1) Jika kata-kata suatu perjanjian sudah jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpangi dari padanya dengan jalan penafsiran;⁴⁷⁾
- 2) Jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran harus dipilihnya menyelidiki maksud kedua belah pihak yang membuat perjanjian itu, daripada memegang teguh arti kata-kata menurut huruf;⁴⁸⁾
- 3) Jika suatu janji dapat diberi dua macam pengertian, harus dipilih pengertian yang sedemikian yang memungkinkan janji

45) *Ibid.*, hlm. 155.

46) *Ibid.*, hlm. 155-156

47) Pasal 1342 KUHPerdara.

48) Pasal 1343 KUHPerdara.

itu dilaksanakan daripada memberikan pengertian yang tidak memungkinkan suatu pelaksanaan;⁴⁹⁾

- 4) Jika kata-kata dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang paling selaras dengan sifat perjanjian;⁵⁰⁾
- 5) Apa yang meragu-ragukan harus ditafsirkan menurut apa yang menjadi kebiasaan dalam negeri atau di tempat ketika perjanjian telah dibuat;⁵¹⁾
- 6) Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian meskipun tidak dengan tegas dinyatakan;⁵²⁾
- 7) Semua janji yang dibuat dalam suatu perjanjian harus diartikan dalam hubungan satu sama lain, tiap janji harus ditafsirkan dalam rangka perjanjian seluruhnya;⁵³⁾
- 8) Jika ada keragu-raguan, suatu perjanjian harus ditafsirkan atas kerugian orang yang telah meminta diperjanjikannya sesuatu hal, dan untuk keuntungan orang yang telah mengikatkan dirinya untuk itu;⁵⁴⁾
- 9) Meskipun bagaimana luasnya kata-kata dalam mana suatu perjanjian disusun, namun perjanjian itu hanya meliputi hal-hal yang nyata-nyata dimaksudkan oleh kedua belah pihak sewaktu membuat perjanjian;⁵⁵⁾
- 10) Jika seseorang dalam suatu perjanjian menyatakan suatu hal untuk menjelaskan perikatan, tak dapatlah ia dianggap bahwa dengan demikian hendak mengurangi maupun membatasi kekuatan perjanjian menurut hukum dalam hal-hal yang tidak dinyatakan;⁵⁶⁾

Dengan memahami interpretasi isi kontrak akan lebih mudah mencari penyelesaian sengketa kontrak yang timbul.

49) Pasal 1344 KUHPerduta.

50) Pasal 1345 KUHPerduta.

51) Pasal 1346 KUHPerduta.

52) Pasal 1347 KUHPerduta.

53) Pasal 1348 KUHPerduta.

54) Pasal 1349 KUHPerduta.

55) Pasal 1350 KUHPerduta.

56) Pasal 1351 KUHPerduta.

C. PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK

Alternatif penyelesaian sengketa mempelajari masalah-masalah tersebut, meneliti sengketa dan sarana penyelesaian sengketa, memberikan rekomendasi mengenai bagaimana sengketa tertentu semestinya ditangani, dan bilamana metode-metode yang tidak memadai, membantu menciptakan atau merancang metode-metode baru dalam penyelesaian sengketa.⁵⁷⁾

Ilustrasi di bawah ini menunjukkan satu kategorisasi sederhana mengenai proses penyelesaian sengketa yang paling umum digunakan, yang tersusun dari konflik atau pertikaian yang paling hebat sampai kepada kerja sama atau kolaborasi yang paling unik. Ilustrasi tersebut juga menunjukkan apakah para pihak menyelesaikan sengketa mereka sendiri atau melalui jasa baik pihak ketiga, dan apakah bila pihak ketiga terlibat, pihak ketiga tersebut benar-benar memutuskan sengketa atau semata-mata membantu para pihak untuk memutuskan sengketa tersebut demi kepentingan mereka sendiri.⁵⁸⁾

PROSES PENYELESAIAN KONFLIK			
Pertentangan Litigasi	Kompromi Negosiasi Bersaing	Kerja sama Negosiasi pemecahan masalah	
Pertikaian Pertarungan Tanpa bantuan Pihak lain	Arbitrase	Negosiasi Kompromi	Mediaso
Para pihak bertarung, yang kuat yang menang	Para pihak berargumentasi di hadapan pihak ketiga yang akan memutuskan	Para pihak berunding dan baik secara bersaing aupun pihak yang memutuskan	Para pihak berunding dengan bantuan pihak ketiga yang tidak berpihak (netral)

Selain peperangan dan pertempuran fisik sebagai bentuk-bentuk pertikaian yang lazim dari penyelesaian konflik, ada dua cara utama untuk membedakan berbagai bentuk penyelesaian sengketa:

57) Gary Goodpaster, Dalam Felix O. Soebagjo dan Erman Rajagukguk (Editors), *Arbitrase Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995, hlm. 3.

58) *Ibid.*, hlm. 3.

- a) apakah proses tersebut bersifat kompetitif atau kerja sama (kolaborasi), dan
- b) negosiasi penyelesaian secara mandiri atau dengan bantuan pihak ketiga.

Dalam pengkategorian ini, proses litigasi dan arbitrase adalah serupa yakni merupakan prosedur yang menyangkut proses gugatan di hadapan pihak ketiga sebagai pembuat keputusan, yang memeriksa gugatan tersebut.⁵⁹⁾

Sebaliknya, dalam penyelesaian sengketa yang dinegosiasikan, para pihak mengendalikan proses pemberian keputusan. Dalam mencapai keputusan yang dirundingkan/disetujui bersama, para pihak dapat bersaing ("atau bertarung"), berkompromi atau bekerja sama.⁶⁰⁾

1. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan Adat

Penyelesaian sengketa melalui Peradilan Adat, sudah hampir tidak ada lagi, kecuali di pedesaan yang tidak terjangkau adanya Pengadilan Negeri, karena sulitnya lokasi untuk diadakannya pengadilan. Jika pun Pradilan Adat masih ada yang berlangsung itu hanya sebagian kecil saja, baik karena pihak yang bersengketa masih menginginkannya ataupun karena tidak adanya tempat untuk menyelesaikan sengketa yang tengah dihadapi oleh masyarakat setempat.

Penyelesaian sengketa melalui peradilan adat merupakan penyelesaian sengketa yang menggunakan institusi yang hidup dan berkembang dalam masyarakat hukum adat. Dalam masyarakat hukum adat Sasak dikenal lembaga dan nilai-nilai kearifan

59) *Ibid.*, hlm. 4.

60) *Ibid.*, hlm. 4 (mengutip, dalam menyelesaikan melalui negosiasi, ketika para pihak bersaing atau tawar-menawar secara ketat, mereka harus berkompromi dalam beberapa hal, jika tidak mereka tidak akan mencapai kata sepakat. Meskipun demikian, negosiator biasanya hanya berkompromi bilamana tidak kelihatan akan tercapai kesepakatan. Sebaliknya, negosiator melakukan pendekatan negosiasi dengan suatu sikap kepatutan dan kesediaan untuk berkompromi. Bilamana para negosiator melakukan kerja sama, mereka pada dasarnya bekerja sama untuk memaksimalkan kepentingan satu sama lain, diimplikasikan dalam negosiasi sepanjang mereka dapat melakukan perundingan tanpa merugikan terhadap kepentingan mereka sendiri. Para negosiator dalam hal ini menghindari kompromi yang mudah sebagai penyelesaian masalah-masalah antara mereka oleh karena terlalu mudah mengambil cara kompromi yang menghambat daya kreasi terhadap masalah-masalah yang dapat memberikan masing-masing pihak dalam penyelesaian yang lebih baik. Para kolabolator berkompromi hanya bilamana mereka tidak menemukan cara lain untuk memaksimalkan keuntungan mereka.)

lokal yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa adat. Lembaga yang berwenang menyelesaikan sengketa di dalam masyarakat Sasak, adalah *kerama gubuk* atau majelis pemusungan.⁶¹⁾

Masyarakat hukum adat sudah sejak lama menyelesaikan sengketa-sengketa adat melalui kelembagaan tradisional, yaitu hakim perdamaian desa. Biasanya yang bertindak sebagai hakim perdamaian desa ini adalah kepala desa atau kepala rakyat, yang juga merupakan tokoh adat dan agama. Seorang kepala desa tidak hanya bertugas mengurus soal-soal pemerintahan saja, tetapi juga bertugas untuk menyelesaikan persengketaan yang timbul di masyarakat adatnya. Dengan perkataan lain, kepala desa menjalankan urusan sebagai hakim perdamaian desa (*drops justitie*). Dalam hubungan dengan tugas kepala desa sebagai hakim perdamaian, R. Soepomo menyatakan: Kepala rakyat bertugas memelihara hidup hukum di dalam persekutuan, menjaga supaya hukum itu dapat berjalan dengan selayaknya. Aktivitas kepala rakyat sehari-hari meliputi seluruh lapangan masyarakat. Bukan saja ia dengan para pembantunya menyelenggarakan segala hal yang langsung mengenai tata usaha badan persekutuan, bukan saja ia memelihara segala keperluan rumah tangga persekutuan, seperti urusan jalan-jalan desa, gawe desa, pengairan, lumbung desa, urusan tanah yang dikuasai oleh hak pertuanan desa, melainkan kepala rakyat juga turut serta dalam menyelesaikan soal-soal perkawinan, soal warisan, soal pemeliharaan anak yatim, dan sebagainya. Dengan pendek kata tidak ada 1 (satu) lapangan pergaulan hidup di dalam badan persekutuan yang tertutup bagi kepala rakyat untuk ikut campur apabila diperlukan untuk memelihara ketenteraman, perdamaian, keseimbangan lahir batin, untuk menegakkan hukum.⁶²⁾

Kerama Gubuk adalah institusi adat dengan beranggotakan baik pimpinan formal (kepala pemerintahan kampung/keliang bersama perangkatnya), maupun pimpinan non formal (pemuka agama/penghulu, pemuka adat, dan cerdik pandai). Istilah ini dikenal dalam masyarakat Lombok, khususnya Paresak Timur. Sedangkan dalam masyarakat suku Sasak, khususnya Bayan dikenal dengan istilah lembaga pemusungan, atau majelis pemusung. Lembaga pemusungan, atau majelis pemusung, yaitu

61) Salim HS, *Hukum Penyelesaian Sengketa Pertambangan di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, 2013, Cetakan pertama, hlm. 230 (mengutip, Idrus Abdullah, *op. cit.*, 9-10)

62) Susanti Adi Nugroho, *Mediasi Sebagai . . . op. cit.*, hlm. 142.

suatu otoritas lokal yang berada di bawah kontrol pemangku adat Bayan.⁶³⁾

Fungsi utama pranata-pranata adat suku Sasak ini adalah untuk memusyawarahkan kebijakan-kebijakan berkenaan dengan kasus-kasus adat yang timbul, antara lain:⁶⁴⁾

- 1) perkawinan adat ("merari"; atau "kawin lari");
- 2) zinah;
- 3) warisan; dan
- 4) pelanggaran adat lainnya yang dapat menimbulkan gangguan atas keseimbangan kehidupan sosial.

Hukum adat peradilan adalah aturan-aturan hukum adat yang mengatur tentang cara bagaimana berbuat untuk menyelesaikan sesuatu perkara dan atau untuk menetapkan keputusan hukum suatu perkara menurut hukum adat. Proses pelaksanaan tentang penyelesaian dan penetapan keputusan perkara itu disebut "peradilan adat".

1) Peradilan Adat

Istilah "peradilan" (*rechtspraak*) pada dasarnya berarti "pembicaraan tentang hukum dan keadilan" yang dilakukan dengan sistem persidangan (permusyawaratan) untuk menyelesaikan perkara di luar pengadilan dan atau di muka pengadilan. Apabila pembicaraan itu berdasarkan hukum adat disebut "Peradilan Hukum Adat" atau "Peradilan Adat" saja.

Peradilan adat dapat dilaksanakan oleh anggota masyarakat secara perorangan, oleh keluarga/tetangga, kepala kerabat atau kepala adat (Hakim Adat), kepala desa (Hakim Desa) atau oleh pengurus perkumpulan organisasi, sebagaimana telah dikemukakan di atas dalam penyelesaian delik adat secara damai untuk mengembalikan keseimbangan masyarakat yang terganggu.

Begitu pula, peradilan adat itu dapat dilaksanakan oleh badan-badan peradilan resmi, yaitu peradilan negara, seperti oleh peradilan umum (Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung), peradilan agama, peradilan administrasi atau peradilan militer, sebagaimana diatur di dalam undang-undang tentang Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum No. 13 tahun 1965 dan undang-undang tentang Mahkamah Agung No. 14 tahun 1970.

63) Salim HS, *op. cit.*, hlm. 230.

64) *Ibid.*

2) *Penyelesaian Perkara Secara Damai*

Menyelesaikan perkara perselisihan secara damai sudah merupakan budaya hukum (adat) bangsa Indonesia yang tradisional. Termasuk dalam usaha penyelesaian perkara secara damai ini adalah yang di zaman Hindia Belanda disebut "Peradilan Desa" (*Dorpsjustitie*), sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (a) RO, yang sampai sekarang tidak pernah dicabut. Menurut pasal tersebut dikatakan:⁶⁵⁾ Semua perkara yang menurut hukum adat termasuk kekuasaan hakim dari masyarakat hukum kecil-kecil (hakim desa) tetap diadili oleh para hakim tersebut.

- a. Ketentuan pada ayat di muka tidak mengurangi sedikitpun hak yang berperkara untuk setiap waktu mengajukan perkaranya kepada hakim-hakim yang dimaksud Pasal 1, 2 dan 3 (hakim yang lebih tinggi).
- b. Hakim-hakim yang dimaksud dalam ayat 1 mengadili perkara menurut hukum adat, mereka tidak boleh menjatuhkan hukuman.

Kemudian, menurut penjelasan Undang-Undang No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dikatakan bahwa semua peradilan di seluruh wilayah Indonesia adalah peradilan negara, hal ini untuk menutup semua kemungkinan adanya atau akan adanya lagi peradilan-peradilan swapraja atau peradilan adat yang dilakukan oleh bukan badan peradilan negara. Ketentuan ini sekali-kali tidak bermaksud untuk mengingkari hukum taktertulis, melainkan hanya akan mengalihkan perkembangan dan penerapan hukum itu kepada peradilan-peradilan negara. Selanjutnya, ditegaskan pula bahwa di samping peradilan negara tidak diperkenankan lagi adanya peradilan-peradilan yang dilakukan oleh bukan badan peradilan negara. Penyelesaian perkara di luar pengadilan atas dasar *perdamaian* atau melalui *wasit* (arbitrase) tetap diperbolehkan.

Dengan demikian, yang kita sebut peradilan adat di sini adalah penyelesaian perkara secara damai, bukan peradilan adat yang dahulu disebut "peradilan pribumi" (*inheemsche rechtspraak*) atau "peradilan swapraja" (*zelfbestuur rechtspraak*).

65) Hilman Hadikusumah, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, Mandar Maju, 2003, Bandung, hlm. 274.

2. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan

Penyelesaian sengketa kontrak melalui pengadilan merupakan penyelesaian sengketa baik yang dipilih sebagai klausula perjanjian ataupun tidak adanya klausula perjanjian (pilihan hukum) yang mencantumkan pilihan penyelesaian melalui pengadilan jika terjadi sengketa kontrak dan pengadilan sebagai tempat penyelesaian sengketa kontrak. Penyelesaian sengketa kontrak melalui pengadilan dikenal dengan proses adjudikasi/litigasi, penanganan perkaranya melalui proses pendaftaran perkara di Pengadilan Negeri dengan harga yang relatif murah pada awal perkara didaftar. Atas putusan Pengadilan Negeri dapat dilakukan upaya hukum yakni banding yang diputus ditingkat Pengadilan Tinggi. Dari hasil putusan banding pun, masih dapat pula dilakukan upaya hukum yakni kasasi yang diputus ditingkat Mahkamah Agung. Setelah putusannya kasasi masih dapat juga dilakukan upaya hukum luar biasa yang dikenal dengan Peninjauan Kembali (PK). Jika dikatakan relatif murah saat pendaftaran perkara, tetapi tidak dapat ditentukan berapa biaya yang harus dikeluarkan oleh pihak-pihak yang berperkara untuk membiayai seluruh biaya perkara jika proses perkara menjadi berkepanjangan. Sehingga pihak yang berperkara harus menghitung seluruh beban biaya perkara sejak didaftarnya perkara di tingkat Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung dan juga biaya pengacara.

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan (litigasi) adalah suatu pola penyelesaian sengketa yang terjadi antara para pihak yang bersengketa, dalam penyelesaian sengketa itu diselesaikan oleh pengadilan. Putusannya bersifat mengikat. Penggunaan sistem litigasi mempunyai keuntungan dan kekurangannya dalam penyelesaian suatu sengketa. Keuntungannya, yaitu:⁶⁶⁾

- 1) Dalam mengambil alih keputusan dari para pihak, litigasi sekurang-kurangnya dalam batas tertentu menjamin bahwa kekuasaan tidak dapat memengaruhi hasil dan dapat menjamin ketenteraman sosial;
- 2) Litigasi sangat baik sekali untuk menemukan kesalahan-kesalahan dan masalah-masalah dalam posisi pihak lawan;
- 3) Litigasi memberikan suatu standar bagi prosedur yang adil dan memberikan peluang yang luas kepada para pihak untuk didengar keterangannya sebelum mengambil keputusan;

66) Salim HS, *Hukum Penyelesaian Sengketa Pertambangan di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, 2013, Cetakan pertama, hlm. 222.

- 4) Litigasi membawa nilai-nilai masyarakat untuk menyelesaikan sengketa pribadi; dan
- 5) Dalam sistem litigasi para hakim menerapkan nilai-nilai masyarakat yang terkandung dalam hukum untuk menyelesaikan sengketa.

Penyelesaian melalui litigasi tidak hanya menyelesaikan sengketa tetapi lebih dari itu, yaitu menjamin suatu bentuk ketertiban umum, yang tertuang dalam undang-undang eksplisit maupun implisit. Namun, litigasi setidaknya-tidaknya memiliki banyak kekurangan (*draw-backs*), sebagaimana yang terdapat di Amerika Serikat. Kekurangan litigasi, yaitu:⁶⁷⁾

- 1) Memaksa para pihak pada posisi yang ekstrem;
- 2) Memerlukan pembelaan (*advocacy*) atas setiap maksud yang dapat memengaruhi putusan;
- 3) Benar-benar mengangkat seluruh persoalan dalam perkara, apakah
- 4) Persoalan materi (*substantive*) atau prosedur, untuk persamaan kepentingan dan mendorong para pihak melakukan penyelidikan fakta yang ekstrim dan sering kali marginal;
- 5) Menyita waktu dan meningkatkan biaya keuangan;
- 6) Fakta-fakta yang dapat dibuktikan membentuk kerangka persoalan, para pihak tidak selalu mampu mengungkapkan kekhawatiran mereka yang sebenarnya;
- 7) Tidak mengupayakan untuk memperbaiki atau memulihkan hubungan para pihak yang bersengketa; dan
- 8) Tidak cocok untuk sengketa yang bersifat polisenteris, yaitu sengketa yang melibatkan banyak pihak, banyak persoalan dan beberapa kemungkinan alternatif penyelesaian;

Lempert mengemukakan manfaat penyelesaian sengketa melalui pengadilan. Manfaat itu, disajikan berikut ini:⁶⁸⁾

- 1) Lembaga peradilan merumuskan norma-norma yang memengaruhi atau mengawasi penyelesaian sengketa-sengketa secara damai oleh pihak yang bersangkutan;

67) *Ibid.*, hlm. 222-223 (mengutip Garry Goodpaster, *Tinjauan terhadap penyelesaian Sengketa, dalam Seri Dasar Hukum Ekonomi 2 Arbitrase Indonesia*, oleh Agnes Toar, dkk (Ghalia Indonesia, Jakarta. 1995, hlm. 6).

68) *Ibid.*, hlm. 223.

- 2) Lembaga-lembaga peradilan mengesahkan keputusan yang tercapai oleh pihak yang bersangkutan untuk menjamin pelaksanaannya, dan tanpa itu kemungkinan salah satu pihak atau kedua-duanya tidak akan bersedia memberikan persetujuan;
- 3) Lembaga peradilan memberikan peluang bagi pihak-pihak yang bersengketa untuk meningkatkan biaya persengketaan, dan dengan begitu kemungkinan penyelesaian damai semakin diminati;
- 4) Lembaga peradilan menyediakan sarana yang memungkinkan pihak-pihak yang bersengketa untuk lebih memahami kasusnya, sehingga memperkecil ketakpastian di antara mereka, dan mereka lebih cenderung berdamai.
- 5) Para pegawai lembaga peradilan bertindak sebagai perantara di dalam penyelesaian persengketaan yang mendorong penyelesaian perdamaian;
- 6) Lembaga peradilan menyelesaikan beberapa butir sengketa, sehingga pihak-pihak yang bersangkutan terdorong untuk menyelesaikan butir-butir lainnya.
- 7) Lembaga peradilan secara otoritatif memutuskan perkara, dalam hal pihak-pihak lain tidak dapat mencapai penyelesaian.

Menurut sistem peradilan di Indonesia tidak dikenal sistem *precedent* sebagaimana peradilan Anglo Saxon, jadi Hakim tidak terikat pada putusan Hakim terdahulu, walaupun dalam perkara yang sama atau bersamaan. Begitu pula pemeriksaan di muka pengadilan negara Hakim tidak berbuat seperti Hakim perdamaian di luar pengadilan sebagai "penengah" di antara para pihak berperkara yang berbeda masyarakatnya, atau sebagai "pemutus" di antara para pihak berperkara yang hukum adatnya sama.

Demikian bermacam-macam jenis putusan yang dapat ditetapkan hakim dalam menyelesaikan perkara hukum adat di pengadilan dengan penuh kebijaksanaan dan keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Di dalam Al-Qur'an surah: An-Nisaa ayat (58) Allah swt. berfirman:

Dan jika kamu menghukum antara manusia, hendaklah kamu hukum dengan seadil-adilnya".

Dalam hadits Nabi Muhammad saw. bersabda:

"Para Hakim itu ada tiga macam, satu akan masuk surga dan dua akan masuk neraka; Hakim yang masuk surga adalah Hakim yang mengetahui hak (hukum), dan memutuskan dengan hak itu; Hakim yang mengetahui hak tetapi memutuskan dengan bukan hak, Hakim ini masuk neraka; Sedangkan hakim yang memutuskan tidak mengetahui hak (hukum) dalam perkara itu. Hakim ini juga akan masuk neraka".

3. Penyelesaian Sengketa Melalui Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) Dan Arbitrase

Penyelesaian sengketa melalui APS merupakan penyelesaian yang sangat baik dan damai yang menghasilkan kepuasan bagi semua pihak yang bersengketa yang dikenal dengan *win-win solution*. Tentu saja hal ini harus dilakukan secara bersama-sama oleh semua pihak untuk memilih dan memutuskan sengketa mereka. Adapun macam-macam bentuk APS sebagai berikut:

Faktor-faktor kunci kesuksesan (*key success factors*) tersebut antara lain sebagai berikut.⁶⁹⁾

1) Sengketa Masih dalam Batas "Wajar"

APS akan efektif jika sengketa yang terjadi antara para pihak masih berada dalam keadaan yang 'wajar'. Tingkat sengketa yang berada di atas ambang 'wajar' tersebut akan sulit untuk diselesaikan dengan metode APS.

Sengketa seperti demikian pada umumnya telah membuat hubungan antara para pihak sangat buruk, sehingga di antara para pihak tersebut tidak terdapat suatu keinginan untuk menyelesaikan permasalahan secara *win-win solution* (menggunakan APS). Dalam situasi seperti ini, akan sangat sulit untuk menghasilkan suatu keputusan yang dapat diterima oleh kedua belah pihak.

2) Komitmen Para Pihak

Keberhasilan penyelesaian sengketa melalui APS ditentukan oleh tekad maupun iktikad baik (*te goede trouw*) para pihak yang bersengketa untuk menerima tanggung jawab atas keputusan mereka sendiri serta menerima legitimasi dari APS.

69) Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan International*, Sinar Grafika, 2012, Edisi Kedua Cetakan pertama, hlm. 32 (mengutip, Gatot Soemartono, *op. cit.*, hlm. 6).

Respon positif terhadap penyelesaian melalui APS ditentukan dari seberapa besar komitmen dan penerimaan atas proses APS dari para pihak yang bersengketa.

Dengan demikian, jika para pihak tidak memulai APS dengan tekad maupun iktikad baik (*te goeder trouw*), proses APS akan menjadi hal yang sia-sia, tidak produktif, dan *time and cost consuming* (terlepas dari rendahnya biaya dalam APS dibanding litigasi).

3) Keberlanjutan Hubungan

Penyelesaian melalui APS didasari oleh semangat *win-win solution*. Oleh karena itu, dengan mempertimbangkan kepentingan di masa depan, dari para pihak yang bersengketa harus ada keinginan untuk mempertahankan hubungan baik mereka.

Hal inilah yang akan mendorong mereka untuk tidak hanya memikirkan hasil akhir yang menguntungkannya, tetapi juga memikirkan proses cara untuk mencapainya.

4) Keseimbangan Posisi Tawar-menawar

Dalam proses penyelesaian sengketa dengan menggunakan APS, terkadang sulit dijumpai keseimbangan dalam posisi tawar-menawar. Meskipun demikian, apabila para pihak dapat mewujudkan suatu posisi tawar-menawar yang seimbang, APS akan menjadi sangat efektif dalam mencapai suatu kesepakatan. Hal ini karena di antara para pihak akan muncul suatu sikap saling menghargai atas penawaran dan *counter* penawaran yang terjadi.

5) Proses Bersifat Pribadi dan Hasilnya Rahasia

Sebagaimana telah diketahui secara umum, proses dan hasil penyelesaian sengketa melalui APS dilakukan secara tertutup. Hal ini berbeda dengan proses dan hasil penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui jalur litigasi yang bersifat terbuka. Hasil penyelesaian sengketa melalui APS tidak dipublikasikan kepada khalayak umum karena dinilai rahasia/*confidential*, sehingga para pihak dapat fokus pada upaya penyelesaian untuk mendapatkan hasil yang memuaskan dengan semangat *win-win solution*.

Apabila hal-hal yang telah diuraikan tersebut dapat dipenuhi dalam suatu upaya penyelesaian sengketa, sangat dianjurkan untuk menyelesaikan suatu sengketa perdata melalui APS. Dari apa yang telah penulis uraikan di atas, dapat disimpulkan bahwa APS merupakan jawaban dari cara penyelesaian sengketa form:

yang prosesnya berlarut-larut. Oleh karena itu, APS perlu terus dikembangkan dalam masyarakat Indonesia dalam menyelesaikan sengketa dengan metode penyelesaian sengketa yang cepat, adil, bersifat rahasia, dan biaya murah. Jika APS dilangsungkan dengan didasari oleh iktikad baik para pihak yang bersengketa, APS dapat menjadi suatu jawaban untuk penyelesaian sengketa yang dapat digunakan oleh para pelaku bisnis dalam menjawab rintangan-rintangan bisnis yang dihadapinya.

Dengan meningkatkan hubungan bisnis dengan alasan-alasan tersebut, meningkat pula kebutuhan akan arbitrase.⁷⁰⁾ Sebagai tindak lanjut atas perkembangan dunia usaha dan hukum pada umumnya, pada tanggal 12 Agustus 1999, pemerintahan Indonesia mengundangkan UU Arbitrase. Adapun landasan hukum arbitrase di Indonesia bertitik tolak dari Pasal 377 *Herzien Inlandsch Reglement* (HIR) atau Pasal 705 *Rechtsreglement Buitengewesten* (RBg), yang berbunyi:

"Jika orang Indonesia dan orang Timur Asing menghendaki perselisihan mereka diputuskan oleh juru pisah, maka mereka wajib menuruti peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropa".

Pasal tersebut menegaskan kebolehan pihak-pihak yang bersengketa untuk:⁷¹⁾

1. menyelesaikan sengketa melalui "juru pisah" atau arbitrase;
2. arbitrase diberi fungsi dan kewenangan untuk menyelesaikannya dalam bentuk "keputusan";
3. untuk itu, baik para pihak maupun arbitrator atau arbiter, wajib tunduk menuruti peraturan hukum acara yang berlaku bagi bangsa atau golongan Eropa.

Pasal 377 HIR/705 RBg memberi kemungkinan dan kebolehan bagi para pihak yang bersengketa untuk membawa dan menyelesaikan perkara yang timbul di luar jalur kekuasaan "pengadilan", apabila mereka menghendakinya, di mana penyelesaian dan keputusannya dapat mereka serahkan sepenuhnya kepada juru pisah yang lazim dikenal dengan nama "arbitrase".⁷²⁾ □

70) Karen Mills, *Arbitration in Indonesia*, www.karimsyah.com/imgescontent/article/20050922160918.pdf, hlm. 2.

71) Yahya Harahap, *Arbitrasi Ditinjau Dari Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur Bani, International Centre For Tthe Settlement of Investment Disputes, UNCITRAL Arbitration Rules*, Sinar Grafika, Jakarta, 2001, Edisi kedua, hlm. 1.

72) *Ibid*, hlm. 1.

3

Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS)

A. ARBITRASE DAN APS SEBAGAI PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK YANG EFISIEN DAN EFEKTIF

1. Tata Cara Penyelesaian Sengketa

Pihak yang merasa dirugikan atas sengketa yang timbul dari kontrak/perjanjian yang dibuat dan mengajukan permohonan penyelesaian sengketa melalui arbitrase dikenal dengan istilah Pemohon sebagaimana diatur pada ketentuan Pasal 1 ayat (5), sedangkan pihak lawan dari Pemohon dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase tersebut dinamakan Termohon. Atas permohonan yang diminta oleh Pemohon arbitrase diatur pada ketentuan Pasal 8 ayat (1) UU Arbitrase bahwa Pemohon harus memberitahukan dengan surat tercatat, telegram, teleks, faksimili, e-mail atau dengan buku ekspedisi kepada Termohon bahwa syarat arbitrase yang diadakan oleh Pemohon dan Termohon berlaku, lalu surat yang diajukan ke lembaga arbitrase sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) memuat dengan jelas:

- 1) Mencantumkan nama dan alamat para pihak;
- 2) Penunjukan kepada klausula arbitrase/perjanjian arbitrase yang berlaku;
- 3) Menjelaskan secara singkat perselisihan yang timbul dari perjanjian;
- 4) Dasar tuntutan dan jumlah uang yang dituntut;
- 5) Penyelesaian yang dikehendaki;
- 6) Mengenai jumlah arbiter satu atau lebih atau apabila tidak pernah diadakan perjanjian semacam itu, Pemohon dapat mengajukan usul tentang jumlah arbiter yang dikehendaki dalam jumlah ganjil.

Proses penyelesaian sengketa arbitrase waktunya sangat singkat dan dapat diprediksi oleh para pihak sejak didaftarkannya permohonan arbitrase dengan iktikad baik untuk segera menyelesaikan

kan sengketa ini, tanpa melakukan pembatalan dan perlawanan terhadap putusan arbitrase yang telah berkekuatan hukum tetap. Bagi pihak yang tidak melaksanakan putusan arbitrase ini dengan baik, akan dianggap sebagai pihak yang hanya mengulur-ulur waktu (*delay*), karena pada prinsipnya putusan arbitrase tetap dapat dilaksanakan untuk memenuhi kepastian hukum bagi para pihak.

Pada persidangan arbitrase, kehadiran para principle sangat dibutuhkan, meskipun para pihak yang bersengketa telah menunjuk masing-masing kuasanya sebagaimana diatur pada Pasal 29 ayat (2) UU Arbitrase, guna membela secara langsung kepentingannya dan memberikan keyakinan bagi majelis arbitrase untuk memberi kesan adanya iktikad baik bagi para pihak bersengketa untuk menyelesaikan sengketa mereka.

Penyelesaian sengketa arbitrase dikendalikan penuh oleh majelis arbitrase, yang dikenal dengan sebutan "arbiter" yang terdiri atas satu orang atau lebih yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa atau yang ditunjuk oleh Pengadilan Negeri atau oleh lembaga arbitrase, untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui arbitrase sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (7) UUAribtrase.⁷³⁾

Demikian pula, apa yang diatur pada Pasal 5 UNCITRAL, *Arbitration Rules* mengatur tentang jumlah arbiter. Pada prinsipnya, jumlah arbiter pada prinsipnya dapat disepakati sebelumnya oleh para pihak dalam perjanjian. Dalam perjanjian mereka boleh menyepakati arbiter yang akan menyelesaikan perselisihan, terdiri "satu orang" atau "tiga orang". Seandainya para pihak tidak menentukan jumlah arbiter dalam perjanjian, apabila dalam waktu 5 hari sesudah menerima gugatan belum juga dapat disepakati hanya seorang arbiter saja, harus ditunjuk "tiga" orang arbiter.

Penunjukan atau pengangkatan arbiter diatur dalam Pasal 6 UNCITRAL yang penerapannya dapat diuraikan sebagai berikut:

- 1) Jika dalam perjanjian para pihak menyetujui arbiter tunggal, tetapi cara penunjukan belum mereka tentukan atau belum menunjukkan dalam perjanjian, tata cara penunjukan dilakukan oleh salah satu pihak mengajukan usulan kepada pihak lain seorang atau beberapa orang calon arbiter tunggal, atau mengajukan tawaran untuk menunjuk satu badan atau

73) Pasal 1 ayat (7) UU Arbitrase.

beberapa badan kuasa (*arbitrase institutional*) yang akan bertindak sebagai pemegang kuasa yang berwenang menyelesaikan penunjukan arbiter.

- 2) Apabila usulan yang diajukan satu pihak tidak tercapai kata sepakat atas penunjukan arbiter tunggal, mereka dapat menyepakati untuk mengangkat suatu badan kuasa (*arbitrase institutional*) yang akan bertindak menunjuk arbiter. Cara penunjukan badan kuasa yang dapat disepakati para pihak bisa lahir berdasar usulan yang diajukan salah satu pihak kepada pihak yang lain. Pihak yang menerima usulan demikian, dapat menyetujui usulan penunjukan arbiter yang ditawarkan kepadanya. Sebaliknya, dia dapat menolak.
- 3) Apabila para pihak gagal menyepakati penunjukan arbiter tunggal, juga gagal menyepakati suatu badan kuasa yang akan bertindak menunjuk arbiter tunggal, menurut Pasal 6 ayat (2) penunjukan arbiter beralih menjadi kewenangan *Permanent Court of Arbitration* (PCA) yang berkedudukan di Den Haag, Belanda. Namun, untuk itu harus lebih dulu ada gugatan dari salah satu pihak. Salah satu pihak dapat mengajukan gugatan kepada Sekretaris Jenderal PCA Den Haag.

Penunjukan majelis arbitrase sebagaimana ketentuan Pasal 7 terdiri atas tiga orang arbiter, dengan tata cara penunjukan seperti yang diuraikan dibawah ini:

- 1) Setiap pihak menunjuk seorang arbiter yang mereka kehendaki.
- 2) Kedua arbiter yang ditunjuk oleh masing-masing pihak bertindak menunjuk arbiter ketiga yang akan bertindak sebagai Ketua Majelis Mahkamah Arbitrase.

Tanpa mengurangi prinsip penunjukan arbiter yang dikemukakan, penunjukan salah satu anggota majelis arbiter dilakukan oleh badan kuasa yang ditunjuk berdasar kesepakatan para pihak. Tata cara penunjukan yang seperti itu terjadi apabila dalam waktu 30 hari, salah satu pihak belum menunjuk arbiternya. Sebagaimana yang sudah dijelaskan terdahulu, penunjukan arbiter yang bersifat majelis (yang terdiri atas tiga orang) diberi hak kepada masing-masing pihak untuk menunjuk seorang arbiter yang dikehendakinya. Apabila dalam jangka waktu 30 hari dari tanggal penerimaan pemberitahuan atas penunjukan arbiter pihak lawan, tetapi juga belum memberi tahu arbiter yang ditunjuknya, pihak

pertama dapat mengajukan gugatan kepada badan kuasa yang disepakati para pihak untuk menunjuk anggota arbiter yang kedua. Dalam hal ini, badan kuasa bertindak mengambil alih hak pihak yang tidak mempergunakan haknya menunjuk arbiter. Dengan demikian, gugur hak pihak tersebut untuk menunjukkan arbiter yang dikehendaknya.

Di samping itu, penunjukan anggota arbiter kedua akan dilakukan oleh PCA di Den Haag, Belanda, apabila badan kuasa yang ditunjuk berdasarkan kesepakatan para pihak, "menolak". Misalnya, para pihak sepakat menunjuk badan Arbitrase nasional (BANI) sebagai badan kuasa yang akan menyelesaikan perselisihan. Ternyata penunjukan itu ditolak oleh BANI sehingga penunjukan anggota arbiter kedua tidak dapat dilaksanakan. Oleh karena itu, dalam kasus yang seperti ini yakni dalam hal belum ada badan kuasa yang ditunjuk apabila badan kuasa yang ditunjuk menolak kewenangan menunjuk anggota arbiter kedua beralih kepada PCA di Den Haag, Belanda.

Kewenangan tersebut timbul pada diri lembaga ini, terhitung sejak 30 hari dari tanggal pemberitahuan dari pihak yang satu kepada pihak yang lain atas penunjukan arbiter, tetapi pihak yang diberi tahu tetap juga belum menunjuk arbiternya. Apabila telah melampaui 30 hari dari tanggal pemberitahuan, pihak yang pertama dapat mengajukan gugatan kepada PCA di Den Haag, Belanda, untuk menunjuk anggota arbiter kedua. Gugatan disampaikan kepada Sekretaris Jenderal PCA di Den Haag, Belanda.

Seperti yang sudah dijelaskan, prinsip penunjukan atau pengangkatan Ketua Majelis Mahkamah Arbitrase dilakukan oleh kedua anggota arbiter semula. Kedua anggota arbiter semula bisa berupa hasil penunjukan masing-masing pihak, sedangkan anggota yang kedua ditunjuk oleh badan kuasa atau oleh PCA di Den Haag, Belanda, dengan tata cara seperti yang telah diuraikan terdahulu. Dalam hal kedua anggota arbiter tidak berhasil mencapai kata sepakat mengenai penunjukan anggota arbiter ketiga yang akan bertindak sebagai Ketua Majelis, penunjukan anggota arbiter ketiga dilakukan oleh badan kuasa yang telah ditunjuk para pihak.

Arbiter yang duduk pada majelis arbitrase harus dapat bersikap objektif (independen) dalam menjalankan dan memutus perkara arbitrase. Jika terdapat cukup alasan dan cukup bukti otentik yang menimbulkan keraguan bahwa arbiter akan melaku-

kan tugasnya tidak secara bebas dan akan berpihak dalam mengambil putusan, pihak yang bersengketa dapat mengajukan hak ingkarnya sebagaimana ketentuan Pasal 22 ayat (1). Terkait dengan hak ingkar tadi, arbiter pun dapat dibebastugaskan apabila berpihak atau menunjukkan sikap tercela yang harus dibuktikan melalui jalur hukum.⁷⁴) Demikian juga apa yang diatur pada UNCITRAL, yakni Arbiter yang ditunjuk duduk dalam Mahkamah Arbitrase harus benar-benar terhindar dari sikap dan tindakan memihak (*impartial*). Dia harus bebas memberi pendapat dan pertimbangan jika tampak tanda dan isyarat yang memberi keraguan atas sikap independensinya.

Terdapat 2 (dua) jenis putusan arbitrase, yaitu:

- 1) Putusan arbitrase nasional (domestik); dan
- 2) Putusan arbitrase internasional.

Pemeriksaan sengketa arbitrase oleh majelis arbitrase dilakukan secara tertutup. Putusan arbitrase nasional harus memuat:

1. Kepala putusan (irah-irah) yang berbunyi:
"DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA;"
2. Nama lengkap dan alamat para pihak;
3. Uraian singkat sengketa;
4. Pendirian para pihak;
5. Nama lengkap dan alamat arbiter;
6. Pertimbangan dan kesimpulan arbiter atau majelis arbitrase mengenai keseluruhan sengketa;
7. Pendapat tiap-tiap arbiter dalam hal terdapat perbedaan pendapat dalam majelis arbitrase;
8. Amar putusan;
9. Tempat dan tanggal putusan; serta
10. Tanda tangan arbiter atau majelis arbitrase.

Penyimpangan terhadap prinsip yang diatur pada Pasal 31 ayat (1) diatur dalam ayat (2). Ayat (2) mengatur kewenangan pengambilan putusan oleh ketua Arbiter, apabila Majelis Arbiter tidak mencapai suara terbanyak. Misalnya, Majelis Mahkamah Arbitrase terdiri atas tiga arbiter. Keduanya mempunyai pendapat yang saling berbeda, baik mengenai sebagian maupun atas

74) Pasal 26 ayat (2) UU Arbitrase.

seluruh putusan. Dalam kasus yang seperti ini, Pasal 31 ayat (2) memberi kewenangan kepada Ketua Majelis Arbiter untuk mengambil putusan atas nama arbitrase yang bersangkutan. Akan tetapi, tata cara pengambilan putusan yang demikian bukan bersifat imperatif tetapi fakultatif. Hal itu sesuai dengan bunyi rumusan pasal tersebut: "*the presiding arbitrator may decide on his own*" (Ketua Arbiter dapat mengambil putusan sendiri). Terserah pada ketua Arbiter, apakah dia akan mempergunakan kewenangannya. Namun, permasalahan kewenangan ini dikaitkan dengan tujuan arbitrase yang bersifat sederhana, sebaiknya ketua memanfaatkannya agar penyelesaian sengketa dapat segera diakhiri. Ketentuan lain yang berkenaan dengan putusan, antara lain:

1) Bentuk Putusan Akhir (Final Award)

Yang dimaksud dengan bentuk putusan menurut Pasal 32 UNCITRAL *Arbitration Rules* meliputi tata cara sistematika, Putusan Mahkamah Arbitrase yang berupa putusan akhir (*final award*):

- a. Harus bersifat menyeluruh, meliputi tindakan sementara (putusan sementara) dan putusan sela (*interlocutor*) yang telah pernah diambil. Maksudnya, sekiranya dalam tahap proses pemeriksaan pernah diambil tindakan sementara (*interim measur*) berupa penyitaan (*conversation*) atau perintah deposito ataupun penjualan barang sengketa yang mudah rusak, putusan atau tindakan intern yang demikian harus dicantumkan kembali dalam putusan akhir.
- b. Menguraikan dasar alasan putusan sebagai bagian pertimbangan hukum putusan. Ketentuan ini merupakan prinsip dan bersifat imperatif. Namun, hal itu dapat dikesampingkan dengan syarat apabila para pihak sepakat putusan tidak perlu menjelaskan dasar alasan pertimbangan. Syarat putusan Mahkamah Arbitrase sebenarnya bukan hanya berlaku terhadap putusan akhir, tetapi berlaku juga untuk putusan sementara (*interim award*) atau putusan sela (*interlocutor*).
- c. Putusan dibuat dalam bentuk "tertulis" (*award shall be made in writting*).
- d. Mencantumkan tanggal tempat putusan dijatuhkan.
- e. Ditandatangani oleh para arbiter. Apabila salah seorang arbiter tidak menandatangani, harus dicatat alasan kenapa dia tidak bertanda tangan.

2) *Putusan Bersifat Final dan Binding*

Putusan arbitrase tidak dapat dilakukan upaya hukum banding ataupun kasasi serta tidak dapat dilakukan upaya hukum luar biasa yakni Peninjauan Kembali (PK). Para pihak harus menaati isi putusan arbitrase. Putusan arbitrase bagi para pihak adalah bersifat mengikat, final dan berkekuatan hukum tetap (*final* dan *binding*). Akibat tersebut ditegaskan Pasal 32 ayat (2) UNCITRAL *Arbitration Rules* yang menyatakan: "*The award . . . Shall be final and binding on the parties*". Maksud putusan bersifat *final* adalah putusan Mahkamah Arbitrase langsung, merupakan putusan "tingkat pertama" dan "tingkat terakhir".

Terhadap putusan tertutup upaya banding dan kasasi ataupun peninjauan kembali (PK). Tegasnya, karena putusan Mahkamah Arbitrase yang diatur dalam UNCITRAL *Arbitration Rules* ditetapkan bersifat final, putusan tidak dapat dibanding atau dikasasi. Sifat final yang demikian, sejalan dengan asas arbitrase yang menghendaki proses penyelesaian yang cepat dan sederhana. Sementara itu, maksud putusan yang bersifat *binding*, putusan tersebut sejak dijatuhkan langsung "mengikat" kepada para pihak. Dampak lanjut dari sifat *binding* menimbulkan akibat kekuatan eksekutorial. Apabila putusan tidak dilaksanakan secara sukarela oleh pihak yang dikalahkan, putusan dapat dijalankan pelaksanaannya secara paksa oleh badan kekuasaan resmi melalui peradilan. Memang harus demikian sifat dan kekuatan putusan Mahkamah Arbitrase, harus mengikat dan mempunyai kekuatan eksekutorial.

Untuk apa ada putusan kalau tidak dapat dijalankan dengan paksa apabila pihak yang kalah enggan memenuhi secara sukarela. Hal itu sejalan dengan penegasan Pasal 32 ayat (2). Pada kalimat terakhir ditegaskan: "*the parties undertake to carry out the award without delay*". Putusan harus segera dilaksanakan para pihak tanpa ditunda-tunda. Apabila ditunda pelaksanaan, dapat dijalankan melalui eksekusi.

3) *Salinan Putusan Disampaikan Kepada Para Pihak*

Apabila putusan telah dijatuhkan, Mahkamah Arbitrase membuat salinan yang ditandatangani oleh para anggota arbiter. Setelah itu, Mahkamah Arbitrase menyampaikan salinan kepada masing-masing pihak. Dengan demikian, secara konkret sejak tanggal penyampaian, putusan langsung bersifat mengikat (*binding*) bagi para pihak yang bersengketa. Kewajiban lain dari Mahkamah Arbitrase dalam penyampaian putusan, bergantung

kepada ketentuan hukum di negara mana putusan dijatuhkan. Jika negara tersebut mengatur gugatan registrasi dalam batas jangka waktu yang ditentukan oleh hukum negara yang bersangkutan.

4) Hukum yang dapat diterapkan dalam putusan

Mengenai pengertian hukum yang dapat diterapkan dalam putusan adalah hukum yang dapat dijadikan landasan dalam menyelesaikan sengketa. Mahkamah Arbitrase tidak boleh sesuka hati menerapkan hukum yang tidak sesuai dengan pokok-perselisihan dan dari apa yang dijaminakan serta yang disepakati para pihak. Untuk itu, Pasal 33 UNCITRAL *Arbitration Rules* mengatur penggarisan yang harus dipedomani Mahkamah Arbitrase menyelesaikan persengketaan. Penggarisan tersebut tampaknya bersifat penerapan yang berskala prioritas:

- a. Mahkamah Arbitrase harus menerapkan hukum yang telah ditunjuk berdasarkan kesepakatan para pihak untuk menyelesaikan sengketa. Jadi, yang mendapat prioritas pertama untuk diterapkan dalam putusan adalah hukum yang telah ditunjuk para pihak. Misalnya, para pihak telah sepakat menunjuk hukum Republik Indonesia sebagai landasan hukum penyelesaian sengketa. Artinya, Mahkamah harus merujuk kepada hukum Indonesia.
- b. Apabila para pihak tidak merujuk hukum tertentu, hukum yang diterapkan ditentukan oleh hukum yang mengatur hal-hal yang disengketakan para pihak. Dalam hal ini, hukum yang diterapkan Mahkamah Arbitrase merujuk kepada hukum yang bersangkutan sesuai dengan perselisihan yang terjadi berkenaan dengan wanprestasi, hukum perselisihan yang diterapkan mahkamah dalam memutuskan persengketaan merujuk kepada ketentuan hukum yang berlaku di bidang wanprestasi.
- c. Mahkamah Arbitrase memutus dengan saksama berdasarkan *composisteur atau ex aequo et bono*, hanya apabila para pihak secara tegas memberi kewenangan pada Mahkamah untuk bertindak demikian. Dari penegasan Pasal 32 ayat (2) UNCITRAL *Arbitration Rules*, Mahkamah Arbitrase tidak leluasa mempergunakan *ex aequo et bono* sebagai landasan menyelesaikan sengketa. Diperbolehkan menerapkannya sebagai rujukan, bergantung kepada syarat para pihak secara "tegas" memberi kuasa atau kewenangan kepada Mahkamah Arbitrase untuk menyelesaikan sengketa berdasarkan

compositeur (ex aequo et bono). Satu hal lagi yang perlu diperhatikan, dalam segala kasus Mahkamah Arbitrase harus memutuskan sesuai dengan tujuan dan makna perjanjian itu sendiri. Meskipun hukum yang diterapkan berdasar hukum yang telah ditunjuk para pihak atau berdasarkan yang berlaku terhadap perselisihan ataupun berdasar *ex aequo et bono*, penerapannya tidak boleh terlepas kaitannya dengan makna dan tujuan perjanjian.

5) Interpretasi Putusan

Pasal 36 UNCITRAL Arbitration Rules memberi kemungkinan pada setiap pihak mengajukan permintaan kepada Mahkamah Arbitrase untuk memberi penafsiran putusan. Umpamanya, salah satu pihak menganggap putusan kurang jelas maksudnya, atau ada bagian putusan yang mengandung makna ganda (*ambivalen*). Agar maknanya jelas dan terang, salah satu pihak dapat mengajukan ke Mahkamah Arbitrase supaya diberikan penafsiran yang pasti dan jernih. Pengajuan ini dapat dilakukan sesuai dengan ketentuan Pasal 35 UNCITRAL Arbitration Rules, yaitu: (1) Mengajukan gugatan kepada Mahkamah, yang berisi permintaan agar diberi penafsiran atau putusan; (2) Batas waktu gugatan dalam tenggang waktu 30 hari dari tanggal putusan diterima; (3) Gugatan diberitahukan oleh pihak penggugat kepada pihak lawan dalam bentuk pemberitahuan (*notice*); (4) Dalam tempo 40 hari dari tanggal penerimaan gugatan, Mahkamah Arbitrase harus memberi interpretasi, dan diberikan dalam bentuk tertulis. Interpretasi yang diberikan Mahkamah Arbitrase dengan sendirinya (menurut hukum) merupakan satu kesatuan yang tak terpisah dari putusan. Dengan adanya penegasan dalam Pasal 35 ayat (2) bahwa Interpretasi yang diberikan Mahkamah Arbitrase merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari putusan, hal yang dituangkan dalam interpretasi langsung bersifat *final* dan *binding* kepada para pihak sesuai dengan ketentuan Pasal 32 UNCITRAL Arbitration Rules. Jadi, terhadap interpretasi yang diberikan, tunduk kepada ketentuan Pasal 32 ayat (2) sampai ayat (7). Oleh karena itu, terhadap interpretasi berlaku tata cara: (1) Interpretasi harus ditandatangani para anggota Arbiter; (2) Menyebut tanggal dan tempat interpretasi diambil; (3) Menyampaikan salinan interpretasi kepada masing-masing pihak; (4) Meregister interpretasi di badan yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan di negara tempat interpretasi diambil.

6) Perbaikan Putusan

Terhadap putusan Mahkamah Arbitrase dapat diajukan permintaan perbaikan (*correction of the award*). Hal-hal yang dapat dimohonkan untuk perbaikan menurut Pasal 36 meliputi permasalahan kesalahan dalam perhitungan (*error computation*), kesalahan pengetikan (*typographical error*), atau kesalahan yang sama sifatnya dengan kesalahan terdahulu. Barangkali perbaikan yang agak mendasar, perbaikan atas kesalahan perhitungan. Perbaikan yang diminta atas kesalahan perhitungan bisa berupa atas kesalahan penjumlahan atau perkalian. Tentu hal itu tidak mengurangi kesalahan pengetikan. Oleh karena itu, sangat realistis memberi upaya bagi para pihak untuk mengajukan gugatan perbaikan putusan.

Mengenai tata cara pengajuan gugatan perbaikan hampir sama dengan gugatan interpretasi dapat diajukan oleh salah satu pihak dalam bentuk gugatan tertulis yang ditujukan kepada Mahkamah Arbitrase yang memutus sengketa yang bersangkutan. Gugatan diberitahukan dalam bentuk pemberitahuan kepada pihak lawan, tenggang waktu gugatan 30 hari dari tanggal putusan diterima. Agak berbeda halnya dengan interpretasi dibanding dengan perbaikan. Pemberian interpretasi baru dapat dilakukan Mahkamah Arbitrase apabila ada gugatan dari salah satu pihak yang bersengketa.

Sebaliknya, dalam perbaikan putusan, disamping dapat diminta oleh salah satu pihak, dapat juga dilakukan oleh Mahkamah atas "inisiatif" sendiri. Perbaikan inisiatif sendiri dapat dilakukan Mahkamah dalam tenggang waktu 30 hari sejak putusan disampaikan. Lebih lanjut, terhadap setiap perbaikan putusan berlaku sepenuhnya ketentuan Pasal 32 ayat (2) sampai ayat (7) UNCITRAL *Arbitration Rules*. Dengan demikian, segala tata cara pembuatan dan penyampaian perbaikan, dilakukan seperti tata cara yang berlaku bagi putusan akhir dan pemberian interpretasi. Begitu juga efek perbaikan, langsung bersifat *final* dan *binding* kepada para pihak.

7) Penambahan Putusan

Pengertian penambahan putusan atau *additional award* menurut Pasal 37 UNCITRAL *Arbitration* adalah melarat (*rectify*) atau menyempurnakan hal-hal yang diabaikan dalam putusan, tentang hal-hal yang sudah diajukan sebagai tuntutan pada proses pemeriksaan arbitrase. Demikian kira-kira makna dan batasan

penambahan putusan. Tidak dimaksudkan untuk menambah atau memasukkan sesuatu mengenai hal yang belum pernah ditemukan sebagai tuntutan dalam proses pemeriksaan. Ini merupakan patokan pertama. Penambahan baru dapat dikabulkan, apabila hal itu mengandung kebenaran serta penambahan atas hal yang diabaikan Mahkamah Arbitrase bisa diralat atau ditambah tanpa memerlukan proses mendengar keterangan dan pembuktian lebih lanjut. Jika penambahan yang diminta tidak mungkin dilakukan tanpa pemeriksaan mendengar keterangan para pihak atau saksi manapun pemeriksaan pembuktian, Mahkamah Arbitrase harus melakukan pemeriksaan sesuai kebutuhan. Penambahan putusan dalam arbitrase sangat beralasan dan realistik. Ditinjau dari segi pendekatan upaya hukum, putusan arbitrase adalah bersifat final.

Oleh karena itu, tidak mungkin dikoreksi dalam tingkat banding atau kasasi. Sekiranya tidak diperbolehkan meralat atau menambah hal-hal yang diabaikan, tidak ada jalan dan upaya untuk menyempurnakan hal-hal yang mungkin lalai atau sengaja diabaikan Mahkamah Arbitrase. Jika hal itu dibiarkan, akan memberi kecenderungan bagi anggota arbiter secara terselubung bertindak secara parsial mengabaikan atau menghilangkan apa-apa yang dituntut. Tata cara penambahan putusan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 37 UNCITRAL Arbitration Rules, antara lain:

- a. Gugatan dapat diajukan salah satu pihak kepada Mahkamah Arbitrase;
- b. Tenggang waktu pengajuan 30 hari perhitungan sejak putusan diterima;
- c. Gugatan menyampaikan pemberitahuan kepada lawan adanya gugatan penambahan putusan;
- d. Pengabulan atas penambahan putusan harus diselesaikan Mahkamah Arbitrase dalam tempo 60 hari dari tanggal permohonan diterima.
- e. Selanjutnya, segala sesuatu yang diatur dalam Pasal 32 ayat (2) sampai ayat (7) UNCITRAL Arbitration Rules berlaku sepenuhnya terhadap penambahan putusan. Dengan demikian, tambahan putusan dengan sendirinya merupakan bagian yang takterpisahkan dengan putusan. Bersamaan dengan itu, tambahan putusan bersifat *final* dan *binding* bagi para pihak.⁷⁵⁾

75) Suleman Batubara dan Orinton Purba, . . . *op. cit.*, hlm. 87-94.

2. Proses Beracara Arbitrase Cepat

Proses beracara penyelesaian sengketa melalui arbitrase relatif cepat dan dapat terukur waktu penyelesaiannya dibanding dengan proses litigasi. Mengingat ada ketentuan waktu yang harus dipatuhi oleh majelis arbitrase dan para pihak, kecuali para pihak mempunyai alasan yang dapat diterima. Ketentuan waktu beracara arbitrase menurut Pasal 48 UU Arbitrase Indonesia maksimal 180 hari.

Penyelesaian sengketa arbitrase di beberapa negara berkembang dan maju telah mencakup banyak bidang masalah, hal ini berbeda dengan sengketa arbitrase yang ditangani di Indonesia sejak didirikannya sampai sekarang ini hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa. Sedangkan sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian (hukum keluarga, pailit dan penyelesaian susunan pengurus & perubahan permodalan dalam perseroan) sebagaimana ketentuan dari Pasal 5 UU Arbitrase.

Apa yang diundangkan pada UU Arbitrase pada dasarnya arbitrase itu sendiri adalah alternatif penyelesaian sengketa di luar peradilan umum, mengingat tujuan diundangkannya peraturan ini sebagai dasar pertimbangan menyelesaikan sengketa perdata disamping dapat diajukan ke peradilan umum.

APS telah berkembang dan banyak ahli hukum mulai melatih diri, juga para pengacara berusaha mengembangkan keterampilan yang dibutuhkan dibidang baru ini. Berbagai organisasi APS makin tumbuh dan berkembang membentuk organisasi/lembaga yang memusatkan perhatian dan usahanya pada proses sengketa, seperti BANI Arbitration Center yang melakukan pemberian jasa dalam berbagai bentuk APS. Ternyata masyarakat perdagangan dan industri menyambut gerakan penyelesaian sengketa melalui APS ini. Namun, tetap saja ada sementara masyarakat hukum yang masih tidak menyadari perkembangan APS, di luar para pengacara yang secara perorangan mencoba mengikuti perkembangannya secara profesional. Secara profesi, baik organisatoris maupun secara perorangan mereka berusaha, walaupun harus diakui bahwa tidak selalu berhasil mencari jalan memperbaiki sistem yang ada dan berbuat lebih jujur, adil dan efektif.

Dibeberapa kelompok profesional dan lembaga-lembaga memberikan waktu dan tenaganya dan biasanya tanpa dibayar untuk mengatasi sengketa-sengketa yang sulit dan berdampak sosial, ekonomi, dan politik. Pada kenyataannya, berbagai kekurangan yang terjadi di pengadilan pada akhirnya harus dibebankan dan menjadi tanggung jawab masyarakat hukum dan pihak terkait yang dipercaya mengelola keadilan agar menunjukkan kesungguhannya dan menerapkan perangkat hukumnya sehingga setiap sengketa dapat diselesaikan secara lebih konstruktif dan efisien. Para pengacara mempunyai peran penting agar secara efektif dan jujur mendukung apabila mewakili kepentingan kliennya di berbagai forum keadilan. Berdasarkan pengalaman dan keyakinan dapat dikatakan bahwa cara-cara APS mampu menjabarkan cara kerja yang efektif. Makin banyak anggota masyarakat mencermati APS dan juga memanfaatkannya, prosesnya makin dapat menyakinkan sebagai suatu mekanisme yang pantas dan merupakan suatu alat bantu penyelesaian sengketa secara cepat.⁷⁶⁾

Pelaksanaan APS dilakukan sebelum atau bersamaan dengan dilakukannya proses arbitrase. APS yang dilakukan secara bersamaan dengan proses arbitrase dikenal dengan istilah "*Hybrid Arbitration*".

Arbitrase merupakan pilihan para pihak sebagai bentuk penyelesaian sengketa, disebabkan beberapa pertimbangan sebagai berikut:

- 1) Proses arbitrase bersifat konfidensial, sehingga dapat menjamin kerahasiaan dan publisitas yang tidak dikehendaki para pihak. Berbeda dengan proses di pengadilan yang terbuka dapat dihadiri oleh umum, pers dan seringkali dibebankan di media massa. Suatu keadaan yang dapat merugikan pihak, terutama reputasi yang dapat memengaruhi integritas, bonafiditas mereka yang bersengketa;
- 2) Sifatnya menjurus kepada privatisasi penyelesaian sengketa dan dapat dikatakan ditujukan kepada posisi "*win-win*" dan bukan kepada apa yang biasa terjadi di pengadilan yang mempertaruhkan "*win-loose*" dan banyak terjadi "jual-beli hukum";
- 3) Dapat memprediksi/menentukan waktu, tempat dan biaya perkara (bergantung hukum acara yang dipakai);

76) *Ibid.*, hlm. 32-33.

- 4) Dapat memilih Arbiter tunggal/Arbiter dari masing-masing pihak yang dipercaya;
- 5) Putusan arbitrase, sesuai dengan kehendak dan niat para pihak merupakan putusan final dan mengikat para pihak bagi sengketanya; lain lagi putusan pengadilan yang terbuka bagi peninjauan yang memakan waktu lama;
- 6) Arbitrase itu baik hanya untuk para penguasa yang bonafide dan beriktikad baik. Untuk itu, Arbitrase tidak pantas/tidak cocok bagi mereka yang seringkali menggunakan pengadilan sebagai alat untuk mengelak kewajiban atau mengulur waktu pemenuhan kewajiban, termasuk jika hal ini dengan bantuan pengacara yang tidak bertanggung jawab;
- 7) Karena putusannya final dan mengikat, tata caranya bisa cepat, tidak mahal serta jauh lebih rendah dari biaya-biaya yang harus dikeluarkan dalam proses pengadilan. Apalagi kalau kebetulan ditangani oleh pengacara yang kurang bertanggung jawab sehingga masalahnya dapat saja dengan iktikad buruk diperpanjang selama mungkin;
- 8) Tata cara arbitrase lebih informal dari tata cara pengadilan sehingga terbuka untuk memperoleh dan tersedianya tata cara penyelesaian kekeluargaan dan damai ("*amicable*"); memberi kesempatan luas untuk meneruskan hubungan komersial para pihak dikemudian hari setelah berakhir proses penyelesaian sengketanya;
- 9) Khusus dalam arbitrase internasional, menciptakan tata cara penyelesaian sengketa komersial secara damai merupakan akibat dari hal-hal di bawah ini, misalnya:
 - (i) Para pihak (asing) ragu untuk mengajukan sengketanya di peradilan nasional;
 - (ii) Apalagi kalau lawan sengketanya itu merupakan lembaga atau perorangan warga negara tersebut. Kekhawatiran selalu saja ada bahwa peradilan negara yang bersangkutan tidak atau sedikit-tidaknya akan terpengaruh oleh penguasaannya dan bersikap tidak independen;
 - (iii) Pihak asing itu kurang memahami tata cara/prosedur pengadilan negara tersebut dan merasa berada dalam posisi yang kurang menguntungkan;
10. Negara menggunakan bahasa nasional pada umumnya, kini sedikit banyak agak terjamin dengan telah berlakunya "*United Nations Conventional on the Enforcement of Foreign Arbitral*

Award 1958" (Konvensi New York 1958) dan yang telah diratifikasi oleh hampir semua negara termasuk negara industri dan negara-negara berkembang.

Berikut prinsip-prinsip mengapa para pihak memilih menyelesaikan sengketa melalui arbitrase:

1) *Prinsip Cepat dan Hemat Biaya*⁷⁷⁾

Meskipun proses litigasi juga menerapkan asas cepat, sederhana dan biaya ringan ditegaskan dalam Undang-undang No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman sebagaimana terdapat dalam Pasal 4 ayat (2) yang juga menghendaki agar pelaksanaan penegakan hukum di Indonesia berpedoman pada asas cepat, tepat, sederhana dan biaya ringan serta tidak bertele-tele dan berbelit-belit, tetapi karena proses litigasi memberikan peluang bagi pihak yang merasa tidak puas untuk melakukan upaya hukum banding, kasasi dan peninjauan kembali. Sehingga proses waktu berperkara tidak dapat diprediksi serta biaya yang dikeluarkan pun menjadi tidak menentu, mengingat banyak komponen biaya yang harus dikeluarkan selain membayar *lawyer fee* dan *operasional fee* dan sebagainya.

Hal ini berbeda dengan keunggulan yang dimiliki proses arbitrase sebagai alternatif penyelesaian sengketa di bidang perdagangan, dalam menerapkan prinsip cepat dan hemat biaya, kebebasan menentukan prosedur beracaranya, pengambilan keputusan didasarkan pada keadilan, kejujuran dan kepatutan. Yang dimaksud dengan proses cepat, karena putusannya berkekuatan hukum tetap, tidak dapat dilakukan upaya banding, kasasi dan peninjauan kembali, sehingga prediksi waktu dapat ditentukan oleh para pihak. Sedangkan yang dimaksud dengan biaya ringan adalah ukuran biaya yang dikeluarkan sudah dapat langsung diperkirakan dan bagi pengusaha yang memprioritaskan aktivitas usahanya, yang tidak dapat dibandingkan untuk ukuran biaya ringan kepada seseorang yang mempunyai usaha tidak sebanding, misalnya antara pengusaha sepeda dengan pengusaha mobil.

Prinsip yang dianut oleh Undang-undang No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, apabila dihubungkan dengan prinsip pemeriksaan yang dianut oleh lembaga

77) *Ibid.*, hlm. 24.

arbitrase adalah sejalan. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 48 ayat (1) UU Arbitrase yang menyebutkan:⁷⁸⁾

"(1) Pemeriksaan atas sengketa harus diselesaikan dalam waktu paling lama 180 hari (seratus delapan puluh) hari sejak arbiter atau majelis arbitrase terbentuk".

Ada beberapa faktor yang mendukung terciptanya proses peradilan cepat dan hemat dalam arbitrase ini, antara lain:⁷⁹⁾

- a. Karena diberikannya kebebasan kepada para pihak untuk menentukan sendiri proses baracaranya, yang tentunya mereka akan memilih prosedur yang singkat dan cepat sehingga jelas akan mendukung ke arah penyelesaian sengketa cepat dan efisien serta hemat biaya.
- b. Pada umumnya, pihak-pihak dalam arbitrase adalah subjek hukum yang memiliki iktikad baik (*good faith*) untuk sama-sama menyelesaikan sengketa. Dengan demikian, penyelesaian sengketa menjadi lebih cepat karena adanya dukungan dari semua pihak.
- c. Berperkara melalui lembaga arbitrase berarti berperkara di luar pengadilan. Keadaan ini secara langsung akan membawa ke arah penyelesaian sengketa yang cepat, singkat dan tepat. Hal ini karena terpotongnya jalur birokrasi yang begitu panjang dan bertele-tele sebagaimana biasanya terjadi pada lembaga pengadilan.
- d. Kesistimewaan yang dimiliki oleh putusan arbitrase ini sendiri, yaitu final dan binding. Keistimewaan putusan arbitrase ini meniadakan upaya hukum dalam arbitrase itu sendiri. Dengan kata lain, terhadap putusan arbitrase tersebut tertutup upaya hukum, baik banding maupun kasasi.

Dari uraian tadi, dapat dikatakan bahwa prinsip pemeriksaan yang cepat dan hemat biaya adalah prinsip dasar yang harus dimiliki oleh lembaga arbitrase agar penyelesaian sengketa melalui lembaga ini efektif dan efisien. Keadaan ini diharapkan dapat memberikan nilai lebih bagi para pihak.

78) *Ibid.*

79) *Ibid.*, hlm. 24 – 25.

2) Prinsip Pengambilan Keputusan Berdasarkan Keadilan dan Kepatutan.⁸⁰⁾

Telah dikatakan sebelumnya, bahwa prinsip pengambilan keputusan dalam arbitrase didasarkan pada kepatutan dan keadilan. Hal inilah yang juga membedakan arbitrase dengan lembaga pengadilan yang dalam memeriksa, mengadili, dan memberikan keputusannya lebih didasarkan pada ketentuan hukum yang berlaku (*what is the law*). Keadaan yang demikian ini membawa konsekuensi pada diri pribadi para pihak. Artinya, pemberian putusan yang didasarkan pada hukum semata akan menghasilkan pihak yang kalah dan menang (*win-lose*). Sementara itu, pemutusan sengketa yang didasarkan pada prinsip keadilan dan kepatutan serta dengan melihat pada kepentingan-kepentingan para pihak yang bersengketa akan menghasilkan putusan yang bersifat *win-win solution*.

Prinsip pengambilan keputusan didasarkan kepatutan dan keadilan ini dipertegas kembali dalam UUAbitrase sebagaimana terdapat dalam Pasal 56, yaitu:

- 1) Arbiter atau majelis arbitrase mengambil putusan berdasarkan ketentuan hukum, atau berdasarkan keadilan dan kepatutan.
- 2) Para pihak berhak menentukan pilihan hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin atau telah timbul antara para pihak.

Dengan melihat bunyi dari pasal tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa pengambilan keputusan dalam arbitrase berdasarkan kepatutan dan keadilan ini merupakan suatu keharusan yang mesti diperhatikan oleh para arbiter atau pun para pihak dalam proses penyelesaian sengketa yang mereka hadapi. Prinsip yang dianut oleh arbitrase ini selain memberikan nilai tambah bagi lembaga arbitrase ini sendiri juga memberikan keuntungan yang esensial bagi para pihak bahwa putusan yang bersifat *win-win solution* merupakan putusan yang sama-sama diinginkan para pihak. Oleh karena itu, secara logis akan berdampak pada kelanggengan hubungan mereka.

80) *Ibid.*, hlm. 25.

3) Prinsip Sidang Tertutup untuk Umum (*Disclousure*)⁸¹⁾

Di kalangan pebisnis nama baik merupakan sebuah indikator yang dapat menghantarkan mereka ke dalam dua kemungkinan, yaitu sukses dan hancur (gulung tikar). Mereka akan sukses apabila di mata masyarakat mereka mempunyai *image* baik, begitu juga sebaliknya mereka akan bangkrut apabila mereka mempunyai *image* yang buruk di mata masyarakat.

Untuk mengatasi kemungkinan terjadinya keadaan tersebut di atas, salah satu kiat yang dilakukan para pebisnis ini adalah menyelesaikan sengketa dengan para koleganya melalui jalur non-litigasi, seperti negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan arbitrase. Dipilihnya cara-cara tersebut, selain bertujuan untuk menjaga nama baik para pihak juga diharapkan sengketa tersebut dapat selesai dengan segera serta mendapatkan putusan yang adil.

Prinsip pemeriksaan tertutup untuk umum ini diatur dalam Pasal 27 UUAbitrase yang berbunyi "semua pemeriksaan sengketa oleh arbiter atau majelis arbitrase dilakukan secara tertutup". Dalam ketentuan ini dapat disimpulkan bahwa para arbiter atau para pihak dalam memeriksa sengketa harus senan-tiasa dapat menjaga segala informasi yang merupakan rahasia bagi para pihak. Oleh karena itu, kepada pihak yang dengan sengaja menginformasikan (mempublikasikan) suatu berita yang bersifat rahasia sudah semestinya diberikan hukuman yang setimpal.

Ketentuan tadi sebagaimana terdapat dalam Pasal 27 UUAbitrase, apabila ditinjau lebih jauh selain merupakan suatu keharusan (*imperavite*) juga akan memberikan keuntungan bagi semua pihak dalam arbitrase itu sendiri. Seperti telah kita ketahui bersama bahwa salah satu alasan memilih lembaga arbitrase adalah proses pemeriksaannya yang bersifat *disclosure*. Oleh karena itu, ketentuan ini merupakan wujud dari keinginan para pihak.

Erman Rajagukguk mengatakan bahwa kelebihan-kelebihan yang dimiliki oleh lembaga arbitrase, antara lain:⁸²⁾

- 1) Karena pengusaha asing menganggap sistem hukum dan pengadilan setempat asing bagi mereka.
- 2) Pengusaha-pengusaha negara maju beranggapan hakim-hakim dari negara berkembang tidak menguasai sengketa-

81) *Ibid.*, hlm. 26.

82) *Ibid.*, hlm. 29. (mengutip, Pendapat Erman Rajagukguk).

sengketa dagang yang melibatkan hubungan-hubungan niaga dan keuangan internasional yang rumit.

- 3) Pengusaha negara maju beranggapan penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan memakan waktu yang lama dan ongkos yang besar karena proses pengadilan yang panjang dari tingkat pertama sampai dengan tingkat Mahkamah Agung.
- 4) Adanya anggapan bahwa pengadilan di Indonesia akan bersikap subjektif kepada mereka karena hakim yang memeriksa dan memutus sengketa bukan dari negara mereka.
- 5) Penyelesaian sengketa di pengadilan akan mencari siapa yang salah dan siapa yang benar, dan hasilnya akan merenggangkan hubungan dagang di antara mereka.
- 6) Penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase dianggap dapat melahirkan putusan yang kompromistis, yang dapat diterima oleh kedua belah pihak yang bersengketa.

Adi Sulistiyono, dalam sebuah makalahnya juga menyebutkan bahwa kelebihan-kelebihan dari lembaga arbitrase, antara lain:⁸³⁾

- 1) Mengurangi kemacetan dan penumpukan perkara (*court congestion*) di pengadilan. Banyaknya kasus yang diajukan ke pengadilan menyebabkan proses berperkara seringkali berkepanjangan dan memakan biaya yang tinggi serta sering memberikan hasil yang kurang memuaskan.
- 2) Meningkatkan keterlibatan masyarakat (desentralisasi hukum) atau memberdayakan pihak-pihak yang bersengketa dalam proses penyelesaian sengketa.
- 3) Memperlancar jalur keadilan (*access to justice*) di masyarakat.
- 4) Memberikan kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak sehingga para pihak tidak menempuh upaya banding dan kasasi.
- 5) Penyelesaian perkara lebih cepat dan biaya murah.
- 6) Bersifat tertutup dan rahasia (*confidential*).
- 7) Lebih tinggi tingkat kemungkinan untuk melaksanakan kesepakatan sehingga hubungan pihak-pihak bersengketa di masa depan masih terjalin dengan baik.
- 8) Mengurangi merebaknya "permainan kotor" dalam pengadilan.

83) *Ibid.*, hlm. 30.

3. Win-Win Solution

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase dikatakan *win-win solution*, mengingat para pihak dengan sengaja memilih penyelesaian sengketa mereka melalui arbitrase dengan tujuan untuk meminta kepada majelis arbitrase menyelesaikan sengketa yang sedang mereka hadapi, dengan beberapa hal yang mendasar sebagaimana tersebut di bawah ini:

- 1) Dibuatnya perjanjian dengan klausula arbitrase merupakan perjanjian yang wajib dipatuhi sebagaimana diamanahkan pada Pasal. 1338 KUHPerdara yang dikenal dengan istilah kebebasan berkontrak (*pacta sunt servanda*) yang merupakan undang-undang yang mengikat bagi para pihak untuk dipatuhi;
- 2) Perjanjian yang dibuat para pihak sesuai Pasal 1313 KUH-Perdata yang dalam pasal tersebut dijelaskan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.
- 3) Para pihak telah dibekali *prinsip-prinsip iktikad baik*, kerja sama dan tidak berkonfrontasi, demi penyelesaian sengketa-nya secara tuntas, agar kemudian para pihak tersebut dapat melanjutkan kerja samanya yang menguntungkan keduanya.
- 4) Kesepakatan/persetujuan harus dilaksanakan dengan iktikad baik yaitu keinginan subjek hukum untuk berbuat sesuatu, kemudian mereka mengadakan negosiasi dengan pihak lain, dan sudah barang tentu keinginan itu merupakan sesuatu hal yang baik. Iktikad baik yang sudah mendapat kesepakatan terdapat dalam isi perjanjian untuk ditaati oleh kedua belah pihak sebagai suatu peraturan bersama yang menjadi salah satu syarat sahnya perjanjian sebagaimana diamanahkan Pasal 1320 KUHPerdara harus dipatuhi;
- 5) Penyusunan perjanjian arbitrase merupakan hak mutlak para pihak dalam suatu perjanjian, yang merupakan *the law of the parties* atau *law of procedure*.
- 6) Para pihak yang sedang bersengketa tengah mencari penyelesaian sengketa diantara mereka dengan menunjuk arbiter yang mereka percayai dan mempunyai keahlian dibidangnya, sehingga apapun hasilnya tidak perlu diragukan lagi;
- 7) Para pihak dalam suatu perjanjian arbitrase bebas untuk memasukkan kedalamnya syarat-syarat hukum sesuai dengan kehendaknya, tetapi persyaratan-persyaratan dalam perjanjian tersebut harus dijabarkan secara jelas dan pasti.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, para pihak telah yang melakukan kesepakatan dalam kontrak yang dibuatnya tidak perlu melakukan pengingkaran/penolakan apalagi tidak mau melaksanakan kewajibannya, tetapi dengan iktikad baik mau mencari penyelesaian dari permasalahan yang telah menjadi sengketa di antara mereka.

B. ARBITRASE SEBAGAI LEMBAGA PENYELESAIAN SENGKETA

Arbitrase institusional adalah suatu badan atau lembaga yang sengaja didirikan secara permanen.⁸⁴⁾ Di Indonesia keberadaan lembaga arbitrase BANI didirikan atas prakarsa KADIN dan dengan berkembang usaha dan globalisasi membuat kebutuhan akan lembaga arbitrase menjadi meningkat. Lembaga arbitrase ini merupakan lembaga yang keberadaannya didukung oleh pemerintah.

Dengan adanya lembaga arbitrase ini membuat meringankan pemerintah di dalam memeriksa perkara. Dapat dibayangkan jika di zaman yang modern ini perkara yang makin meningkat masuk semuanya ke peradilan umum untuk diperiksa dan diputus. Kehadiran lembaga arbitrase ini sangat membantu pemerintah dalam hal meringankan untuk masuknya perkara ke peradilan umum. Adanya lembaga arbitrase ini membuat pengusaha/pelaku usaha lebih mudah menghubungi langsung jika ada masalah di antara mereka. Berbeda dengan penyelesaian perkara dengan cara *ad-hoc*, yang keberadaannya bersifat sementara.

Keberadaan lembaga arbitrase yang dipercaya untuk memutuskan sengketa yang terjadi di antara mereka harus sejalan dengan prinsip arbitrase adalah "*non konfrontatif dan kooperatif*", dimana para pihak menyelesaikan sengketa mereka dengan mencari jalan keluar dari permasalahan/sengketa perdagangan yang sedang mereka hadapi, dengan harapan dan dengan jiwa besar para pihak yang bersengketa bisa berdagang kembali setelah sengketa mereka diputuskan oleh yang mereka percaya dalam pengambilan keputusan.

84) Eman Suparman, *Arbitrase & Dilema Penegakan Keadilan*, PT. Fikahati Aneska, 2012, hlm. 101, (mengutip, Article I ayat (2) *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*, menyebutkan arbitrase institusional in dengan istilah "*permanent arbitral bodies*" sebagai kebalikan makna dari arbitrase ad hoc yang disebut dengan istilah "*arbitrators appointed for each case*", Bdg! M. Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari . . . op. cit.*, hlm. 151).

Harapan dan jiwa besar dalam pelaksanaan proses arbitrase ini dilakukan oleh para pihak yang bersengketa didasari oleh iktikad baik dari para pihak yang bersengketa. Sehingga dengan dasar iktikad baik itulah membuat hasil putusan apapun yang diputuskan oleh arbiter sebagai solusi dari sengketa yang ada dan dipercaya oleh para pihak sebagai putusan yang "win win solution". Ada yang berpendapat win win solution hanya ada di mediasi. Arbitrase putusan mengalahkan salah satu pihak dan mengalahkan pihak yang lain

Menurut Black's Law Dictionary:⁸⁵⁾

Arbitration. "A process of dispute resolution in which a neutral third party (arbitrator) renders a decision after a hearing at which both parties have an opportunity to be heard. Where arbitration is voluntary, the disputing parties select the arbitrator who has the power to render a binding decision.

(Proses penyelesaian sengketa kepada pihak ketiga yang tidak berpihak/netral (arbiter) dipilih oleh keputusan arbitrase yang dikeluarkan setelah mendengarkan pendapat dari para pihak yang telah diberi kesempatan pada sidang. Arbitrase adalah sukarela sengketa para pihak memilih arbiter yang mempunyai kuasa untuk memutuskan)

Stanford M. ALTSCHUL, *The Most Important Legal Terms You'll ever Need to Know*, 1994):

"Arbitration. An alternative dispute resolution system that is agreed to by all parties to a dispute. The system provides for private resolution of dispute in a speedy fashion".

(Arbitrase adalah sebuah alternatif dari cara penyelesaian sengketa yang disetujui oleh semua pihak yang terkait dalam sengketa tersebut. Cara ini memberikan sebuah penyelesaian pribadi yang cepat dari sebuah sengketa).

RODALE (The Synonym Finder, 1986) berkata:

Arbitration. "Mediation, negotiation, bargaining, peace-making, bringing together, reconciliation, reconcilment, conciliation, intervention, interposition, intermediation, interference. Judgement, adjudication, decision, determina-

85) Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary, Definition of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, West Publishing Co., United States of America, 1998, page. 105.

tion, settling, settlement, Hearing, trial, parley, conference, discussion".

(Perwasitan/Pendamaian. Mediasi/penengah, negosiasi, tawar menawar, membuat perdamaian, membawa kebersamaan, permufakatan, perdamaian, berdamai, campur tangan, menyela, menyela mediasi, mengganggu, membuat keputusan, penyelesaian pengadilan, keputusan, penentuan, penetapan, pemeriksaan, pemeriksaan pengadilan, bermusyawarah, pembicaraan, diskusi).

Subekti mengatakan bahwa:

"Arbitrase itu adalah penyelesaian suatu perselisihan (perkara) oleh seorang atau beberapa orang wasit (arbiter) yang bersama-sama ditunjuk oleh para pihak yang berperkara dengan tidak diselesaikan lewat Pengadilan".⁸⁶⁾

Menurut Pasal 1 ayat (1) UUAbitrase:

"Arbitrase adalah suatu penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh pihak yang bersengketa".

Berdasarkan pengertian dan pendapat para ahli di atas, dapat memberikan gambaran kepada kita cara kerja dan proses arbitrase dalam menyelesaikan sengketa arbitrase, yaitu suatu proses penyelesaian sengketa secara damai yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa dengan didahului adanya klausula arbitrase yang termuat di dalam kontrak kerja para pihak yang bersengketa, bahwa para pihak menunjuk Pihak Ketiga yaitu arbiter yang dipercaya yang mempunyai keahlian oleh para pihak dengan proses waktu tertentu untuk memberikan suatu putusan arbitrase dalam persidangan yang tertutup.

Pilihan hukum penyelesaian sengketa melalui persidangan arbitrase dan penunjukkan arbiter yang dipercaya oleh para pihak, menunjukkan bahwa sengketa para pihak merupakan pilihan hukum yang dipilih para pihak sejak ditunjuknya arbiter sampai proses persidangan harus dijadikan sebagai proses persidangan yang diharapkan oleh para pihak yang bersengketa dan menghasilkan suatu putusan yang dipercaya dan hasilnya baik untuk para pihak sehingga menghasilkan putusan yang *win win solution*.

86) Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Mediasi, Lampiran Makalah I-1A*, Pus: Pengkajian Hukum, Maret 2003, Cetakan Pertama hlm. 34.

1. Tata cara Arbitrase

Pada dasarnya, tata cara persidangan arbitrase sama dengan persidangan di pengadilan umum, yang membedakannya hanya masalah proses waktu persidangan yang dibatasi dan putusannya adalah final dan mengikat, tidak dapat dilakukan upaya hukum kecuali dibuktikan dengan adanya tindakan pidana sebagaimana ketentuan di Pasal 70 UU Arbitrase.

Tata cara persidangan arbitrase sebagaimana termuat di bawah ini:

- 1) Biaya administrasi harus dibayar lunas oleh kedua belah pihak (untuk bagian yang sama) sebelum perkara arbitrase dimulai. Pada umumnya, penentuan besarnya biaya administrasi adalah berdasarkan persentase dari tuntutan yang diajukan Pemohon.
- 2) Arbitrase dibentuk oleh ketentuan hukum, perjanjian para pihak dan arahan para arbiter.
- 3) Arbitrase dapat dilaksanakan berdasarkan aturan suatu institusi atau aturan *ad hoc*, tata cara arbitrase akan tunduk pada ketentuan institusi atau aturan *ad hoc* tersebut.
- 4) Terpenting dalam prosedur arbitrase adalah Kode Etik dan Tingkah Laku Arbiter (*Code of Ethics and Conduct for Arbitrator*).
- 5) Persidangan arbitrase bersifat tertutup sehingga hanya dapat dihadiri oleh mereka yang mendapat kuasa dari pimpinan masing-masing pihak dan diketahui oleh kedua belah pihak. Pihak-pihak lain tidak dapat menghadirinya terkecuali mendapat persetujuan dari kedua belah pihak dan dari arbiter/majelis arbiter.
- 6) Dengan didaftarkannya Putusan Arbitrase pada Panitera Pengadilan Negeri, putusan tersebut mempunyai kekuatan eksekutorial.
- 7) Pelaksanaan Putusan Arbitrase tidak perlu menunggu eksekusi Pengadilan Negeri, tetapi dapat dilakukan secara sukarela oleh pihak yang bersangkutan.

Prosedur arbitrase dimulai dengan pendaftaran dan penyampaian Permohonan kepada institusi arbitrase yang ditunjuk dilengkapi dengan segala alat bukti.

Dalam Permohonan Arbitrase harus dituliskan secara ringkas uraian tentang permasalahan yang menjadi sengketa dan isi tuntutan ganti rugi atau pengembalian yang diharapkan dari pihak

lainnya dengan melampirkan salinan naskah atau akta perjanjian arbitrase atau perjanjian lainnya yang memuat klausula arbitrase.

Pemohon dapat menunjuk atau memilih seorang arbiter atau menyerahkan penunjukan arbiternya kepada institusi arbitrase bersangkutan.

Dapat disertai dengan segala alat bukti yang berkaitan dengan sengketa tersebut sesuai dengan aslinya.

Dalam Permohonan dapat menunjuk seorang arbiter atau menyerahkannya kepada Ketua institusi arbitrase tersebut. Permohonan arbitrase harus disertai pembayaran biaya pendaftaran dan biaya administrasi kepada institusi bersangkutan (BANI: Rp. 2.0 juta). Pemeriksaan perkara arbitrase tidak akan dimulai sebelum biaya administrasi dilunasi.

Berdasarkan UUArbitrasi, pemeriksaan arbitrase melalui tiga (3) tahapan:

- 1) Tahap Persiapan/Pra Pemeriksaan;
- 2) Tahap Pemeriksaan atau Penentuan;
- 3) Tahap Pelaksanaan.

Hukum acara yang berlaku dalam pemeriksaan arbitrase diatur dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 51 UUArbitrasi.

Tahap Persiapan:

- 1) Persetujuan Arbitrase dalam dokumen tertulis;
- 2) Pengajuan Surat Tuntutan oleh Pemohon;
- 3) Jawaban Surat Tuntutan oleh Termohon;
- 4) Penunjukan Arbiter;
- 5) Perintah Arbiter agar Para Pihak menghadap sidang arbitrase.

Masing-masing pihak menunjuk seorang arbiter dan kedua arbiter memilih arbiter ketiga. Hasil arbiter ketiga yang telah ditunjuk akan menduduki sebagai Ketua Majelis Arbitrase. Jika penunjukan arbiter ketiga ini gagal mencapai kesepakatan, maka dapat meminta Ketua Pengadilan Negeri (atau Ketua Lembaga Arbitrase seperti BANI).

Penerimaan pengangkatan bersifat *irrevocable* (Pasal 19 UUArbitrasi) dan menimbulkan perjanjian perdata antara arbiter dengan yang menunjuk dalam arti arbiter akan memberi putusan yang jujur, adil dan sesuai dengan hukum dan pihak yang menunjuk akan menerima putusan secara final dan mengikat (Pasal 17).

Tanggung jawab perdata (Pasal 20 dan 21): jika tanpa alasan yang sah lalai menjatuhkan putusan dalam jangka waktu yang ditentukan atau dalam hal adanya iktikad tidak baik.

Dengan telah dimulainya proses pemeriksaan setelah dibentuknya Majelis Arbiter, semua komunikasi antara para pihak dengan arbiter harus dihentikan. Semua informasi baik dalam bentuk surat menyurat maupun dokumen atau alat bukti aslinya harus diserahkan kepada panitera sidang disertai 5 salinan masing-masing untuk para arbiter dan para pihak. Semua informasi yang akan disampaikan secara lisan hanya dapat diterima apabila didengar oleh para arbiter dan para pihak dalam sidang, harus terdapat keterbukaan diantara semua pihak.

Para pihak diberikan kebebasan untuk menentukan sendiri acara dan proses pemeriksaan arbitrase yang mereka kehendaki untuk dilaksanakan oleh arbiter.

Pasal 31 ayat (1) UUArbitrasi:

"Para pihak dalam suatu perjanjian yang tegas dan tertulis, bebas untuk menentukan acara arbitrase yang digunakan dalam pemeriksaan sengketa sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan dalam UU ini".

- o Tahap Pemeriksaan:
 - 1) Awal pemeriksaan peristiwanya;
 - 2) Penelitian atas bukti-bukti dan pembahasannya;
 - 3) Dimungkinkan adanya mediasi; dan
 - 4) Pengambilan putusan oleh Majelis Arbitrase.
- o Prinsip Pemeriksaan:
 - 1) Pemeriksaan tertutup;
 - 2) Menggunakan bahasa Indonesia atau bahasa lain atas persetujuan arbiter;
 - 3) Para pihak mempunyai hak dan kesempatan yang sama (*Audi Alteram Partem* - Pasal 29);
 - 4) Pemberian kuasa dalam bentuk surat kuasa khusus.
- o Bebas Menentukan Cara Arbitrase:
 - 1) Kebebasan memilih *rule*;
 - 2) *Rule* juga berisi jangka waktu penyelesaian dan tempat (bila tidak ada arbiter yang menentukan).

- o Batas waktu penyelesaian:
 - 1) Paling lama 180 hari sejak terbentuknya Majelis Arbitrase (Pasal 48);
 - 2) Arbiter berwenang memperpanjang jangka waktu (Pasal 33).
- o Hak & kewajiban Termohon:
 - 1) Bila Termohon tidak memberi jawaban dalam tempo 14 hari, maka dia dipanggil untuk menghadap persidangan (Pasal 41);
 - 2) Termohon dapat mengajukan tuntutan balasan (Pasal 42);
 - 3) Termohon tidak hadir, dijatuhkan putusan verstek.
- o Hak & kewajiban Pemohon:

Pemohon tidak hadir, surat tuntutan digugurkan dan tugas arbiter dianggap selesai (Pasal 43).
- o Para pihak datang menghadap:
 - 1) Arbiter terlebih dahulu mengusahakan perdamaian;
 - 2) Bila tercapai perdamaian, arbiter membuat Akta Perdamaian yang sifatnya *final* dan mengikat;
 - 3) Bila tidak dilaksanakan dengan suka rela dapat diminta eksekusi ke Pengadilan Negeri.
- o Persidangan:
 - 1) Persidangan arbitrase sepenuhnya berada dibawah kuasa dan kendali para arbiter, dengan tetap memerhatikan "*rules of procedures*" dan ketentuan perundangan yang berlaku;
 - 2) Persidangan arbitrase bersifat tertutup, karenanya hanya dapat dihadiri oleh mereka yang mendapat kuasa dari pimpinan masing-masing pihak dan diketahui oleh kedua belah pihak. Pihak-pihak lain tidak dapat menghadirinya terkecuali mendapat persetujuan dari kedua belah pihak dan dari arbiter/majelis arbiter;
 - 3) Walaupun dalam beberapa kasus para pihak mengajukan sengketa untuk diputuskan/diselesaikan sepenuhnya berdasarkan fakta-fakta tertentu, tuntutan tertulis dan dokumen-dokumen, tetapi pada umumnya suatu persidangan tetap dilaksanakan yang dihadiri oleh arbiter atau majelis arbiter dan para pihak yang bersangkutan, untuk memberikan kesempatan bagi para pihak untuk menyampaikan segala informasi yang lengkap dan adil kepada

para arbiter mengenai aspek materiil dari permasalahan yang dipersengketakan;

- 4) Setiap penyimpangan atas prosedur arbitrase termasuk tetapi tidak terbatas pada proses persidangan harus mendapat persetujuan para arbiter dan para pihak dalam suatu persidangan dan akan dicatat dalam berita acara persidangan oleh Panitera;
- 5) Dalam setiap persidangan selalu dimungkinkan kepada para pihak untuk melakukan negosiasi diluar sidang dan dapat diadakan setiap saat atas persetujuan para arbiter dan para pihak. Kesempatan juga harus diberikan oleh para arbiter kepada para pihak untuk melakukan mediasi. Mediasi dilakukan diluar persidangan arbitrase dan bukan merupakan bagian dalam proses jalannya arbitrase.

o Dasar Hukum Putusan

- 1) Pasal 56 ayat 1 UUAbitrase:

"Arbiter atau majelis mengambil putusan berdasarkan hukum atau berdasarkan keadilan dan kepatutan".

- 2) Pasal 56 ayat 2 UUAbitrase:

"Para pihak berhak menentukan pilihan hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin atau telah timbul antara para pihak".

2. Jenis Lembaga Arbitrase⁸⁷⁾

Lembaga arbitrase dibagi dua jenis, yaitu:

- 1) Arbitrase *Ad-hoc*; dan
- 2) Arbitrase *Institusional*.

Arbitrase *Ad-hoc* atau *volunter* adalah arbitrase yang ditujukan untuk kasus tertentu untuk satu kali penunjukan.⁸⁸⁾ Sedangkan arbitrase *institusional* (*institusional arbitration*) adalah lembaga atau badan arbitrase yang bersifat permanen (Pasal 1 ayat (2) Konvensi New York, 1958). Arbitrase *institusional* dibagi menjadi dua sifat, yaitu nasional dan internasional (Pasal 59 dan 65 UUAbitrase). Dikatakan bersifat nasional karena pendiriannya hanya untuk kepentingan bangsa dari negara yang bersangkutan.

87) Salim H.S., *Hukum Kontrak (Teori & Teknik Penyusunan Kontrak)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, Cet. Ketujuh, hlm. 144.

88) *Ibid.*, hlm. 144 (mengutip, M. Yahya Harahap, 1991: 150).

Arbitrase nasional merupakan penyelesaian sengketa arbitrase yang terjadi di wilayah Indonesia, telah berjumlah 6 (enam) lembaga, antara lain:

- 1) Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI);
- 2) Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMI);
- 3) Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI);
- 4) Badan Arbitrase Komoditi Berjangka Indonesia (BAKTI);
- 5) Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS); dan
- 6) Badan Arbitrase & Mediasi Hak Kekayaan Intelektual (BAM HKI).

Arbitrase internasional merupakan penyelesaian persengketaan antara berbagai pihak yang berbeda kewarganegaraannya maupun yang berwarganegaraan sama, antara lain:

- 1) The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) di Paris;
- 2) The London Court of International Arbitration di London;
- 3) Arbitration Institute Stockholm di Stockholm;
- 4) The American Arbitration Association di Amerika;
- 5) The International Center for The Settlement of Investment Disputes (ICSID);
- 6) The United Nations Commission on International Trade (UNCITRAL); dan
- 7) Singapore International Arbitration Center (SIAC) di Singapore.

Arbitrase di setiap negara sangat banyak jumlahnya, demikian juga arbitrase yang ada di Indonesia.

UNCITRAL⁸⁹⁾ adalah singkatan dari United Nations Commission on International Trade Law. Komisi ini membentuk UNCITRAL *Arbitrase Rules* melalui Resolusi Sidang Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada 15 Desember 1976 dengan Resolution 31/98 (*Adopted by The General Assembly in 15 December 1976*). Pemerintah Indonesia termasuk salah satu negara yang ikut menandatangani resolusi dimaksud. Dengan demikian, UNCITRAL, *Arbitration Rules* yang menjadi lampiran resolusi, telah menjadi salah satu sumber hukum internasional di bidang arbitrase. Tujuan PBB membentuk UNCITRAL, *Arbitration Rules* adalah untuk menginternasionalisasikan nilai-nilai dan tata cara arbitrase dalam

89) Suleman Batubara, . . . *op. cit.*, hlm. 66-67.

menyelesaikan sengketa-sengketa antarnegara dalam transaksi perdagangan internasional. Alinea pertama resolusi berbunyi:

"Recognizing the value of arbitration as a method of settling disputes arising in the context of international commercial relations".

Menurut pendapat para penandatangan resolusi, sangat dibutuhkan suatu aturan yang seragam dalam bidang arbitrase antara negara-negara yang berbeda sistem hukum, sosial, dan ekonominya, sebagai sumbangan untuk mendorong terwujudnya perkembangan yang harmonis dalam hubungan perdagangan internasional. Untuk mewujudkan cita-cita tersebut, Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) telah memprakarsai terciptanya suatu peraturan arbitrase (*arbitration rules*) melalui konsultasi-konsultasi yang dilakukan oleh UNCITRAL.

Cara penerapan klausula atau perjanjian arbitrase menurut UNCITRAL, harus berbentuk tertulis. Setiap kehendak pihak-pihak yang ingin menundukkan diri kepada ketentuan-ketentuan arbitrase sebagaimana disepakati dalam UNCITRAL, *Arbitration Rules*, kata sepakat untuk itu mesti berbentuk tertulis (*agreed in writing*). Namun, Pasal 1 yang memuat ketentuan asas tertulis tidak menguraikan bentuk-bentuk tertulis seperti apa yang dianggap sah.

Ketentuan ini yang memperluas penerapan perjanjian tertulis mengenai klausula arbitrase. Menurut Pasal 11 ayat (2) Konvensi New York 1958, bentuk tertulis yang dianggap sah sebagai persetujuan arbitrase, termasuk tukar menukar surat atau telegram. Apakah ketentuan Konvensi New York 1958 dapat diterapkan terhadap UNCITRAL? Pengertian berbentuk tertulis yang diatur dalam Pasal 1 UNCITRAL, dapat diperluas penafsirannya seperti yang terkandung dalam Pasal 11 ayat (2) Konvensi New York 1958. Namun, pengertian bentuk tertulis yang diatur dalam UNCITRAL dan ICSID dapat diperluas penerapannya dalam bentuk surat-menyurat atau pertukaran telegram.

Sementara itu, mengenai ketentuan tenggang waktu, diatur dalam Pasal 2. Dalam Pasal itu dijelaskan tata cara perhitungan batas tenggang waktu mengenai pemberitahuan (*notice*). Setiap pemberitahuan termasuk pengumuman (*notification*), komunikasi (*communicatioan*) atau usul (*proposal*), dianggap sudah diterima terhitung sejak disampaikan secara fisik atau *in person* ke alamat atau tempat tinggal, tempat bisnis, atau alamat surat (*mailing*

adress). Panggilan atau pemberitahuan dianggap diterima, pada hari disampaikan. Cara memperhitungkan tenggang waktu (*calculating a period of time*), mulai berjalan terhitung hari berikut dari tanggal penerimaan pemberitahuan, pengumuman, komunikasi, atau usulan, tetapi dalam perhitungan ini hari libur tidak diperhitungkan.

3. Alasan Memilih Arbitrase Sebagai Forum Penyelesaian Sengketa

Para pihak memilih penyelesaian sengketa yang dialaminya melalui arbitrase, antara lain karena beberapa pertimbangan, sebagai berikut:

- 1) Proses arbitrase konfidensial, memberikan jaminan kerahasiaan dan publisitas yang tidak dikehendaki, karena sifatnya yang tertutup dan tidak konfrontatif dan berlangsung secara kooperatif – damai, yang berbeda dengan di pengadilan terbuka untuk umum. Menjadikan media/pers seringkali mengejar berita dan membeberkan di media-massa. Suatu keadaan yang dapat merugikan para pihak, terutama reputasi yang dapat memengaruhi integritas, bonafiditas mereka yang bersengketa.
- 2) Sifatnya menjurus kepada privatisasi penyelesaian sengketa dan dapat dikatakan ditujukan kepada posisi "*win-win*" dan bukan kepada apa yang biasa terjadi di pengadilan yang mempertaruhkan "*win-loose*" dan banyak terjadi "jual-beli hukum".
- 3) Dapat menentukan hukum acara Arbitrase sesuai dengan sengketa yang dihadapi, misalnya: Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI Arbitration Center), The International Chamber of Commerce (ICC), The International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID), United Nations Commission of International Trade Law (UNCITRAL), Singapore International Arbitration Centre (SIAC) dan lain sebagainya.
- 4) Dapat memprediksi/menentukan waktu, tempat dan biaya perkara (bergantung kepada hukum acara yang dipakai).
- 5) Dapat memilih Arbiter tunggal/Arbiter dari masing-masing pihak yang dipercaya.
- 6) Putusan arbitrase, sesuai dengan kehendak dan niat para pihak merupakan putusan final dan mengikat para pihak ba

- sengketanya; lain lagi putusan pengadilan yang terbuka bagi peninjauan yang memakan waktu lama.
- 7) Arbitrase itu baik hanya untuk para pengusaha yang bonafide dan beriktikad baik dan bukan mereka yang seringkali menggunakan pengadilan sebagai alat untuk mengelak kewajiban atau mengulur waktu pemenuhan kewajiban, tentunya dengan bantuan pengacara yang tidak bertanggung jawab.
 - 8) Karena putusannya final dan mengikat, tata caranya bisa cepat, tidak mahal serta jauh lebih rendah dari biaya-biaya yang harus dikeluarkan dalam proses pengadilan. Apalagi kalau kebetulan ditangani oleh pengacara yang kurang bertanggung jawab sehingga masalahnya dapat saja dengan iktikad buruk diperpanjang selama mungkin.
 - 9) Tata cara arbitrase lebih informal dari tata cara pengadilan sehingga terbuka untuk memperoleh dan tersedianya tata cara penyelesaian kekeluargaan dan damai ("*amicable*"); memberi kesempatan luas untuk meneruskan hubungan komersial para pihak dikemudian hari setelah berakhirnya proses penyelesaian sengketanya.
 - 10) Khusus dalam arbitrase internasional, menciptakan tata cara penyelesaian sengketa komersial secara damai (arbitrase) merupakan akibat dari hal-hal di bawah ini, misalnya:
 - a. Para pihak (asing) ragu untuk mengajukan sengketanya di peradilan nasional;
 - b. Apalagi kalau lawan sengketanya itu merupakan lembaga atau perorangan warga negara tersebut. Kekhawatiran selalu saja ada bahwa peradilan negara yang bersangkutan tidak atau setidaknya tidaknya akan terpengaruh oleh penguasaannya dan bersikap tidak independen;
 - c. Pihak asing itu kurang memahami tata cara/prosedur pengadilan negara tersebut dan merasa berada dalam posisi yang kurang menguntungkan.
 - d. Peradilan negara menggunakan bahasa nasional pada umumnya kini sedikit banyak agak terjamin dengan telah berlakunya "*United Nations Conventional on the Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958*" (Konvensi New York 1958) dan yang telah diratifikasi oleh hampir semua negara termasuk negara industri dan negara-negara berkembang.⁹⁰⁾

90) *Ibid.*, hlm 36.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang merupakan undang-undang bagi para pihak untuk kepentingan para pihak yang dilandasi iktikad baik harus benar-benar dipertahankan eksistensi iktikad baiknya sejak kontrak ditandatangani, perjalanan kontrak dan jika timbul sengketa perlu tetap mempertahankan iktikad baik agar apa yang menjadi pertimbangan para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase menjadi bermanfaat bagi kepentingan para pihak.

Sebaliknya, jika para pihak tidak dapat mempertahankan iktikad baik dalam menjalankan proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase sebagai pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, tentu pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas menjadi tidak bermanfaat/sia-sia sehingga apa yang menjadi sengketa tidak akan kunjung berakhir dengan baik, misalnya dalam salah satu pertimbangan pada proses arbitrase yang bersifat: konfidensial, memberikan jaminan kerahasiaan dan publisitas, akhirnya menjadi diketahui oleh umum ketika pihak yang menjadi termohon eksekusi atas putusan arbitrase berusaha mengingkari kewajibannya dengan mendalilkan hal-hal yang dicari dari proses arbitrase sebagai *loophole* permasalahan agar dapat mengelak dari kewajibannya untuk membayar ganti rugi, yang pada akhirnya semua itu hanya merugikan nama baiknya dan merupakan penundaan proses penyelesaian (*delay*).

4. Perjanjian Arbitrase Sebagai Iktikad Baik dalam Kontrak

Perjanjian Arbitrase (*Arbitration Clause – Submission Clause*).⁹¹⁾ Suatu perjanjian arbitrase yang merupakan hasil kesepakatan para pihak yang bersengketa yang mempunyai niat – keyakinan yang kuat – pasti – final mengikat mereka – ketaksepahamaan yang terjadi diantara mereka dapat diselesaikan dengan baik, damai dan memuaskan. Kesepakatannya itu dilandasi oleh hukum – kebiasaan – doktrin – prinsip dan pendapat para ahli yang diakui keberadaannya secara nasional – internasional, **terutama prinsip-prinsip iktikad baik**, kerja sama dan tidak berkonfrontasi, demi penyelesaian sengketa secara tuntas, agar kemudian para pihak tersebut dapat melanjutkan kontrak kerja samanya yang menguntungkan keduanya.

91) H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS)*, PT. Fikahati Aneska, Jakarta, 2011, hlm. 16-17.

Black's Law Dictionary dalam definisinya "*contract*" sebagai suatu perjanjian antara dua atau lebih pihak yang menimbulkan kewajiban yang dapat ditegakkan atau diakui oleh hukum.⁹²⁾

Lebih lanjut, istilah "kontrak" dari *Black's Law Dictionary* yang dikutip dari William R. Anson, mengatakan kontrak digunakan secara acak juga untuk menyatakan tiga macam hal, yaitu satu rangkaian tindakan-tindakan operasional dari para pihak yang menimbulkan hubungan hukum baru, dokumen yang dilaksanakan oleh para pihak sebagai bukti akhir telah dijalankannya oleh para pihak tindakan-tindakan operasional, yang terdiri atas hak atau hak-hak pribadi dan kewajibannya, yang disertai dengan kekuasaan, hak istimewa dan kekebalan, dan hubungan hukum ini sering disebut "Kewajiban".⁹³⁾

Kemudian, Samuel Williston dalam *Black's Law Dictionary* menyatakan bahwa kontrak adalah suatu janji, atau satu rangkaian janji, bahwa hukum akan berlaku mutlak kalau ingkar, yang menurut hukum hal tersebut merupakan tugas. Definisi ini tidak memuaskan karena memerlukan definisi lebih lanjut mengenai peristiwa (*circumstances*) bahwa diberikan kewajiban hukum terhadap janji itu. Akan tetapi, jika dikehendaki adanya definisi mengenai tindakan-tindakan operasional, seluruh hukum mengenai pembentukan kontrak akan perlu dipadatkan dalam satu kalimat.

Perjanjian arbitrase memiliki bentuk penyelesaian melalui institusi, artinya bahwa penyelesaian dapat diselesaikan melalui lembaga arbitrase atau *ad hoc*. Perjanjian arbitrase dapat diperjanjikan sebelum sengketa terjadi, tetapi dapat pula dibuat sesudah terjadi sengketa. Penyusunan perjanjian arbitrase merupakan hak mutlak para pihak dalam suatu perjanjian. Hak mutlak itu didasari oleh 4 prinsip yang memberikan para pihak kekuatan hukum, yakni:⁹⁴⁾

- o Para pihak memiliki **kedaulatan**.
- o Memiliki **yurisdiksi**.
- o Memiliki **otoritas** terhadap sengketanya.
- o Mereka itu **independen**, tidak dapat dipengaruhi siapapun.

92) Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 7th Edition, St. Pauli Min, West Group, 1999, hlm. 318. *An agreement between two or more person creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law*".

93) Soedjono Dirdjosisworo, *Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law, Comman Law dan Praktik Dagang Internasional)*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 29.

94) H. Priyatna Abdurrasyid, *op. cit.*, hlm. 16-17.

- o Majelis: - *Competence-competence*.
- Sumber Hukum.
- Sumber Prosedur.

Dalam lingkup ini, perlu dipertegas apa yang dimaksud dengan arbitrase, yakni:⁹⁵⁾

- o Penyelesaian sengketa/adanya ketaksepahaman.
- o Antara 2 orang/kelompok atau lebih.
- o Berlandaskan hukum-tata cara yang telah disepakati bersama sebelumnya (*the law of the parties* atau *law of procedure*).
- o Dipercayakan penyelesaiannya kepada seorang atau beberapa orang yang profesional di bidang sengketa tersebut.
- o Putusan final dan mengikat.

Para pihak dalam suatu perjanjian arbitrase bebas untuk memasukkan kedalamnya syarat-syarat hukum sesuai dengan kehendaknya, tetapi persyaratan-persyaratan dalam perjanjian tersebut harus dijabarkan secara jelas dan pasti.⁹⁶⁾ Wewenang para arbiter atau penengah harus ditetapkan sedemikian rupa. Juga halnya bentuk – macam sengketa apa saja yang disepakati dan harus diuraikan. Termasuk juga hambatan-hambatan teknis atau ketentuan hukum yang mungkin dapat mempersulit para pihak harus pula dicantumkan di dalam perjanjian.

Perjanjian arbitrase yang dibuat di antara para pihak harus didasarkan pada sah tidaknya klausula arbitrase itu sendiri. Untuk menentukan sah atau tidaknya suatu perjanjian itu sebagaimana dimaksudkan Pasal 1320 KUHPerdara menyebutkan bahwa syarat sahnya suatu perjanjian harus memenuhi empat syarat yaitu:

- 1) Adanya kesepakatan di antara para pihak;
- 2) Para pihak harus cakap melakukan perbuatan hukum;
- 3) Kesepakatan tersebut mengenai hal tertentu;
- 4) Objek dari kesepakatan tersebut harus mengenai sebab yang halal.

Menurut R. Subekti, syarat sahnya perjanjian dibagi dua bagian, yaitu syarat yang bersifat subjektif dan syarat bersifat objektif. Untuk syarat subjektif bila ditinjau dari Pasal (2) UU Arbitrase menyebutkan:

“Para pihak adalah subjek hukum, baik menurut hukum perdata maupun hukum publik”.

95) H. Priyatna Abdurrasyid, *op. cit.*, hlm. 17-18.

96) *Ibid.*, hlm. 72.

Sedangkan untuk syarat objektif mengenai hal tersebut di atas, bila ditinjau dari Pasal 5 UU Arbitrase menyebutkan bahwa:

- 1) Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa.
- 2) Sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian.

Pengertian perdagangan yang dimaksud dalam pasal tersebut di atas, dapat dilihat dari penjelasan Pasal 66 huruf (b) menyebutkan bahwa sengketa-sengketa yang dapat diarbitrasekan (objek) arbitrase adalah sengketa dalam *ruang lingkup hukum dagang*, yaitu kegiatan-kegiatan di bidang:

(a) Perdagangan komoditi; (b) Kehutanan, perkebunan, peternakan dan perikanan; (c) Arsitektur dan konstruksi; (d) Investasi, Perbankan, perasuransian, pasar modal, pembiayaan, modal ventura, penjaminan, pergadaian dan jasa keuangan non-bank lainnya; (e) Pengiriman, pengangkutan dan transportasi darat, laut dan udara; (f) Pertambangan, energi, dan lingkungan hidup; (g) Properti dan kawasan berikat; (h) *Manufacturing*, penelitian dan pengembangan teknologi; (i) Hak Kekayaan Intelektual dan *franchise*; (j) Elektronika, lisensi perangkat lunak, *IT solution*, *e-commerce*; (k) Telekomunikasi, komunikasi dan informatika; (l) Pemanfaatan ruang udara dan angkasa; (m) Restoran, *catering*, *cafe* dan kulineri; (n) Seni, hiburan dan perfilman, penyiaran dan periklanan, olah raga.

Dari penjelasan Pasal 66 UU Arbitrase tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa objek sengketa arbitrase hanyalah sengketa. Ketentuan ini secara logis analogis dapat dikatakan bahwa suatu klausula arbitrase yang objek sengketa (hal tertentu) di luar ruang lingkup atau di luar bidang-bidang tersebut di atas adalah batal demi hukum.

Syarat sahnya perjanjian ini sebagaimana menurut pendapat R. Subekti yaitu syarat subjektif dan objektif. Hal ini disebabkan adanya perbedaan akibat hukum yang ditimbulkan apabila salah satu dari kedua syarat sahnya perjanjian tersebut tidak terpenuhi dalam suatu perjanjian. Menurut beliau suatu perjanjian yang tidak memenuhi syarat subjektif, perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Sementara itu, apabila suatu perjanjian tidak terpenuhi syarat objektif, perjanjian tersebut adalah batal demi hukum.⁹⁷⁾

97) Suleman Batubara Orinton Purba, . . . *op. cit.*, hlm. 15-16.

Syarat perjanjian tersebut di atas, apabila dihubungkan dengan klausula arbitrase, klausula arbitrase tersebut harus merupakan kesepakatan para pihak yang dituangkan dalam bentuk tertulis, harus dibuat oleh para pihak yang cakap melakukan perbuatan hukum, objek kesepakatan tersebut harus jelas serta harus mengenai sebab yang halal. Jadi, suatu klausula arbitrase sah secara hukum dan dapat mengikat para pihak yang membuatnya. Klausula arbitrase yang dibuat para pihak yang disebut di atas merupakan dasar hukum bagi semua pihak untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul di kemudian hari.

Klausula arbitrase apabila ditinjau dari UUAbitrase sebagaimana terdapat dalam Pasal 7 yang berbunyi "para pihak dapat menyetujui sengketa yang terjadi di antara mereka diselesaikan melalui arbitrase". Kata menyetujui dalam pasal tersebut membuktikan bahwa suatu sengketa hanya dapat diselesaikan melalui lembaga arbitrase apabila telah sama-sama disetujui para pihak. Dengan kata lain, tanpa adanya persetujuan dari para pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase, sengketa tersebut tidaklah dapat diselesaikan melalui lembaga arbitrase. Hal ini sejalan dengan syarat sahnya perjanjian yang disebutkan di atas.

Kata persetujuan dalam pasal tersebut di atas apabila dikaitkan dengan Pasal 9 UUAbitrase, persetujuan tersebut harus dalam bentuk tertulis. Untuk lebih jelasnya di bawah ini dituliskan bunyi dari pasal tersebut:⁹⁸⁾

- 1) Dalam hal para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase setelah sengketa terjadi, persetujuan mengenai hal tersebut harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditandatangani para pihak.
- 2) Dalam hal para pihak tidak dapat menandatangani perjanjian tersebut sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), perjanjian tertulis tersebut harus dibuat dalam akta notaris.
- 3) Perjanjian tersebut 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 arbitrer atau majelis arbitrase;

98) *Ibid*, hlm. 17-19.

- d. Tempat arbiter atau majelis arbitrase mengambil keputusan;
 - e. Nama lengkap sekretaris;
 - f. Pernyataan kesediaan arbiter;
 - g) Pernyataan kesediaan dari pihak yang bersengketa untuk menanggung segala biaya yang dipergunakan untuk penyelesaian sengketa melalui arbitrase;
- 4) Perjanjian tertulis yang tidak memuat hal sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) batal demi hukum.

Klausula arbitrase apabila dikaitkan dengan asas kebebasan berkontrak sebagaimana terdapat dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa suatu perikatan yang dibuat secara sah merupakan undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Ketentuan ini apabila dikaitkan dengan Pasal 1320 KUHPerdara tentang syarat-syarat sahnya perjanjian, suatu klausula yang telah dibuat secara sah (memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian) berarti **klausula arbitrase tersebut merupakan suatu undang-undang bagi mereka yang membuatnya.**

Klausula arbitrase ini dalam praktiknya dikenal dua macam, yaitu:

- 1) *pactum de compromittendo*; dan
- 2) akta kompromis.

Dari segi yuridis kedua klausula arbitrase ini adalah sama, unsur pembeda di antara kedua klausula arbitrase ini adalah: waktu pembuatan daripada klausula arbitrase itu sendiri. Klausula arbitrase dalam bentuk *pactum de compromittendo* ini dibuat sebelum timbulnya sengketa, sedangkan akta kompromis dibuat setelah timbulnya sengketa. Jadi, perbedaan di antara kedua klausula arbitrase ini hanya pada saat pembuatannya. Perbedaan yang lain dari *pactum de compromittendo* dengan akta kompromis adalah penulisan dari kedua klausula arbitrase itu sendiri. *Pactum de compromittendo* biasanya dibuat menyatu dengan perjanjian pokok, sedangkan akta kompromis dibuat secara terpisah dari perjanjian pokoknya.

Pengertian perjanjian yang diatur di dalam Pasal 1313 KUHPerdara adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Perjanjian ini merupakan suatu rangkaian perkataan yang mengandung kesepakatan/persetujuan para pihak yang membuatnya

baik secara lisan maupun dalam bentuk tertulis. Peristiwa mana seseorang berjanji kepada seseorang lainnya atau dimana dua pihak atau lebih saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu ataupun tidak untuk melakukan sesuatu **secara konkret**. Sedangkan **pengertian dari perikatan** adalah suatu hubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan bahwa pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan, yang dirasakan **secara tidak konkret**, karena perikatan merupakan akibat dari adanya suatu perjanjian yang menyebabkan orang-orang atau para pihak terikat untuk memenuhi apa yang telah disepakati. Perikatan lahir karena suatu persetujuan atau karena undang-undang. Semua kesepakatan yang dibuat sesuai dengan undang-undang, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Sehingga persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang.

Oleh karena itu persetujuan harus dilaksanakan dengan iktikad baik yaitu keinginan subjek hukum untuk berbuat sesuatu. Iktikad baik yang sudah disepakati sebagaimana termaksud di dalam isi perjanjian untuk ditaati oleh kedua belah pihak sebagai suatu peraturan bersama untuk memenuhi hak dan kewajibannya masing-masing.

Agar perjanjian yang dibuat sah dan mengikat, harus telah memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian. Syarat sahnya perjanjian diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara yang akan diuraikan lebih lanjut sebagai berikut:

1) Kesepakatan

Kesepakatan para pihak merupakan unsur mutlak untuk terjadinya suatu kontrak. Kesepakatan ini dapat terjadi dengan berbagai cara, baik dengan tertulis maupun secara tidak tertulis.

2) Kecakapan

Kecakapan adalah kemampuan menurut hukum untuk melakukan perbuatan hukum (perjanjian). Kecakapan ini ditandai dengan dicapainya umur 21 tahun atau telah menikah.

3) Suatu Hal Tertentu

Mengenai hal tertentu, sebagai syarat ketiga untuk sahnya perjanjian ini menerangkan tentang harus adanya objek perjanjian yang jelas. Jadi, suatu perjanjian tidak bisa dilakukan tanpa objek tertentu.

4) Suatu Sebab yang Halal

Kata halal di sini adalah bahwa isi perjanjian tersebut tidak dapat bertentangan dengan undang-undang kesusilaan dan ketertiban umum.

Keempat syarat sahnya perjanjian tersebut di atas harus terpenuhi, jika tidak maka perjanjian itu dapat batal demi hukum.

Dalam hukum kontrak dikenal banyak asas, diantaranya sebagai berikut:

1) Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme menjelaskan bahwa lahirnya perjanjian ialah pada saat terjadinya kesepakatan yang menimbulkan hak dan kewajiban para pihak. Dengan demikian, apabila kesepakatan telah tercapai antara para pihak, lahirlah suatu perjanjian, walaupun perjanjian tersebut tidak langsung dilaksanakan pada saat itu. Hal ini berarti bahwa dengan tercapainya suatu kesepakatan menimbulkan hak dan kewajiban bagi mereka yang membuat suatu kesepakatan atau biasa juga disebut bahwa kontrak tersebut sudah bersifat abligator, yakni melahirkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi perjanjian tersebut. Asas ini hanya berlaku terhadap kontrak konsensual.

2) Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian.

3) Asas Mengikatnya Kontrak (*Pacta Sunt Servanda*)

Setiap orang yang membuat perjanjian, dia terikat untuk memenuhi perjanjian tersebut karena kontrak tersebut mengandung janji-janji yang harus dipenuhi dan janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang, sesuai dengan ketentuan pada Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang menentukan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

4) Asas Iktikad Baik

Asas iktikad baik merupakan salah satu asas yang dikenal dalam hukum perjanjian. Ketentuan tentang iktikad baik diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Walaupun iktikad baik para pihak dalam perjanjian sangat ditekankan pada tahap praperjanjian, secara

umum iktikad baik harus selalu ada pada setiap tahap perjanjian sehingga kepentingan pihak yang satu selalu dapat diperhatikan oleh pihak lainnya.

Pada dasarnya, tidak semua perjanjian lahir pada saat tercapainya kesepakatan karena lahirnya suatu kontrak bergantung kepada jenis perjanjiannya. Secara mendasar, perjanjian dibedakan menurut sifatnya, yaitu perjanjian konsensual, perjanjian riil, dan perjanjian formal. Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang dianggap sah apabila telah terjadi kesepakatan antara pihak yang membuat perjanjian.

Perjanjian riil merupakan jenis perjanjian yang memerlukan kata sepakat tetapi barangnya harus diserahkan, misalnya perjanjian penitipan barang pada Pasal 1741 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan perjanjian pinjam mengganti Pasal 1754 KUHPperdata. Sedangkan perjanjian formal adalah perjanjian yang memerlukan kata sepakat tetapi undang-undang mengharuskan perjanjian tersebut harus dibuat dengan bentuk tertentu secara tertulis dengan akta yang dibuat oleh pejabat umum notaris atau Pejabat Pembuat Akta Tanah, misalnya jual beli tanah, undang-undang menentukan akta jual beli harus dibuat dengan akta Pejabat Pembuat Akta Tanah, perjanjian perkawinan dibuat dengan akta notaris.

Apabila suatu perjanjian berakhir, berarti semua pernyataan kehendak atau semua hal yang telah diperjanjikan antara para pihak menjadi terhapus. Berakhirnya suatu perjanjian sebagai hubungan hukum antara kreditor dan debitor dengan sendirinya akan menghapuskan seluruh perjanjian antara para pihak.

Menurut Pasal 1381 KUHPperdata, suatu perikatan dapat berakhir:

- 1) Karena pembayaran;
- 2) Karena penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
- 3) Karena pembaharuan utang;
- 4) Karena perjumpaan utang atau kompensasi;
- 5) Karena percampuran utang;
- 6) Karena pembebasan utangnya;
- 7) Karena musnahnya barang yang terutang;
- 8) Karena kebatalan atau pembatalan;
- 9) Karena berlakunya suatu syarat batal; dan
- 10) Karena lewatnya waktu (daluwarsa).

Suatu perjanjian dapat terlaksana dengan baik apabila para pihak telah memenuhi prestasinya masing-masing seperti yang telah diperjanjikan tanpa adanya pihak yang dirugikan. Namun, adakalanya perjanjian tersebut tidak terlaksana dengan baik karena adanya wanprestasi yang dilakukan oleh salah satu pihak. Kata wanprestasi berasal dari bahasa Belanda, yang artinya prestasi atau iktikad buruk. Adapun yang dimaksud wanprestasi adalah suatu keadaan yang disebabkan kelalaian atau kesalahannya, pihak tersebut tidak dapat memenuhi prestasi seperti yang telah ditentukan dalam perjanjian dan bukan dalam keadaan memaksa. Wanprestasi dapat berupa:

- 1) Sama sekali tidak memenuhi prestasi;
- 2) Prestasi yang dilakukan tidak sempurna;
- 3) Terlambat memenuhi prestasi; dan
- 4) Melakukan apa yang dalam perjanjian dilarang untuk dilakukan.

Tindakan wanprestasi membawa konsekuensi terhadap timbulnya hak dipihak yang dirugikan untuk menuntut pihak yang melakukan wanprestasi untuk memberikan ganti rugi, sehingga oleh hukum diharapkan agar tidak ada satu pihak pun yang dirugikan karena wanprestasi tersebut. Tindakan wanprestasi ini dapat terjadi karena kesengajaan, kelalaian dan tanpa kesalahan.

Akibat wanprestasi, pihak yang dirugikan akan melakukan penuntutan untuk meminta pelakunya menanggung akibat dari tuntutan pihak lawan yang dapat berupa tuntutan:

- 1) Pembatalan kontrak saja;
- 2) Pembatalan kontrak disertai tuntutan ganti rugi;
- 3) Pemenuhan kontrak saja;
- 4) Pemenuhan kontrak disertai tuntutan ganti rugi; dan
- 5) Penuntutan ganti rugi saja.

Menurut Subekti, iktikad baik merupakan suatu sendi yang terpenting dalam hukum perjanjian. Apabila pada awalnya di tanah air para ahli hukum menganggap iktikad baik bersifat subjektif, di Belanda pengertian iktikad baik telah berkembang yang memandang bahwa iktikad baik itu juga bersifat objektif. Misalnya, dalam *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (NBW) pengertian iktikad baik itu juga mengandung asas kepatutan dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid*). Dengan demikian, selain terletak pada hati sanubari manusia, iktikad baik dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari suatu hubungan hukum

(perjanjian) harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang mungkin menimbulkan kerugian pihak lain.⁹⁹⁾

Selanjutnya, Subekti menyatakan bahwa hukum itu selalu mengejar dua tujuan, yaitu menjamin kepastian (ketertiban) dan memenuhi tuntutan keadilan. Kalau ayat pertama Pasal 1338 KUHPerdara dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan kepastian hukum (janji itu mengikat), maka ayat ketiga Pasal 1338 KUHPerdara harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan.¹⁰⁰⁾

Subekti dalam bukunya mengutip pendapat Grotius, Grotius mencari dasar konsensus itu dalam Hukum Kodrat dengan mengatakan bahwa "Janji itu mengikat" (*pacta sunt servanda*) dan "kita harus memenuhi janji kita" (*promissorum implendorum obligati*). Falsafah ini juga terdapat dalam syari'at Islam, sebagaimana dalam Surat Al Maidah ayat pertama yang berbunyi "Yaa ayyuhalladziina amanuu afluu bil 'uqud" yang artinya "wahai orang-orang yang beriman tepatilah janji-janji itu" dan Surat Al Isra ayat 34 yang berbunyi "wa afluu bil'ahdi innal'ahda kana masuular" yang artinya "dan penuhilah olehmu akan janji, sesungguhnya janji itu akan ditanyakan (dimintakan pertanggungjawaban)". Namun, syari'at Islam juga sangat memerhatikan kesadaran individu dengan motif, aspirasi, kesadaran yang baik dan iktikad baik. Dengan iktikad baik, seseorang tidak akan mengambil keuntungan dari kesulitan orang lain yang tidak terlihat sebelumnya, karena hal itu bukan merupakan bagian dari hal yang disepakati.

Selanjutnya, Subekti mengutip Grotius, menurut Grotius asas *pacta sunt servanda* ini timbul dari premise bahwa kontrak secara alam dan sudah menjadi sifatnya mengikat berdasarkan dua alasan:

- 1) sifat kesederhanaan bahwa seorang harus berinteraksi dan bekerja sama dengan orang lain, yang berarti bahwa orang-orang ini harus saling memercayai, yang pada gilirannya akan memberikan kejujuran dan kesetiaan.
- 2) setiap individu memiliki hak, bahwa yang paling mendasar adalah hak milik yang dapat dialihkan. Apabila seorang individu memiliki hak untuk melepaskan miliknya, tidak ada alasan mengapa dia harus di cegah untuk melepaskan haknya yang kurang penting seperti melalui kontrak.

99) Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 2001, hlm. 41.

100) Subekti, *Aneka Perjanjian*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, hlm. 141.

Subekti dalam bukunya mengutip lagi pendapat Grotius, Gratius mengatakan bahwa sebagai dasar konsensus dalam hukum kodrat adalah mengatakan "janji itu mengikat" (*pacta sunt servanda*) dan kita harus memenuhi janji kita" (*promissorum implendorum obligati*). Kata mengikat pada janji yang ada pada kontrak. Sehingga kontrak itu adalah suatu ikatan yang telah menyatu dengan hati kita. Dalam sebuah pantun Melayu yang mengatakan "kerbau dipegang talinya, manusia dipegang janjinya".¹⁰¹⁾

Sedangkan menurut Soedjono Dirdjosisworo, kontrak adalah suatu janji atau seperangkat janji-janji dan akibat pengingkaran atau pelanggaran atasnya hukum memberikan pemulihan atau menetapkan kewajiban bagi yang ingkar janji disertai sanksi untuk pelaksanaan.¹⁰²⁾ □

101) Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 83-84.

102) Soedjono Dirdjosisworo, *Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law dan Common Law dan Praktik Dagang International)*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 29.

4

Asas Iktikad Baik Sebagai Tiang Penyelesaian Sengketa Kontrak Melalui Arbitrase

A. ASAS IKTIKAD BAIK

1. Asas Iktikad Baik Menurut Sistem Hukum *Civil Law* dan *Common Law*

Iktikad baik merupakan prinsip utama dalam bidang bisnis dan hukum. Seseorang yang melakukan perbuatan dengan iktikad baik, dalam pandangan hukum positif, dikatakan telah bekerja dengan kesalahan yang tidak dapat dilihat, sehingga bebas dari kesalahan. Pertimbangan ini sering diterapkan untuk menentukan derajat hak atau kewajiban dalam berbagai bentuk kesepakatan yang dibuat oleh manusia, seperti kontrak dalam *common law* dan hukum kewajiban dalam *civil law*. Iktikad baik merupakan tiang dalam melaksanakan isi kontrak, dan para pihak diharapkan melakukan transaksi dengan iktikad baik.

Asas iktikad baik ini berasal dari sistem hukum kontrak *civil law* yang berakar pada hukum Romawi. Sistem *Common Law* secara tradisional tidak mengenal asas umum iktikad baik dalam kontrak. Negara dengan sistem *common law* yang telah menerima asas iktikad baik ke dalam sistem hukum kontraknya adalah Amerika Serikat.

Di Indonesia asas iktikad baik telah diakomodasikan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Di dalam Buku III KUHPerdara, mulai berlaku pada tanggal 30 April 1847, St.No. 23/1847¹⁰³) dikenal empat asas penting yang bersifat universal, yaitu asas kebebasan berkontrak, asas *pacta sunt servanda*, asas iktikad baik dan asas konsensualisme.

103) M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian* (St.No. 23/1847), Alurni Bandung, 1986, hlm. 3.

Dari ketiga asas yakni: kebebasan berkontrak, *pacta sunt servanda* dan iktikad baik, disimpulkan dari ketentuan Pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan bahwa:

"Semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang.

Persetujuan harus dilaksanakan dengan iktikad baik".

Meskipun tidak dengan tegas dinyatakan, di dalam setiap perjanjian selalu tersirat adanya iktikad baik dari para pihak. Asas iktikad baik merupakan asas bahwa para pihak harus melaksanakan substansi kontrak, berdasarkan kepercayaan atau keyakinan atau kemauan baik dari para pihak. Iktikad baik ini tidak terbatas pada waktu mengadakan hubungan hukum, tetapi juga pada waktu melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari hubungan hukum tersebut.

Pada Pasal 97 UUPT ditetapkan bahwa setiap anggota Direksi wajib dengan iktikad baik dan penuh tanggung jawab menjalankan tugas untuk kepentingan dan usaha perseroan.¹⁰⁴⁾

104) Pasal 97 Undang-undang Perseroan Terbatas:

- (1) Direksi bertanggung jawab atas pengurusan Perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1).
- (2) Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dilaksanakan setiap anggota Direksi dengan iktikad baik dan penuh tanggung jawab.
- (3) Setiap anggota Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2).
- (4) Dalam hal Direksi terdiri atas 2 (dua) anggota Direksi atau lebih, tanggung jawab sebagaimana dimaksud pada ayat (3) berlaku secara tanggung renteng bagi setiap anggota Direksi.
- (5) Anggota Direksi dapat tidak dipertanggungjawabkan atas kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) apabila dapat dibuktikan:
 - a. kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
 - b. telah melakukan pengurusan dengan iktikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;
 - c. tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian; dan
 - d. telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjut kerugian tersebut.
- (6) Atas nama Perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dan jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota Direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada Perseroan.
- (7) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) tidak mengurangi hak anggota Direksi lain dan/atau anggota Dewan Komisaris untuk mengajukan gugatan atas nama Perseroan.

Artinya, Direksi (maupun Dewan Komisaris) terkena kewajiban *fiduciary*, yang menuntut Direksi (maupun Dewan Komisaris) untuk bertindak dengan iktikad baik, loyalitas dan kejujuran untuk kepentingan tujuan perseroan.

Menurut Subekti, iktikad baik merupakan suatu sendi yang terpenting dalam hukum perjanjian. Apabila pada awalnya di tanah air para ahli hukum menganggap iktikad baik bersifat subjektif, maka di Belanda pengertian iktikad baik telah berkembang yang memandang bahwa iktikad baik itu juga bersifat objektif. Misalnya, dalam NBW pengertian iktikad baik itu juga mengandung asas kepastian dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid*). Dengan demikian, selain terletak pada hati sanubari manusia, iktikad baik dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari suatu hubungan hukum (perjanjian) harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang mungkin menimbulkan kerugian pihak lain.¹⁰⁵⁾

Selanjutnya, Subekti menyatakan bahwa hukum itu selalu mengejar dua tujuan, yaitu menjamin kepastian (ketertiban) dan memenuhi tuntutan keadilan. Kalau ayat pertama Pasal 1338 KUHPerdara dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan kepastian hukum (janji itu mengikat), ayat ketiga Pasal 1338 KUHPerdara harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan.¹⁰⁶⁾

Idealnya suatu hukum yang diterapkan memenuhi kepastian hukum dan rasa keadilan, tetapi hal ini sulit diterapkan dan dirasakan oleh para pihak secara bersama-sama, khususnya mengenai rasa keadilan. Dalam praktik rasa keadilan menjadi tanda tanya. Bahwa ketika ada pihak yang merasa adil dan dilain pihak merasa tidak adil, pertanyaannya adil bagi siapa? Untuk menjawab hal ini semua dikembalikan kepada iktikad baik. Dengan mengedepankan iktikad baik, sebesar apapun permasalahan itu, semua mudah untuk diselesaikan.

2. Perkembangan Dasar Iktikad Baik

Pentingnya untuk mengetahui perkembangan iktikad baik, baik yang ada pada perkembangan diri kita sendiri dan perkembangan di masyarakat pada umumnya. Untuk mengenal iktikad baik, kita tidak dapat mengatakan diri kita ataupun orang lain telat

105) Subekti, *Hukum Perjanjian*, Penerbit Intermasa, Jakarta, 2001, hlm. 41.

Lihat juga, Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Sumur Bandung Bandung, 1979, Cetakan VII, hlm. 85.

106) Subekti, *loc. cit.*

beriktikad baik dalam menjalankan aktivitas hidupnya, tanpa merasakan adanya perbuatan-perbuatan yang dihasilkan dan dirasakan. Untuk itu, perlu kita mengenal perkembangan dasar iktikad baik.

Iktikad baik tersebut tidak hanya mengacu kepada iktikad baik para pihak, tetapi harus pula mengacu kepada nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat, sebab iktikad baik merupakan bagian dari masyarakat. Iktikad baik ini akhirnya mencerminkan standar keadilan atau kepatutan masyarakat.¹⁰⁷⁾

Selain memiliki konsep iktikad baik, hukum Romawi juga memiliki *boni mores*. Berkaitan dengan *boni mores* tersebut, Allan Farnsworth dalam bukunya mengutip pendapat Gaius yang menyatakan, "*si quis de ea re mandet quae contra bonos mores est, non conrahi obligationem, veluti si tibi mandem ut titio furtum aut iniurum facias.*"¹⁰⁸⁾ Pernyataan tersebut bermakna bahwa perikatan tidak lahir apabila tidak sesuai dengan kewajiban moral. Para pihak tidak boleh melakukan perbuatan yang melanggar *boni mores*. Perikatan harus didasarkan kepada moral yang baik.

Pengakuan iktikad baik yang diterima beberapa negara *common law* sekarang ini tidak berasal dari Inggris, tetapi justru berasal dari Amerika Serikat.¹⁰⁹⁾ Hal ini dapat dipahami karena *common law* Inggris memang tidak mengenal adanya kewajiban umum iktikad baik dalam kontrak.¹¹⁰⁾ Meskipun demikian, tidak berarti bahwa *common law* Inggris sama sekali tidak mengenal dan mengakui iktikad baik tersebut. *Common Law* Inggris sebenarnya telah menerima doktrin iktikad baik yang diserap melalui hukum merkantil.¹¹¹⁾

Konsep baru iktikad baik dalam sistem *common law* Inggris dikemukakan oleh Sir Anthony Mason dalam suatu kuliah di Universitas Cambridge pada 1993 yang menyatakan bahwa konsep iktikad baik mencakup tiga doktrin yang berkaitan dengan:¹¹²⁾

107) P. Van Varmelo, *An Introduction to the Principles of Roman Law*, Juta and Co Ltd, 1976, Cape Town, hlm 151.

108) Reinhard Zimmermann, *op. cit.*, hlm. 707.

109) E. Allan Farnsworth, *op. cit.*, "*Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws*", hlm. 51.

110) A.F. Mason, *op. cit.*, hlm. 66.

111) Perhatikan John Klein, *op. cit.*, hlm 119.

112) Agasha Mugasha, *op. cit.*, hlm. 357.

- 1) Suatu kewajiban bagi para pihak untuk bekerja sama dalam mencapai tujuan kontrak (kejujuran terhadap janji itu sendiri);
- 2) Pemenuhan standar perilaku terhormat; dan
- 3) Pemenuhan *standard of contract* yang masuk akal yang berkaitan dengan kepentingan para pihak.

Hukum Anglo Amerika yang telah menerima doktrin iktikad baik telah pula merumuskan definisi iktikad baik. Section 1-203 UCC¹¹³) menentukan: "*Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*".¹¹⁴) Beberapa bagian lainnya dalam UCC, khususnya artikel 2 mewajibkan pula persyaratan iktikad baik dalam kontrak. Chapter ini menekankan permasalahan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak yang diatur UCC dan bertalian dengan kontrak komersial, seperti kontrak *franchise, dealership, distributorship*, dan *loan*. Chapter 7 menekankan iktikad baik dalam penegakan hukum kontrak.

Ketentuan di atas diakui oleh *Section 205 the Restatement of Contract (second)* yang diadopsi American Law Institute pada 1979 dan dipublikasikan dalam bentuk naskah final pada 1981 menentukan: "*Every contracts imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*". *Section* ini bersama-sama dengan *Comment and Raporters Note*, mengakui dan merumuskan kewajiban umum *good faith and fair dealing* dalam pelaksanaan dan penegakan hukum kontrak dalam hukum Amerika.¹¹⁵)

-
- 113) Penyusunan ketentuan kewajiban umum iktikad baik di dalam UCC ini tidak terinspirasi oleh putusan Lord Mansfield dalam kasus *Carter v. Boehm* (1766) di Pengadilan Inggris, tetapi dari wacana akademik para pakar hukum yang menyerap tradisi *civil law* yang sangat memengaruhi pemikiran hukum Amerika pada abad duapuluhan. Ketentuan iktikad baik itu diserap dari ketentuan *True und Glauben* yang dimuat dalam Pasal 242 BGB. Konsep yang diterima UCC tersebut kemudian dikembangkan lebih lanjut oleh pengadilan dan pakar-pakar hukum Amerika Serikat. Lihat E. Allan Farnsworth, *op. cit.*, "Good Faith in Contract Performance", hlm. 155. Lihat juga Agasha Mugasha, *loc. cit.*
 - 114) Ketentuan UCC. yang dikutip dalam disertasi ini seluruhnya didasarkan pada *Uniform Commercial Code 1978 Official Text* yang dikompilasi oleh E. Allan Farnsworth dan William F. Young, *Selection for Contracts: Statues, Restatement Second, Form* (Westbury, New York: The Foundation Press, Inc, 1992). Kutipan yang sama juga diambil dari Douglas Barid et.al., comp., *Commercial and Debtor - Creditor Law: Selected Statutes* (New York: Foundation Press, 1999).
 - 115) Robert S. Summers, "The General Duty of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization", *Cornell Law Review*, Vol 67 (1982), hlm. 810.

UCC mendefinisikan iktikad dalam bentuk positif. Section 1-201 (1) UCC secara tegas mendefinisikan iktikad baik sebagai *honesty in fact in the conduct or transaction concerned*. Kemudian, berkaitan dengan pedagang, Section 2-103 (1) (b) UCC mendefinisikan iktikad baik tidak hanya sebagai *honesty in fact*, tetapi juga *the observance of reasonable commercial standard of fair dealing in the trade*.¹¹⁶⁾

Dengan perkembangan iktikad baik yang terdapat di beberapa sistem negara sebagaimana dijelaskan di atas, menjadikan kita lebih percaya bahwa perkembangan dunia ini jika dijalankan tanpa iktikad baik, suatu bangsa dan negara akan terpuruk. Bahwa perang yang paling susah dilawan adalah perang yang ada pada diri sendiri/pelaku usaha, ketika tidak tercipta iktikad baik seseorang/pelaku usaha dalam menjalankan usahanya, tidak akan tercipta suasana kedamaian dan kenyamanan dalam berbisnis.

3. Penafsiran Asas Iktikad Baik

Walaupun hampir semua orang mengerti secara umum apa yang dimaksudkan dengan iktikad baik dan iktikad baik menjadi asas yang paling penting dalam hukum kontrak dan diterima dalam berbagai sistem hukum. Meskipun demikian, iktikad baik merupakan konsep yang sulit dioperasikan menurut hukum. Hal ini dapat dipahami, karena pengaturan iktikad baik dalam hukum kontrak sangat minim. Bahkan, di negara-negara *civil law* yang memasukkan ketentuan iktikad baik ke kitab undang-undang hukum perdata hanya mengatur sedikit saja.

Penerapan asas iktikad baik berdasarkan Pasal 1338 KUHPerdata tidak mudah, mengingat bahwa iktikad baik bukan merupakan hal yang terbukti dengan sendirinya (*self evident*), tetapi rentan terhadap berbagai interpretasi, sebagaimana dinyatakan dalam Black's Law Dictionary bahwa "*good faith*" adalah:

Suatu yang dipikirkan (*state of mind*) yang didalamnya terdiri atas:

116) Dalam Comment Section 205 a. disebutkan: good faith is defined in Uniform Commercial Code 1-201 (1) as "honesty in fact in the conduct or transaction concerned." "In the cases of a merchant" Uniform Commercial Code 2-2-103 (1) (b) provides that good faith means "honestly in fact and the observance of the reasonable commercial standard of fair dealing in the trade. Lihat Restatement of the Law Second, Contracts 2d, As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington. D. C. May 17, 1979. American Institute Publisher, St Paul, Minn: 1981, hlm. 99 – 100.

- 1) Kejujuran dalam kepercayaan atau maksud;
- 2) Kesetiaan terhadap tugas atau kewajiban seseorang;
- 3) Kepatuhan pada standar-standar komersial dalam transaksi suatu perdagangan atau bisnis tertentu; atau
- 4) Tidak ada maksud menipu (*defraud*) atau mencari keuntungan yang rendah budi (*unconscionable advantage*).

Iktikad baik yang dapat digambarkan sebagai tiang kokohnya suatu kontrak menekankan pada kesetiaan kepada suatu maksud bersama yang disepakati dan konsisten dengan harapan yang dapat dibenarkan dari bagian lain, tidak termasuk di dalamnya berbagai tipe peri laku yang berciri iktikad buruk (*bad faith*), karena ini melanggar standar masyarakat mengenai kelakuan baik (*decency*), kewajaran (*fairness*) atau kepantasan (*reasonableness*). Tindakan perbaikan yang layak untuk mengingkari tugas iktikad baik beragam bergantung kepada keadaan.¹¹⁷⁾

Ketentuan yang termuat pada Pasal 1338 ayat ketiga ini, para pihak diminta agar menjalankan perjanjian dengan keseimbangan di antara para pihak. Kedudukan kreditor yang kuat dalam perjanjian sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1338 alinea pertama KUHPerdara diimbangi dengan kewajibannya untuk memerhatikan iktikad baik.¹¹⁸⁾

Fungsi Iktikad Baik

Iktikad baik yang terdapat pada kepribadian orang bisa langsung dirasakan oleh yang bersangkutan, juga oleh pihak yang merasakan perbuatan iktikad baik seseorang terhadapnya. Ketika rasa iktikad baik itu bisa dirasakan, sebenarnya iktikad baik itu tengah menjalankan fungsinya.

117) Black, H.C., *Black's Law Dictionary*, 7th. Edition, West Group, St. Paul Minnesota, 1999, hlm. 701:

"A state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one's duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage".

"The phrase 'good faith' is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other part; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness. The appropriate remedy for a breach of the duty of good faith also varies with the circumstances".

118) Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan – Bagian Kedua: Tinjauan atas Beberapa Aspek Hukum dari Prinsip-prinsip UNIDROIT dan CISG*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001, hlm. 88.

Dalam hukum kontrak, iktikad baik memiliki tiga fungsi. Iktikad baik dalam fungsinya yang pertama mengajarkan bahwa seluruh kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan iktikad baik. Fungsi kedua adalah menambah (*aanvullende werking van de geode throuw*). Fungsi ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan (*berpekende en derogende werking van de geode throuw*).¹¹⁹⁾

Berlainan dengan fungsi iktikad baik di atas, dalam hukum kontrak Jerman, iktikad baik diyakini memiliki tiga fungsi dasar. *Pertama, sebagai legal basis on interstitial law-making by judiciary. Kedua, sebagai basis of legal defenses in private law suites. Ketiga, it provides a statutory basis for relocating risk in privater contract.*¹²⁰⁾ Namun, Siebert membedakan tiga fungsi iktikad baik berdasar Pasal 242 BGB seperti di Belanda. *Pertama, fungsi mengubah. Kedua, fungsi membatasi. Ketiga, Wegfall der Gesschaftsgrundlage.*¹²¹⁾

Di Belgia juga biasanya dikatakan bahwa iktikad baik memiliki tiga fungsi, yakni fungsi interpretasi (*function interpretative*), fungsi *restrictive, limitative, moderative*). Kadang-kadang masih ditambahkan lagi dengan fungsi yang keempat, yang membolehkan pengadilan dalam situasi tertentu untuk mengubah isi kontrak, tetapi teori yang keempat ini umumnya tidak diterima pengadilan dan akademisi.¹²²⁾

Ketika fungsi-fungsi dari iktikad baik itu telah berjalan sesuai dengan fungsinya, barulah pelaku dan lawan dari pelaku dapat merasakan fungsi iktikad baik tersebut. Sehingga pemahaman akan fungsi iktikad baik menjadi bagian yang perlu diketahui untuk mengukur bekerja atau tidak bekerjanya iktikad baik tersebut.

4. Asas Iktikad Baik dalam Proses Negosiasi dan Penyusunan Kontrak

Proses pembuatan kontrak diawali dengan negosiasi sampai kepada penyusunan kontrak tersebut. Pada kondisi awal inilah merupakan bagian terpenting untuk melakukan negosiasi dengan

119) Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia, Fakultas Hukum Pascasarjana 2003, hlm. 216 (mengutip: Lihat H.G. van der Werf, *op. cit.*, hlm 49. Lihat juga Arthur S. Hartkamp dan Marianne M.M. Tillem, *op. cit.*, hlm 48).

120) *Ibid.*, hlm. 216 (mengutip: Wener F. Ebke Betitna M. Steinhauer, *op. cit.*, hlm. 171).

121) *Ibid.*, hlm. 216 (mengutip: Martijn Hesselink, *Good Faith, op. cit.*, hlm. 290-291).

122) *Ibid.*

dasar iktikad baik. Tidak cukup secara lisan seseorang mengatakan proses penyusunan kontrak dengan dasar iktikad baik, tanpa adanya proses negosiasi yang terjadi di dalam penyusunan kontrak tersebut. Ketika terjadi negosiasi dalam penyusunan kontrak, akan terlihat dan terasa adanya peran-peran yang menjalankan iktikad baik tersebut. Dalam menjalankan peran iktikad baik tersebut diperlukan batasan atau ruang lingkup dari iktikad baik, agar tidak keluar dari konsep pemahaman dan pelaksanaan iktikad baik.

Ruang lingkup iktikad baik yang diatur dalam KUHPerdara di beberapa negara seperti di Indonesia masih diletakkan pada pelaksanaan kontrak saja. Padahal sesungguhnya iktikad baik juga diperlukan dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak, sehingga iktikad baik sebaiknya sudah harus ada sejak saat proses negosiasi. Di beberapa negara, seperti Italia, kewajiban iktikad baik ini sudah dirumuskan di dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak. Pasal 1337 *Italia Civil Code* menetapkan bahwa para pihak dalam melakukan negosiasi dan pembentukan kontrak wajib melakukannya dengan iktikad baik.¹²³⁾

Di Belanda, asas iktikad baik dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak telah diakui keberadaannya melalui putusan *Hoge Raad* dalam perkara *Baris v. Riezenkamp* (HR 15 November 1957, NJ 1958, 67).¹²⁴⁾ Putusan ini menyatakan bahwa para pihak yang berunding harus dilandasi iktikad baik dengan konsekuensi bahwa pihak yang satu harus memerhatikan kepentingan hukum pihak lainnya dalam kontrak. Walaupun yurisprudensi Belanda telah menerima asas iktikad baik dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak, asas tersebut belum diadopsi dalam NBW, dan demikian pengembangan asas tersebut diserahkan kepada pengadilan.

Menjaga dan mempertahankan iktikad baik harus terus dilakukan semua pihak, terlebih lagi bahwa para pihak mempunyai kesempatan untuk melakukan negosiasi dalam proses penyusunan

123) Ridwan Khairandy, . . . *op. cit.*, hlm. 251 (mengutip, Guido Alpa, "Italia", Ewoud H. Hondius, ed., *Pre Contractual Liability Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18 - 24 August 1990* (Deventer: Kluwer, 1991) hlm. 197.

124) *Ibid*, hlm. 253 (mengutip, P.L. Wery, P.L. Wery, *Perkembangan Tentang Hukum Iktikad Baik di Nederland* (HR 15 November 1957, NJ 1958, 67), Percetakan Negara, Jakarta, 1990, hlm. 15)
P.L. Wery, P.L. Wery, *Perkembangan Tentang Hukum Iktikad Baik di Nederland* (HR 15 November 1957, NJ 1958, 67), Percetakan Negara, Jakarta, 1990, hlm. 1

kontrak ini. Sehingga seharusnya para pihak menggunakan kesempatan yang baik ini untuk melakukan negosiasi pada tahap proses penyusunan ini.

Tahap penyusunan dan pasca pembuatan kontrak yang dapat dikondisikan oleh para pihak untuk melakukan negosiasi dengan iktikad baik sebelum melakukan penandatanganan kontrak agar terhindar dari rasa ketidakadilan, dalam arti pada kesempatan ini para pihak dapat melakukan negosiasi-negosiasi.

Adapun penyusunan kontrak yang harus menjadi perhatian para pihak dalam membuatnya dengan ketentuan tetap dalam iktikad baik, perhatian tersebut yakni:

a) Tahap Penyusunan¹²⁵⁾

Salah satu tahap yang menentukan dalam pembuatan kontrak, yaitu tahap penyusunan kontrak. Penyusunan kontrak ini perlu ketelitian dan kejelian dari para pihak maupun para Notaris. Karena, apabila keliru dalam pembuatan kontrak akan menimbulkan persoalan dalam pelaksanaannya. Ada lima tahap dalam penyusunan kontrak di Indonesia, sebagaimana dikemukakan berikut ini:

- 1) Pembuatan draf pertama, yang meliputi:
 - a) Judul kontrak
Dalam kontrak harus diperhatikan kesesuaian isi dengan judul serta ketentuan hukum yang mengaturnya, sehingga kemungkinan adanya kesalahpahaman dapat dihindari.
 - b) Pembukaan
Biasanya berisi tanggal pembuatan kontrak.
 - c) Pihak-pihak dalam kontrak
Perlu diperhatikan jika pihak tersebut orang pribadi serta badan hukum, terutama kewenangannya untuk melakukan perbuatan hukum dalam bidang kontrak.
 - d) Recital
Yaitu penjelasan resmi/latar belakang terjadinya suatu kontrak.

125) Salim H.S., *Hukum Kontrak (Teori & Teknik Penyusunan Kontrak)*, Sinar Grafika, Jakarta, Cet. Ketujuh, 2010, hlm. 126-127.

- e) Isi Kontrak
Bagian yang merupakan inti kontrak. Yang memuat apa yang dikehendaki, hak, dan kewajiban termasuk pilihan penyelesaian sengketa.
- f) Penutup
Memuat tata cara pengesahan suatu kontrak.

Sedangkan di USA, draf kontrak berisi hal-hal berikut ini.

- a) *Part recital*, yaitu penjelasan resmi/latar belakang terjadinya suatu kontrak;
 - b) *Consideration*, yang berisi tentang prestasi;
 - c) *Warranties and representations*;
 - d) *Risk allocations*;
 - e) *Conditions*;
 - f) *Dates and terms*;
 - g) *Boillerplates*;
 - h) *Signatures*;
- 2) Saling menukar draf kontrak.
 - 3) Jika perlu diadakan revisi.
 - 4) Dilakukan penyelesaian akhir.
 - 5) Penutup dengan penandatanganan kontrak oleh masing-masing pihak.

b) Pasca Penyusunan Kontrak¹²⁶⁾

Apabila kontrak telah dibuat dan ditandatangani oleh para pihak, ada dua hal yang harus diperhatikan oleh para pihak, yaitu sebagai berikut:

1) Pelaksanaan dan Penafsiran

Setelah suatu kontrak disusun barulah dapat dilaksanakan. Kadang-kadang kontrak yang telah disusun tidak jelas/tidak lengkap sehingga masih diperlukan adanya penafsiran. Berkaitan dengan hal tersebut, undang-undang telah menentukan sejauh mana penafsiran dapat dilaksanakan dengan memerhatikan hal berikut ini:

- a) Kata-kata yang di pergunakan dalam kontrak;
- b) Keadaan dan tempat dibuatnya kontrak;
- c) Maksud para pihak;

126) *Ibid.*, hlm. 138-139.

- d) Sifat kontrak yang bersangkutan; dan
- e) Kebiasaan setempat.

2) Alternatif penyelesaian sengketa

Dalam pelaksanaan kontrak mungkin terdapat sengketa. Para pihak bebas menentukan cara yang akan ditempuh jika timbul sengketa di kemudian hari. Biasanya penyelesaian sengketa diatur secara tegas dalam kontrak. Para pihak dapat memilih lewat pengadilan atau di luar pengadilan. Setiap cara yang dipilih mempunyai kelebihan dan kekurangan masing-masing yang harus dipertimbangkan sebelum memilih cara yang dianggap cocok untuk diterapkan. Jika memilih lewat pengadilan, apakah pengadilan berwenang menyelesaikan sengketa tersebut, kemungkinan dapat dilaksanakannya secara penuh, juga waktu dan biaya yang diperlukan selama proses pengadilan.

5. Iktikad Baik, Kepatutan, Kepentingan Umum dan Kebiasaan

Agar terhindar dari pemahaman yang salah dan pelaksanaan akan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak, perlu ditentukan apa yang menjadi syarat dalam melaksanakan kontrak yang dilandasi iktikad baik. Di dalam iktikad baik mengandung asas kepatutan dan kepatutan, selain terletak pada hati sanubari manusia, iktikad baik dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari suatu hubungan hukum (perjanjian) harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang mungkin menimbulkan kerugian pihak lain.

Di samping syarat-syarat seperti yang telah disebutkan di atas, untuk sahnya suatu kontrak juga disyaratkan agar kontrak tersebut tidak melanggar unsur iktikad baik, kepatutan, kepentingan umum dan kebiasaan.

1) Kontrak Harus Dilaksanakan dengan Iktikad Baik

Menurut Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata, suatu kontrak haruslah dilaksanakan dengan iktikad baik (*goeder trouw, bona fide*). Rumusan dari Pasal 1338 ayat (3) tersebut mengindikasikan bahwa sebenarnya iktikad baik bukan merupakan syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana syarat yang terdapat dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Unsur iktikad baik hanya disyaratkan dalam hal "pelaksanaan" dari suatu kontrak, bukan pada "pembuatan" suatu kontrak, sebab unsur "iktikad baik" dalam hal pembuatan suatu

kontrak sudah dapat dicakup oleh unsur "kausa yang legal" dari Pasal 1320 tersebut.¹²⁷⁾

Perlunya memahami secara konkret akan pelaksanaan kontrak, karena meskipun syarat sahnya perjanjian telah terpenuhi sebagaimana disebutkan di atas, tetapi jika tidak dilandasi dengan iktikad baik, hal ini akan menimbulkan sengketa yang merugikan salah satu pihak, bahkan bukan saja merugikan salah satu pihak yang bersengketa, tetapi dapat juga merugikan pihak-pihak ketiga lainnya. Sebagai contoh bila ada kontrak yang berisi bahwa seluruh transaksi ini menggunakan mata uang asing Amerika (US\$), tetapi karena adanya gejolak mata uang asing yang melambung tinggi, ketika akan dilakukan pembayaran atas objek perjanjian/kontrak, salah satu pihak yang harus melakukan pembayaran tidak dapat menerimanya, karena penghasilan yang diperolehnya tidak dalam mata uang asing, melainkan dalam mata uang rupiah (Rp.) sehingga ia tidak sanggup meneruskan kewajibannya, lalu ia membatalkan sepihak atas kontrak yang telah dibuatnya tersebut. Terhadap kontrak tersebut telah dilaksanakan secara bertentangan dengan iktikad baik sebagaimana ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara. Iktikad baik dalam membuat kontrak merupakan hal yang sangat penting, sehingga meskipun terjadi kesalahpahaman yang bisa menyebabkan sengketa bagi para pihak, baik secara sengaja ataupun tidak sengaja. Para pihak dengan mudah menyelesaikan kesalahpahaman yang terjadi itu dengan iktikad baik yang telah dipelihara dan terjaga.

Iktikad baik merupakan suatu perbuatan yang baik yang pada dasarnya merupakan syarat sahnya perjanjian dalam hal suatu sebab yang halal sebagaimana diatur pada Pasal 1320 ayat (4) KUHPerdara, sebab yang halal itu adalah suatu perbuatan yang baik, mengingat jika perjanjian yang dibuat oleh para pihak atau salah satu pihak tidak dengan perbuatan yang baik (tidak beriktikad baik), sebenarnya perjanjian itu tidak sah berlaku. Perjanjian itu dapat dikatakan telah melanggar suatu sebab yang halal yaitu melanggar perbuatan yang baik. Tentu saja iktikad baik itu tidak dapat langsung dilihat dan dirasakan jika belum terjadi sesuatu, sehingga iktikad baik lebih bersifat abstrak. Untuk itu, iktikad baik adalah bagian dari syarat sahnya perjanjian atas suatu perbuatan yang halal sebagaimana diatur pada Pasal 1320 ayat (4) KUHPerdara.

127) Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 80-83.

2) Kontrak Harus Sesuai dengan Asas Kepatutan

Suatu kontrak harus sesuai dengan asas "kepatutan" (Vide Pasal 1339 KUHPerdara). Untuk ini pemberlakuan asas kepatutan terhadap suatu kontrak mengandung dua fungsi sebagai berikut:¹²⁸⁾

a. Fungsi yang melarang

Dalam hal ini, kontrak yang mengandung unsur-unsur yang bertentangan dengan asas kepatutan tidak dapat dibenarkan. Misalnya, dilarang membuat suatu kontrak pinjaman uang dengan bunga yang sangat tinggi. Bunga yang sangat tinggi ini bertentangan dengan asas kepatutan (*reasonability*).

b. Fungsi yang menambah

Sebaliknya, suatu kontrak juga dapat ditambah dengan atau di laksanakan sesuai dengan prinsip-prinsip kepatutan. Dalam hal ini kedudukan prinsip kepatutan adalah untuk mengisi kekosongan dalam melaksanakan suatu kontrak, karena tanpa isian tersebut, tujuan dibuatnya kontrak tidak mungkin tercapai. Misalnya, terhadap suatu kontrak jual beli (yang dibayar kemudian) tidak jelas siapa yang harus menanggung risiko inflasi/devaluasi mata uang, sehingga adalah sesuai dengan asas "kepatutan" jika di pengadilan hakim menafsirkan bahwa risiko inflasi/devaluasi mata uang tersebut di pikul bersama secara *fifty-fifty*.

Perbuatan yang dilakukan dengan Iktikad baik tentunya terkandung nilai kepatutan, yang tentunya semua pelaksanaannya sesuai dengan yang diinginkan oleh para pihak baik sejak awal perencanaan sampai kepada akhir penyelesaian kontrak dilakukan sepenuhnya dengan iktikad baik.

3) Kontrak Tidak Melanggar Prinsip Kepentingan Umum

Suatu pembuatan dan pelaksanaan kontrak tidak boleh melanggar prinsip kepentingan umum (*openbaar orde*). Karena sesuai dengan prinsip hukum yang universal dan sangat mendasar bahwa kepentingan/ketertiban umum, kontrak tersebut sudah pasti bertentangan dengan undang-undang yang berlaku, yang menurut Pasal 1339 KUHPerdara hal tersebut tidak dibenarkan.

128) *Ibid.* hlm. 81-82.

Contoh kontrak yang bertentangan dengan kepentingan/ketertiban umum adalah kontrak jual beli obat bius.¹²⁹⁾

Adanya Iktikad baik di dalam pelaksanaan kontrak, pastinya akan menghindari sesuatu yang bertentangan dengan kepentingan umum. Untuk itu, para pihak perlu menyadari akan apa yang dimaksud dengan kepentingan umum dan dimana batasan yang dimaksud dengan kepentingan umum.

4) Kontrak harus Sesuai dengan Kebiasaan

Pasal 1339 KUHPerdara menentukan pula bahwa suatu kontrak tidak hanya mengikat terhadap isi dari kontrak tersebut, melainkan mengikat dengan hal-hal yang merupakan kebiasaan. Suatu kontrak dagang misalnya juga mengikat dengan kebiasaan dagang, termasuk kebiasaan menafsirkan kata-kata dalam kontrak dagang (*trade usage*). Misalnya, dalam kontrak jual beli satu rim kertas: Per definisi, satu rim kertas berisikan 500 lembar kertas. Akan tetapi, jika ada pembelian satu rim kertas, dan satu rim tersebut berisikan 495 lembar, hal tersebut belum bisa dikatakan bahwa pihak penjual telah melakukan wanprestasi dengan mengirimkan 495 lembar kertas (bukan 500 lembar). Sebab, menurut kebiasaan dagang (*trade usage*), kelebihan atau kekurangan 10 lembar dalam satu rim dapat ditoleransi dan sudah biasa dalam bisnis semacam itu.¹³⁰⁾

Menghubungkan perbuatan iktikad baik dengan berbagai unsur, menjadi hal yang perlu diperhatikan, karena penafsiran iktikad baik berasal dari hati nurani yang paling dalam. Demikian juga, jika dikaitkan antara perbuatan iktikad baik dengan pelaksanaannya yang mengikuti kebiasaan. Sehingga untuk menyadari akan kebiasaan yang ada menjadikan iktikad baik dapat menerima semua unsur dimaksud di dalam menerapkan kebiasaan itu.

6. Iktikad Baik yang Bermoral

Pada dasarnya, Iktikad baik yang dilakukan seseorang mempunyai tanggung jawab moral yang ada pada dirinya. Tanggung jawab moral di dalam iktikad baik tersebut mengandung asas-asas tersebut di bawah ini:

129) *Ibid.*, hlm. 82.

130) *Ibid.*, hlm. 83.

- 1) **Asas Moralitas**,¹³¹⁾ bahwa suatu perbuatan untuk melakukan yang baik, hindarkan yang jahat, hiduplah secara terhormat, jangan merugikan orang.
- 2) **Asas iktikad baik**,¹³²⁾ bahwa asas ini dapat ditemukan dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara yang menyatakan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht*). Padahal sesungguhnya iktikad baik diperlukan dalam proses negosiasi dan penyusunan kontrak. Karena itu, sebenarnya iktikad baik sudah ada sejak saat proses negosiasi dan penyusunan kontrak hingga pelaksanaan kontrak.¹³³⁾

7. Prestasi dan Wanprestasi dalam Menjalankan Iktikad Baik dalam Kontrak¹³⁴⁾

Prestasi atau yang dalam bahasa Inggris disebut juga dengan istilah "*performance*", dalam hukum kontrak dimaksudkan sebagai suatu pelaksanaan hak-hak yang tertulis dalam suatu kontrak oleh pihak yang telah mengikatkan diri untuk itu, pelaksanaan mana sesuai dengan "*term*" dan "*condition*" sebagaimana disebutkan dalam kontrak yang bersangkutan.

Adapun yang merupakan model-model dari prestasi adalah seperti yang disebutkan dalam Pasal 1234 KUHPerdara, yaitu berupa:

- 1) Memberikan sesuatu;
- 2) Berbuat sesuatu;
- 3) Tidak berbuat sesuatu.

Sementara itu, dengan wanprestasi (*default* atau *non fulfillment*, ataupun yang disebut juga dengan istilah *breach of contract*) yang dimaksudkan adalah tidak dilaksanakan prestasi atau kewajiban sebagaimana mestinya yang dibebankan oleh kontrak terhadap pihak-pihak tertentu seperti yang disebutkan dalam kontrak yang bersangkutan.

131) Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm. 88.

132) Lihat Ridwan Khairandy, hlm. 13.: Ketentuan ini sebangun dengan Pasal 1374 ayat (3) KUHPer Lama, dan Pasal 1334 ayat (3) *Civil Code* Perancis. Dengan ketentuan ini tidak berarti bahwa hukum Indonesia tidak mengenal sama sekali iktikad baik dalam pra kontrak. Pasal 251 KUHD mengenal iktikad baik pra kontrak. Asas yang terkandung di dalam pasal tersebut pada dasarnya merupakan asas *uberrima fides* atau *uberrima fidae* (*the principle of utmost good faith*).

133) Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Fakultas Hukum UI, Jakarta, 2004, hlm. 13.

134) Munir Fuady, *Hukum Kontrak . . .*, *op.cit.*, hlm. 87-89.

Tindakan wanprestasi membawa konsekuensi terhadap timbulnya hak pihak yang dirugikan untuk menuntut pihak yang melakukan wanprestasi untuk memberikan ganti rugi, sehingga oleh hukum diharapkan agar tidak ada satu pihak pun yang dirugikan karena wanprestasi tersebut.

Tindakan wanprestasi ini dapat terjadi karena:

- 1) Kesengajaan;
- 2) Kelalaian;
- 3) Tanpa kesalahan (tanpa kesengajaan atau kelalaian).

Akan tetapi, berbeda dengan hukum pidana atau hukum tentang perbuatan melawan hukum, hukum kontrak tidak begitu membedakan apakah suatu kontrak tidak dilaksanakan karena adanya unsur kesalahan dari para pihak atau tidak. Akibatnya umumnya tetap sama, yakni pemberian ganti rugi dengan perhitungan-perhitungan tertentu. Kecuali tidak dilaksanakan kontrak tersebut karena alasan-alasan *force majeure*, yang umumnya memang membebaskan pihak yang tidak memenuhi prestasi.

Seseorang yang tidak melaksanakan prestasinya sesuai ketentuan dalam kontrak, dengan beberapa pengecualian tidak dengan sendirinya ia dikatakan telah melakukan wanprestasi. Lalainya seseorang, yang tidak memenuhi prestasinya apabila tidak ditentukan lain dalam kontrak atau dalam undang-undang dapat dikatakan wanprestasi setelah kreditur menyatakan lalai dengan mengeluarkannya "akta lalai" sebagaimana diatur pada ketentuan Pasal 1238 KUHPerduta.¹³⁵⁾

Negara-negara yang tunduk kepada *Civil Law* seperti Prancis, Jerman, Belanda dan juga Indonesia memahami akan adanya stelsel akta lalai. Sementara di negara-negara yang berlaku sistem *Common Law*, seperti Inggris dan Amerika Serikat, pada prinsipnya tidak memberlakukan stelsel akta lalai ini. Dalam praktik di Indonesia akta lalai ini sering disebut dengan somasi, sedangkan di Belanda dikenal dengan istilah *sommatie* dan di Inggris dikenal dengan *sommation*. Namun, akta lalai tidak diperlukan dalam hal-hal tertentu, yakni:

- 1) Jika ditentukan termin waktu.
- 2) Debitur sama sekali tidak memenuhi prestasi.
- 3) Debitur keliru memenuhi prestasi.

135) Pasal 1238 KUH Perdata.

- 4) Ditentukan dalam undang-undang bahwa wanprestasi terjadi demi hukum (misalnya Pasal 1626 KUH Perdata).
- 5) Jika debitur mengakui atau memberitahukan bahwa dia dalam keadaan wanprestasi.

B. PENERAPAN IKTIKAD BAIK

Iktikad baik atau sikap para pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan perbedaan/sengketa yang sedang dihadapi harus dapat terus terjaga sejak ditandatanganinya kontrak kerja para pihak yang bersengketa mengingat sejak ditandatangani kontrak itu telah menimbulkan hubungan hukum, yakni hak dan kewajiban bagi para pihak, dan selama proses kontrak kerja berjalan, sampai kepada hasil putusan arbitrase.

Sebagaimana telah diuraikan di atas pada bab ini tentang asas iktikad baik dari tulisan ini sebagai landasan hukum arbitrase sebenarnya bersumber pada perjanjian antara para pihak itu sendiri, yang sesuai dengan asas hukum perjanjian mengikat mereka yang membuatnya sebagai undang-undang, sesuai ketentuan Pasal 1338 KUHPerdata dan secara khusus di ayat (3) juga berlandaskan iktikad baik para pihak, bahwa iktikad baik merupakan pengertian yang abstrak, sehingga penafsirannya hanya dirumuskan apabila menemukan perkara yang konkret. Apalagi jika memerhatikan hakikat arbitrase yaitu adanya kesepakatan para pihak untuk menyerahkan penyelesaian tentang sengketa mereka pada suatu badan independen yang diberi kewenangan untuk menjatuhkan suatu putusan, dan hasil putusan itu mengikat bagi para pihak yang menyerahkannya. Sehingga proses arbitrase itu harus didasari dengan iktikad baik para pihak yang bersengketa, karena jika tidak didasari iktikad baik, pilihan hukum bagi para pihak yang dikatakan *law of the parties* menjadi tidak sesuai. Apalagi mengingat proses arbitrase itu dilakukan secara kooperatif, transparansi, tertutup (dijamin kerahasiannya), membayar sejumlah uang atas nilai presentase tuntutan ganti rugi, dan lain sebagainya harus tetap dijaga dengan spirit iktikad baik. Bagaimana mungkin suatu putusan arbitrase dapat menjadi suatu solusi penyelesaian sengketa yang *win win solution*, jika tidak dilandasi dengan iktikad baik sebagai tiang dalam penyelesaian sengketa arbitrase, karena proses persidangan arbitrase menjadi tidak sesuai lagi jika terbukti adanya iktikad tidak baik dari salah satu pihak yang bersengketa. Apalagi jika pihak yang mempunyai kewajiban untuk membayar ganti kerugian dari isi putusan arbitrase tidak menjalankan baik

secara sukarela maupun dengan upaya paksa dan berusaha melakukan penundaan waktu (*delay*) dengan mencari-cari alasan untuk tidak memenuhi kewajibannya. Hal ini telah membuktikan bahwa pihak tersebut telah melakukan iktikad tidak baik, sehingga apa yang dilakukan dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase menjadi tidak efektif. Para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase disebabkan beberapa alasan, yakni terjaganya kerahasiaan permasalahan yang sedang dihadapi para pihak dari publik/tidak terpublikasi, para pihak yang dikategorikan sebagai *figure bonafide* dan lain sebagainya. Akan tetapi, ketika pihak yang tidak memenuhi kewajibannya melakukan tindakan pembatalan/perlawanan akan pelaksanaan putusan arbitrase, timbullah publikasi, sehingga nilai-nilai alasan yang menjadi pilihan para pihak menggunakan jalur penyelesaian sengketa melalui arbitrase menjadi tidak efektif.

1. Iktikad Baik dalam Kontrak

Pemikiran-pemikiran yang timbul di dalam menjalankan usaha, kadang mengandung pemikiran yang positif dan kadang juga mengandung pemikiran yang negatif. Tidak selamanya pemikiran yang timbul ini bisa langsung diartikan positif atau negatif, tetapi hal ini harus dibangun dari dalam diri sendiri akan kebutuhan melaksanakan suatu kontrak kerja sama, selain untuk kebutuhan usahanya juga melihat kemampuan pihak yang akan diajak kerja sama, apakah orang tersebut dapat diajak kerja sama.

Agar tidak terlarut di dalam pemikiran yang negatif, harus mengambil sikap untuk meneruskan kontrak dengan segala pertimbangan yang sudah dibekali akan calon pihak yang akan bekerja sama. Sikap itu adalah sikap yang mempunyai iktikad baik yang tertanam pada diri baik sejak perencanaan kontrak sampai pelaksanaan kontrak dijalankan sampai selesai.

Makin berpengaruhnya ajaran iktikad baik bahwa iktikad baik tidak hanya pada pelaksanaan kontrak, tetapi juga harus ada pada saat dibuatnya kontrak;¹³⁶⁾

Pada simposium Hukum Perdata Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), iktikad baik sebaiknya diartikan sebagai berikut:

136) Lihat Nili Cohen. "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate", Jack Beatson dan Daniel Friedmann, Editors, *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford: Clarendon Press, 1995), hlm 28 dan 30 – 31.

- 1) Kejujuran pada waktu membuat kontrak;
- 2) Pada tahap pembuatan kontrak yang dilakukan di hadapan pejabat, para pihak dianggap telah beriktikad baik;
- 3) Sebagai kepatutan dalam tahap pelaksanaan, yaitu terkait suatu penilaian baik terhadap perilaku para pihak dalam melaksanakan apa yang telah disepakati dalam kontrak, semata-mata bertujuan untuk mencegah perilaku yang tidak patut dalam pelaksanaan kontrak tersebut.

2. Pilihan Forum Arbitrase Sebagai Penyelesaian Sengketa dengan Dasar Iktikad Baik

Arbitrase sesungguhnya tidak termasuk bentuk alternatif penyelesaian sengketa (APS) atau *Alternative Dispute Resolution (ADR)* karena arbitrase pada dasarnya tergolong kelompok *Adjudicatory methods of settlement* atau *adjudication*,¹³⁷⁾ yang terdiri atas dua prototipe yakni litigasi di pengadilan (*public adjudication*) dan arbitrase (*private adjudication*). Sedangkan metode ADR termasuk dalam kelompok *non-adjudicatory methode of settlement*,¹³⁸⁾ yang meliputi mediasi (*mediation*) dan konsiliasi (*conciliation*).¹³⁹⁾ Oleh karena itu, berbeda dengan arbitrase, mediasi dan konsiliasi tidak dapat menghasilkan putusan yang mengikat yang dapat dilaksanakan. Mediator tidak dapat memaksa para pihak untuk mencapai penyelesaian begitu pula konsiliasi tidak memiliki kekuasaan untuk menjatuhkan putusannya kepada para pihak.

Pertanyaannya mengapa arbitrase menjadi favorit dalam penyelesaian sengketa, sehingga orang memilih arbitrase sebagai forum bagi penyelesaian sengketa?

-
- 137) Menurut Goldberg, Sander & Roger, "*Adjudication is a process in which disputans present proofs and arguments to a neutral third party who has the power to hand down a binding decision, generally based on objective standards*". Lihat Chistian Buhring-, Uhle, *Arbitration and Mediation in international Business*. The Hague: Kluwer Law Internasional, 1996, hlm. 43 Bdgk. Sofyan Muhtar, "*Mekanisme Alternatif Bagi Penyelesaian Sengketa Perdata- dagang (Dispute Resolution)*", dalam *Varia Peradilan* No. 48. 1989, hlm. 126.
 - 138) Meliputi negosiasi (*negotiation*), konsiliasi (*conciliation*), mediasi (*mediation*), dan lain-lain lihat Daviti H. Ott. *Public Intrenational law*.
 - 139) Menurut Hakim Manly O. Hudson, *Conciliation "is a process of formulating proposals of Settlement after an investigation of the facis and an effort to reconcile opposing contentions, the parties to the dispute being left free to accept or reject the proposals formulated"*. Periksa, J.G. Strake, *Introduction. op. cit.*, hlm. 489.

Sebagaimana telah dijelaskan pada bab sebelumnya mengenai prinsip-prinsip para pihak memilih arbitrase sebagai pilihan penyelesaian sengketa, dibalik itu, hal terpenting lagi mengapa para pihak memilih arbitrase adalah justru karena kualitas (*quality*) dari para arbiter berupa keahlian dalam bidang masing-masing arbiter. Keahlian merupakan salah satu jaminan terhadap kepercayaan. Tanpa ada kepercayaan, forum arbitrase tidak akan dapat berfungsi dengan baik. Demikian pula, dengan lembaga pengadilan sebagai lembaga tempat menyelesaikan beragam sengketa di dalam masyarakat, pengadilan akan dapat menjalankan tugas dengan baik apabila mendapat kepercayaan dari pihak-pihak yang bersengketa.¹⁴⁰⁾

Pengadilan bukanlah diartikan semata-mata sebagai badan untuk mengadili, melainkan sebagai pengertian yang abstrak, yaitu "hal memberikan keadilan". "Hal memberikan keadilan" berarti yang bertalian dengan tugas badan pengadilan atau hakim dalam memberi keadilan, yaitu memberi kepada yang bersangkutan, konkretnya kepada yang mohon keadilan, apa yang menjadi haknya atau apa hukumnya.¹⁴¹⁾ Pengadilan berfungsi amat vital dalam menopang ide-ide hukum (*das sollen*) menjadi kenyataan hukum (*das sein*). Oleh karena itu, hakim sebagai aktor penegak hukum utama di pengadilan harus benar-benar melakukan "konkretisasi hukum" dengan tetap memperhitungkan perasaan keadilan masyarakat. Persoalan utama yang dihadapi lembaga peradilan kita adalah cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Hakim hanya menangkap apa yang disebut "keadilan hukum" (*legal justice*), tetapi gagal menangkap "keadilan

140) Satjipto Raharjo mengemukakan: warga masyarakat bersedia untuk membawa perkara-perkaranya itu ke pengadilan, karena (i) percaya bahwa ditempat itu mereka akan memperoleh keadilan seperti yang mereka kehendaki; (ii) Percaya bahwa pengadilan merupakan lembaga yang mengapresiasi nilai-nilai kejujuran, mentalitas yang tidak korup, dan nilai-nilai utama lainnya; (iii) Percaya bahwa waktu dan biaya yang mereka keluarkan tidak sia-sia; dan (iv) Percaya pengadilan merupakan tempat bagi orang untuk benar-benar memperoleh perlindungan hukum. Periksa Satjipto Raharjo, *Hukum Masyarakat dan Pembangunan*. Bandung Almunis 1980, hlm. 106-107. Demikian pula setiawan menyatakan ". . . bahwa tiang utama lembaga peradilan adalah prinsip kepercayaan. Para pencari keadilan menyerahkan penyelesaian perkara kepada pengadilan, karena percaya bahwa mereka akan memperoleh keadilan". Lihat, Setiawan, *Aneka Masalah Hukum . . . op. cit.*, hlm. 370.

141) Sudikno Mertokusumo, *"Sejarah Peradilan dan Perundang-undangan di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah kemanfaatannya bagi kita bangsa Indonesia"*, Kilatmaju, Bandung, 1971, hlm. 2.

masyarakat" (*social justice*).¹⁴²⁾ Hakim telah meninggalkan pertimbangan hukum yang berkeadilan dalam putusan-putusannya. Akibatnya, kinerja pengadilan sering disoroti karena sebagian besar dari putusan-putusan pengadilan masih menunjukkan lebih kental "bau formalisme-prosedural" ketimbang kedekatan pada "rasa keadilan warga masyarakat".¹⁴³⁾ Oleh sebab itu, sulit dihindari bila semakin hari semakin berkembang rasa tidak percaya dan sikap sinis masyarakat terhadap institusi pengadilan.¹⁴⁴⁾

Ternyata, keluhan terhadap lembaga peradilan tidak hanya menyangkut perolehan keadilan semata sebagaimana diuraikan di muka, melainkan juga berkaitan dengan proses peradilan yang lamban. Diakui oleh seorang hakim agung bahwa "sebuah proses persidangan dapat berlangsung hingga enam tahun sampai ada putusan hakim yang tetap".¹⁴⁵⁾ Padahal Mahkamah Agung sendiri sesungguhnya telah menyadari bahwa apabila penyelesaian perkara lambat dapat berakibat:

- 1) menenggelamkan kebenaran dan keadilan ke dalam lembah yang curam, sehingga sulit diraih oleh masyarakat pencari keadilan;
- 2) menimbulkan ketakpastian (*uncertainty*) yang berlarut-larut di antara para pihak yang berperkara, yang membuat mereka berada dalam keresahan yang berkepanjangan;
- 3) para pihak yang berperkara mengalami kerugian ekonomis yang tidak sedikit, sehingga keadaan semacam itu memberi kesan seolah-olah badan peradilan telah menjadi alat ke-

142) "oleh karena itu, Kohesivitas (paduan) antara hukum positif dan nilai-nilai keadilan dalam masyarakat menjadi *conditio sine qua non* untuk menghindari dimana hukum ada dipuncak menara gading yang jauh dari jangkauan pemahaman keadilan masyarakat", Lihat A. Ahsin Thorari, "Dari Law Enforcement" ke "Justice Enforcement", dalam Kompas Rabu, 3 Juli 2002.

143) Achmad Ali, "*Pengadilan yang Tidak Berkeadilan*", dalam Kompas, Jumat, 08 Juni 2001; berkenaan dengan hal tersebut, Satjipto Rahardjo mengemukakan: "sejak hukum modern memberi peluang besar terhadap berperannya faktor prosedur, atau formalitas atau tata cara dalam proses hukum, perburuan terhadap keadilan menjadi semakin rumit. Kerusakan dan kemerosotan dalam perburuan keadilan melalui hukum modern disebabkan permainan prosedur atau kemenangan?" Lihat Satjipto Raharjo, "Indonesia Butuh Keadilan yang Progresif"; dalam Kompas, Sabtu, 12 Oktober 2002.

144) Masyarakat Indonesia kini cenderung menjadi "*bad trust society*". Konsekuensi logisnya, Masyarakat menyebar dimana-mana perilaku kekerasan dan tindakan "main hakim sendiri". Lihat Achmad Ali, "*Pengadilan yang . . . loc. cit.*"

145) "Selain lambat, keputusan hakim juga sering dinilai kontradiktif dan tidak jarang putusan hakim itu tidak dapat di eksekusi." Pernyataan dari seorang Hakim Agung HP Panggabean, "*Kelambanan Proses Peradilan Dikeluhkan*". Dalam Kompas, Jumat, 23 April 1999.

kuasaan yang berperan menghambat laju perkembangan ekonomi sosial.¹⁴⁶⁾ Meskipun demikian, "kelambatan penyelesaian perkara melalui pengadilan karena proses pemeriksaan yang berbelit dan formalistik, itu bukan hanya terjadi di Indonesia, melainkan merupakan problema yang menyeluruh di semua negara."¹⁴⁷⁾

Oleh karena itu, agar sistem peradilan menjadi baik sehingga memberikan jaminan untuk melahirkan putusan hakim yang benar-benar dapat mentransformasikan ide keadilan, menurut Ricard Meredith Jackson¹⁴⁸⁾ dalam bukunya yang berjudul *The Machinery of Justice in England* ada tiga persyaratan utama bagi suatu (sistem) peradilan yang baik, yaitu ". . . *they have a known procedure, their behavior is fairly predictable and they are eminently respectable.*" Akan tetapi ketiga prasyarat untuk sistem peradilan yang baik itu pun mustahil dapat diwujudkan apabila komponen lain dalam proses penegakan hukum tidak menunjang ke arah upaya perbaikan sistem peradilan tersebut. Persoalannya, bukan semata-mata lembaga pengadilan dan hakim yang menyebabkan perilaku dan proses peradilan menjadi "*unfair*" serta "*unpredictable*," melainkan juga disebabkan oleh pihak-pihak lain yang langsung maupun taklangsung bersinggungan dengan proses hukum dan peradilan.¹⁴⁹⁾

146) M. Yahya Harahap, "Mencari Sistem Alternatif Penyelesaian Perkara," dalam *Varia Peradilan Tahun XI No. 121, Oktober 1995*, hlm. 100-119 (100).

147) Dicontohkannya, di Jepang yang dianggap sebagian negara maju, proses penyelesaian perkara di pengadilan Jepang sangat lama. Rata-rata memakan waktu 10 sampai dengan 15 tahun. Bahkan, ditingkat pertama rata-rata 3 sampai 5 tahun. Di Korea Selatan, Hongkong dan Singapura, proses penyelesaian perkara melalui badan peradilan dianggap lama dan biayanya tinggi. Begitu pula yang terjadi di Amerika Serikat berpendapat, penyelesaian perkara perdata melalui sistem peradilan perdata terkesan: (i) tidak adil (*Unfair*), karena lebih memberi kesempatan kepada lembaga-lembaga besar atau orang kaya; (ii) secara tidak wajar menghalangi rakyat biasa (*ordinary citizen*) yang berpekar di Pengadilan; Lihat M. Yahya Harahap "*Citra Penegakan Hukum*"; dalam *Varia Peradilan Tahun X Nomor 117, juni 1995*, hlm. 143-161 {149-150}. "Pengadilan memang tidak didesain untuk melakukan pekerjaan yang efektif dan efisien. Oleh sebab itu, penyelesaian sengketa dengan cara litigasi bisa bertahun-tahun. Bahkan, sampai puluhan tahun". Lihat pula M. Yahya Harahap, "*Pengadilan Tak Efektif Selesaikan Perkara*", dalam *Kompas*, 16 Juli 1999.

148) Setiawan "*Putusan Hakim Sebagai Transformasi Ide Keadilan*"; dalam *Varia Peradilan Tahun VII No. 80, Mei 1992*, hlm. 136-146 [146].

149) Mereka yang langsung bersinggungan misalnya: Jaksa, polisi dan advokat. Sementara pihak-pihak lain yang disinyalir berpotensi memberikan pengaruh seperti pihak militer, pejabat sipil, pengusaha, calo perkara dan keluarga. Bahwa campur tangan pihak-pihak tersebut telah sedemikian jauh dan besar sehingga bukan mustahil kalau pengaruh jeleknya lebih besar terhadap proses penegakan.

3. Pelaksanaan Arbitrase dengan Iktikad Baik

Pelaksanaan arbitrase yang bermula dari timbulnya kontrak yang disepakati oleh para pihak, sehingga patut untuk tetap menjalankan proses dengan berlandaskan iktikad baik.

Beberapa hal penting yang harus diperhatikan oleh para pihak yang bersengketa untuk menjalankan proses pelaksanaan arbitrase, yakni:

1) Proses Arbitrase Bagian dari Isi Kontrak

Sejak ditandatanganinya kontrak, para pihak harus menyadari dan memelihara terus sikap iktikad baik, bahwa pelaksanaan arbitrase itu merupakan bagian dari isi kontrak yang harus dilaksanakan dalam hal penyelesaian sengketa yang terjadi. Sehingga selama proses berjalan dalam persidangan arbitrase para pihak tetap mematuhi seluruh isi perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak yang sedang menjalankan proses penyelesaian sengketa.

2) Transparansi penyajian perkara harus tetap dijalankan dengan iktikad baik, sehingga proses pelaksanaan arbitrase bisa berjalan baik dan lancar.

3) Biaya

Dalam proses arbitrase ada dua hal penting menyangkut biaya, yakni:

(1) Biaya Ganti Rugi (*Claim*).

Atas dasar penyelesaian secara "*win win solution*" pada banyak kasus putusan yang diberikan seringkali kurang dari jumlah yang diputuskan. Adakalanya jumlah putusan atas tuntutan yang dimintakan dapat lebih kecil daripada biaya administrasi arbitrase.

Oleh karena itu, di dalam mengajukan tuntutan dalam Permohonan perlu dipertimbangkan dengan cermat perhitungan jumlah tuntutan yang tepat berkaitan dengan biaya administrasi/biaya perkara, dengan memerhatikan jumlah tuntutan yang diterima dalam putusan arbitrase, walaupun memang kewajiban pembayaran biaya administrasi ditanggung bersama oleh kedua belah pihak.

(2) Biaya Perkara.

- (3) Biaya ditetapkan oleh Arbiter atau Majelis Arbitrase.
Komponen biaya arbitrase terdiri atas (Pasal 76 [2]):
- a. Honorarium arbiter;
 - b. Biaya perjalanan dan biaya lain yang dikeluarkan oleh arbiter;
 - c. Biaya saksi yang diperlukan dalam pemeriksaan sengketa;
 - d. Biaya Administrasi.

Pembebanan biaya arbitrase (Pasal 77):

- a. Prinsip: biaya administrasi dibebankan kepada pihak yang kalah;
- b. Bila tuntutan hanya dikabulkan sebagian biaya dibebankan kepada para pihak secara seimbang;
- c. Biaya Jasa Hukum:
 - i) Ditanggung masing-masing pihak;
 - ii) Dalam keadaan tertentu Majelis dapat memutuskan jasa hukum dilimpahkan kepada pihak yang menimbulkan kesulitan.

4) Perhitungan Ganti Rugi (*Claim*)

Sebenarnya, ganti rugi yang ditetapkan dalam kontrak merupakan salah satu model dari pemberian ganti rugi dalam hukum kontrak. Bagaimana model-model pemberian ganti rugi dalam hukum kontrak.

Sering juga terjadi bahwa dalam kontrak sendiri telah ditetapkan dengan jumlah pasti berapa besarnya ganti rugi jika terjadi wanprestasi terhadap kontrak yang bersangkutan. Ganti rugi yang sudah ditetapkan dalam kontrak ini sering disebut dengan beberapa istilah sebagai berikut:¹⁵⁰⁾

- (1) *Liquidated damages*
- (2) *Agreed damages*
- (3) *Contractual controlled remedies*

Seperti telah dijelaskan bahwa apabila dalam suatu kontrak ada provisi yang menentukan jumlah ganti rugi yang harus dibayar oleh pihak debitur jika debitur tersebut wanprestasi, pembayaran ganti rugi tersebut hanya sejumlah yang ditetapkan dalam kontrak tersebut. Tidak boleh dilebih atau dikurangi. Lihat Pasal 1249 KUHPerdara.

150) Munir Fuady, . . . *op. cit.*, hlm. 149-154.

Akan tetapi, jika jumlah kerugian yang disebut dalam kontrak terlalu besar, sangat memberatkan bahkan tidak masuk akal, tentu tidak masuk akal pula jika jumlah yang sangat besar tersebut harus dibayar oleh pihak debitur, sungguhpun dia sudah terbukti melakukan wanprestasi.

Ketentuan sebagaimana ditentukan oleh Pasal 1249 KUH-Perdata tersebut harus dibaca bahwa undang-undang mengisyaratkan bahwa penentuan jumlah ganti rugi dalam kontrak oleh para pihak dalam kontrak tersebut memang dimungkinkan. Hal ini sesuai dengan prinsip kebebasan berkontrak. Dalam praktik, hal seperti ini sering dilakukan.

Akan tetapi, penentuan jumlah ganti rugi dalam suatu kontrak dapat mengundang banyak persoalan yuridis. Misalnya, ganti rugi dalam bentuk apa yang dibolehkan, apakah ada batas-batasnya, dan bagaimana pula jika ganti rugi tersebut terlalu memberatkan sehingga sebenarnya sudah merupakan suatu hukuman, sehingga ketentuan kontrak tentang hal tersebut sering disebut juga dengan istilah *penalty clause*.

Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut, di Indonesia ternyata tidak cukup tersedia ketentuan perundang-undangan atau yurisprudensi. Yang jelas, khususnya yang berhubungan dengan ganti rugi (yang ditetapkan dalam kontrak) dan *penalty*, masing-masing tujuannya berbeda. Tujuan ganti rugi dalam kontrak adalah untuk menetapkan secara pasti suatu jumlah ganti rugi yang harus dibayar jika terjadi wanprestasi, sedangkan tujuan dari *penalty* adalah menghukum seseorang sehingga lebih menjamin pelaksanaan kontrak yang bersangkutan.

Akan tetapi, dalam teori hukum dapat kita dapatkan petunjuk-petunjuk untuk itu. Petunjuk-petunjuk yuridis tersebut yang secara universal sebenarnya banyak dipraktikkan semata-mata bertujuan untuk tetap menjaga keadilan dan keseimbangan antara hak dan kewajiban dari kedua belah pihak dalam kontrak yang bersangkutan. Petunjuk-petunjuk yuridis tersebut adalah sebagai berikut:

- 5) Ganti rugi yang ditetapkan dalam kontrak baru dapat dilaksanakan jika memenuhi syarat utama, yaitu sebagai berikut:

- a. Akan terjadi kesulitan dalam menetapkan berapa sebenarnya jumlah kerugian pada saat dilakukannya wanprestasi, yakni akan terjadi kesulitan dalam membuktikan berapa sebenarnya besar kerugian yang diderita. Misalnya, dalam suatu kontrak ditentukan bahwa salah satu pihak tidak boleh membuka rahasia perusahaan kepada pihak ketiga. Apabila terjadi wanprestasi yakni dibukanya rahasia perusahaan tersebut, tentu sulit untuk mengukur berapa sebenarnya kerugian yang diderita oleh pihak yang dirugikan tersebut;
 - b. Merupakan estimasi yang masuk akal atas suatu kompensasi yang adil;
 - c. Jumlah ganti rugi tersebut masuk akal baik ditinjau pada saat dibuatnya kontrak ataupun pada saat terjadinya wanprestasi;
 - d. Terjadinya *inconvenience*;
 - e. Tidak feasible jika tidak ditetapkan jumlah ganti rugi dalam kontrak.
- 6) Ganti rugi atas wanprestasi layak diterima tetapi jika hukuman (*penalty*) tidak layak untuk dibenarkan

Karena itu, ada suatu prinsip yang sudah diterima di banyak negara yang disebut dengan prinsip menentang *penalty*. Kriterianya apakah suatu ganti rugi tersebut benar-benar ganti rugi atau sudah merupakan *penalty* adalah sebagai berikut:

- a. Merupakan ganti rugi jika penentuan jumlah dalam kontrak tersebut merupakan usaha dengan iktikad baik untuk melakukan estimasi. Jika tidak demikian, itu namanya *penalty*; dan
- b. Kata-kata yang digunakan dalam kontrak tidak relevan. Sebab, bisa saja yang digunakan adalah kata "ganti rugi" tetapi sebenarnya yang terjadi adalah penghukuman (*penalty*).
- c. Yang digunakan sebagai kriteria adalah faktor objektif, bukan faktor subjektif. Karena itu, biasanya yang akan ditinjau adalah apa yang terjadi sebenarnya dalam kontrak tersebut. Misalnya apakah ganti ruginya terlalu besar atau tidak. Terlepas dari apakah kehendak yang sebenarnya dari para pihak yang bersangkutan. Kalaupun misalnya kehendak sebenarnya hanya ganti rugi tetap

jika ketentuan dalam kontrak tersebut sedemikian rupa sehingga sebenarnya sudah bukan lagi ganti rugi, berarti klausula tersebut seyogianya tetap tidak dapat diterapkan.

7) Jumlah ganti rugi harus layak (*reasonable*)

Seperti telah disebutkan bahwa jumlah ganti rugi yang disebutkan dalam kontrak tersebut haruslah layak (*reasonable*). Jadi, tidak boleh terlalu berlebihan. Kapankah diukur layak tidaknya jumlah suatu ganti rugi. Untuk ini ada dua teori, yaitu sebagai berikut:

a. Teori Konvensional

Teori yang konvensional mengajarkan bahwa ukuran layak tidaknya suatu penetapan jumlah ganti rugi dalam suatu kontrak harus dilihat layak pada saat kontrak dibuat (ditandatangani). Teori yang konvensional ini menimbulkan dua konsekuensi sebagai berikut:

- (i) Klausula ganti rugi dalam kontrak tersebut tetap dapat diberlakukan, sungguhun dalam kenyataannya kerugian yang diderita jauh lebih rendah dari yang disebutkan dalam kontrak. Asalkan ketika dibuat kontrak jumlah tersebut dalam kontrak merupakan suatu antisipasi yang rasional pada saat itu.
- (ii) Jika ketika dibuat kontrak jumlah ganti rugi dalam kontrak tersebut dianggap terlalu berlebihan, klausula tersebut tetap tidak dapat diterapkan, meskipun kemudian ternyata memang terjadi kerugian yang sangat besar di luar antisipasi.

b. Teori Modern

Teori modern yang lebih fleksibel mengajarkan bahwa besarnya jumlah ganti rugi yang tersebut dalam suatu kontrak dianggap layak jika dilihat baik pada waktu dibuatnya (ditandatangani) suatu kontrak, ataupun jika dilihat pada saat terjadinya kerugian (kerugian yang aktual). Teori modern ini membawa dua konsekuensi hukum sebagai berikut:

- (i) Jika kerugian ternyata lebih kecil daripada yang diperkirakan, sedangkan jumlah ganti rugi dalam kontrak telah diantisipasi secara layak dan jumlahnya lebih besar, klausula dalam kontrak tersebut dapat dilaksanakan (sungguhpun jumlahnya lebih besar). Jadi, dalam hal ini yang dilihat adalah jumlah pada saat kontrak dibuat; dan

- (ii) Jika klausula dalam kontrak menyebutkan jumlah yang terlalu tinggi dari yang dapat diantisipasi secara layak, ketentuan kontrak tersebut masih bisa dilaksanakan jika ternyata pada waktu wanprestasi terjadi, ternyata memang di luar dugaan bahwa kerugiannya terlalu besar.

4. Putusan Arbitrase Berkekuatan Hukum Tetap

Putusan arbitrase adalah putusan yang bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap serta mengikat para pihak sebagaimana ketentuan Pasal 60 UUAritrase, yang berarti tidak dapat dilakukan upaya hukum: Banding, ataupun Kasasi dan upaya hukum luar biasa: Peninjauan Kembali (PK) sebagaimana pada proses litigasi di Peradilan Umum.

Putusan arbitrase diucapkan paling lama 30 hari setelah pemeriksaan ditutup. Putusan Arbitrase tersebut harus memuat sesuai ketentuan Pasal 54 UUAritrase, yakni:

- 1) Kepala putusan: Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa;
- 2) Identitas (nama lengkap dan alamat para pihak);
- 3) Uraian singkat sengketa;
- 4) Pendirian para pihak;
- 5) Nama lengkap dan alamat arbiter;
- 6) Pertimbangan dan kesimpulan arbiter mengenai keseluruhan sengketa;
- 7) Pendapat masing-masing arbiter (dissenting opinion);
- 8) Amar putusan;
- 9) Tempat dan tanggal putusan;
- 10) Tanda tangan Arbiter.

Dalam isi putusan jika para pihak menghendaki adanya *Ex aequo et bono* harus dengan tegas dinyatakan dalam klausula arbitrase sebagai salah satu pasal dalam perjanjian. Hukum yang dipergunakan adalah hukum yang disepakati dan jika tidak ada yang disepakati, hukum yang diterapkan adalah hukum tempat arbitrase dilakukan. Meskipun sengketa diputuskan berdasarkan hukum dan undang-undang, dalam penerapannya berpegang pada asas keadilan dan mempertimbangkan asas-asas dalam hukum perjanjian.

Selalu menjadi pedoman bagi para pihak adalah tercapainya suatu penyelesaian atas sengketa yang dapat diterima oleh kedua belah pihak dengan mendapat bantuan dan arahan dari para arbiter dan putusan arbiter dapat diterima oleh para pihak sehingga hubungan dan/atau transaksi bisnis diantara para pihak dapat berjalan kembali.

Harus diusahakan oleh para pihak agar dapat tercapainya suatu penyelesaian demi kebaikan bersama dan bukan demi kemenangan satu pihak. Cara pembatalan atas putusan arbitrase bukanlah suatu cara yang dapat dijadikan sebagai alat untuk menyatakan ketidaksetujuan. □

Putusan arbitrase diucapkan paling lama 30 hari setelah pemeriksaan ditutup. Putusan Arbitrase tersebut harus memuat esensi ketuntasan Pasal 54 UUA Arbitrase, yakni:

- 1) Keputusan: Demi Keadilan Berhaskan Ketuntasan Yang Maha Esa;
- 2) Identitas (nama lengkap dan alamat para pihak);
- 3) Uraian singkat sengketa;
- 4) Pembagian para pihak;
- 5) Nama lengkap dan alamat arbiter;
- 6) Pertimbangan dan kesimpulan arbiter mengenai keseluruhan sengketa;
- 7) Perdasar masing-masing arbiter (essential opinion);
- 8) Amar putusan;
- 9) Tempat dan tanggal putusan;
- 10) Tanda tangan Arbiter.

Dalam hal putusan jika para pihak mengundangi adanya Ex debito et bono harus dengan tegas dinyatakan dalam klausula arbitrase sebagai salah satu pasal dalam perjanjian. Hukum yang dipergunakan adalah hukum yang ditetapkan dan jika tidak ada yang ditetapkan, hukum yang ditetapkan adalah hukum tempat arbitrase dilakukan. Meskipun sengketa dipubaskan berdasarkan hukum dan undang-undang, dalam pemerhatiannya perundang data asas lex loci dan pertimbangan asas-asas dalam hukum perjanjian.

5

Pelaksanaan Putusan Arbitrase dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak

A. PELAKSANAAN EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE

Dengan dibacanya putusan arbitrase, proses sengketa melalui arbitrase baik melalui lembaga arbitrase maupun *ad hoc* berakhir setelah hasil akhir dari koreksi putusan arbitrase diserahkan kepada para pihak.

Kewajiban akhir yang harus dipenuhi dalam setelah membacakan putusan dari arbitrase dalam pelaksanaan putusan adalah melakukan pendaftaran hasil putusan tersebut ke Pengadilan Negeri yang dilakukan oleh arbiter atau kuasanya untuk Putusan Arbitrase Nasional sebagaimana ketentuan dari Pasal 59 ayat (1) UUAbitrase dan untuk Putusan Arbitrase Internasional di daftarkan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang diatur pada Pasal 65 UUAbitrase.

Pelaksanaan putusan arbitrase Nasional harus didaftarkan di Pengadilan Negeri dengan batas waktu 30 hari sejak putusan dibacakan. Sedangkan pelaksanaan putusan arbitrase Internasional/Asing harus didaftar di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanpa batas waktu. Dengan didaftarkannya Putusan Arbitrase pada Panitera Pengadilan Negeri berarti putusan tersebut mempunyai kekuatan eksekutorial.

Dengan tetap memelihara iktikad baik akan membuat proses pelaksanaan arbitrase dan putusan arbitrase bisa berjalan dengan baik, baik secara sukarela atau pun dengan pelaksanaan proses eksekusi putusan arbitrase.

B. IKTIKAD BAIK DALAM PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE

Setelah proses putusan arbitrase dibacakan yang amar isinya tetap menetapkan sah atau tidaknya kontrak kerja sama para pihak yang bersengketa. Dengan mengatakan sahnya suatu

kontrak, sebenarnya para pihak masih menjalankan isi kontrak dan baru akan berakhir kontrak tersebut setelah terjadinya pelunasan atas nilai tuntutan yang tercantum dalam amar isi putusan arbitrase, sebagaimana tercantum pada Pasal 1381 ayat (1) KUHPerdara, suatu perikatan dapat berakhir karena memenuhi pembayaran.

Berlandaskan dengan iktikad baik, para pihak dapat langsung menjalankan isi putusan tersebut tanpa menunggu adanya eksekusi atas putusan tersebut yang harus melalui proses permohonan eksekusi di Pengadilan Negeri setempat. Dengan menjalankan secara sukarela karena adanya iktikad baik, akan memberikan kesan yang nyaman bagi semua pihak dan memberikan kesempatan untuk dapat diteruskannya kerja sama dikemudian hari oleh para pihak.

C. TATA CARA PENGAJUAN PERMOHONAN PENETAPAN EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE INTERNASIONAL

Sebagaimana telah diuraikan, alasan dan syarat-syarat untuk dapat mengajukan permohonan eksekusi putusan arbitrase internasional ini adalah bergantung kepada undang-undang dari negara yang bersangkutan dikenal dengan istilah **Lex Arbitri** (*Arbitration Law*). Lex Arbitri ini mengatur tentang proses penyelesaian sengketa mulai dari pengangkatan arbiter, dibuatnya putusan hingga pelaksanaan putusan dalam hal-hal tertentu dan mendapat pengaturan dalam peraturan perundang-undangan suatu negara. Dalam mengajukan permohonan penolakan ini, pihak pemohon harus terlebih dahulu mengajukan permohonannya kepada pengadilan tempat arbitrase dilaksanakan (apabila putusan arbitrase bersifat nasional). Namun, apabila putusan arbitrase tersebut adalah putusan arbitrase asing, permohonannya diajukan ke pengadilan Negeri Jakarta Pusat atau Mahkamah Agung apabila salah satu pihaknya adalah pemerintah atau negara ataupun wakilnya. Untuk lebih jelas berikut akan diuraikan proses dan tata cara pengajuan permohonan penolakan putusan arbitrase asing.

D. MENGAJUKAN PERMOHONAN PENETAPAN EKSEKUSI KE PENGADILAN NEGERI JAKARTA PUSAT

Pihak yang mengajukan permohonan penolakan tersebut harus terlebih dahulu memenuhi syarat-syarat berikut:

- a. Sebelum mengajukan permohonan penolakan, harus terlebih dahulu mendaftarkan keputusan arbitrase tersebut ke pengadilan tempat arbitrase dilangsungkan (apabila putusan arbitrase bersifat nasional) dan apabila putusan arbitrase tersebut merupakan putusan arbitrase internasional, diajukan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat atau Mahkamah Agung apabila salah satu pihaknya adalah negara/pemerintah ataupun wakilnya.
- b. Pendaftaran dilakukan paling lambat 30 hari setelah putusan dijatuhkan.

Menurut Pasal 71 UUAbitrase permohonan penolakan tersebut harus diajukan secara tertulis dalam waktu paling lama 30 hari terhitung sejak hari penyerahan dan pendaftaran putusan arbitrase kepada Panitera Pengadilan Negeri. Dalam proses pendaftaran ini harus diserahkan dokumen-dokumen berikut:

1. lembar asli atau salinan otentik Putusan Arbitrase Internasional, sesuai ketentuan perihal otentifikasi dokumen asing, dan naskah terjemahan resminya dalam bahasa Indonesia;
2. lembar asli atau salinan otentik perjanjian yang menjadi dasar Putusan Arbitrase Internasional sesuai ketentuan perihal otentifikasi dokumen asing, dan naskah terjemahan resminya dalam bahasa Indonesia; dan
3. keterangan dari perwakilan diplomatik Republik Indonesia di negara tempat Putusan Arbitrase Internasional tersebut ditetapkan, yang menyatakan bahwa negara pemohon terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral dengan negara Republik Indonesia perihal pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional.

E. MENGAJUKAN PERMOHONAN PENETAPAN EKSEKUSI KE MAHKAMAH AGUNG APABILA SALAH SATU PIHAKNYA ADALAH NEGARA/PEMERINTAH ATAU PUN WAKILNYA

Menurut Pasal 66 UUAbitrase, ada beberapa syarat agar suatu putusan arbitrase asing dapat dilaksanakan di Indonesia, yaitu:

1. 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;
2. Putusan arbitrase internasional tersebut menurut hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan;
3. Putusan arbitrase internasional tersebut tidak bertentangan dengan keferfiban umum;
4. Putusan Arbitrase Internasional tersebut telah memperoleh eksekutur dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Dari uraian tersebut, dapat disimpulkan bahwa untuk mengajukan permohonan penolakan penetapan eksekutur, pemohon harus terlebih dahulu mendaftarkan putusan arbitrase internasional tersebut ke Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan melampirkan persyaratan, kemudian mengajukan permohonan secara tertulis ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat serta memenuhi persyaratannya. Satu hal yang perlu diingat, apabila salah satu pihak dari arbitrase tersebut adalah negara atau pemerintah atau pun wakilnya, pengajuannya ditujukan ke Mahkamah Agung

F. PENGADILAN YANG BERWENANG MENOLAK PERMOHONAN PENETAPAN PUTUSAN ARBITRASE INTERNASIONAL

1. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat

Dalam UU Arbitrase ditentukan bahwa pengadilan yang berwenang untuk melakukan penolakan terhadap permohonan penetapan eksekutur dari suatu putusan arbitrase internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Mahkamah Agung Republik Indonesia. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan yang terdapat dalam Pasal 66 yang berbunyi:

Putusan arbitrase internasional hanya diakui serta dapat dilaksanakan di wilayah hukum Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. 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;

2. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan;
3. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum;
4. Putusan Arbitrase Internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat; dan
5. 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.

Dari ketentuan tersebut dapat dilihat bahwa pengadilan yang berwenang untuk memberikan penetapan eksekutor terhadap suatu keputusan arbitrase internasional yang dimohonkan pengakuan dan pelaksanaannya di Indonesia, apabila para pihak atau subjek hukum dari suatu putusan arbitrase internasional adalah warga negara atau badan hukum bukan negara, lembaga yang berwenang melakukan penolakan terhadap permohonan penetapan eksekutor putusan arbitrase internasional tersebut adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

2. Mahkamah Agung Republik Indonesia

Pasal 66 huruf (e) menentukan dengan tegas bahwa apabila salah satu pihak yang terlibat dalam arbitrase internasional tersebut adalah pemerintah atau negara atau pun wakilnya, lembaga yang berwenang untuk melakukan penolakan terhadap permohonan penetapan eksekutor putusan arbitrase internasional tersebut adalah Mahkamah Agung Republik Indonesia. Jadi, untuk lembaga mana yang berwenang menolak ataupun mengakui serta melaksanakan suatu putusan arbitrase internasional bergantung kepada pada subjek hukum yang berwenang menolak atau pun mengakui serta melaksanakan suatu putusan arbitrase internasional bergantung kepada subjek hukum yang terdapat dalam suatu lembaga arbitrase.

G. UPAYA HUKUM TERHADAP PENOLAKAN PERMOHONAN PENETAPAN EKSEKUSI PUTUSAN ARBITRASE INTERNASIONAL

Upaya hukum terhadap penolakan putusan arbitrase internasional apabila ditinjau dari UUArbitrasi, sebagaimana terdapat dalam Pasal 66 jo Pasal 68, upaya hukum terhadap penolakan dan pembatalan permohonan penetapan eksekutor suatu putusan arbitrase internasional dapat diklasifikasikan ke dalam dua kelompok, yaitu:

1. Terhadap Penolakan Putusan Arbitrase Internasional yang Dilakukan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat

Dalam UUArbitrasi, sebagaimana telah ditentukan dalam Pasal 66 jo Pasal 68, upaya hukum terhadap penolakan dan pembatalan permohonan penetapan eksekutor suatu putusan arbitrase internasional yang para pihaknya bukan pemerintah atau negara atau pun wakilnya dapat diajukan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai peradilan dalam tingkat pertama. Sebagai pengadilan dalam tingkat pertama, artinya terhadap putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan ini masih terbuka upaya hukum, yaitu kasasi yang dapat diajukan ke Mahkamah Agung sebagai pengadilan dalam tingkat kedua yang berwenang untuk mengadili perkara tersebut dalam tingkat akhir atau kasasi. Adapun bunyi dari Pasal 66 huruf (d) tersebut sebagai berikut:

"(d) Putusan Arbitrase Internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat".

Sementara itu, bunyi dari Pasal 68 ayat 2 dari UUArbitrasi ini sebagai berikut:

"Terhadap putusan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat
• sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 huruf d yang menolak untuk mengakui dan melaksanakan suatu Putusan Arbitrase Internasional, dapat diajukan kasasi".

Dari uraian tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa pengadilan yang berwenang untuk mengadili upaya hukum penolakan atau pembatalan terhadap permohonan penetapan eksekutor putusan arbitrase internasional yang para pihaknya bukan pemerintah atau negara atau pun wakilnya adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagai pengadilan dalam tingkat akhir atau kasasi.

2. Terhadap Penolakan Putusan Arbitrase Internasional yang Dilakukan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Sebagaimana telah diuraikan, apabila salah satu pihak dalam suatu putusan arbitrase internasional adalah pemerintah atau negara atau pun wakilnya, permohonan penetapan eksekuturnya diajukan ke Mahkamah Agung. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan yang terdapat dalam Pasal 66 huruf (e) UUAbitrase yang berbunyi:

"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".

Mahkamah Agung Republik Indonesia selanjutnya dilimpahkan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Sementara itu, huruf (a) dalam pasal ini menyebutkan:

"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";

Berdasarkan bunyi pasal tersebut, dapat dikatakan bahwa upaya hukum terhadap penolakan permohonan penetapan eksekutor suatu putusan arbitrase internasional dapat diklasifikasikan dalam dua kelompok, yaitu banding dan kasasi.

Penolakan permohonan penetapan eksekutor suatu putusan arbitrase internasional yang dilakukan oleh Pengadilan Jakarta Pusat dapat dilakukan upaya hukum kasasi ke Mahkamah Agung. Hal ini sesuai dengan ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 66 huruf (d) jo Pasal 68 ayat (2) UUAbitrase. Sementara itu, terhadap penolakan permohonan penetapan eksekutor suatu putusan arbitrase internasional yang dilakukan oleh Mahkamah Agung sendiri terhadapnya tertutup upaya hukum. Dengan kata lain, putusan penolakan permohonan penetapan eksekutor tersebut bersifat final (langsung berkekuatan hukum tetap). Hal ini juga sesuai dengan ketentuan Pasal 66 huruf (e) jo Pasal 68 (4) UUAbitrase.¹⁵¹⁾

151) Suleman Batubara dan Orinton Purba, *op. cit.*, hlm. 170-179.

H. PEMBATALAN PUTUSAN ARBITRASE

Salah satu pihak yang merasa ada kejanggalan di dalam putusan arbitrase, dapat mengajukan permohonan pembatalan terhadap Putusan Arbitrase sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UUArbitrasi. Namun, hendaknya para pihak selalu harus kembali kepada maksud dibuatnya perjanjian bahwa segala persengketaan akan diselesaikan untuk mencapai sesuatu penyelesaian yang menguntungkan bagi kedua belah pihak. Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

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

Para pihak harus kembali mengingat bahwa proses arbitrase selain didasari iktikad baik, juga merupakan pilihan forum hukum bagi para pihak yang ingin menyelesaikan sengketanya secara tertutup (rahasia) yang tidak mengundang untuk diketahui oleh media/publik. Sehingga ketika pihak terekskusi tidak mematuhi isi putusan arbitrase dan melakukan perlawanan, kerahasiaan penyelesaian sengketa melalui arbitrase menjadi perhatian publik dan dapat terekspos oleh media yang akan merugikan nama baiknya. Oleh karena itu, iktikad baik dan menjalankan putusan dengan suka rela akan memberi kesan yang baik dan para pihak yang pernah bersengketa akan tetap menjalin kerjasamanya dengan baik dan bahkan kerjasamanya bisa meningkat ke usaha yang lebih besar lagi, karena adanya kepercayaan yang timbul diantara mereka untuk membangun usaha yang lebih baik lagi.

I. CONTOH KASUS: Penyelesaian Sengketa Kontrak Antara PT. Lirik Petroleum vs PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP melalui Arbitrase International Chamber of Commerce (ICC)

Untuk lebih memahami arti dari suatu perbuatan yang dimaksud beriktikad baik atau tidaknya dalam suatu kontrak kerja sama yang dibuat oleh pelaku usaha, pada contoh kasus ini bisa

menjadi suatu pelajaran, gambaran dan pemahaman penerapan iktikad baik sebagaimana dimaksud dalam uraian pada bab-bab sebelumnya.

Proses penyelesaian sengketa yang terjadi pada kasus antara PT. Lirik Petroleum (selanjutnya disingkat "LP") dalam permohonan penyelesaian sengketa di arbitrase *ad-hoc* terhadap PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP yang idealnya dilandasi asas iktikad baik sejak pelaksanaan kontrak kerja sama yang telah dibuat serta proses arbitrase yang menjadi pilihan para pihak dalam menyelesaikan sengketa kontrak yang timbul yang terjadi diantara mereka.

Kasus ini menjadi contoh, karena kasus ini telah terpublikasi di media, yang seharusnya bersifat *confidential* (rahasia/tertutup) selama persidangan arbitrase, tetapi adanya penolakan atas putusan arbitrase ICC tersebut, yang dilakukan oleh pihak PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP. Perlawanan atas putusan arbitrase ICC tersebut dilakukan dalam bentuk:

- 1) Gugatan perdata PEMBATALAN di Pengadilan Jakarta Pusat atas pendaftaran putusan arbitrase ICC perkara No. 01/Pembatalan Arbitrase/2009/PN.PST;
- 2) Gugatan PERLAWANAN di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat perkara No. 445/Pdt.G/2009/PN.PST atas Penetapan Eksekusi No. 029/2009.Eks kepada LP di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat; dan
- 3) Gugatan Perbuatan Melawan Hukum (PMH) No. 1388/Pdt.G/2009/PN. Jkt.Sel di Pengadilan Jakarta Selatan;

mengakibatkan ketiga perkara tersebut di atas terpublikasi di media.

Sebagai konsekuensinya penerapan iktikad baik dari kasus ini menjadi pertanyaan. Bagaimana lagi bentuk penyelesaian yang dikehendaki oleh pihak yang merasa tidak puas dari hasil putusan arbitrase? Apakah setiap keinginan seseorang harus tercapai dengan hasil akhir memuaskan baginya? Bagaimana dengan pilihan hukum yang telah ditentukan oleh para pihak atas asas kebebasan berkontrak (*pacta sunt servanda*) dan iktikad baik dari ketentuan Pasal 1338 KUHPerdota? Untuk itu, penulis ingin mengangkat kembali isi dari Pasal 1338 KUHPerdota yang menyatakan bahwa:

"Semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang **berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali** selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang. **Persetujuan harus dilaksanakan dengan iktikad baik**".

Kasus yang bermula dari permohonan arbitrase yang didaftarkan oleh PT. LP menggugat PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP ke arbitrase ICC sesuai dengan klausula perjanjian yang dibuat, PT. LP merasa dirugikan atas kontrak kerja yang dibuat pada tanggal 28 Maret 1991 berjudul "Kontrak Perolehan Minyak untuk Tingkat Lapangan-lapangan Lirik (*Enhanced Oil Recovery Contract for the Lirik Fields*)" (EOR)) atas pembuatan sumur bor minyak di lapangan Molek, Sago, Lirik, Belimbing, Andan, Ukui, Pulau Utara dan Pulau Selatan, bahwa Pertamina tidak meneruskan kontrak kerja tersebut dengan alasan sesuai dengan kedudukan PT. Pertamina (Persero) yang mencakup PT. Pertamina EP, sebagai pemegang Kuasa Pertambangan Migas mewakili Pemerintah dan berwenang penuh menetapkan pemberian status komersial yang diminta investor berdasarkan pertimbangan sendiri, dalam mengabulkan atau tidaknya, bahwa PT. LP telah melakukan prestasi atas isi kontrak tersebut. Akibatnya, membuat PT. LP merasa dirugikan dan menuntut penyelesaian sengketa ini melalui arbitrase ICC yang berdasarkan ketentuan di dalam klausula perjanjian *ad hoc* menggunakan ICC Rules.

Pelaksanaan Penyelesaian Sengketa Kontrak Melalui Arbitrase ICC, Gugatan Perdata ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Jakarta Selatan serta Putusan Mahkamah Agung:

1. Persidangan Arbitrase ICC, Majelis Arbitrase *Ad-hoc* yang menyidangkan perkara No. 14387/JP/JEM dengan susunan Majelis Arbitrase *Ad-Hoc*, sebagai berikut:

- PT. Lirik Petroleum (Pemohon) menunjuk Prof. Dr. H. Priyatna Abdurrasyid, S.H., Ph.D, FCBArb. sebagai **Arbiter I;**
- PT. Pertamina Persero (Termohon I) dan PT. Pertamina EP (Termohon II) menunjuk Fred Tumbuan, S.H. sebagai **Arbiter II;**
- Secara bersama-sama Arbiter I dan Arbiter II telah sepakat menunjuk Arbiter III sebagai Ketua Majelis yaitu Prof. Michael Pryles yang berkebangsaan Australia.

2. Dalam permohonannya PT. LP meminta ganti rugi (*claim*) sebesar USD. 34,495,428.- lalu PT. Pertamina Pusat dan PT. Pertamina EP menggugat balik (*counter-claim*) kepada LP sebesar USD. 364,237,577.37.- (tiga ratus enam puluh empat juta dua ratus tiga puluh tujuh ribu lima ratus tujuh puluh tujuh koma tiga puluh tujuh dolar Amerika Serikat).
3. Sidang penyelesaian sengketa arbitrase ICC ini bersidang di Jakarta dengan memeriksa bukti-bukti serta saksi-saksi yang dihadirkan oleh para pihak.
4. Sidang putusan terbagi 2(dua) yaitu:
 - Putusan *Partial* dibacakan di Jakarta pada tanggal 22 September 2008 yang amar putusannya:
 1. Termohon Pertama dan Termohon Kedua merupakan pihak dalam arbitrase ini. Termohon Pertama sebagai pihak dalam Kontrak EOR dan Perjanjian Arbitrase pada Pasal XII. Termohon Kedua secara sukarela telah memikul tanggung jawab Responden Pertama menurut Kontrak EOR, termasuk kewajiban untuk mengikuti proses arbitrase dan telah menandatangani Kerangka Acuan dan ikut serta dalam arbitrase ini.
 2. Termohon Pertama dan Kedua secara keliru tidak mau memberikan nilai komersial untuk lapangan Molek, Pulau Selatan dan Pulau Utara sesuai dengan kontrak, sehingga melanggar kontrak EOR. Oleh karena itu, bertanggung jawab untuk membayar ganti-rugi atas kerugian Pemohon sebagai akibat tidak dapat merealisasikan Incremental Oil dari lapangan minyak sejak tanggal 12 September 1995 hingga tanggal 27 Maret 2006.
 3. Kebuntuan total pada sistem pipa penyalur dari Lirik ke Terminal Buatan bukan merupakan suatu kejadian Keadaan Kahar sehingga jangka waktu kontrak EOR berakhir pada tanggal 27 Maret 2006.
 4. Para Termohon gagal menyediakan alat transport minyak melalui sistem pipa penyaluran. Dengan demikian, Para Termohon cedera janji terhadap kewajibannya menurut kontrak EOR, dari tanggal 23 Desember 1998 hingga tanggal 27 Maret 2006 sehingga bertanggung jawab untuk membayar ganti rugi terhadap Pemohon atas semua kerugian yan

diderita oleh Pemohon sebagai akibat tidak berjalannya pipa penyaluran selama jangka waktu tersebut.

5. Para Termohon gagal membayar bagian mereka atas biaya operasi yang dikenakan dalam memproduksi minyak mentah secara tunai dari bulan Mei 1994 hingga tanggal 27 Maret 2006. Dengan demikian, mengakibatkan cedera janji terhadap Perjanjian Operasi yang tertera di dalam Kontrak EOR. Pemohon berhak atas ganti-rugi atas kerugian yang dideritanya (jika ada) senilai dengan jumlah biaya operasi yang tidak dibayar ditambah bunga atas LIBOR ditambah 2% (sesuai dengan Pasal 9.5 Perjanjian Operasi) dikurangi nilai perolehan yang diterima dan diperoleh dari bagian Minyak Tambahan Para Termohon sebesar 5%.
6. Rekonpensi Para Termohon ditiadakan.
7. Keputusan lainnya akan dibuat dalam putusan berikutnya.
 - Putusan Akhir dibacakan di Jakarta pada tanggal 27 Februari 2009 yang amar putusannya:
 1. Majelis memutuskan, memerintahkan, dan menyatakan sebagai berikut:
 - (a) Para Termohon wajib membayar kepada Pemohon sejumlah US\$ 34,172,178.- sebagai ganti-rugi atas pelanggaran Kontrak EOR (yang dan terdiri atas US\$ 25,311,940 untuk masalah komersial; US\$ 8,722,569,- untuk masalah kegagalan perpipaian dan US\$ 137,669,- untuk masalah kegagalan tuntutan pembayaran);
 - (b) Sebagai tambahan terhadap ganti-rugi yang diputuskan dalam paragraf (a), Para Termohon wajib membayar kepada Pemohon sejumlah US\$ 323,250,- sebagai bagian biaya majelis arbiter dan biaya administrasi ICC yang dibayar oleh Pemohon;
 - (c) Sehingga jumlah total yang terhutang oleh Para Termohon kepada Pemohon adalah US\$ 34,495,428,-
 2. Para Termohon wajib membayar bunga dari jumlah total terhutang, seperti yang ditetapkan dalam

paragraf 86 (c), sejak tanggal pendaftaran Keputusan Akhir ini sesuai Pasal 59 Undang-undang Arbitrase Indonesia atau sejak didapatkannya perintah Eksekusi menurut Pasal 66 Undang-undang Arbitrase Indonesia hingga tanggal pembayaran dengan bunga 6% per tahun.

3. Masing-masing pihak harus menanggung biaya jasa hukum dan biaya lainnya.
4. Semua tuntutan dan permintaan lain ditolak.
5. Setelah membacakan putusan, Majelis Arbitrase harus menyampaikan konsep putusannya kepada Peradilan ICC di Perancis sebagaimana ketentuan Pasal 27 ICC Rules versi 1 Januari 1998, berbunyi:

"Before signing any Award, the Arbitral Tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the Award and, without affecting the Arbitral Tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No Award shall be rendered by the Arbitral Tribunal until it has been approved by the Court as to its form".

("Sebelum menandatangani setiap Putusan, Majelis Arbitrase wajib menyampaikannya dalam bentuk konsep kepada Peradilan. Peradilan dapat melakukan modifikasi terhadap bentuk Putusan dan, tanpa menyinggung kebebasan Majelis Arbitrase untuk membuat keputusan dapat minta perhatian mengenai substansi. Tidak ada Putusan yang dijatuhkan oleh Majelis Arbitrase sampai Peradilan menyetujuinya tentang bentuknya".)

Pasal 29 ICC Rules versi 1 Januari 1998, berbunyi :

1. *On its own initiative, the Arbitral Tribunal may correct a clerical, computational or typographical error, or any errors of similar nature contained in an Award, provided such corrections submitted for approval to the Court within 30 days of the date of such Award.*
2. *Any application of a party for the correction of an error of the kind referred to in Article 29(1), or for the interpretation of an Award, must be made to the Secretariat within 30 days of the receipt of the Award by such party, in a number of copies as stated in Article*

3(1). After transmittal of the application to the Arbitral Tribunal, the latter shall grant the other party a short time limit, normally not exceeding 30 days, from the receipt of the application by that party, to submit any comments thereon. If the Arbitral Tribunal decides to correct or interpret the Award, it shall submit its decision in draft form to the Court not later than 30 days following the expiration of the time limit for the receipt of any comments from the other party or within such other period as the Court may decide.

3. The decision to correct or to interpret the Award shall take the form of an addendum and shall constitute part of the Award. The provisions of Article 25, 27 and 28 shall apply *mutatis mutandis*”.

- (“1. Dengan inisiatifnya sendiri, Majelis Arbitrase dapat melakukan koreksi penulisan, perhitungan atau kesalahan ketik yang bersifat sama yang terdapat di dalam Putusan, dengan ketentuan bahwa koreksi tersebut disampaikan ke Peradilan untuk mendapatkan persetujuan dalam waktu 30 hari dari tanggal Putusan tersebut.
2. Setiap aplikasi dari satu pihak untuk koreksi suatu kesalahan sejenis yang diatur dalam Pasal 29 (1), atau untuk penafsiran Putusan, harus disampaikan kepada Sekretariat dalam 30 hari sejak diterimanya Putusan oleh pihak tersebut, dalam jumlah fotokopi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 3 (1). Setelah aplikasi disampaikan kepada Majelis Arbitrase, yang terakhir akan memberikan pihak yang lain waktu yang lebih singkat, umumnya tidak melebihi 30 hari, dari diterimanya aplikasi dari pihak tersebut, untuk mendapatkan tanggapan-tanggapan. Jika Majelis Arbitrase memutuskan untuk melakukan koreksi atau penafsiran Putusan. Majelis wajib menyampaikan keputusannya dalam bentuk konsep kepada Peradilan tidak lebih dari 30 hari setelah batas waktu untuk menerima tanggapan-tanggapan dari pihak yang lain atau dalam waktu yang diputuskan oleh Peradilan.
3. Keputusan untuk melakukan koreksi atau menafsirkan Putusan wajib dalam bentuk addendum dan merupakan bagian dari Putusan. Ketentuan-ketentuan Pasal 25, 27 dan 28 berlaku *mutatis mutandis*”).

6. Akibat harus mengikuti ketentuan Pasal 27 tersebut di atas khususnya dan Pasal 29 jika ada perubahan, Majelis Arbitrase dalam perkara No. 14387/JP/JEM memproses putusan yang telah dibacakan tersebut ke Sekretariat ICC yang berpusat di Paris (Perancis) lalu oleh sekretariat diteruskan ke Dewan Komisi ICC untuk menyidangkan putusan tersebut tanpa mengganggu isi putusan. Setelah Dewan Komisi menyidangkan putusan tersebut lalu dikembalikan ke Sekretariat untuk dikirim kembali ke para pihak.
7. Para pihak yang bersengketa tidak secara jelas mengklasifikasikan apakah penyelesaian sengketa dan pemahaman Arbitrase *ad-hoc* ini telah diinformasikan kepada ICC melalui majelis arbiter tentang kemungkinan adanya masalah yang berkaitan dengan batasan waktu pendaftaran putusan Arbitrase *ad-hoc* untuk putusan Arbitrase Nasional dan Arbitrase Internasional. Seandainya hal tersebut dari awal telah diinformasikan kepada ICC, tentunya hal tersebut akan menjadikan pertimbangan ICC untuk terkait dengan Pasal 29 jo 27 ICC Rules.
8. Disisi yang lain, ICC dalam memberikan putusan terkait dengan aturan main internal ICC yang telah disepakati bersama oleh para pihak yang bersengketa sehingga harus mengikuti aturan main tersebut.
9. Peraturan dan hukum acara ICC dalam kenyataannya tidak memungkinkan penyelesaian masalah administratif di tempat domisili berdasarkan ketentuan Pasal 27 ICC dalam jangka waktu 30 hari sebagaimana diamanatkan oleh peraturan UUAbitrase di Indonesia, termasuk persyaratan tentang irah-irah yang diwajibkan dalam putusan arbitrase nasional di Indonesia.
10. Putusan ICC tersebut merupakan putusan yang dikeluarkan oleh Lembaga ICC Perancis yang kemudian memerlukan legalisir dari Kedutaan Indonesia di Paris. Kesemua proses pengurusan ini memakan waktu lebih dari 30 hari. Sehingga apa yang menjadi syarat putusan arbitrase nasional tidak dapat diterapkan pada putusan ini, dengan memerhatikan:
 - 1) Putusan dikeluarkan oleh ICC Rules (produk ICC).
 - 2) Putusan tidak memuat irah-irah sebagaimana diwajibkan dalam UUAbitrase bahwa putusan Nasional (Domestik)

harus memuat irah-irah "Demi Keadilan dan KeTuhanan Yang Maha Esa.

3) Proses pengurusan putusan ICC ini memakan waktu lebih dari 30 hari sehingga tidak bisa mengikuti syarat pendaftaran putusan Nasional (Domestik) selama maksimal 30 hari.

4) Ketika putusan produk ICC tiba di Jakarta dan didaftarkan di PN Jakarta Pusat dengan perkara Nomor 02/PDT/SRB-INT/2009/ PN.JKT.PST, PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP melakukan gugatan Pembatalan atas pendaftaran Putusan ICC tersebut dengan dalil:

(1) Bahwa Putusan Arbitrase Case No. 14387/BJ/JEM adalah putusan arbitrase domestik;

(2) Bahwa Pengajuan Pendaftaran Putusan Arbitrase 14387/BJ/JEM telah melampaui batas tenggang waktu yang disyaratkan dalam Pasal 50 ayat (1) UU Arbitrase;

(3) Menolak Permintaan Pendaftaran yang diajukan terhadap Putusan Arbitrase 14387/BJ/JEM di Kepaniteraan PN Jakarta Pusat atau Kepaniteraan Pengadilan *Negeri* manapun;

(4) Bahwa Putusan Arbitrase 14387/BJ/JEM tidak mempunyai kekuatan eksekutorial sehingga tidak dapat dimintakan eksekusi.

5) Meskipun PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP melakukan gugatan dengan perkara No. 01/Pembatalan Arbitrase/2009/PN.Jkt.Pst pihak PT. Pertamina EP tetap meminta eksekusi atas putusan ICC tersebut.

6) Seiring berjalannya waktu antara proses persidangan gugatan Pembatalan perkara No. 01/Pembatalan Arbitrase/2009/PN.Jkt.Pst yang diputuskan oleh PN Jakarta Pusat, dengan amar putusan:

- Menolak Eksepsi Termohon untuk seluruhnya;

- Memerintahkan Para Pemohon dan Termohon untuk melanjutkan perkara ini;

- Menanggung biaya perkara yang timbul dalam perkara ini sampai dengan putusan akhir.

7) Atas putusan PN Jakarta Pusat ini, PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP tidak puas dan melakukan

upaya hukum Kasasi, putusan Kasasi diputus pada tanggal 9 Juni 2010 No. 904 K/Pdt.Sus/2009 dengan amar putusan:

1. Menerima Permohonan banding dari Pemohon Banding I: PT Pertamina EP dan Pemohon Banding II: PT Pertamina (Persero) tersebut;
 2. menguatkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 01/ Pembatalan Arbitrase/2009/PN.JKT.PST tgl 3 September 2009;
 3. Menghukum para Pemohon Banding/para Pemohon untuk membayar biaya perkara dalam tingkat banding ini sebesar Rp. 500.000,- (lima ratus ribu rupiah);
- 8) Atas putusan Kasasi ini, PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP melakukan upaya hukum PK perkara No. 56 PK/Pid.Sus/2011, kemudian diputus pada tanggal 23 Agustus 2011 dengan amar putusan:
- Menolak permohonan Peninjauan Kembali dari para Pemohon Peninjauan Kembali: 1. PT Pertamina EP dan 2. PT. Pertamina (Persero) tersebut ;
 - Menghukum Pemohon Peninjauan Kembali I/Pemohon II dan Pemohon Peninjauan Kembali II/Pemohon I secara tanggung renteng untuk membayar biaya perkara dalam pemeriksaan peninjauan kembali ini sebesar Rp 2.500.000,- (dua juta lima ratus ribu rupiah);
- 9) Sementara itu, proses Kasasi atas Pembatalan sedang berjalan dan bersamaan dengan itu terjadi sidang Aanmaning untuk eksekusi putusan ICC tersebut, setelah terlebih dahulu PT. LP menerima Penetapan Eksekusi.
- 10) Pada sidang Aanmaning tanggal 23 Oktober 2009 yang telah dijadwalkan tersebut PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP, para pihak hadir, dan pihak PT. Pertamina Pusat dan PT. Pertamina EP menyampaikan bahwa ia telah mendaftarkan gugatan PERLAWANAN atas Penetapan Eksekusi. Pada saat sidang Aanmaning tersebut Ketua Pengadilan yang memimpin sidang Aanmaning tersebut mengingatkan bahwa tidak diperkenankan untuk melakukan gugatan PERLAWANAN oleh pihak tereksekusi, PERLAWANAN eksekusi hanya diboleh-

kan bagi pihak ketiga sebagaimana diatur pada HIR Pasal 196 ayat (6) yang isinya berbunyi:

"Apabila timbul sengketa perlawanan terhadap keputusan itu, baik dari pihak lawan maupun dari pihak ketiga menyatakan bahwa barang-barang yang disita itu miliknya, maka perselisihan itu diperiksa dan diputus secara lazimnya oleh Pengadilan Negeri yang dalam daerah hukumnya terhadap eksekusi keputusan itu".

- 11) PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP mendaftarkan gugatan Perlawanan kepada PT. LP yang didaftar sebelum dilaksanakan sidang Aanmaning.
- 12) Sampai pada kondisi ini, atas putusan arbitrase ICC telah dilakukan 2(dua) perkara yakni: Perkara No. 01/Pembatalan Arbitrase/2009/ PN.JKT.PST Perihal PEMBATALAN dan Perkara tanggal 15 April 2010 No.445/Pdt.G/2009/ PN.PST Perihal PERLAWANAN yang dilakukan oleh Termohon Eksekusi yakni PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP.
- 13) Sejalan dengan gugatan yang dilakukan terus oleh PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP terus tiada henti dilakukan upaya-upaya hukum termasuk mendaftarkan lagi gugatan baru di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan perihal PERBUATAN MELAWAN HUKUM (PMH). Sehingga menjadi 3(tiga) gugatan perdata yang didaftarkan oleh PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP atas perlawanan putusan arbitrase ICC. Disamping itu, sudah ada isi **putusan dari gugatan Perlawanan perkara No. 445/Pdt.G/2009/PN.PST yang telah diputus oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan amar putusan:**

Dalam Provisi

Menolak permohonan provisi Para Pelawan untuk seluruhnya;

Dalam Eksepsi

Menolak eksepsi Terlawan untuk seluruhnya;

Dalam Konpensi;

- Menolak Perlawanan Para Pelawan untuk seluruhnya;
- **Menyatakan Para Pelawan adalah Para Pelawan yang tidak baik atau tidak jujur;**

- Menghukum Para Pelawan untuk membayar biaya yang timbul dalam perkara ini yang hingga kini diperhitungkan sebesar Rp. 281.000,- (dua ratus delapan puluh satu ribu rupiah);
- 14) Dalam amar putusan ini, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah memberikan putusan yang tidak baik kepada Penggugat dalam hal ini PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP sebagai pelaku usaha besar dengan memvonis "**Menyatakan Para Pelawan adalah Para Pelawan yang tidak baik atau tidak jujur**". Kata-kata: tidak baik" dan "tidak jujur" sama saja dengan BERIKTIKAD TIDAK BAIK. Putusan ini menandakan Pengadilan Negeri telah mempertimbangkan semua cara-cara yang dilakukan oleh Penggugat, sehingga Majelis sampai memutuskan dengan amar putusan yang keras. Sebagai pelaku usaha yang dapat dipertahankan di dalam melakukan kegiatan usaha adalah melakukan semua perbuatan hukum dengan IKTIKAD BAIK, sehingga jika dikatakan TIDAK MEMPUNYAI IKTIKAD BAIK, hal ini memberikan pernyataan yang tidak baik bagi seorang pelaku usaha.
- 15) Belum cukup kedua perkara tersebut yang telah diproses dan diputus tersebut, PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP melakukan lagi gugatan baru dengan Perkara No. 1388/Pdt.G/2009/PN.Jkt.Sel tanggal 19 Agustus 2010 sbb:
- Perihal PERBUATAN MELAWAN HUKUM (PMH) yang didaftarkan di PN Jakarta Selatan. Para pihak yang digugat adalah sebagai berikut:
- PT. LIRIK PETROLEUM sebagai TERGUGAT I.
 - ICC PERANCIS sebagai TERGUGAT II.
 - PARA ARBITER sebagai TERGUGAT III.
 - PARA KUASA HUKUM PT. LIRIK sebagai TERGUGAT IV.
- 16) Putusan perkara No. 1388/Pdt.G/2009/PN.Jkt.Sel Perihal PMH ini diputus oleh PN Jakarta Selatan dengan amar putusan:
1. Mengabulkan Eksepsi Tergugat III.2, III.3 dan Tergugat IV.1, IV.2 untuk seluruhnya;
 2. Menyatakan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan, tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili perkara *aquo*;

3. Menghukum Penggugat membayar biaya perkara sebesar Rp. 941.000,- (sembilan ratus empat puluh satu ribu rupiah).

17) PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP merasa tidak puas atas putusan tersebut lalu melakukan upaya hukum BANDING ke Pengadilan Tinggi dengan perkara No. 04/Pdt/2011/PT.DKI.

18) Isi amar putusan Pengadilan Tinggi:

1. Menerima permohonan banding dari Para Pemanding semula Para Penggugat;
2. Membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan tgl 19 Agustus 2010 No. 1388/Pdt.G/PN.JKT.SEL, yang dimohonkan banding tersebut;

Mengadili sendiri:

- Menolak gugatan Provisi Para Penggugat seluruhnya;

Dalam Eksepsi

- Menolak Eksepsi Tergugat III.2, Tergugat III.3, Tergugat IV.I dan Tergugat IV.2 seluruhnya;

Dalam Pokok Perkara

- Mengabulkan gugatan Para Penggugat untuk sebagian;
- Menyatakan Tergugat I dan Tergugat IV telah melakukan perbuatan melawan hukum;
- Menghukum Tergugat I dan Tergugat IV secara tanggung renteng membayar ganti rugi yang bersifat immateriil kepada Para penggugat sejumlah Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah);
- Menyatakan gugatan Para penggugat pada Tergugat II dan Tergugat III tidak dapat diterima;
- Menghukum Tergugat I dan Tergugat IV untuk membayar biaya perkara dalam dua tingkat pengadilan yang dalam tingkat banding ditetapkan sebesar Rp. 150.000,- (seratus lima puluh ribu rupiah);

19) Atas putusan Pengadilan Tinggi ini, LP dan PT. Pertamina EP melakukan upaya hukum KASASI Mahkamah Agung dalam perkara Nomor 203K/Pdt/2012. Putusan Kasasi ini diputus dengan amar putusan:

- Menolak permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi I: PT. PERTAMINA EP tersebut;

- Mengabulkan Permohonan Kasasi dari Pemohon Kasasi II: ANITA KOLOPAKING AND PARTNERS yaitu: a. ANITA D. KOLOPAKING dan b. ASTALITA AMIR tersebut;
- Mengabulkan Permohonan Kasasi dari Pemohon Kasasi III: PT. LIRIK PETROLEUM tersebut;
- Membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Jakarta No. 04/Pdt/2011/PT.DKI tanggal 14 Juli 2011 yang membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 1388/Pdt.G/2009/ PN.JKT.SEL. tanggal 19 Agustus 2010.

MENGADILI SENDIRI

Dalam Eksepsi:

- Mengabulkan Eksepsi Tergugat III.2, III.3 dan Tergugat IV.1, IV.2 untuk seluruhnya;
- Menyatakan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili perkara *aquo*;
- Menghukum Pemohon Kasasi I juga sebagai Termohon Kasasi/Penggugat II untuk membayar ongkos perkara dalam tingkat kasasi ini sebesar Rp. 500.000,- (lima ratus ribu rupiah).

Dari contoh kasus tersebut memberikan gambaran adanya ketakpuasan yang terjadi dari proses hukum yang telah dijalankan, membuat perkara ini menjadi berkembang dan berlarut-larut. Sehingga apa yang menjadi kesepakatan yang dibuat oleh para pihak yang membuatnya telah dilanggar sehingga penerapan asas iktikad baik menjadi tidak berfungsi dengan baik.

Kasus ini telah membuat proses persidangan arbitrase ICC dan litigasi di Pengadilan Negeri menjadi ajang pertempuran hukum yang timbul dari adanya ketakpuasan di dalam memenuhi keinginan pelaku usaha yang tidak beritikad baik yang menjadikan hukum sebagai alat pemuas nafsu belaka. Hal ini harus dicermati dan disadari oleh pelaku usaha di dalam menjalankan usahanya untuk selalu menanamkan iktikad baik.

Pilihan hukum yang telah disepakati oleh para pihak dalam penyelesaian sengketa kontrak, merupakan perjanjian yang harus dipatuhi sebagai asas Kebebasan Berkontrak (*Pacta Sunt Servanda*) yang harus didasari iktikad baik, apalagi tujuan arbitrase menja

pilihan para pihak menyelesaikan sengketa agar tidak dikonsumsi oleh publik (bersifat rahasia/tertutup). Dengan adanya gugatan di Pengadilan Negeri atas PEMBATALAN dan PERLAWANAN serta PERBUATAN MELAWAN HUKUM ini telah menjadi makanan empuk dari media untuk mempublikasikan berita-berita ini. □

III. PT. LIPIK PETROLEUM TERSEBUT

Mendapatkan putusan Pengadilan Tinggi Jakarta No. 04/Pdt/2011/PT.DKI tanggal 14 Juli 2011 yang membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 1388/Pdt.G/2009/PT.KT.SEL. tanggal 19 Agustus 2010.

MENGADILI SENDIRI

Dalam Esas:

Mengajukan Ekspet. Tanggal III.2, III.3 dan Tanggal IV.1, IV.2 untuk seluruhnya.

Menyatakan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili perkara tersebut.

SEWA

Menghukum Pemohon Kasasi I juga sebagai Temo- dan Kasasi/Penggugat II untuk membayar ongkos perkara dalam tingkat kasasi ini sebesar Rp. 500.000,- (lima ratus ribu rupiah).

Dan contoh kasus tersebut memberikan gambaran adanya ketepatan yang terjadi dan proses hukum yang lebih objektif. membuat perkara ini menjadi berkembang dan berlanjut. Sehingga apa yang menjadi kepastian yang dibuat oleh para pihak yang membuatnya telah dianggap sebagai kebenaran ass- likted baik menjadi tidak berubah dengan baik.

Kasus ini telah membuat proses peradilan arbitrase-ICC dan undang di Pengadilan Negeri menjadi sangat penting hukum yang timbul dan adanya ketepatan di dalam menentu- keinginan pelaku usaha yang tidak berkedai baik yang menjadikan hukum sebagai alat pemenuh nafsu pelaku. Hal ini harus dicatat dan diadab oleh pelaku usaha di dalam menstabilkan usahanya untuk selalu menamakan likted baik.

Pilihan hukum yang telah ditetapkan oleh para pihak dalam penyelesaian sengketa kontrak, merupakan perjanjian yang harus diadab sebagai alat pemenuh nafsu pelaku (facta sunt seruantur) yang harus diadab likted baik untuk tujuan arbitrase menjadi

6

Penutup

Dari uraian bab-bab sebelumnya, sebagai penutup penulis menyimpulkan penerapan asas iktikad baik dalam melakukan kegiatan usaha khususnya pelaksanaan kontrak kerja sama yang dilakukan oleh para pihak akan menimbulkan hubungan hukum hak dan kewajiban bagi para pihak dalam pemenuhan kerja sama dan pengembangan usaha yang baik sebagaimana telah disepakakati bersama mengikat para pihak dan berlaku sebagai undang-undang baginya sebagaimana ketentuan Pasal 1338 KUHPerdara yang dilakukan dengan dasar iktikad baik.

Menyelesaikan sengketa kontrak yang timbul dalam proses arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa dapat diselesaikan dengan baik-dan cepat, dengan mengikuti proses hukum yang ada. Didahului dengan adanya klausula arbitrase yang dibuat oleh para pihak yang bersengketa untuk didaftarkan pada lembaga hukum yang berwenang sesuai dengan apa yang tercantum di dalam klausula arbitrase tersebut. Hal ini juga memerlukan keahlian pihak yang membantu misalnya dibantu oleh pengacara yang profesional dan beriktikad baik untuk mencari jalan keluar, baik dengan cara APS maupun melakukan proses arbitrase. Bagi pihak yang berada di luar sengketa dalam hal ia sebagai mediator atau pengambil keputusan yakni sebagai arbiter, biasanya akan lebih mudah melihat permasalahan itu sendiri dibanding bagi pihak yang sedang bersengketa. Sehingga dengan melihat sifat dari sengketa tersebut akan lebih mudah menemukan solusinya. untuk memutus suatu sengketa arbitrase.

Untuk bisa terlaksananya semua proses penyelesaian sengketa ini prinsip/asas iktikad baik agar tetap dipertahankan sampai kepada proses penyelesaian sengketa yang telah menjadi pilihan para pihak untuk menyelesaikannya pada persidangan arbitrase dengan tujuan mencari solusi dari permasalahan yang sedang dihadapi dengan memberi kepercayaan kepada Pihak Ket ga/Arbiter sebagai pemutus permasalahan yang ada.

Penyelesaian sengketa kontrak sebagaimana contoh kasus yang ada, sebaiknya dijadikan pelajaran yang berharga di dalam menerapkan asas iktikad baik. Para pihak yang bersengketa harusnya sudah memahami secara pasti aturan yang ada pada ICC ketika akan menggunakan hukum acara ICC yang dicantumkan di dalam kontrak. Dengan memahami isi hukum acara ICC, para pihak yang bersengketa harus mengikuti aturan/hukum acara ICC yang berlaku.

Perlunya membuat Kerangka Acuan (*Term of Conditions*) di dalam persidangan arbitrase untuk membahas semua permasalahan yang akan menjadi topik pembahasan, agar tidak terjadi kesalah-pahaman bahwa pada contoh kasus yang telah disampaikan penulis pada bab sebelumnya para pihak yang bersengketa tidak secara jelas mengklasifikasikan apakah penyelesaian sengketa dan pemahaman Arbitrase *ad-hoc* ini telah diinformasikan kepada ICC melalui majelis arbitrase tentang kemungkinan adanya masalah yang berkaitan dengan batasan waktu pendaftaran putusan Arbitrase *ad-hoc* untuk putusan Arbitrase Nasional dan Arbitrase Internasional. Seandainya hal tersebut dari awal telah diinformasikan kepada ICC, tentunya hal tersebut akan menjadi pertimbangan ICC untuk terkait dengan Pasal 29 jo 27 ICC Rules. Agar terhindar dari potensi sengketa, perlunya kejelasan yang lebih detail terhadap proses penyelesaian sengketa. Di dalam peraturan dan hukum acara ICC dalam kenyataannya tidak memungkinkan menyelesaikan masalah administratif ditempat domisili berdasarkan ketentuan Pasal 27 ICC dalam jangka waktu 30 hari sebagaimana diamanatkan oleh peraturan UUAbitrase di Indonesia, termasuk persyaratan tentang irah-irah yang diwajibkan dalam putusan arbitrase nasional di Indonesia.

Kesemua permasalahan yang timbul sekarang khususnya penerapan iktikad baik, bahwa pelaksanaan kontrak sampai pada timbulnya sengketa dan proses penyelesaian sengketa melalui persidangan arbitrase dan putusan arbitrase harus dijalankan dengan sukarela (*voluntary*) dengan jiwa ksatria (*gentlemen*) terhadap apapun isi putusan arbitrase itu, yang telah menjadi pilihan hukum penyelesaian dari para pihak yang bersengketa dengan memilih arbiter (pihak ketiga) yang netral, sebagai yang dipercaya mempunyai keahlian dalam memutuskan sengketa, tanpa harus mempersoalkan putusan itu adalah putusan arbitrase nasional atau internasional, karena tugas dari persidangan arbitrase adalah memutus perkara arbitrase dan mendaftarkan

putusan arbitrase tersebut ke Pengadilan yang bersangkutan, tanpa mengikuti proses eksekusi yang seharusnya tidak perlu dilakukan jika pihak yang bersengketa tunduk untuk melaksanakan putusan arbitrase secara suka rela dan berlapang dada.

Mengingat semua sengketa yang masuk ke proses litigasi akan terpublikasi, sehingga bagaimana mungkin pihak yang bersengketa telah memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase tetapi tidak peduli lagi dengan kerahasiaan yang selama proses persidangan arbitrase itu terjaga dan terpelihara, menjadi tidak rahasia lagi setelah adanya permohonan eksekusi. Hal ini disebabkan adanya ketidakpuasan akan putusan tersebut dan ketidakpatuhan atas putusan tersebut, sehingga terkesan pihak tersebut mempunyai iktikad tidak baik.

Dengan mengedepankan asas iktikad baik dan pemahaman isi kontrak yang ada akan lebih mudah menyelesaikan sengketa kontrak, tanpa harus mengulur-ulur waktu dengan berbagai alasan akan ketidakpuasan pihak yang berperkara. Akan menjadi terkesan tidak *gentlement* ketika pihak yang tidak puas dengan keputusan arbitrase yang diperkarakan kemudian menjadi mubasir akan proses arbitrase yang berjalan tertutup (rahasia), damai, fleksibel dalam waktu persidangan yang disepakati para pihak, biaya yang dikeluarkan dan banyak lagi waktu yang terbuang, sehingga terkesan kenapa tidak menggunakan cara penyelesaian dengan litigasi saja dari awal jika memang pihak yang bersangkutan tidak mengedepankan asas iktikad baik. Sehingga dengan proses apapun penyelesaian sengketa itu jika tidak didasari dengan asas iktikad baik, akan menjadi masalah besar di dalam pelaksanaan hubungan usahanya, baik secara individu maupun dengan menggunakan badan usaha.

Menanamkan prinsip/asas iktikad baik yang terus menerus dalam proses kerja sama maupun dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase sampai pada pelaksanaan putusan arbitrase akan memberikan kenyamanan bagi para pihak yang bersengketa dan rasa kepercayaan yang tinggi diantara para pihak. Para pihak yang terus mempertahankan prinsip iktikad baik, khususnya bagi pihak yang mempunyai kewajiban membayar dalam putusan arbitrase, akan menimbulkan simpati dan penilaian khusus, sehingga pihak yang menerima ganti rugi akan lebih memercayai kerja sama selanjutnya dengan pihak yang telah membayar ganti ruginya daripada harus menjalin kerja sama dengan pihak lain yang belum tentu mempunyai iktikad baik yang

diharapkan sama. Sehingga dasar iktikad baik harus tetap hidup dalam semangat bisnis pengusaha untuk pengembangan usahanya, sekalipun harus menjalani kekalahan dalam putusan akhir persidangan arbitrase, yang harus disadari sebagai putusan yang didasari oleh *law of the parties* dan menghasilkan *win-win solution*.

akan terdistribusi, sehingga pembagian mungkin pihak yang persengketaan telah memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase tetapi tidak peduli lagi dengan keberhasilan yang selama proses persidangan arbitrase itu tercapai dan terpeliharai, menjadi tidak terasasi lagi setelah adanya permohonan eksekusi. Hal ini disebabkan adanya ketakpuasan akan putusan tersebut dan ketakpuhan atas putusan tersebut, sehingga terkasas pihak tersebut mempunyai iktikad baik.

Dengan mengedepankan asas iktikad baik dan pemahaman isi kontrak yang ada akan lebih mudah menyelesaikan sengketa kontrak, tanpa harus mengulur-ulur waktu dengan berbagai alasan akan ketakpuasan pihak yang berperkara. Akan menjadi terkasas tidak dapat dihindari. Pihak yang tidak puas dengan keputusan arbitrase yang diberlakukan kemudian menjadi mudah akan proses arbitrase yang berjalan lanjut (fasasi), damai, tidak dalam waktu persidangan yang disediakan bagi pihak-pihak yang dikalahkan dan banyak lagi waktu yang terbuang sehingga terkasas karena tidak menggunakan cara penyelesaian dengan iktikad baik dan awal jika memang pihak yang bersangkutan tidak mengedepankan asas iktikad baik sehingga dengan proses apapun penyelesaian sengketa itu juga tidak dibatasi dengan asas iktikad baik akan menjadi masalah besar di dalam pelaksanaan hubungan usahanya, baik secara individu maupun dengan menggunakan badan usaha.

Memahami prinsip-prinsip asas iktikad baik yang terus menerus dalam proses kerja sama maupun dalam proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase sampai pada pelaksanaan putusan arbitrase akan memberikan kenyamanan bagi para pihak yang bersengketa dan rasa kepastian yang tinggi diantara para pihak. Para pihak yang terus memperhatikan prinsip iktikad baik khususnya bagi pihak yang mempunyai kewajiban membayar dalam suatu arbitrase akan menimbulkan simpati dan keadilan khusus terhadap pihak yang menunggak yang akan lebih terasasi karena sebelumnya dengan pihak yang telah membayar dan terkasas dengan rasa menjadi juga sama dengan pihak lain yang selalu terus mempunyai iktikad baik yang

Daftar Pustaka

BUKU

- Black, Henry Campbell. 1999. *Black's Law Dictionary*, 7th Edition. St. Paul Minnesota: West Group.
- Dean G. Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin. 2004. *Konflik Sosial*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Eman Suparman. 2009. *Hukum Perselisihan Konflik Kompetensi dan Pluralisme Hukum Orang Pribumi*, Cet. ke-2. Bandung: Refika Aditama.
- Emmy Yuhassarie, Endang Setyowati. 2003. *Arbitrase dan Mediasi*. Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, Perpustakaan Nasional RI: Katalog Dalam Terbitan.
- Frans Hendra Winarta. 2012. *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan International*, Edisi II, Cet. ke-1. Jakarta: Sinar Grafika.
- Garry Goodpaster, et. al., dalam Felix O. Soebagjo dan Erman Rajagukguk (editors). 1995. *Arbitrase Indonesia*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- George Ritzer dan Douglas J. Goodman. 2007. *Teori Sosiologi Modern (Modern Sociological Theory)*. Diterjemahkan oleh Alimandan. Jakarta: Prenada.
- Gunawan Widjaja. 2006. *Seri Hukum Bisnis, Memahami Prinsip Keterbukaan (Aanvullend Recht) dalam Hukum Perdata*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Henry Campbell Black. 1998. *Black's Law Dictionary, Defintion of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. United States of America: West Publishing Co.
- Hilman Hadikusuma. 2003. *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*. Bandung: Mandar Maju.

- H. Priyatna Abdurrasyid. 2011. *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS), Suatu Pengantar*. Edisi II (Revisi), Cet. ke-2. Fikahati Aneska.
- , 2003. *Arbitrase dan Mediasi Lampiran Makalah I-1A*. Pusat Pengkajian Hukum, Cet. ke-1. Maret 2003.
- Mariam Darus Badruzaman, et. al. 2001. *Kompilasi Hukum Perikatan – Bagian Kedua: Tinjauan atas Beberapa Aspek Hukum dari Prinsip-prinsip UNIDROIT dan CISG*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- , 2001. *Kompilasi Hukum Perikatan*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Munir Fuady. 1999. *Hukum Kontrak (dari Sudut pandang Hukum Bisnis)*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- M. Fuand, Christine H, Nurlela, Sugiarto, Paulus, Y.E.F. 2006. *Pengantar Bisnis*, Cet. ke-6. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama.
- M. Yahya Harahap. 1986. *Segi-segi Hukum Perjanjian*. Bandung: Alumni.
- , 2001. *Arbitrasi Ditinjau dari Reglemen Acara Perdata (Rv), Peraturan Prosedur BANI, International Centre for the Settlement of Investment disputes, UNCITRAL Arbitration Rules*. Jakarta: Sinar Grafika.
- , 1995. *Mencari Sistem Alternatif Penyelesaian Perkara*. Varia Peradilan Tahun XI No. 121, Oktober 1995.
- Nili Cohen. 1995. *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, Jack Beatson dan Daniel Friedmann, eds, *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press.
- P.L. Wery. 1990. *Perkembangan Tentang Hukum Iktikad Baik di Nederland*. Jakarta: Percetakan Negara.
- P. van Varmelo. 1976. *An Introduction to the Principles of Roman Law*. Cape Town: Juta and Co Ltd.
- Ridwan Khairandy. 2003. *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. Jakarta: Fakultas Hukum Pascasarjana, Universitas Indonesia.
- Robert S. Summers. 1982. *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*. Cornell Law Review, Vol. 67.

- R. Adiwilaga. 1962. *Hukum Agraria Indonesia, dalam Teori dan Praktik*. Bandung: Masa Baru.
- Salim H.S. *Hukum Kontrak; Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*. Jakarta: Sinar Grafika.
- . 2013. *Hukum Penyelesaian Sengketa Pertambangan di Indonesi*. Bandung: Pustaka Reka Cipta.
- Satjipto Rahardjo. 2009. *Hukum dan Perubahan Sosial, Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-pengalaman di Indonesia*. Cet. ke-3. Yogyakarta: Genta Publishingh.
- Setiawan. 1992. *Putusan Hakim Sebagai Transformasi Ide Keadilan*. Dalam Varia Peradilan Tahun VII No. 80, Mei 1992.
- Soedjono Dirdjosisworo. 2003. *Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law dan Common Law dan Praktek Dagang International)*. Bandung: Mandar Maju.
- Subekti. 2001. *Hukum Perjanjian*. Jakarta: Intermasa.
- . 1995. *Aneka Perjanjian*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Sudikno Mertokusumo. 1971. *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangan di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Kemanfaatannya bagi Kita bangsa Indonesia?* Bandung: Kilatmaju.
- Suleman Batubara dan Orinton Purba. 2013. *Arbitrase Internasional Penyelesaian Sengketa Investasi Asing melalui ICSID, UNCITRAL, dan SIAC*. Jakarta: Raihh Asa Sukses.
- Suryanto, dkk. 2001. *Studi Identifikasi dan Inventarisasi Masalah Pertanahan*, Laporan Penelitian. Surabaya: Kerja Sama BPN dengan Lemlit UNAIR.
- Theo Huijbers. 1995. *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Kanisius.
- T.O. Ihromi. 1993. *Antropologi Hukum; Sebuah Bunga Rampai*. Jakarta: Yayasan Obor.
- Tri Sakti. 2002. *Laporan Akhir Kajian Pola Penyelesaian Masalah Pertanahan*. Jakarta: Puslitbang BPN.
- Trubus Rahardiansah P. dan Endar Pulungan. 2008. *Pengantar Sosiologi Hukum*, Cet. ke-3. Jakarta: Universitas Trisakti.
- Wirjono Prodjodikoro. 1979. *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Cet. ke-7. Bandung: Sumur Bandung.
- Z. Asikin Kusumah Atmadja. 1973. *Arbitrase Perdagangan Internasional*. Jakarta: Prisma, 5 November 1973.

MAKALAH

- Black, Henry Campbell. 1999. *Black's Law Dictionary*, 7th Edition. Paul Minnesota: West Group, St. Paul Minn. *An agreement between two or more person creating obligations that are enforceable or otherwise recognizable at law.*
- Disa Sim. 2002. *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, September 2002, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html>
- Farnsworth, E. Allan. *Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Princiciples, Relevant International Conventions, and National Laws.*
- .1993. *The Concept of "Good Faith" in American Law*, Centro di studie ricerche di diritto comparato e straniero (Rome), No. 10, <http://www.cnr.it/CRDCS/farnswrt.htm>.
- Goldman, Berthold. 1986. *The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria*, Lew ed. Contemporary Problems in Internacional Arbitration, London, 1986, p. 125, TLDB Document ID 112400, diakses dari <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub>.
- Goode, Roy. 1992. *The Concept of "Good Faith" in English Law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (Rome), No. 2 (visited Apr. 16, 2000) <http://www.cnr.it/CRDCS/goode.htm>.
- Harper, Mathew. 2004. *The Implied Duty of Good Faith in Australian Contract Law*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 11, Number 3, September 2004, <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v11n3/harper113nf.html>
- Iman Taufik. 2007. *Relasi Negara dan Masyarakat dalam Diskursus Sengketa di Indonesia dalam Mengelola Sengketa Membangun Damai; Teori, Strategis dan Implementasi Resolusi Sengketa*, editor Mukhsin Jamil, Semarang: WMC Walisongo Mediatation Center (WMC) dan IAIN Walisongo.
- Iing Sodikin Arifin. 2008. *Penyelesaian Sengketa Hak Atas Tanah Aset Negara Dikaitkan dengan Hak Menguasai Negara Atas Tanah Dihubungkan dengan Asas Keadilan dalam Upaya Mencapai Tujuan Negara Kesejah-teraan*, Naskah Disertasi. Bandung: Universitas Padjadjaran.

- Karen Mills, *Arbitration in Indonesia*,
www.karimsyah.com/imgescontent/article/20050922160918.pdf
- Kazuaki Sono. 1986. *The Vienna Sales Convention: History and Perspective, in International Sale of Goods*, Dubrovnik Lectures, 1, 3, Paul Volken & Petar Sarcevic.
- Laura Nader dan Harry F. Todd Jr. 1978. *The Disputing Process Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Mariam Darus Badruzaman. Tanpa tahun. *Harmonisasi Hukum Bisnis di Ling-kungan Negara-negara ASEAN*, Jurnal Hukum Bisnis.
- Retnowulan Sutantio. 1990. *Perjanjian Menurut Hukum Indonesia*. Varia Peradilan, Tahun V, No. 56, Mei 1990.
- Schlechtriem, P. 1997. *Good Faith in German Law and in International Uniform Laws*. Saggi, Conference Seminari, February 1997, <http://www.cnr.it/CRDCS/schlechtriem.htm>
- Werner F. Ebke & Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html>

KAMUS

- Black, H.C. 1999. *Black's Law Dictionary*, 7th. Edition. St. Paul Minnesota: West Group.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

- Kitab Undang-undang Hukum Perdata.
- Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 Tentang Perseroan Terbatas.
- Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. □

Karen Mills, Arbitration in Indonesia, www.karnmills.com/images/content/20050925160918.pdf

Kazuo Sano, 1986, The Vienna Sales Convention: History and Perspective, in International Sale of Goods, Duponnik Lectures, I, 3, Paul Volken & Peter Sarcov.

Laura Neider dan Harry F. Todd Jr. 1978, The Disputing Process, Law in Ten Societies New York: Columbia University Press.

Maham Darius Badruzaman, Tanggapan Harmonisasi Hukum Basis di Lingkungan Negara-negara ASEAN, Jurnal Hukum Bisnis.

Retnowati Sutanjo, 1990, Perjanjian Menurut Hukum Indonesia, Varsa Peradilan, Tahun V, No. 56, Mei 1990.

Schlechtriem, P. 1997, Good Faith in German Law and in International Uniform Law, 29th Conference Seminar, February 1997, <http://www.cirj/crd2/schlechtriem.htm>

Werner F. Eike & Bettina M. Steinhauser, The Doctrine of Good Faith in German Contract Law, <http://www.csg.law.pace.edu/csg/diplo/aim1.html>

KAMUS

Black, H.C. 1999, Black's Law Dictionary, 7th Edition, St. Paul Minnesota: West Group.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Ketab Undang-undang Hukum Perdata.

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1992 Tentang Perjanjian Perdata.

Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. □



Dr. Ir. ANITA DEWI ANGGRAENI KOLOPAKING, S.H., M.H.,

Dilahirkan di Ujung Pandang, 28 September 1963.

Istri dari Wyasa Santosa Rahardja Kolopaking dan memiliki 3 anak:

Aryasena Satria Ajie Kolopaking;
Dimas Ajie Rianda Kolopaking; dan
Anisa Bella Anggraini Kolopaking.

Sebagai dosen, mengajar di:

Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara,
Fakultas Hukum Universitas Kristen Indonesia,
Fakultas Ekonomi Universitas Trisakti.

Sebagai Advokat pada Kantor Hukum Anita Kolopaking & Partners
yang beralamat di Sovereign Plaza, lantai 7,

Jl. TB. Simatupang Kav. 36, Cilandak Barat, Jakarta Selatan,

Tlp. : (021) 29400126 - 7,

Fax. : (021) 29400128,

Email: a_kolopaking@yahoo.com

anita.kolopaking@akplawfirm.com.

Juga sebagai Arbiter di BANI Arbitration Center.

**ASAS IKTIKAD BAIK
DALAM
PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAK
MELALUI ARBITRASE**

Dr. Ir. Anita D.A. Kolopaking, S.H., M.H.

PERJANJIAN-PERJANJIAN

HARUS DILAKSANAKAN DENGAN IKTIKAD BAIK, demikian kitab Undang-undang Hukum Perdata mengatur sebagai suatu asas. Dengan uraian secara ilmiah oleh penulisnya, para pembaca buku ini dapat dengan mudah memperoleh pengetahuan tentang asas penting ini. Asas Iktikad baik dimaksud, harus terus terjaga dan terpelihara, sejak dari kontrak ditandatangani, saat pelaksanaan kontrak, timbulnya sengketa kontrak, sampai berakhirnya kontrak kerjasama. Dengan iktikad baik terjaga dengan baik ini, tidak akan terjadi masalah, karena jika timbul sengketa di dalam pelaksanaan kontrak, maka asas iktikad baik ini akan menyelesaikan sengketa kontrak ini dengan cara-cara damai dan mencari solusi masalah yang timbul dengan cara-cara baik, sehingga apapun hasilnya dapat diterima oleh para pihak bersengketa dengan hati lapang dalam menemukan solusi masalah yang dihadapi.



PENERBIT P.T. ALUMNI
Jalan Bukit Pakar Timur II/109
TEL. (022) 2501251, 2503038, 2503039
FAX. (022) 2503044 - BANDUNG - 40197
Web site: penerbitalumni.com
E-mail : bandung@penerbitalumni.com
purchaseorderalumni@yahoo.com
penerbitanalumni@yahoo.com

ISBN 978-979-414-175-5

9 789794 141755
ASAS IKTIKAD BAIK