BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kajian tentang Fungsi Hukum Sebagai Penyelesaian Sengketa

Dalam masyarakat, fungsi hukum berkembang sebagai sarana penyelesaian konflik (*conflict settlement*). Dimana ada beberapa cara menyelesaikan suatu konflik dalam masyarakat, yaitu dapat menggunakan cara formal yang biasa disebut pengadilan, dan adapula yang dilakukan secara kekeluargaan terkait dengan para pihak yang terlibat konflik dengan meminta bantuan pihak ketiga. Fungsi hukum lainnya adalah sebagai sarana kontrol sosial dimana yang pada dasarnya memaksa masyarakat agar berperilaku sesuai dengan hukum yang berlaku, dan juga memandang hukum sebagai rekayasa sosial, sarana pengintegrasi sosial, dan sebagai sarana pemberdayaan sosial. Sebagaimana dikemukakan oleh Soerjono Soekanto bahwa fungsi hukum sebagai "sarana untuk memperlancar proses interaksi sosial, maka konflik-konflik diharapkan akan dapat diselesaikan dengan baik.[1]

B. Kajian Tentang Sengketa

Dalam kosakata Inggris terdapat dua istilah, yaitu *"conflict"* dan *"dispute"* yang kedua-duanya mengandung pengertian tentang adanya perbedaan kepentingan diantara kedua pihak atau lebih, tetapi keduanya dapat dibedakan. Kosakata *"conflict"* sudah diserap ke dalam bahasa Indonesia menjadi "konflik", sedangkan kosakata *"dispute"* dapat diterjemahkan dengan kosakata "sengketa". Konflik dapat diartikan dengan situasi dimana kedua

[1] Abdurrahman, 2002, **"Peranan Hukum dalam Penanggulangan Konflik Sosial". Artikel dalam Jurnal Syariah. Nomor 1. Tahun 2. Banjarmasin: Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri, h.5.** dalam Rachmadi Usman, **Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, hal.1**

pihak atau lebih dihadapkan pada perbedaan kepentingan, tidak akan berkembang menjadi sebuah sengketa apabila pihak yang meraasa dirugikan hanya memendam perasaan tidak puas atau keprihatinan. Sebuah konflik berubah atau berkembang menjadi sebuah sengketa bilamana pihak yang merasa dirugikan telah menyatakan rasa tidak puas atau keprihatinannya, baik secara langsung kepada pihak yang dianggap sebagai penyebab kerugian maupun kepada pihak lainnya[2]. Sengketa atau konflik hakikatnya merupakan bentuk dari suatu perbedaan dan/atau pertentangan dua belah pihak atau lebih.

C. Kajian Tentang Penyelesaian Sengketa

a. Sejarah ADR

ADR merupakan istilah yang pertama kali dimunculkan di Amerika Serikat. Konsep ini merupakan jawaban atas ketidakpuasan *(dissatisfaction)* yang muncul di masyarakat Amerika Serikat terhadap sistem pengadilan mereka. Ketidakpuasan tersebut bersumber pada persoalan-persoalan waktu yang dibutuhkan sangat lama dan biaya mahal serta diragukan kemampuannya menyelesaikan secara memuaskan kasus-kasus yang bersifat rumit. Pada intinya, ADR dikembangkan, baik oleh para praktisi hukum maupun para akademisi sebagai cara penyelesaian sengketa yang lebih memiliki akses pada keadilan.[3]

Latar belakang penggunaan ADR di Amerika Serikat sebagai representasi industri dan ekonomi maju serta negara-negara yang menganut akar budaya

---

[2] Mochamad Basarah, **Prosedur Alternatif Penyelesaian Sengketa Arbitrase Tradisional dan Modern (online)**, 2011, Genta Publishing, Yogyakarta.

[3] Mas Achmad Santosa. 1995. Alternative Dispute Resolution (ADR) di Bidang Lingkungan Hidup. Jakarta: Departemen Kehakiman dan The Asia Foundation, hlm.1 dalam Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan,** PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.6.

non-konfrontatif yang pada umumnya dimiliki oleh negara-negara yang sedang berkembang, terdapat beberapa perbedaan. Penggunaan ADR di negara maju disebabkan karena ketidakpuasan penyelesaian sengketa melalui sistem pengadilan, sedangkan di negara berkembang adalah karena menuju masyarakat yang stabil dan sekaligus jalan cepat menuju keadilan (proses cepat dan biaya murah). Sistem pengadilan dianggap tidak memenuhi kebutuhan yang disebutkan.[4]

ADR itu sendiri adalah penyelesaian sengketa dengan mengedepankan musyawarah untuk mencapai mufakat oleh para pihak, secara kekeluargaan, dan secara damai agar tercipta keadilan yang dirasa cukup oleh para pihak yang bersengketa.

b. Penyelesaian Sengketa secara Litigasi

Pengertian masing-masing lembaga penyelesaian sengketa di atas sebagai berikut:

a. Konsultasi, yaitu suatu tindakan yang bersifat "personal" antara suatu pihak tertentu (klien) dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan, yang mana pihak konsultan memberikan pendapatnya kepada klien sesuai dengan keperluan dan kebutuhan kliennya.[5]
b. Negosiasi, yaitu suatu upaya penyelesaian sengketa para pihak tanpa melalui proses pengadilan dengan tujuan mencapai

[4] Mas Achmad Santosa. 1995. Mekanisme Penyelesaian Sengketa Lingkungan Secara Kooperatif (Alternative Dispute Resolution), Jakarta: Indonesia Center for Environmental Law,hlm.1 dalam Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan,** PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.7.

[5] Frans Hendra Winarta. 2012. Hukum Penyelesaian Sengketa. Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 7-8

kesepakatan bersama atas dasar kerja sama yang lebih harmonis dan kreatif.[6]

c. Mediasi, yaitu cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.[7]

d. Konsiliasi, yaitu penengah akan bertindak menjadi konsiliator dengan kesepakatan para pihak dengan mengusahakan solusi yang dapat diterima.[8]

e. Penilaian Ahli, yaitu pendapat para ahli untuk suatu hal yang bersifat teknis dan sesuai dengan bidang keahliannya.[9]

c. Penyelesaian Sengketa secara Non Litigasi

Penyelesaian sengketa secara non-litigasi adalah cara menyelesaikan sengketa di luar pengadilan. Oleh karena itu APS sering pula disebut alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Beberapa bentuk APS yang adalah Mediasi**,** Negosiasi dan Arbitrase[10].

a. **Mediasi:** penyelesaian masalah melalui perundingan di antara para pihak yang bersengketa dengan bantuan pihak ke-3 yang netral dan independen, yang disebut Mediator, yang dipilih sendiri oleh para pihak. Mediator tidak dalam posisi dan kewenangan memutus sengketa. Dia hanya fasilitator pertemuan guna membantu masing-masing pihak memahami perspektif, posisi dan kepentingan pihak lain dan bersama-sama mencari solusi yang bisa diterima.

[6] Ibid.hlm 7-8
[7] Ibid.
[8] Ibid.
[9] Ibid.
[10] http://www.bapmi.org/in/ref_articles7.php , diakses pada tanggal 10 maret 2014

Lovenheim (1996: 1.4) menambahkan "*the goal is not truth finding or law imposing, but problem solving*". Oleh karena itu Mediasi dianggap berhasil apabila para pihak dapat mencapai perdamaian.[11]

b. **Negosiasi:** penyelesaian sengketa dengan mengadakan negosiasi kepada para pihak untuk mempertahankan hak-hak yang seharusnya diperoleh dan untuk mendapatkan "win-win solution" secara damai.

c. **Arbitrase:** penyelesaian sengketa dengan menyerahkan kewenangan untuk memeriksa dan mengadili sengketa pada tingkat pertama dan terakhir kepada pihak ketiga yang netral dan independen, yang disebut Arbiter.[12]

Arbiter (berbentuk majelis atau tunggal) mempunyai tugas dan kewenangan memeriksa dan memutus sengketa yang diajukan kepadanya. Putusan Arbitrase bersifat final serta mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak (UU No. 30/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa).

Arbitrase mirip dengan Pengadilan, dan Arbiter mirip dengan Hakim, tetapi ada beberapa perbedaan mendasar[13]:

(1) Pengadilan bersifat terbuka, Arbitrase bersifat tertutup;

(2) Mengajukan tuntutan ke Pengadilan tidak membutuhkan persetujuan pihak lawan, tuntutan ke Arbitrase harus didasari Perjanjian Arbitrase;

(3) Proses Pengadilan formal dan kaku, Arbitrase lebih fleksibel;

(4) Hakim pada umumnya *generalist*, Arbiter dipilih atas dasar keahlian;

[11] http://www.bapmi.org/in/ref_articles7.php , diakses pada tanggal 10 maret 2014
[12] Ibid.
[13] Ibid.

(5) Putusan Pengadilan masih bisa diajukan banding, kasasi dan PK, putusan Arbitrase bersifat final dan mengikat;

(6) Hakim mengenal yurisprudensi, Arbiter tidak mengenal hal tersebut;

(7) Hakim cenderung memutus perkara atas dasar ketentuan hukum, Arbiter dapat pula memutus atas dasar keadilan dan kepatutan.

Para pihak tidak perlu ragu memilih APS karena APS mendapatkan pengakuan dalam sistem hukum Indonesia, antara lain: Keppres No. 34/1981 (ratifikasi atas *New York Convention*); UU No. 4/2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang tidak menutup kemungkinan penyelesaian perkara dilakukan di luar peradilan negara; dan UU No. 30/1999 yang telah disebutkan. Di samping itu, pengadilan dan Mahkamah Agung juga telah banyak memberikan dukungan terhadap Arbitrase, baik dalam bentuk penguatan/pengakuan terhadap Perjanjian Arbitrase, penegasan terhadap kompetensi absolut Arbitrase, dan juga pelaksanaan putusan Arbitrase[14].

D. Tinjauan tentang Arbitrase

a. Istilah dan pengertian

Istilah arbitrase berasal dari "*arbitrare*" (Latin), "*arbitrage*" (Belanda), *"arbitration*" (Inggris), *"schiedspruch"* (Jerman), dan *"arbitrage"* (Prancis), yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan atau damai oleh arbiter atau wasit.[15]

[14] http://www.bapmi.org/in/ref_articles7.php , diakses pada tanggal 10 maret 2014

[15] R. Subekti. 1992. **Arbitrase Perdagangan. Bandung: Binacipta, h.1 dan M.N. Purwosutjipto. 1992. Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia Buku Kedelepan: Perwasitan, Kepailitan dan Penundaan Pembayaran. Jakarta: PT Djambatan, h.1** dalam Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan**, PT Citra Aditya Bakti, Bandung

Berikut adalah sejumlah batasan pengertian arbitrase menurut para ahli hukum :[16]

a) Frank Elkoury dan Edna Elkoury dalam bukunya *How Arbitration Works* mengartikan : "Arbitration adalah suatu proses yang mudah atau simple yang dipilih oleh para pihak secara sukarela yang ingin agar perkaranya diputus oleh juru pisah yang netral sesuai dengan pilihan mereka di mana keputusan mereka berdasarkan dalil-dalil dalam perkara tersebut. Para pihak setuju sejak semula untuk menerima putusan tersebut secara final dan mengikat."[17]

b) Menurut Gary Goodpaster : *"Arbitration is the private adjudication of disputes parties, anticipating possible disputes or experiencing an actual dispute agree to submit their dispute to a decision maker they in some fashion select."*[18]

c) Menurut R. Subekti : "Arbitrase adalah penyelesaian atau pemutusan sengketa oleh seorang hakim atau para hakim berdasarkan persetujuan bahwa para pihak akan tunduk pada atau menaati keputusan yang diberikan oleh hakim atau para hakim yang mereka pilih atau tunjuk tersebut."[19]

---

[16] Rachmadi Usman, 2013. Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung

[17] R. Subekti, ibid**. Dalam M. Husseyn Umar dan A. Supriyani Kardono, 1995, Hukum dan Lembaga Arbitrase di Indonesia, Jakarta: Komponen Hukum Ekonomi ELIPS Project, h.2** dalam Rachmadi Usman, 2013. Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung

[18] Gary Goodpaster**, 1993, *Outline Commercial Arbitration and International Commercial Arbitration*, Jakarta: ELIPS Project, h.1** dalam Rachmadi Usman, 2013. Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung

[19] R. Subekti**, *loc. cit*** dalam Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan**, PT Citra Aditya Bakti, Bandung

d) Menurut M.N. Purwosutjipto : "Perwasitan adalah suatu peradilan perdamaian, dimana para pihak bersepakat agar perselisihan mereka tentang hak pribadi yang mereka dapat mereka kuasai sepenuhnya, diperiksa dan diadili oleh hakim yang tidak memihak, yang ditunjuk oleh para pihak sendiri dan putusannya mengikat bagi kedua belah pihak."[20]

e) Menurut Abdulkadir Muhammad : "Arbitrase adalah bagian dari peradilan swasta di luar lingkup peradilan umum, yang dikenal khusus dalam dunia perusahaan. Arbitrase adalah peradilan yang dipilih dan ditentukan sendiri secara sukarela oleh pihak-pihak pengusaha yang bersengketa. Penyelesaian sengket di luar pengadilan negara merupakan kehendak bebas pihak-pihak. Kehendak bebas ini dapat dituangkan dalam perjanjian tertulis yang mereka buat sebelum atau sesudah terjadi sengketa sesuai dengan asas kebebasan berkontrak dalam hukum perdata."[21]

f) Menurut Z. Azikin Kusumah Atmadja : "Arbitration is the business community's self regulatory practice of dispute settlement."[22]

Batasan dalam arbitrase diatas, satu sama lain tidak begitu berbeda. Jadi, dapat ditarik kesimpulkan bahwa arbitrase merupakan salah satu cara penyelesaian sengketa di luar peradilan umum yang didasarkan atas perjanjian tertulis dari pihak yang bersengketa, disamping melalui mediasi,

---

[20] M.N. Purwosutjipto**,** ***loc. cit,*** dalam Rachmadi Usman, 2013. Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung

[21] Abdulkadir Muhammad, 1993, **Pengantar Hukum Perusahaan Indonesia, Bandung, PT Citra Aditya Bakti, hlm.276** dalam Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan,** PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.139.

[22] R. Subekti, po.cit., h.2 dalam Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan**, PT Citra Aditya Bakti, Bandung.

dan negosiasi. Namun, tidak semua penyelesaian sengketa dapat diselesaikan secara arbitrase kecuali sengketa perdagangan yang dikuasai oleh para pihak yang bersengketa.

a. Kelebihan Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase

Pada umumnya di kalangan dunia usaha dan dagang menggunakan lembaga arbitrase ini dalam rangka penyelesaian sengketa usaha dan dagang yang terjadi daripada menyelesaikannya melalui lembaga litigasi atau pengadilan. Kelebihan dalam menggunakan arbitrase, antara lain adalah: [23]

1. Dijamin kerahasiaan sengketa para pihak
2. Dapat dihindari kelambatan yang diakibatkan karena hal prosedural dan administratif
3. Para pihak dapat memilih arbiter yang menurut keyakinannya mempunyai pengetahuan , pengalaman, latar belakang yang cukup mengenai masalah yang disengketakan , serta jujur dan adil.
4. Para pihak dapat menentukan pilihan hukum untuk menyelesaikan masalahnya serta proses dan tempat penyelenggaraan arbitrase
5. Putusan arbitrase merupakan putusan yang mengikat para pihak dan dengan melalui tata cara (prosedur) sederhana saja ataupun langsung dapat dilaksanakan.

b. Kekurangan Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase

Kekurangan dari penyelesaian sengketa melalui arbitrase :[24]

1. Arbitrase belum dikenal secara luas, baik oleh masyarakat awam maupun masyarakat bisnis.

[23] Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan,** PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.143.
[24] Ibid, hlm.144

2. Masyarakat belum menaruh kepercayaan yang memadai sehingga enggan memasukkan perkaranya kepada lembaga-lembaga arbitrase. Hal ini dapat dilihat dari sedikitnya perkara yang diajukan dan diselesaikan melalui lembaga arbitrase yang ada.
3. Lembaga arbitrase dan ADR tidak mempunyai daya paksa atau kewenangan meakukan eksekusi putusannya.
4. Kurangnya kepatuhan para pihak terhadap hasil-hasil penyelesaian yang dicapai dalam arbitrase sehingga mereka sering kali mengingkari dengan berbagai cara, baik dalam teknik mengulur-ulur waktu, perlawanan, gugatan pembatalan, dan sebagainya.
5. Kurangnya para pihak memegang etika bisnis. Sebagai suatu mekanisme extra judicial sehingga arbitrase hanya dapat bertumpu di atas etika bisnis, seperti kejujuran dan kewajaran.

Namun dalam dunia nyata apa yang telah disebutkan diatas tidak semuanya mengandung kebenaran, sebab ada beberapa negara yang melakukan proses di pengadilan lebih cepat daripada menggunakan proses arbitrase. Kelebihan arbitrase dibanding dengan pengadilan adalah sifat kerahasiaannya karena keputusannya tidak dipublikasikan, sehingga penyelesaian sengketa melalui arbitrase masih lebih diminati daripada dengan menggunakan litigasi, terutama untuk kontrak bisnis atau dagang yang bersifat internasional.

c. Sejarah dan Perkembangan Arbitrase di Indonesia

Perkembangan arbitrase ditandai dengan lahirnya Jay Treaty pada tahun 1794, yang merupakan perjanjian antara Amerika dan Inggris. Perjanjian ini

bertujuan untuk menanggulangi perselisihan dagang yang terjadi antara warga mereka. Cara penyelesaian lama yang didasarkan pada sistem saluran diplomatik sering mengecewakan. Penyelesaian ini cenderung dipengaruhi kepentingan politik (*political concideration*). Cara dan sistem ini yang dirombak oleh Jay Treaty sehingga dicapai kesepakatan untuk membentuk suatu institusi yang berbentuk "*mixed commissions*" yang berfungsi untuk menyelesaikan sengketa dagang secara hukum. Cara penyelesaian lama yang berkarakter politik dan diplomatik ini kemudian digeser ke arah sistem penyelesaian yang berkarakter yuridis. *Mixed commission* berkembang dan menjadi cikal bakal arbitrase nasional dan internasional, dimana masing-masing negara mengakuinya sebagai *extrajuducial*, penyelesaian sengketa dilakukan berdasar rule yang disepakati, putusan langsung *final and binding*, serta putusan dapat dipaksakan eksekusinya oleh pengadilan, dan yurisdiksinya hanya terbatas penyelesaian sengketa dagang. Pada mulanya, apa yang diharapkan, dapat dipenuhi arbitrase. Penyelesaian sengketa berjalan cepat, tidak formalistik, dan biaya lebih ringan dari litigasi. Untuk memperluas peran arbitrase tersebut, maka disepakati berbagai konvensi internasional mengenai arbitrase.[25]

d. Objek Sengketa Arbitrase

Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya objek sengketa di bidang perdata, khususnya di bidang perdagangan yang sesuai dengan pasal 66 yaitu di bidang perniagaan, perbankan, keuangan, penanaman modal, industri, dan hak kekayaan intelektual. Objek sengketa perdata di bidang

[25] Rachmadi Usman, 2013. **Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan**, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.17.

perdagangan khususnya tercantum dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan terkait dengan pasal 66 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

e. Prosedur Arbitrase

Prosedur arbitrase perlu dipahami untuk melihat apakah prosedur arbitrase konvensional seperti yang terdapat di dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 dapat diterapkan menjadi mekanisme online. Secara garis besar, prosedur arbitrase dapat dibagi ke dalam tiga tahap sebagai berikut [26]:

1. Prosedur sebelum dengar pendapat. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase, diawali dengan prosedur sebelum dengar pendapat yang terdiri dari beberapa tahap sebagai berikut ;
   a. Pemberitahuan kepada arbiter tentang penunjukannya. Langkah pertama yang perlu dilakukan untuk melakukan arbitrase adalah pemberitahuan secara tertulis kepada seorang ahli bahwa ia telah dipilih sebagai arbiter untuk menyelesaikan suatu sengketa.
   b. Persiapan arbiter. Hal penting yang perlu diperhatikan oleh arbiter adalah penunjukkannya sudah dilakukan berdasarkan hukum sesuai dengan peraturan yang berlaku;
   c. Pemeriksaaan pendahuluan. Berdasarkan praktek, biasanya arbiter mengadakan pertemuan terlebih dahulu dengan para pihak sebelum mengadakan dengar pendapat secara resmi.

[26] Masalah Hukum Arbitrase Online, BADAN PEMBINAAN HUKUM NASIONAL KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA RI, JAKARTA, 2010.

d. Prosedur pelaksanaan tugas arbiter. Berdasarkan Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, arbiter berwenang untuk memerintahkan dan melakukan interogasi dalam proses dengar pendapat. Dalam proses tersebut, arbiter dapat bersikap aktif, yaitu arbiter bertindak mencari data. Namun, arbiter juga dapat bersikap pasif, yaitu para pihak lah yang menyampaikan data-data sedangkan arbiter cukup mendengarkan saja.

e. Menentukan waktu dan dengar pendapat. Jika ada salah satu pihak yang tidak datang pada saat dengar pendapat, maka arbiter tetap dapat melakukan dengar pendapat tersebut.

f. Komunikasi perorangan para pihak. Apabila salah satu pihak dalam proses arbitrase menghubungi arbiter tanpa sepengetahuan pihak lain, arbiter wajib menolaknya.

2. Prosedur pada waktu dengar pendapat. Arbiter memiliki kedudukan sebagai seorang hakim berdasarkan adanya kesepakatan penunjukan para pihak yang bersengketa. Penunjukan oleh para pihak ini memberikan wewenang kepada arbiter untuk dapat memutus berdasarkan fakta yang diberikan kepadanya. Pada saat proses arbitrase berlangsung pihak ketiga atau pihak lain (umum) tidak diperbolehkan hadir dalam proses. Hal ini merupakan cerminan dari sifat arbitrase yang menjaga kerahasian para pihak yang bersengketa.
3. Pelaksanaan putusan. Dalam melaksanakan putusan arbitrase ada tata cara pelaksanaan yang harus ditempuh. Berdasarkan Pasal 59 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, tata cara pelaksanaan pokok-pokok di

dalam putusan tergantung pada telah didaftarkannya di pengadilan atau belum.

E. Tinjauan Tentang Arbitrase Online

Pada saat ini telah banyak sengketa perdagangan yang terjadi, sengketa jual-beli secara langsung atau tatap muka ataupun sengketa ketika berbelanja melalui media online yang timbul dari *e-commerce*, dalam hal terjadinya sengketa pada *e-commerce* yang sering menjadi permasalahan adalah karena bisnis dan konsumen berada pada dua tempat yang berbeda, sehingga terdapat perbedaan sistem hukum. Lembaga tempat penyelesaian sengketa secara litigasi yang dikenal dalam sistem hukum Indonesia adalah pengadilan. Namun, cara penyelesaian secara litigasi dianggap tidak profesional untuk menangani sengketa-sengketa bisnis terutama yang besifat internasional, bahkan para hakimnya telah kehilangan integtritas moral dalam menjalankan profesinya, serta dianggap sebagai tempat menyelesaikan sengketa yang tidak efektif dan efisien.

Oleh karenanya, cara penyelesaian sengketa yang dipilih para pihak sudah mulai beralih dari cara penyelesaian sengketa secara litigasi menjadi penyelesaian dengan cara non-litigasi yang dikenal dengan penyelesaian sengketa alternatif, yaitu dengan melalui arbitrase. Cara penyelesaian sengketa melalui arbitrase merupakan salah satu dari elternatif penyelesaian sengketa yang memberikan banyak keuntungan, seperti murah, cepat, dijaga kerahasiannya, putusan bersifat *final and binding*.

Yang harus dihadapi dalam sengketa *cyberspace* adalah sengketa yang didasarkan atas proses terjadinya sengketa yang tumbuh lambat[27]. Pertama, dalam penyelesaian sengketa *cyberspace* yang akan bertemu adalah para pihak yang sering bertemu di dunia *offline*, karena secara fisik mereka tinggal jauh di negara yang berbeda. Di luar *cyberspace*, biasanya para pihak tidak mencantumkan perjanjiannya secara internasional, mereka terlibat dalam transaksi kecil atau menengah, yang biasanya tidak para pihak lakukan di dunia *offline*. Jika kasus ini diselesaikan oleh pengadilan biayanya terlalu mahal terutama biaya akomodasi, perjalanan, dan pengacara, demikian juga dengan masalah hukum, pengadilan terlalu lambat dalam menyelesaikan suatu sengketa.

Kedua, alternatif penyelesaian sengketa dalam metode arbitrase biasa sering tidak cukup efektif, karena hanya menghasilkan putusan yang tidak mengikat secara hukum. Metode arbitrase ini hanya menghasilkan putusan yang akan dilaksanakan oleh pengadilan setempat, untuk melaksanakan putusan tersebut diperlukan biaya yang tidak sedikit. Oleh karena itu, pihak yang telah memenangkan dan hanya memiliki biaya sedikit sangat sulit untuk melaksanakan putusan yang telah dimenangkan karena biaya yang akan dikeluarkan tidaklah sedikit.

Ketiga, metode arbitrase dapat berjalan secara efektif, jika peran pengadilan dapat diminimalisir. Efektivitas ini akan terjadi sebaliknya karena harus mengikuti ketentuan hukum negara yang melaksanakan suatu putusan. Oleh sebab itu, arbitrase membutuhkan pihak yang dapat memberikan hak

[27] Sudargo Gautama, **Arbitrase Dagang Internasional**, Cet. Ke-2, Alumni, Bandung, 1986, hlm.5 dalam Mochamad Basarah, **Prosedur Alternatif Penyelesaian Sengketa Arbitrase Tradisional dan Modern (online),** Genta Publishing, 2011, Yogyakarta, hlm. 90.

untuk pelaksanaan putusannya, sehingga menumbuhkan kepercayaan dan tidak ada alasan mengapa arbitrase pada saat ini masih mengalami banyak sekali hambatan hukum.

Dengan berkembangnya kegiatan perdagangan secara online (*e-commerce*) melalui internet, yang seringkali menimbulkan sengketa, maka dunia perdagangan online dan internasional sangat membutuhkan suatu cara penyelesaian sengketa yang cepat, murah, dan efektif daripada arbitrase biasa. Oleh sebab itu, maka diperlukan suatu penyelesaian hukum yang tidak menghambat kinerja penyelesaian sengketa secara internasional, yaitu dengan *Online Dispute Resolution (ODR)* yang dapat dilakukan melalui internet, online tanpa perlu berhadapan langsung, namun jika dibutuhkan bisa menggunakan *video conference*.[28]

Terkait internasional perdagangan online, penyelesaian sengketa melalui arbitrase online adalah yang paling populer di kalangan pelaku bisnis internasional karena sifat putusannya *final and binding* jika dibandingkan dengan bentuk yang lainnya yang tidak bersifat *final and binding*. Meskipun arbitrase online dapat bersifat non binding.

Penyelesaian sengketa melalui ODR khususnya arbitrase online masih belum populer di Indonesia , karena ODR dan/atau arbitrase online belum dikenal banyak orang. Padahal dalam Pasal 4 ayat (3) Undang-Undang No.30 Tahun 1990 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang menyatakan bahwa :

"Dalam hal disepakati penyelesaian sengketa melalui arbitrase terjadi dalam bentuk pertukaran surat, maka pengiriman teleks, telegram, faksimili,

[28] Ibid, hlm.91

e-mail atau dalam bentuk sarana komunikasi lainnya, wajib disertai dengan suatu catatan penerimaan oleh para pihak."[29]

Arbitrase merupakan suatu cara penyelesaian sengketa di luar lembaga peradilan, berdasarkan perjanjian di antara para pihak yang bersengketa, dengan bantuan arbiter sebagai pihak ketiga yang netral[30] dipilih oleh para pihak atau oleh suatu lembaga arbitrase, yang mana putusannya bersifat final dan binding. Hal itu sama dengan arbitrase online, namun dalam arbitrase online dibantu pihak keempat yaitu teknologi yang membantu arbiter dalam melaksanakan tugasnya.

Melalui pasal tersebut sudah ada dasar hukum untuk dilakukan penyelesaian melalui arbitrase secara online di Indonesia. Penyelesaian sengketa dengan ODR dan/atau arbitrase online akan memberikan banyak keuntungan, salah satunya menghindari biaya yang besar dalam penyelesaian sengketa, mengingat tempat tinggal para pihak yang bersengketa bersifat lintas negara tidak dalam satu negara yang sama.

F. Kajian Tentang Perdagangan Secara Elektronik

Pada akhir tahun 1960, kegiatan bisnis internasional diawali dengan meningkatnya perdagangan internasional dalam bentuk ekspor-impor dan investasi antar negara, sudah mulai berkembang. Banyaknya negara di dunia, termasuk negara-negara berkembang di Asia-Pasifik yang menganut dan menerapkan sistem ekonomi yang terbuka dan berorientasi pasar, menjadikan semakin pentingnya bisnis internasional untuk dipaparkan.

---

[29] Lihat Pasal 4 ayat 3 Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

[30] Lihat Penjelesan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Menurut Kotler kegiatan bisnis internasional dalam rangka pemasaran internasional, meliputi[31] :

1. Kegiatan ekspor, yang terdiri atas ekspor langsung dan tidak langsung;
2. Kegiatan usaha patungan, yang terdiri dari 4 (empat) jenis :
   a. Lisensi: hak untuk menggunakan proses *manufakturing*, *trade mark*, paten, *trade secret*, dan jenis lain yang mengandung nilai pembayaran atau *royalty*;
   b. Kontrak pabrikan lokal untuk menghasilkan produksi
   c. Kontrak manajerial: perusahaan domestik memasok keterampilan manajemen ke perusahaan asing yang memasok modal
   d. Usaha patungan pemilikan: penanaman modal asing bergabung dengan penanaman modal dalam negeri untuk menciptakan bisnis setempat dalam hal mana mereka secara bersama-sama memiliki dan mengawasi usaha tersebut.
3. Investasi langsung: bentuk investasi dasar perakitan atau fasilitas manufakturing.

Di Indonesia, perkembangan dunia bisnia secara nasional maupun internasional berkembang cukup pesat, baik yang dilakukan antara perseorangan maupun antara subjek hukum lainnya, yang tertera dalam suatu perjanjian tertentu. Perkembangan bisnis internasional di Indonesia dipengaruhi oleh berbagai aspek, mencakup ekonomi, sosial-budaya, politik dan hukum dari negara yang bersangkutan. Maka dari itu, tidak heran apabila sering terjadi sengketa antara para pihak yang terlibat dalam perkembangan

[31] Mochamad Basarah, **Prosedur Alternatif Penyelesaian Sengketa Arbitrase Tradisional dan Modern (online)**, 2011, Genta Publishing, Yogyakarta. Hlm. 85-86

bisnis internasional. Hal ini dapat menimbulkan suatu permasalahan yang sangat kompleks dalam penyelesaian sengketa, karena adanya perbedaan sistem hukum, budaya, bahasa, jarak dan lain-lain.[32]

E-Commerce adalah kegiatan-kegiatan bisnis yang menyangkut konsumen, manufaktur, *service providers*, dan pedagang perantara dengan menggunakan jaringan-jaringan komputer, yaitu *e-commerce* sudah meliputi seluruh spektrum kegiatan komersial.[33]

Dengan semakin majunya teknologi informasi, telah banyak mendorong kegiatan bisnis internasional seperti bisnis perdagangan yang dilakukan secara online, melalui internet. Di Indonesia sendiri tidak menutup kemungkinan terjadi sengketa antara pengguna jasa internet, dimana sengketa itu bisa saja terjadi dalam lalu-lintas komunikasi elektronik secara online.

Transaksi perdagangan melalui internet sangat menguntungkan banyak pihak, sehingga transaksi perdagangan ini sangat diminati, tidak saja bagi produsen tetapi juga konsumen. Secara umum, *Electronic Commerce* telah memberi manfaat tersendiri baik bagi konsumen maupun bagi produsen. Bagi konsumen *Electronic Commerce* mengubah cara konsumen dalam memperoleh produk yang diinginkan, sedangkan bagi produsen, *Electronic Commerce* telah mempermudah proses pemasaran suatu produk[34].

G. Kajian tentang Hukum Perdata Internasional

Hukum Perdata Internasional adalah keseluruhan peraturan dan keputuan hukum yang menunjukkan hukum manakah yang berlaku atau apakah yang

---

[32] Ibid, hlm. 86

[33] Niniek Suparni, **Cyberspace: problematika dan antisipasi pengaturannya**, Ed.1, Cet.1, Jakarta, Sinar Grafika, 2009, hlm. 30.

[34] *ibid*

merupakan hukum apaba hubungan dan peristiwa antara warga dari 2 atau lebih negara yang berbeda dalam lingkungannya.

Ada 4 (empat) macam pilihan hukum yang dikenal dalam Hukum Perdata Internasional (HPI), yaitu[35]:

a. Pilihan hukum secara tegas

   Didalam klausula kontrak tertentu dapat dilihat adanya pilihan hukum yang ditentukan secara tegas dan jelas oleh para pihak.

b. Pilihan hukum secara diam-diam

   Para pihak dalam suatu kontrak dapat memilih hukum secara diam-diam. Hal ini dapat disimpulkan dari maksud, ketentuan-ketentuan dan fakta-fakta yang terdapat dalam kontrak tersebut. Misalnya bahasa yang digunakan, mata uang yang digunakan, gaya atau style kontrak, pelaksanaan kontrak dan pilihan domisili

c. Pilihan hukum yang dianggap

   Pilihan hukum secara ini dianggap hanya merupakan presumption iuris, atau suatu dugaan hukum. Hakim menerima telah terjadi suatu pilihan hukum berdasar dugaan belaka. Dugaan hakim merupakan pegangan yang dipandang cukup untuk mempertahankan bahwa para pihak benar-benar telah menghendaki berlakunya suatu sistem hukum tertentu.

d. Pilihan hukum secara hypothetisch.

[35] Khairandy, Ridwan, 2007. *Pengantar Hukum Perdata Internasional*. Yogyakarta: FH UII Press.

Sebenarnya para pihak tidak menentukan pilihan hukum, namun hakimlah yang memilih. Hakim yang melakukan pilihan hukum. Hakim bekerja dengan fiksi.

Apabila dalam kontrak mengenai transaksi e-commerce antar negara, para pihak (penjual dan pembeli) menentukan adanya pilihan hukum baik secara tegas maupun diam-diam, maka hukum perdata negara yang dipilih tersebut yang diberlakukan dalam menyelesaikan sengketa yang terjadi.[36]

Sebaliknya, apabila dalam kontrak mengenai transaksi e-commerce, para pihak tidak menentukan adanya pilihan hukum, maka jelas menimbulkan masalah mengenai hukum perdata negara mana yang akan diberlakukan untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi. Selain itu tidak selamanya kontrak dagang internasional dibuat secara tertulis. Dalam keadaan demikian tentunya tidak akan ada pula pilihan hukumnya. Berdasarkan hukum mana hakim harus mengadili perkara yang bersangkutan atau hukum mana yang seharusnya berlaku bagi kontrak-kontrak itu, hakim dapat menggunakan bantuan titik pertalian atau titik-taut sekunder lainnya, yaitu [37]:

1. *Lex Loci Contractus*

   Ini adalah teori klasik, hukum yang berlaku bagi suatu kontrak internasional adalah hukum di tempat perjanjian atau kontrak itu dibuat. Namun pada saat sekarang teori ini sukar diterapkan karena orang mengadakan kontrak tanpa kehadiran para pihak pada tempat yang sama, sehingga tidak mudah untuk menentukan hukum mana yang berlaku bagi kontrak tersebut.

[36] http://blog.pasca.gunadarma.ac.id/2013/01/07/suatu-tinjauan-tentang-transaksi-e-commerce-menurut-hukum-perdata-internasional/ diakses pada tanggal 20 Juli 2014

[37] Khairandy, Ridwan, 2007. Hukum Perdata dalam Perkembangan. Yogyakarta. FH UII Press.

2. *Mail Box Theory dan Theory of Declaration*

   Untuk mengatasi kesulitan pada penerapan teori diatas, maka negara-negara Common Law memperkenalkan Mail Box Theory, yaitu kedua belah pihak dalam suatu kontrak tidak saling bertemu muka, maka yang terpenting adalah salah satu pihak mengirimkan surat yang berisi penerimaan atas tawaran kontrak tersebut.

3. *Lex Loci Solution*

   Menurut teori ini hukum yang berlaku bagi suatu kontrak adalah tempat dimana kontrak itu tersebut dilaksanakan. Penerapan teori ini dalam praktek juga sering menimbulkan berbagai permasalahan, karena sekarang orang dapat melaksanakan kontrak di berbagai negara.

4. *The Proper Law of a Contract*

   Jika dalam suatu kontrak telah ditentukan sistem hukum yang dikehendaki oleh para pihak, maka pilihan hukum itulah yang akan diberlakukan bagi penyelesaian sengketa kontrak tersebut. Namun jika kehendak itu tidak dinyatakan secara tegas, atau tidak dapat diketahui dari keadaan sekitarnya, maka proper law bagi kontrak tersebut adalah sistem hukum yang mempunyai kaitan yang paling erat dan nyata dengan transaksi yang terjadi. Kelemahan teori ini menurut Sudargo Gautama adalah bahwa sebelum suatu perkara yang terjadi diajukan kepengadilan, sukar sekali menetukan terlebih dahulu hukum mana yang berlaku bagi kontrak tersebut, sebab disini hakim harus menyelidiki dulu dengan seksama semua titik taut yang ada dalam kontrak tersebut.

5. *Teori Most Characteristic Connection*

   Untuk menentukan hukum mana yang berlaku bila terjadi suatu sengketa dalam kontrak internasional maka tolak ukurnya adalah prestasi mana yang paling karakteristik yang dilakukan oleh para pihak. Misalnya dalam perjanjian jual beli, disini penjuallah yang dianggap melakukan prestasi yang paling karakteristik.

6. *Lex Mercatoria*

   Hukum yang berlaku di dalam suatu kontrak internasional tidak hanya merujuk pada salah satu hukum negara tertentu, tetapi dapat juga tidak mengacu pada salah satu hukum negara tertentu. Secara historis lex mercatoria ini merupakan hukum kebiasaan diantara para pedagang Eropa, yang kemudian diadministrasi oleh pengadilan pedagang, dimana pedagang itu sendiri yang jadi hakimnya.

Kemudian dalam Hukum Perdata Internasional (HPI) juga dikenal adanya 2 (dua) prinsip, yaitu:[38]

(a) Prinsip tempat badan hukum didirikan (*The Place of Incorporation*) yang menyatakan bahwa hukum yang berlaku bagi suatu badan hukum adalah hukum tempat badan hukum itu didirikan; dan

(b) Prinsip tempat kedudukan yang efektif adalah yang menyatakan bahwa hukum yang berlaku bagi status badan hukum adalah hukum tempat badan hukum itu melakukan usahanya.

[38] Ibid.