

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teori

1. Konsep Penyelesaian Sengketa Internasional

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), sesuatu yang menyebabkan perbedaan pendapat, pertengkaran, perbantahan, pertikaian, perselisihan, perkara (dalam pengadilan). Dengan demikian, dapat dijabarkan bahwa sengketa merupakan persoalan mengenai perbedaan yang dapat menimbulkan perselisihan. Jika terdapat unsur asing atau lintas batas negara dalam sebuah perselisihan tersebut, maka dapat dikatakan sebagai sengketa internasional. Seperti yang disebutkan dalam *Judgment of Permanent Court of International Justice* dalam kasus *Mavrommatis Palestine Concessions Case* Tahun 1924, bahwa sengketa internasional (*international dispute*) “*is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons [States].*” Definisi tersebut membuktikan bahwa sengketa internasional mengandung unsur lintas batas negara.

Sengketa internasional merupakan salah satu bentuk hubungan antar negara. Setiap sengketa internasional berdasarkan Pasal 2 ayat (3) Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) harus diselesaikan secara damai. Penyelesaian sengketa secara damai tersebut berdasarkan Pasal 33 Piagam PBB terdapat 3 jalur penyelesaian, diantaranya adalah (Poeggel dan Oeser, 1991: 512):

a. Melalui jalur diplomatik

Jalur diplomatik terdapat 2 (dua) macam, yakni penyelesaian sengketa secara diplomatik tanpa pihak perantara seperti negosiasi yang merupakan perundingan secara langsung antara para pihak dengan tujuan untuk mencari penyelesaian melalui dialog tanpa melibatkan pihak ketiga (Adolf, 2004: 1) dan konsultasi yang merupakan jasa oleh penyelesaian sengketa melalui jasa konsultan hukum untuk memberikan layanan pendampingan kepada klienya.

Selain itu penyelesaian sengketa secara diplomatik dengan pihak perantara seperti: (1) mediasi yang merupakan proses terstruktur yang terdiri dari beberapa sesi

commit to user

dan ditengahi oleh mediator tanpa mengadili atau menentukan suatu putusan yang dipersengketakan. Mediator hanya mengarahkan dengan harapan para pihak dapat mengambil tanggungjawab sukarela dalam menyelesaikan permasalahannya (Alexander, 2016: 18); (2) jasa baik yang merupakan cara penyelesaian dengan keikutsertaan dan jasa pihak ke-3 dalam suatu sengketa (Adolf, 2004: 8). Adapun definisi lain, mengatakan bahwa jasa baik merupakan “*the involvement of one or more States or an international organization in a dispute between States with the aim of settling it or contributing to its settlement*” (Bindschedler, 1981: 67). Definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa jasa baik melibatkan pihak ke-tiga yang merupakan organisasi internasional ataupun negara untuk mempertemukan pihak yang bersengketa secara suka rela, dengan tujuan untuk menyelesaikan perselisihan yang ada; (3) *inquiry* atau *fact-finding*; merupakan pencarian fakta yang dilakukan oleh suatu badan independent yang ditunjuk oleh para pihak yang bersengketa (Adolf, 2004: 5); dan (4) konsiliasi yang merupakan cara penyelesaian sengketa oleh pihak ketiga atau oleh suatu komisi konsiliasi yang dibentuk oleh para pihak, yang terdiri dari sesi tertulis dan sesi sesi lisan. Secara sederhana, konsiliasi merupakan bentuk dari mediasi yang lebih formal (Adolf, 2004: 34).

b. Melalui jalur hukum

Penyelesaian sengketa jalur hukum dibedakan menjadi dua diantaranya, *pertama*, penyelesaian sengketa di luar pengadilan, yakni penyelesaian sengketa yang ditempuh melalui lembaga diluar pengadilan seperti institusi arbitrase. Penyelesaian sengketa diluar pengadilan ini menjadi pilihan alternatif para pihak, biasanya telah tertulis dalam sebuah perjanjian untuk merujuk pada metode tertentu, seperti menyelesaikan sengketa melalui institusi arbitrase, yang mana institusi arbitrase dalam konteks penyelesaian sengketa di luar pengadilan adalah institusi penyelesaian sengketa yang bersifat otonom dan independen serta memiliki layanan dalam bidang perdagangan.

Kedua, penyelesaian sengketa melalui jalur pengadilan dapat ditempuh melalui dua cara yaitu melalui lembaga arbitrase internasional publik dan melalui lembaga pengadilan internasional (Soemartono, 2014: 3). Lembaga arbitrase publik

yang dimaksud adalah *the Permanent Court of Arbitration* (PCA), yang memiliki pelayanan dalam jasa arbitrase, penunjukkan otoritas, mediasi atau konsiliasi, pencarian fakta dan pengadilan tamu (<https://pca-cpa.org/en/services/> diakses pada 16 Januari 2020 pukul 19.00), sedangkan lembaga pengadilan internasional merupakan badan kehakiman utama PBB yang digunakan jika cara penyelesaian yang ada seperti melalui jalur diplomatik tidak berhasil. Pengadilan dapat dibagi kedalam 2 (dua) kategori, yaitu pengadilan permanen dan pengadilan *ad hoc* atau pengadilan khusus (Adolf, 2004: 37). Sebagai contoh pengadilan internasional permanen adalah *the International Court of Justice* (ICJ), sedangkan pengadilan *ad hoc* berfungsi untuk menyelesaikan sengketa-sengketa dari sebuah perjanjian tertentu, seperti perjanjian dalam bidang ekonomi internasional (Kohona, 1985: 197).

c. Melalui jalur organisasi internasional

Menurut Malahayati, organisasi internasional adalah kolektivitas dari entitas-entitas yang independent, kerjasama yang terorganisasi dalam bentuk yang lebih konkret, dan merupakan produk dari perjanjian multilateral (Malahayati, 2015: 3). Organisasi internasional dapat berperan sebagai badan penyelesaian sengketa sesuai dengan entitasnya, yang disertai dengan mekanisme penyelesaian sengketanya. Seperti dalam *Organization of Africa Unity* memiliki *the Protocol of Mediation, Conciliation and Arbitration*, 25 Juli 1964, ataupun di *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN) yang memiliki *the Treaty of Amity and Cooperation*, Bali, 21 Februari 1976 (Adolf, 2008: 15).

Penyelesaian sengketa melalui jalur organisasi internasional adalah penyelesaian sengketa yang melibatkan organisasi internasional maupun regional, seperti organ khusus dalam sistem organisasi PBB seperti *World Trade Organization* (WTO) yang memiliki *Dispute Settlement Body*, Forum ASEAN dan Uni Eropa yang memiliki *the European Court of Justice* (Adolf, 2008: 15). Pada beberapa organisasi internasional global, beberapa lembaga yang cukup menonjol antara lain adalah badan arbitrase penyelesaian sengketa penanaman modal (*the Centre for the Settlement of Investment Disputes* atau ICSID) yang dibentuk atas inisiatif Bank

Dunia, dan badan penyelesaian sengketa antar negara di bidang perdagangan internasional dalam WTO yaitu *Dispute Settlement Body* (DSB) (Adolf, 2008: 15).

2. Tinjauan tentang Perjanjian Internasional

Berdasarkan pada Pasal 38 ayat 1 dari Piagam Mahkamah Internasional, perjanjian internasional adalah salah satu sumber dari hukum internasional yang diakui oleh masyarakat internasional. Pengertian perjanjian internasional menurut Pasal 2 Konvensi Wina 1969 yaitu “...suatu persetujuan yang dibuat antara negara dalam bentuk tertulis dan diatur oleh hukum internasional, apakah dalam instrumen tunggal atau dua atau lebih instrumen yang berkaitan dan apapun nama yang diberikan padanya.” Adapun pengertian perjanjian internasional menurut Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri adalah “perjanjian dalam bentuk dan sebutan apapun, yang diatur oleh hukum internasional dan dibuat secara tertulis oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan satu atau lebih negara, organisasi internasional, atau subjek hukum internasional lainnya serta menimbulkan hak dan kewajiban pada Pemerintah Republik Indonesia yang bersifat hukum publik”. Subjek dalam perjanjian internasional diterangkan berdasarkan Pasal 2 ayat 1 huruf a Konvensi Wina 1986, bahwa perjanjian internasional berarti suatu persetujuan internasional yang diatur dengan hukum internasional dan ditanda tangani dalam bentuk tertulis antar 1 (satu) negara atau lebih dan antara 1 (satu) organisasi internasional atau lebih, atau antar organisasi internasional.

Berdasarkan aturan diatas, dapat disimpulkan bahwa perjanjian internasional harus dalam bentuk tertulis dengan bahasa yang dimengerti oleh para pihak, dan juga dapat dijadikan sebagai bentuk kesepakatan antar pihak yang membuat perjanjian internasional tersebut (Aust, 2010: 51). Lalu, perjanjian internasional diatur oleh hukum internasional, karena perjanjian internasional pasti membebani para pihak dengan hak dan kewajiban sehingga muncul akibat hukum bagi para pihak, maka perjanjian tersebut harus tunduk pada hukum internasional, maupun hukum

perjanjian internasional pada umumnya (Aust, 2010: 51). Perjanjian internasional pasti memiliki objek pengaturan tertentu yang diperjanjikan, dan objek tersebut menjadi nama dari sebuah perjanjian yang akan dilaksanakan (Parthiana, 2002: 17).

Selain perjanjian internasional dalam bentuk tertulis, bentuk perjanjian internasional pun terdapat dalam bentuk tidak tertulis, yang biasanya merupakan pernyataan sepihak atau pun timbal balik antara kepala negara, kepala pemerintah, maupun menteri luar negeri yang kemudian pernyataan tersebut diterima oleh organ pemerintah negara lain sebagai tanda kesepakatannya. Perjanjian internasional dalam bentuk tidak tertulis ini bersifat tidak formal karena kesepakatan atau persetujuan antara para pihak hanya berbentuk lisan saja dan dalam pelaksanaannya hanya didasarkan pada hukum kebiasaan, sehingga perjanjian internasional dalam bentuk tidak tertulis ini jarang digunakan karena kurangnya jaminan kepastian hukum meskipun terdapat kekuatan yang mengikat seperti perjanjian internasional dalam bentuk tertulis (Pratomo, 2011: 35).

Perjanjian internasional berfungsi agar sebuah negara mendapatkan pengakuan dari negara anggota PBB; menjadi sumber hukum internasional; dan menjadi sarana untuk mengembangkan kerjasama internasional dan membangun kedamaian antar bangsa. Dalam menjalankan fungsinya, perjanjian internasional pun terikat prinsip *Pacta Sunt Servanda* yang menerangkan bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak berkekuatan mengikat yang harus ditaati.

Adapun istilah-istilah dalam perjanjian internasional yakni, *Treaty* yang merupakan perjanjian multilateral yang bersifat sangat penting bagi para pihak; *Convention* yakni perjanjian yang dihasilkan dari pelaksanaan konferensi yang bersifat sangat penting, biasanya mewajibkan negara-negara untuk turut serta dalam perjanjian tersebut, karena akan berlaku sebagai kaidah hukum internasional yang mengatur mengenai isu penting dan dapat berlaku secara luas; *Agreement and Arrangement*, yang merupakan perjanjian internasional yang mengatur mekanisme ataupun bersifat teknis dan administratif; *Memory of Understanding (MoU)*, yakni bentuk perjanjian internasional yang kurang resmi dan bersifat *non-legally binding* namun sering digunakan sebagai perjanjian internasional yang bersifat formal dan

commit to user

mengikat; *Declaration*, yang merupakan bentuk perjanjian internasional yang bersifat umum dan mengatur pokok-pokok dari sebuah objek tertentu saja. Deklarasi ini hanya bersifat *soft law* atau tidak mengikat secara hukum; *Protocol*, yang merupakan perjanjian internasional sebagai instrument tambahan dari sebuah konvensi, sebagai instrument pembantu yang bersifat independent, sebagai *treaty* yang sifatnya sama dengan konvensi, ataupun sebagai suatu dokumen yang memuat persetujuan tertentu; *Statute* atau *Charter*, yakni perjanjian internasional yang diadakan oleh organisasi internasional dan biasanya dijadikan konstitusi atau dasar terbentuknya organisasi internasional yang mengadakan perjanjian tersebut; *Modus Vivendi*, yakni perjanjian internasional yang digunakan untuk instrumen kesepakatan yang bersifat sementara dan *informal*; dan *Concordat*, yang merupakan perjanjian internasional yang biasanya digunakan untuk kesepakatan antara Tahta Suci dengan negara-negara lain dibidang keagamaan (Pratomo, 2011: 60-61).

Adapun dalam penulisan ini, terdapat dua perjanjian internasional sebagai dasar hukum dalam penelitian ini, diantaranya:

a. *New York Convention 1958*

New York Convention atau *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, perjanjian internasional yang mengatur tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan-putusan arbitrase yang dibuat dalam wilayah suatu negara selain negara di mana pengakuan dan pelaksanaan sedemikian dimohonkan, dan yang timbul dari sengketa antara orang-orang, apakah pribadi kodrati atau hukum. Konvensi ini juga harus berlaku untuk putusan-putusan arbitrase yang tidak dianggap sebagai putusan domestik di negara di mana pengakuan dan pelaksanaannya dimohonkan (Pasal 1 *New York Convention*). Kaitannya dalam Pasal 4 *New York Convention* disebutkan bahwa untuk mendapatkan pengakuan dan pelaksanaan sebagaimana disebutkan dalam pasal sebelumnya, pihak yang mengajukan permohonan untuk pengakuan dan pelaksanaan harus, pada waktu permohonan, menyampaikan: (a) putusan asli yang benar-benar disahkan atau salinan yang benar-benar sah darinya; (b) perjanjian asli yang dirujuk dalam Pasal II atau salinan yang benar-benar sah darinya.

commit to user

b. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006*

UNCITRAL Model Law tentang Arbitrase Komersial Internasional diadopsi oleh *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) pada tanggal 21 Juni 1985, pada akhir sesi komisi kedelapan belas. Majelis Umum, dalam Resolusi 40/72 tertanggal 11 Desember 1985 merekomendasikan bahwa semua negara mempertimbangkan Model Hukum Arbitrase Komersial Internasional, mengingat keinginan keseragaman hukum atas prosedur arbitrase dan kebutuhan spesifik komersial internasional dalam praktek arbitrase. *UNCITRAL Model Law* telah diamandemen oleh UNCITRAL pada tanggal 7 Juli 2006, pada sesi Komisi yang ke-39 (Pasal 1 Bagian 2 *UNCITRAL Model Law*). *UNCITRAL Model Law* dikembangkan untuk mengatasi perbedaan yang cukup besar dalam hukum nasional tentang arbitrase. Perlunya perbaikan dan harmonisasi didasarkan pada temuan bahwa hukum nasional seringkali tidak sesuai untuk kasus internasional. Hal ini mencakup semua tahapan proses arbitrase dari perjanjian arbitrase hingga pengakuan dan penegakan putusan arbitrase dan mencerminkan konsensus di seluruh dunia tentang prinsip-prinsip dan masalah penting dari praktik arbitrase internasional. (Pasal 2 Bagian 2 *UNCITRAL Model Law*).

3. Tinjauan mengenai Arbitrase Komersial Internasional

a. Pengertian Arbitrase

Arbitrase adalah salah satu solusi alternatif penyelesaian sengketa berbentuk tindakan hukum yang diakui oleh undang-undang, di mana salah satu pihak atau lebih menyerahkan sengketanya kepada arbiter, yang akan bertindak sebagai hakim yang akan menerapkan hukum acara yang telah disepakati bersama oleh para pihak terdahulu untuk sampai kepada putusan yang final mengikat (Abdurrasyid, 2012). Menurut Frank Alkoury dan Eduar Elkoury, arbitrase adalah suatu proses yang mudah dan sederhana yang dipilih oleh para pihak secara sukarela yang ingin agar

perkaranya diputus oleh juru sita yang netral sesuai dengan pilihan mereka, di mana putusan mereka didasarkan pada dalil-dalil dalam perkara tersebut. Para pihak setuju sejak semula untuk menerima putusan tersebut secara final dan mengikat (Salim H.S, 2013: 142). Bryan A. Garner mendefinisikan arbitrase (*arbitration*) adalah “*a method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are use. Agreed to by the disputing parties and whose decision is binding*” (Garner, 1990: 112).

Secara sederhana, arbitrase merupakan penyelesaian sengketa melalui proses pemeriksaan dan pengambilan putusan oleh arbiter tunggal atau majelis arbiter dari lembaga arbitrase, baik oleh lembaga arbitrase yang berlingkup nasional maupun internasional, demikian pula lembaga arbitrase yang bersifat permanen maupun sementara (*ad-hoc*) (UNCTAD, 2017: 458). Pengertian lain diartikan secara istilah bahwa arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa diluar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa, di mana pihak penyelesaian sengketa tersebut memilih arbiter yang bersifat berdiri sendiri (*independent*) dan tidak berpihak (*impartial*), orang-orang tersebut akan memeriksa dan memutuskan terhadap sengketa tersebut (Nolan-Haley, 1992: 4).

Arbitrase sering digunakan terutama untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari kontrak komersial, khususnya kontrak dengan elemen internasional. Arbitrase akan dilaksanakan berdasarkan kesepakatan antara para pihak (biasanya tercantum dalam klausul perjanjian atau kontrak dalam sebuah sengketa), termasuk penentuan jumlah arbiter yang ditunjuk untuk mendengarkan dan memeriksa perselisihan baik berjumlah tunggal maupun majelis, serta menghasilkan putusan (*award*) yang pantas dan sesuai dengan pertimbangan yang matang (Harwood LLP, 2017: 2), karena sejatinya arbitrase memiliki tujuan yang sama dengan peradilan pada umumnya, yaitu demi tercapainya tujuan keadilan yang memberikan kemanfaatan bagi setiap subjek hukum (Klenen Wowor, 2015: 80).

Arbitrase memiliki ciri-ciri seperti litigasi, yakni adanya putusan yang mengikat meskipun dalam prosesnya, arbitrase memiliki kerahasiaan yang menjadi keunggulan arbitrase. Namun, terdapat pula ciri-ciri mediasi yang mana Arbitrase memiliki tekanan yang lebih ringan dan informal dalam proses persidangan. Dengan

demikian arbitrase seperti bentuk *hybrid* dari kedua hal diatas (Harwood LLP, 2017: 2).

b. Pengertian Arbitrase Komersial Internasional

Arbitrase Komersial adalah salah satu forum penyelesaian sengketa transaksi bisnis atau komersial antara para pihak diluar jalur pengadilan (Delich, 2020). Adapun dalam Kamus *Merriam-Webster* pengertian arbitrase komersial adalah “*arbitration by which disputes arising out of business contracts or transactions may be settled out of court by a special tribunal*” (<https://www.merriam-webster.com/dictionary/commercial%20arbitration#:~:text=Definition%20of%20commercial%20arbitration%20%3A%20arbitration%20by%20which,settled%20out%20of%20court%20by%20a%20special%20tribunal>, diakses pada 06 Desember 2020, pukul 21.54), yang dapat disimpulkan bahwa arbitrase yang menyelesaikan sengketa transaksi bisnis yang dapat diselesaikan diluar pengadilan oleh majelis arbitrase tertentu.

Bila dilihat dari segi keterikatan dengan unsur asing, maka hal tersebut menjadikan arbitrase komersial internasional merupakan forum arbitrase yang menyelesaikan perselisihan atau transaksi komersial yang memiliki keterkaitan dengan unsur asing. Pelaksanaan arbitrase komersial internasional ini dilakukan di luar negeri, sementara putusannya dilaksanakan di dalam negeri (Noch, 2020). Peranan badan arbitrase komersial dalam menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis di bidang perdagangan internasional maupun nasional semakin penting karena bagi kalangan pembisnis, cara menyelesaikan sengketa melalui badan arbitrase memberi keuntungan tersendiri dibanding melalui jalur litigasi. Terdapat beberapa keuntungan dalam memilih arbitrase. *Pertama*, *konfidensial*. Artinya, kerahasiaan para pihak yang bersengketa dalam arbitrase akan terjaga. Hal ini terkait dengan kredibilitas dan nama baik para pihak yang bersengketa. Ini berbeda dengan jalur litigasi yang mana terdapat asas terbuka untuk umum yang artinya siapa saja dapat mengetahui dan menyaksikan proses persidangan yang sedang berlangsung. *Kedua*, biaya arbitrase lebih murah dibanding melalui jalur litigasi karena melalui arbitrase penyelesaian

sengketa lebih singkat dan cepat. *Ketiga*, para pihak dapat memilih arbiter yang berdasarkan keyakinannya memiliki kemampan dan pengetahuan serta latar belakang yang memadai, sehingga dianggap memiliki akredibilitas tersendiri dalam menangani perkara yang dipersengketakan. Para pihak bisa langsung memilih arbiter untuk menyelesaikan sengketa mereka. Berbeda dengan jalur litigasi yang mana para pihak tidak bisa memilih majelis hakim untuk memeriksa dan memutuskan perkara. *Keempat*, para pihak dapat memilih pilihan hukum untuk penyelesaian sengketa mereka (*choice of law*) dan juga dapat memilih tempat di mana akan dilakukan persidangan arbitrase tersebut (*choice of forum*), yang hal ini telah diperjanjikan di dalam kontrak sebelum adanya sengketa maupun setelah atau saat sengketa timbul (Muhibuthabary, 2014: 106).

Penelitian ini berfokus pada arbitrase komersial internasional yang mana merupakan forum penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Berdasarkan *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, terminologi “*commercial*” harus ditafsirkan luas sehingga mencakup permasalahan-permasalahan yang timbul dari semua hubungan-hubungan yang bersifat komersial, maupun hubungan-hubungan yang bersifat kontraktual. Hubungan-hubungan yang bersifat komersial termasuk, namun tidak terbatas pada, transaksi-transaksi sebagai berikut: setiap transaksi perdagangan; perjanjian distribusi; perwakilan atau keagenan komersial; anjak piutang; *leasing*; pekerjaan konstruksi; *consulting*; *engineering*; *licencing*; investasi; pembiayaan; perbankan; asuransi; perjanjian eksploitasi atau konsensi; *joint venture* atau bentuk kerjasama bisnis atau industri lainnya; pengangkutan barang atau penumpang melalui udara, rel atau jalan (Ginting, 2016: 3). Contoh bentuk transaksi-transaksi diatas mencakup hubungan yang bersifat komersial maupun kontraktual.

c. Kedudukan Arbitrase

Kedudukan arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa di luar pengadilan ini tidak berarti bahwa arbitrase merupakan jalan alternatif dari pengadilan itu sendiri. Keduanya memiliki yurisdiksi untuk mengeluarkan putusan dan keduanya tidak berhak untuk saling memeriksa ulang putusan yang telah dikeluarkan. Hal tersebut disebabkan karena keduanya merupakan forum penyelesaian sengketa yang setara

dan masing-masing berdiri sendiri serta tidak saling intervensi satu sama lain. Begitu pun dengan arbitrase komersial internasional yang menjadi sebuah peradilan yang berwenang menyelesaikan sengketa komersial yang timbul dari adanya sebuah transaksi.

d. Jenis Lembaga Arbitrase Internasional

Lembaga arbitrase terdapat dua jenis yaitu: *pertama*, arbitrase *ad hoc*, yakni arbitrase yang dibentuk secara khusus untuk memutuskan sengketa tertentu (Harahap, 2004: 150). Arbitrase *ad hoc* ini bersifat insidentil, tidak permanen, dan tidak terikat oleh suatu lembaga arbitrase, yang berarti bahwa arbitrase *ad hoc* akan berakhir jika sengketa telah selesai diputuskan. Ciri adanya arbitrase *ad hoc*, dapat ditemukan dalam perjanjian arbitrase yang menyebutkan bahwa sengketa akan diselesaikan oleh arbitrase yang berdiri sendiri dan diluar institusi arbitrase. Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) *New York Convention* dirumuskan dengan istilah “*arbitrators appointed for each case*” yang bermakna bahwa arbiter ditunjuk untuk kasus tertentu untuk satu kali penunjukan. Setelah kasus selesai diputuskan, maka arbitrator akan berakhir kedudukannya sebagai arbitrator, karena hal demikian pun sesuai dengan fungsi dan kewenangannya yang bersifat *een matig* atau hanya satu kali.

Tidak terikatnya arbitrase *ad hoc* terhadap suatu lembaga institusi arbitrase, maka arbitrase *ad hoc* tidak memiliki aturan mekanisme baik mengenai pengangkatan para arbiter maupun mengenai tata cara pemeriksaan sengketa seperti halnya suatu lembaga institusi arbitrase. Dengan demikian, arbitrase *ad hoc* tunduk pada peraturan yang ditentukan dalam undang-undang. Namun, tidak menutup kemungkinan untuk mengikuti mekanisme berdasarkan aturan dari institusi arbitrase jika memang para pihak menghendaki dan sepakat untuk menggunakan aturan dari suatu institusi arbitrase tertentu.

Kedua, arbitrase institusional yang merupakan badan arbitrase sebagai sarana penyelesaian sengketa bersifat permanen dan dikelola secara tetap dan sesuai dengan sistem organisasi tertentu (Gautama, 1999: 43), arbitrase institusional yang bersifat permanen ini disebut sebagai *permanent arbitral body* (Gautama, 1986: 20). Pada umumnya, arbitrase memiliki aturan hukum formal tersendiri sebagai hukum acara

dalam rangka penyelesaian sengketa. Kedudukan arbitrase institusional terus menerus untuk jangka waktu yang tidak terbatas, serta tidak bergantung pada adanya suatu sengketa.

Arbitrase institusional yang ada di dunia hingga saat ini yang membuat ketentuan dalam mekanisme arbitrase adalah: Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), *Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, *International Chamber of Commerce (ICC)*; *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*; *London Court of International Arbitration (LCIA)*; *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*; *Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)*; *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*; *Asian International Arbitration Centre (AIAC)*; *Swiss Chambers Arbitration Institution (SCAI)*; dan lain-lain.

e. Prinsip-prinsip Arbitrase Internasional

1) Prinsip otonomi para pihak (*the doctrine of party autonomy*)

Prinsip otonomi para pihak adalah kebebasan para pihak dalam memilih hukum dalam kontrak (Fagbemi, 2015: 227). Dalam arbitrase komersial internasional, para pihak dalam perjanjian arbitrase bebas tidak hanya untuk memilih hukum yang berlaku saja tetapi juga untuk melakukan proses arbitrase (Shackelford, 2006: 900). Perjanjian arbitrase adalah sumber utama arbitrase dan bukti terkuat dari prinsip ini.

2) Prinsip *kompetenz-kompetenz*

Prinsip *kompetenz-kompetenz* mengacu pada kewenangan arbitrase, atau “kompetensi” untuk memutuskan yurisdiksinya sendiri, meskipun tidak dengan finalitas (Barceló, 2017: 1).

3) Prinsip pemisahan (*the doctrine of separability*)

The doctrine of separability menganggap perjanjian arbitrase terpisah dari kontrak yang menjadi bagiannya. Selain itu, klausul arbitrase mungkin memiliki keberadaan terpisah tidak hanya ketika kontrak utama telah berakhir tetapi juga saat ada peristiwa genting seperti *force majeure* atau mengenai keabsahan kontrak maupun perjanjian arbitrase (Huda, 2009: 9).

4) Prinsip tempat kedudukan (*the seat principle*)

The seat principle adalah penentuan pemilihan hukum acara arbitrase dan peraturan perundangan terkait yang mengikat ditentukan oleh kesepakatan para pihak dan diatur oleh hukum negara di mana tempat arbitrase berlangsung (Pasal V (1) *New York Convention*).

5) Prinsip keseimbangan (*the principle of equal treatment*)

Prinsip keseimbangan merupakan dasar gagasan keadilan, dalam arbitrase internasional seperti dalam sistem adjudikatif manapun (Hart, 1961: 156). Konvensi arbitrase, aturan dan hukum nasional dengan suara bulat memberlakukan persyaratan, baik tersurat maupun tersirat, bahwa para pihak diperlakukan sama selama proses arbitrase (Scherer, Prasad, dan Prokic, 2018: 1). Seperti dalam *UNCITRAL Model Law*, menjamin perlakuan yang sama dalam istilah yang lebih eksplisit. Berdasarkan Pasal 18 *UNCITRAL Model Law* menetapkan bahwa “para pihak harus diperlakukan dengan setara dan masing-masing pihak harus diberi kesempatan penuh untuk menyampaikan kasusnya”.

6) Prinsip final dan mengikat (*final and binding*)

Keputusan yang dikeluarkan oleh arbitrase bersifat final, mengikat dan tidak dapat diajukan upaya hukum lanjutan atau banding. Upaya hukum yang dapat dilakukan hanya sebatas pembatalan putusan arbitrase (*annulment of the award*) (Sefriani, 2018: 47).

7) Prinsip *pacta sunt servanda*

Pacta sunt servanda merupakan salah satu norma dasar (*grundnorm; basic norm*) dalam hukum, dan erat kaitannya dengan asas itikad baik untuk menghormati atau mentaati perjanjian (Purwanto, 2009: 163).

8) Prinsip *bonafide*

Bonafide merupakan suatu pilihan hukum harus didasarkan pada itikad baik yang bertujuan kepastian, perlindungan yang adil dan jaminan yang lebih pasti bagi pelaksanaan akibat-akibat transaksi dari suatu perjanjian (Alviotika, Mulia dan Hamidah, 2013: 3).

9) Prinsip itikad baik (*good faith*)

Itikad baik pada dasarnya adalah prinsip “keterbukaan dan keadilan”. Dalam konteks arbitrase internasional, prinsip umum itikad baik membebaskan kewajiban positif pada para pihak untuk bekerja sama sehingga para pihak mematuhi “kewajiban untuk bertindak dengan adil, masuk akal, dan dengan kesopanan dalam pembentukan dan pelaksanaan sebuah perjanjian untuk menengahi sengketa (Kotuby Jr. dan Sobota, 2017: 88).

10) Prinsip *audi et alteram partem*

Kaitannya dengan proses arbitrase, prinsip ini berarti bahwa para pihak yang berperkara dalam suatu proses arbitrase, harus diperlakukan sama oleh arbiter dan setara dalam kedudukan di dalam proses arbitrase (Ali, 1983: 524). Maka, haruslah para pihak yang berada dalam sebuah sengketa memperoleh kesempatan yang sama untuk menang dan kesempatan yang sama untuk kalah.

11) Prinsip kerahasiaan (*confidentiality*)

Prinsip kerahasiaan berkenaan dengan proses arbitrase yang mana setiap tahap dilakukan secara tertutup mulai dari pemeriksaan *statement of claim*, *statement of defence*, *dokumen*, *saksi* dan ahli maupun *oral hearing* dengan para pihak sehingga hanya orang-orang tertentu yang diperbolehkan hadir yaitu para pihak, utusan atau kuasa para pihak, arbiter, serta para saksi (Tien F., 2009: 46).

4. Konsep Perjanjian Arbitrase

a. Pengertian Perjanjian Arbitrase

M. Yahya Harahap menyatakan bahwa: “Perjanjian arbitrase merupakan ikatan kesepakatan di antara para pihak, bahwa mereka akan menyelesaikan perselisihan yang timbul dari perjanjian oleh badan arbitrase. Para pihak sepakat untuk tidak mengajukan persengketaan yang terjadi ke badan peradilan” (M. Yahya Harahap, 2004). Perjanjian arbitrase adalah fondasi dari arbitrase itu sendiri. Perjanjian arbitrase ini mencatat kesepakatan para pihak untuk menyerahkan sengketa melalui jalur arbitrase. *New York Convention* tidak mendefinisikan perjanjian arbitrase itu sendiri, di dalamnya hanya mengatur bahwa perjanjian arbitrase harus

commit to user

secara tertulis. Namun, berdasarkan Pasal 7 *UNCITRAL Model Law*, perjanjian arbitrase adalah “*an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain dispute which have arisen or which may arise between them in connection with a defined legal relationship, whether contractual or not*”. Hal ini dapat disimpulkan bahwa perjanjian arbitrase merupakan perjanjian yang dibuat oleh para pihak untuk membawa sengketa yang timbul diantara mereka ke dalam arbitrase, dengan hukum yang telah ditentukan didalamnya. Dapat juga disimpulkan bahwa, perjanjian arbitrase adalah klausul dalam kontrak yang mewajibkan para pihak untuk menyelesaikan sengketa mereka melalui proses arbitrase dengan tujuan untuk mengatur metode untuk menyelesaikan setiap kemungkinan perselisihan di masa depan (Daouda, 2016: 16).

Terdapat 2 (dua) bentuk perjanjian arbitrase, yaitu *pactum de compromittendo* dan *acta compromise* (Sulistianingsih dan Pujiono, 2020: 8). *Pactum de compromittendo* merupakan suatu perjanjian arbitrase yang dibuat para pihak sebelum terjadinya sengketa (Endrik, 2018: 79). Para pihak sudah sepakat untuk menyerahkan penyelesaian sengketa atau mungkin yang akan terjadi di kemudian hari kepada lembaga arbitrase, sedangkan *acta compromise* merupakan suatu perjanjian arbitrase yang dibuat para pihak setelah timbulnya sengketa (Endrik, 2018: 80). Para pihak membuat kesepakatan baru diluar kontrak inti untuk menyelesaikan sengketa, kesepakatan ini dilakukan setelah adanya sengketa antara para pihak.

b. Fungsi Perjanjian Arbitrase

Perjanjian arbitrase adalah fondasi dalam arbitrase komersial yang memenuhi beberapa fungsi penting dalam proses arbitrase (Redfern dan Hunter, 1991: 275). *Pertama* dan paling vital dari perjanjian arbitrase dalam konteks sekarang adalah menunjukkan bahwa para pihak telah setuju untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase. *Kedua*, perjanjian arbitrase juga merupakan sumber dasar kekuasaan arbitrer. *Ketiga*, perjanjian arbitrase menetapkan yurisdiksi majelis arbitrase. Dengan demikian, perjanjian arbitrase adalah satu-satunya sumber di mana yurisdiksi arbitrase berasal (Huda, 2009: 4). Secara lebih ringkas, menurut M Yahya Harahap menyatakan bahwa perjanjian arbitrase hanya merupakan perjanjian asesor yang

commit to user

berisi persyaratan khusus mengenai cara penyelesaian perselisihan yang timbul dari perjanjian pokok (Harahap, 1999: 96).

c. Keabsahan Perjanjian Arbitrase

Terminologi sah berdasarkan *Black's Law Dictionary* adalah “*Of binding force. A deed, will, or other instrument, which has received all the formalities required by law, is said to be valid*” (<https://thelawdictionary.org/valid/>, diakses pada 06 Desember 2020, pukul 21.23). Hal ini dapat diartikan bahwa sah adalah kekuatan mengikat atas sebuah instrument yang telah memenuhi kesesuaian yang diwajibkan berdasarkan hukum yang berlaku. Dengan demikian, keabsahan perjanjian arbitrase harus telah memenuhi kesesuaian berdasarkan hukum yang berlaku untuk dikatakan sebagai sah.

Perjanjian arbitrase dapat dianggap sah ataupun valid harus berdasarkan kualifikasi dan persyaratan tertentu yang dapat dilihat berdasarkan ketentuan-ketentuan badan arbitrase pilihan para pihak ataupun secara umum dapat merujuk pada aturan ataupun konvensi internasional yang berlaku secara umum. Dalam merancang kontrak ataupun perjanjian, para pihak diberikan keleluasaan dalam menyusun kontrak mereka itu sendiri, hal ini sering disebut dengan asas kebebasan dalam berkontrak. Asas ini dapat disimpulkan bahwa orang leluasa untuk membuat perjanjian apa saja asal tidak melanggar ketertiban umum atau kesusilaan. Segala perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai hukum bagi mereka yang membuatnya dalam hal ini berarti mengikat kedua belah pihak (Mukhidin, 2010: 5). Sumber dari kebebasan berkontrak adalah kebebasan individu sehingga yang merupakan titik tolaknya adalah kepentingan individu pula (Budiawati, 2015: 279).

Keabsahan perjanjian arbitrase dapat dilihat dari para pihak yang menandatangani kontrak yang mengandung perjanjian arbitrase. Selain sebagai tanda kesepakatan para pihak, hal ini pada dasarnya para pihak menandatangani dua perjanjian yang berbeda (Ustinov, 2016: 5). Artinya, perjanjian arbitrase dengan kontrak merupakan hal yang terpisah. Ini membawa konsekuensi bahwa perjanjian arbitrase tidak akan mempengaruhi berakhirnya kontrak inti, begitupun sebaliknya. Hal ini berdasarkan *principle of separability* atau asas keterpisahan yang bertujuan

commit to user

untuk membiarkan klausul arbitrase beropreasi secara independen dari kontrak inti. Keabsahan perjanjian arbitrase tidak dapat dibatalkan begitu saja kecuali oleh pengadilan yang menetapkan perjanjian batal demi hukum (*null and void*), tidak berlaku (*inoperative*), atau tidak dapat diberlakukan (*incapable of being performed*).

d. Perjanjian Arbitrase Asimetris

Nesbitt dan Quinlan menyatakan bahwa, “*Unilateral arbitration clause is a clause under which the parties bound by it are restricted to bringing proceedings in a particular jurisdiction, while at the same time providing one or more parties the option to elect that the dispute be referred to arbitration*” (Nesbitt dan Quinlan, 2006: 133). Adapun pendapat menurut Louise Merrett, yang menyatakan bahwa “*Asymmetrical jurisdiction clauses are clauses which contain different provision regarding jurisdiction for each party*” (Merrett, 2017: 1). Dapat disimpulkan bahwa perjanjian arbitrase asimetris adalah klausul arbitrase yang membatasi pihak untuk mengajukan persidangan ke yurisdiksi tertentu dan dalam waktu yang bersamaan, klausul tersebut memberikan kesempatan pihak lain lebih banyak untuk mengajukan persidangan ke beberapa yurisdiksi, sehingga setiap pihak memiliki batasan masing-masing yang ditentukan secara berbeda dan tidak seimbang.

Perjanjian arbitrase pada umumnya akan menetapkan bahwa semua sengketa antara para pihak dalam suatu perjanjian harus diselesaikan melalui arbitrase. Hal ini dapat dikategorikan sebagai perjanjian arbitrase “simetris” karena para pihak terikat untuk menengahi semua sengketa yang muncul melalui arbitrase. Sebaliknya, perjanjian arbitrase “asimetris” atau istilah lain seperti “*unilateral/one-sided/optional/hybrid*” mengandung unsur opsionalitas untuk kepentingan salah satu pihak (Deyan, 2014: 19). Dengan kata lain, salah satu pihak memiliki opsi untuk memilih metode penyelesaian sengketa di antara para pihak dengan arbitrase sebagai salah satunya (Kennedy, 2017: 1). Terminologi “asimetris” atau “*unilateral*” dalam perjanjian arbitrase menunjuk pada hak eksklusif salah satu pihak dalam memilih penyelesaian sengketa (Zelst, 2018: 77). Perjanjian arbitrase asimetris ini biasanya digunakan oleh para pihak dalam menyelesaikan sengketa dibidang keuangan atau pembiayaan dan konstruksi (Respondek dan Löwentel, 2020).

Berdasarkan pilihan para pihak yang bersepakat untuk memilih jalur alternatif melalui arbitrase, para pihak diberikan kebebasan mengatur alternatif lain di dalam arbitrase, hal ini disebut sebuah jalur alternatif dalam alternatif. Artinya, arbitrase yang merupakan alternatif penyelesaian sengketa, kini dengan alternatif perjanjian arbitrase dapat menjadikan sebuah alternatif dari arbitrase itu sendiri (Ustinov, 2016: 16). Alternatif perjanjian arbitrase memiliki dua jenis alternatif: (1) memberikan beberapa pilihan institusi arbitrase dan (2) memberikan pilihan antara insitutsi arbitrase dan pengadilan negeri.

Merujuk pada deskripsi di atas, perjanjian arbitrase asimetris dapat dikelompokkan ke dalam perjanjian arbitrase yang memberikan pilihan untuk para pihak antara institusi arbitrase dan pengadilan negeri. Namun, sifat asimetris di sini adalah adanya unsur keberpihakan (*one-sided*) untuk salah satu pihak.

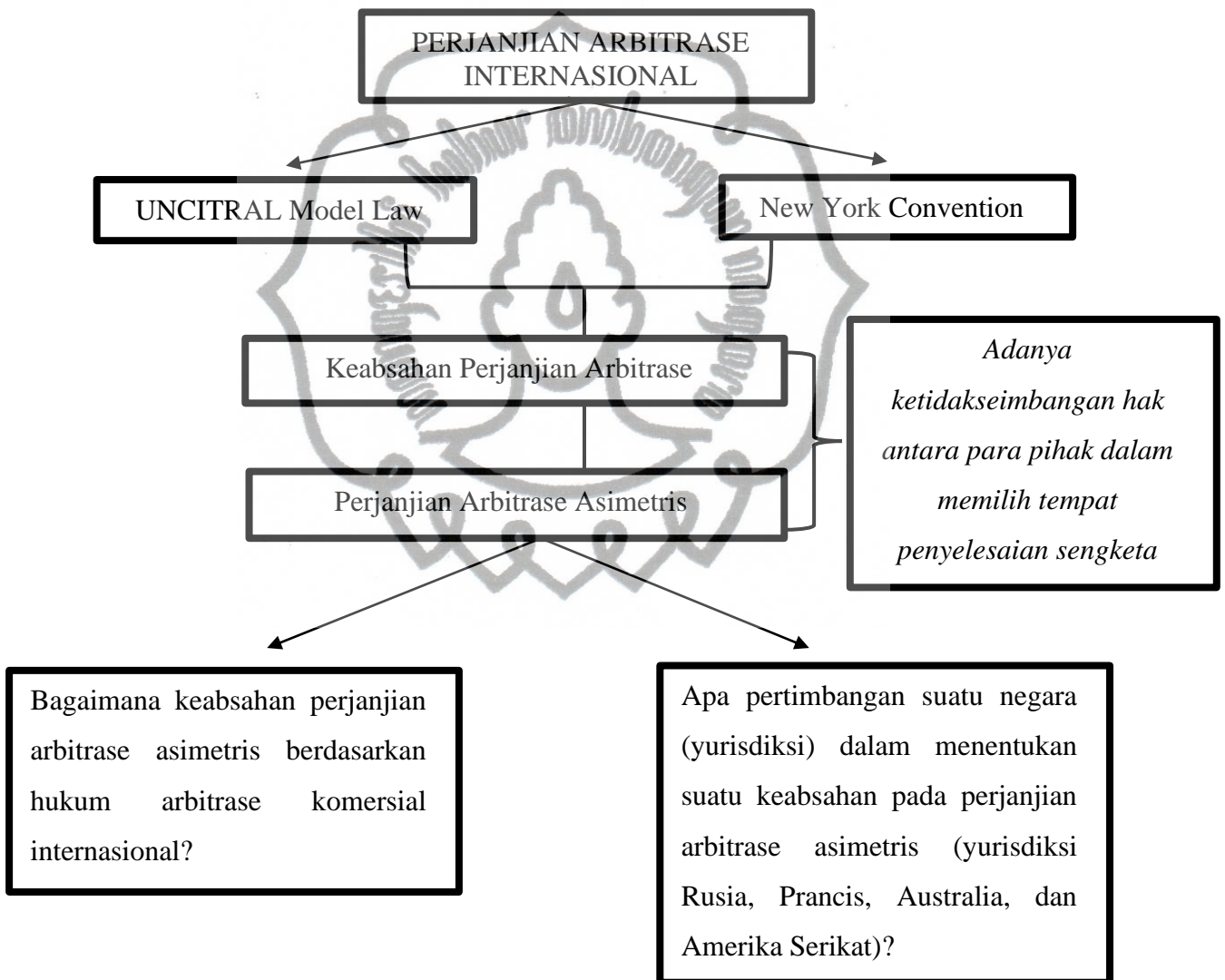
Contoh perjanjian arbitrase asimetris dapat dilihat sebagai berikut: *“The courts of England shall have jurisdiction to settle any dispute which may arise out of or in connection with this Agreement but [Party A] shall have the option of bringing any dispute hereunder to arbitration...”* (Born, 2013). Berdasarkan contoh bentuk perjanjian arbitrase asimetris ini, memberikan pilihan pengadilan di Inggris sebagai jalur penyelesaian sengketa utama, namun memberikan pilihan lain untuk Pihak A dapat membawa sengketa ke arbitrase.

Adapun dalam bentuk lain, dalam salah satu kasus di tahun 2017 antara *WilsonTaylor Asia Pacific Pte Ltd vs. Dyna-Jet Pte Ltd* terdapat perjanjian arbitrase Asimetris sebagai berikut: *“Any claim or dispute of terms of the Contract shall be settled amicably between the Parties by mutual consultation. If no amicable settlement is reached through discussions, at the election of Dyna-Jet, the dispute may be referred to and personally settled by means of arbitration proceedings”*. Berdasarkan perjanjian arbitrase dalam kasus tersebut, hanya *Dyna-Jet* saja yang memiliki hak untuk membawa sengketa ke dalam proses jalur arbitrase.

Selain itu, dapat dilihat dalam bentuk lain ialah sebagai berikut: *“...The Agreement to arbitrate shall not apply with respect to the Lender's rights to submit and pursue in a court of law any action related to the collection of the debts”* (Arnold

vs. United Companies Lending Corporation, 1998). Contoh bentuk perjanjian arbitrase asimetris ini memperlihatkan bahwa arbitrase sebagai jalur utama dalam menyelesaikan sengketa, namun diberikan pilihan lain kepada pihak pemberi pinjaman untuk membawa sengketa ke jalur pengadilan.

B. Kerangka Pemikiran



Keterangan:

Perjanjian arbitrase internasional didasarkan pada *New York Convention* dan *UNCITRAL Model Law*. Kedua instrumen hukum internasional tersebut menjadi

dasar hukum akan keabsahan sebuah perjanjian arbitrase internasional. Kini, terdapat bentuk perjanjian arbitrase yang bersifat asimetris karena adanya unsur ketidakseimbangan antara para pihak dalam hal akses memilih forum penyelesaian sengketa. Ketidakseimbangan ini berpotensi menjadi sengketa antar pihak, bahkan sudah terdapat kasus-kasus kontroversial mengenai keabsahan sebuah perjanjian arbitrase asimetris, karena terjadi perbedaan putusan dalam hal pemberian keabsahan pada perjanjian arbitrase asimetris.

Merujuk pada permasalahan diatas, dikerucutkan menjadi 2 (dua) isu permasalahan akan bagaimana keabsahan perjanjian arbitrase asimetris dan apa yang menjadi pertimbangan suatu negara (yurisdiksi) dalam memberikan keabsahan perjanjian arbitrase asimetris. Isu permasalahan tersebut menjadi inti bahasan dalam penulisan hukum.

