

**LITIGASI DAN NON LITIGASI  
UNTUK PENYELESAIAN SENGKETA BISNIS  
DALAM RANGKA PENGEMBANGAN INVESTASI  
DI INDONESIA  
(Kajian Penegakan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang  
Kekuasaan Kehakiman jo Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang  
Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa)**

**Manuasa Saragi**

[manuasasaragi@gmail.com](mailto:manuasasaragi@gmail.com)

**Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Katolik Parahyangan**

**ABSTRACT**

Business in the frame of investment disputes settlement either litigation or non litigation that giving legal certainty, utility, and fairness is of necessary. The research in the dissertation intends to know *how Indonesia justice system accommodates business in the frame of investment disputes settlement through litigation and non litigation, and what kind of regulation of business in the frame of investment disputes settlement through litigation and non litigation that could support investment developing in Indonesia to reach Indonesia people welfare.*

With the intention of obtaining the answer to the above problem, this research was conducted using the normative legal research method by, among others, using primary and secondary legal sources and interpretation of material in reference to the relevant discipline, analyzing the positive legal enforcement of Legislation Number 48 Year 2009 regarding Judicial Power and Legislation Number 30 Year 1999 regarding Arbitration and the Alternative to Dispute Settlement. From the analysis and comparison of relevant provision material as well as research of several cases of court verdicts, arbiters' decisions and any investment agreement, several benefits and weaknesses of one or more litigation are discovered in applying dispute settlement, such as the loss of momentum caused by time efficiency as the result of very long court procedures. It seems that non-litigation requires strengthening executability, bearing in mind that the concerned parties often show lack of consistency in the deal as the basis of the verdict.

The result of research in the dissertation is that the business in the frame of investment disputes settlement through litigation and non-litigation as accommodated in Indonesian legal system have not well carried out as expected. From the selected cases it can be seen that a court verdict is inadequate in meeting all the needs *legal certainty, utility, and fairness* in relation to the main needs of the parties in dispute in prioritizing the developing of investment in Indonesia. Still a lot of aspects regarding law enforcement relates especially to business in the frame of investment disputes need to be improved by the legal professionals that helps investors through litigation and non litigation, and, it is also important to appreciate academic studies (universities) which focusing on the settlement of business disputes in the frame of investment. Later, it is recommended that professional legal practitioners should help to find the solution to dispute settlement or difference of opinions of parties in a partnership relation, should always consistently fulfill partnership contractual relation that consented by parties cooperatively.

**Key words:** litigation, non-litigation, enforcement of Legislation Number 48 Year 2009 and Legislation Number 30 Year 1999, business in the frame of investment dispute settlement.

## I. PENDAHULUAN

Dengan lahirnya Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut UU Kekuasaan Kehakiman), masyarakat pencari keadilan mengharapkan adanya penyelenggaraan peradilan serta penegakan hukum yang memenuhi prinsip cepat, sederhana, dan biaya ringan menjadi kenyataan dalam kehidupan hukum. Harapan yang sama terhadap Undang Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan APS (selanjutnya disebut UU Arbitrase Dan APS), akan ada penyelesaian sengketa secara alternatif yang dapat membantu penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi. Beberapa putusan peradilan yang dipilih dan diteliti belum mencerminkan prinsip-prinsip keadilan. Acara HIR/Reglemen Indonesia yang diperbaharui yang digunakan dalam penegakan hukum, bersimbiosis masih banyak bermasalah hingga tidak dapat menciptakan keadilan secara optimal. Harapan dalam pembaruan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 menjadi Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut UU Penanaman Modal), bahwa penanaman modal langsung akan semakin baik.

Permasalahannya adalah 1. Bagaimana Sistem Peradilan di Indonesia yang dapat mengakomodasi penyelesaian sengketa bisnis melalui proses Litigasi dan Non Litigasi yang memberikan kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan bagi para pihak. 2. Bagaimana pengaturan penyelesaian sengketa bisnis melalui Litigasi dan Non Litigasi yang menunjang pengembangan investasi di Indonesia ?

## B. Kerangka Pemikiran (Teori, dan Konsepsional)

### 1. Kerangka Teoritis

#### 1.1. Teori Negara Hukum tentang Negara Kesejahteraan

Filsafat Pancasila sebagai pandangan tentang dunia bagi rakyat, bangsa dan negara Indonesia, adalah gambaran keyakinan tentang hal yang dipandang benar/baik dilakukan subyek hukum dalam kehidupan masyarakat, bangsa, dan negara. Peran negara secara aktif, di antaranya melalui pengaturan mengarahkan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan.

#### 1.2. Teori Keadilan Pancasila

Teori hukum Pancasila mengenai keadilan mengarahkan pembuatan, pelaksanaan, dan penegakan norma yuridis untuk pemecahan problematika guna mencapai tujuan Indonesia. Muatan teoritisnya berupa peran sosial individual yang melaksanakan panggilan atau "beruf"<sup>1</sup>.

#### 1.3. Teori Hukum Pembangunan atau Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan

Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan "suatu konsepsi yang erat hubungannya dengan usaha pembaharuan hukum yakni hukum sebagai alat pembaharuan masyarakat atau sarana pembaharuan masyarakat"<sup>2</sup>.

Jeremy Bentham menyebut ekspektasi/harapan sebagai proses pencapaian yang perlahan, tidak revolusioner.

### 2. Kerangka Konsepsional

Kerangka konsep dalam penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi meliputi: a. Hukum Acara Perdata merupakan, materi hukum prosedur acuan mengelola proses penyelesaian, terdiri dari asas-asas umum dan khusus serta kaidah berkenaan, untuk mempertahankan hukum materiil. b. "Acara Litigasi"<sup>3</sup>, sebagai prosedur standar yang mesti

<sup>1</sup> Lihat, Max Weber, *The Protestant Ethic And The Spirit of Capitalism*, M Scribners's Sons, New York, 1968, Terj. Yusuf Priyasudiarja, pen. Jejak, 2007, hlm.85. *Beruf* atau dalam bahasa Inggris *calling* (panggilan) merupakan konsepsi keagamaan, yang merupakan suatu tugas yang dikehendaki oleh Tuhan, atau setidaknya disarankan. [Sebagian sila Pancasila bermuatan dimensi religiositas sebagai aspirasi yang mesti diinternalisasikan dan mewujudkan pada aspek kehidupan nyata, yakni bisnis dan investasi]

<sup>2</sup> Lihat, Mochtar Kusumaatmadja, sebagaimana dikutip dalam H.R. Otje Salman dan Eddy Damian (editor), *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, pen. PT. Alumni, Bandung, 2006, hlm.82-83.

<sup>3</sup> Eryan A.Gagner, *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, 2009 lm.952. Disebut Litigation: 1 The process of carrying on a lawsuit (the attorney advised his client to make a generous settlement offer in order to avoid litigation); 2. a lawsuit itself.

diacu dalam memeriksa, mengadili, dan mengambil putusan dengan prinsip sederhana, cepat (efisien), dan biaya ringan. c. "Acara Non Litigasi"<sup>4</sup> merupakan otonomi para pihak membuat penyelesaian sengketa. Alternatif atau "*Alternative Disputes Resolution*"<sup>5</sup>. d. Dimensi Investasi menjadi dasar penilaian kebaikan, keberhasilan proses dan hasilnya, di antaranya kepastian hukum, keterbukaan, akuntabilitas, dan ditujukan untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

### C. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif dengan spesifikasi penelitian deskriptif analitis, yang menggambarkan bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder terkait pilihan penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi melalui proses litigasi atau non litigasi dalam rangka pemenuhan asas peradilan yang cepat, sederhana, dan biaya ringan yang memberikan keadilan bagi para pihak.

Penyusun meneliti bahan hukum sekunder berupa bahan kepustakaan, bahan hukum primer berupa Undang-Undang dan Putusan Pengadilan, serta ditunjang bahan lainnya dari berbagai sumber yang diolah ke pola deskriptif. "Dalam penelitian hukum, data sekunder mencakup: 1. Bahan Hukum Primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat 2. Bahan Hukum Sekunder yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, 3. Bahan Hukum tertier"<sup>6</sup>.

Pendekatan dimulai dari pradigma filsafat sebagai *grand theory*, bergerak pada teorisasi hukum, mengkaji peraturan perundang-undangan, telaah kasus, pendekatan historis, interpretasi bahan yang berkaitan baik dokumen hukum maupun data sosial, politis, kultural, dan bahan lainnya secara keseluruhan terkait dengan topik penelitian. Dengan demikian pendekatan asli sebagai "*metode penelitian hukum normatif*"<sup>7</sup> yang ditunjang metode sosial lainnya (kualitatif). Teknik Pengumpulan Data, mencari bahan kepustakaan yang relevan, menelusuri peraturan perundang-undangan yang relevan, mengumpulkannya.

Bahan yang telah dikumpulkan dianalisa dan diinterpretasikan dengan mengacu pada ajaran, doktrin dan teori-teori yang berkaitan berupa teori filsafat, teori hukum, didampingi teori sosial lainnya bersifat kualitatif.

Ketentuan pasal-pasal tertentu pada UU Kekuasaan Kehakiman dan UU Arbitrase Dan APS di samping yang lainnya pada hukum acara HIR menjadi fokus penelitian, demikian juga penyelesaian sengketa pada litigasi dan non litigasi tersebut dicermati dan diperbandingkan untuk melihat materi dan cara yang dapat berkontribusi positif pada penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi. Daya guna dan hasil guna konsep litigasi dan non litigasi dengan masing-masing kelebihan/kekurangan, serta tingkat kesesuaian dengan sengketa dan kontrak kerjasama diteliti untuk mendapatkan pengaturan yang kondusif terhadap pengembangan investasi.

## II TINJAUAN HUKUM ATAS PENYELESAIAN SENGKETA BISNIS DALAM SISTEM PERADILAN DI INDONESIA

### A. Sistem Peradilan Indonesia

#### 1. Teori Negara Hukum tentang Negara Kesejahteraan

Pasal 1 ayat (3) UUD Tahun 1945 naskah perubahan menyatakan: "Negara Indonesia

<sup>4</sup> Lihat, Pasal 6 ayat (1) UU Nomor 30 Tahun 1999, Non Litigasi diperkenalkan sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa.

<sup>5</sup> Andrew Terry/Des Giugni, *Business, Society & The Law*, Harcourt Brace & Company, Australia, 1995, hlm.131. "Alternative Dispute Resolution. These constitute process for the resolution of disputes, principally but not exclusively commercial, without the intervention of a court. The procedures are aimed at producing a resolution by agreement between the parties rather than through the imposition of a judgement".

<sup>6</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Ibid*, hlm.13.

<sup>7</sup> Johnny Ibrahim, *op.cit*, hlm.45, mengutip pendapat Soedjono Dirdjosisworo, Pengantar Ilmu Hukum, Raja Persada, Jakarta, 1994, hlm.82, mengenai "Metode Penelitian Hukum Normatif, di mana Ilmu hukum dipahami sebagai ilmu tentang kaidah menelaah hukum sebagai kaidah atau sistem kaidah-kaidah dengan dogmatik hukum atau sistematis hukum sedemikian rupa sehingga dipahami dengan jelas bahwa ilmu hukum sebagai ilmu kaidah".



adalah negara hukum”<sup>8</sup>. Negara hukum yang dianut bangsa Indonesia diakomodasi dalam Pancasila dan UUD 1945 adalah negara hukum kesejahteraan. Negara kesejahteraan ini dimulai dari konsep negara hukum dalam arti luas, menurut Frederich Julius Stahl sebagaimana dikutip oleh Krisna Harahap bercirikan a.l.:

- a. Negara Hukum mempunyai cara dan watak yang dinamis yang mengatur jalan dan batas-batas kegiatannya;
- b. Dinamika dan kegiatan mengarah kepada tujuan tertentu, yaitu menetapkan secermat-cermatnya dan menjamin sekuat-kuatnya lingkungan kebebasan warga negara menurut cara hukum; d. ...e.”<sup>9</sup>.

Negara hukum kesejahteraan, berintikan proses pencapaian kesejahteraan masyarakat dengan berpedoman pada ketentuan hukum.

## 2. Teori Keadilan Pancasila

A. Hamid S.Attamimi, menguraikan Pancasila Cita Hukum Dalam Kehidupan Bangsa Indonesia antara lain sebagai berikut:

...A. Hamid S. Attamimi mengutip pendapat Notonagoro yang mengemukakan, bahwa Pancasila adalah Norma Fundamental Negara (*Staatsfundamentalnorm*), atau ...Pokok Kaidah Fundamental Negara. ...penggunaan istilah *Staatsfundamentalnorm* itu diperkenalkan Nawasky. Menurut Nawasky, dalam suatu negara yang merupakan kesatuan tata hukum itu terdapat suatu norma yang tertinggi (*der oberste Norm*), yang kedudukannya lebih tinggi dari konstitusi atau undang-undang dasar (*die verfassung*). Berdasarkan norma yang tertinggi inilah konstitusi atau Undang Undang Dasar suatu Negara dibentuk. ... ‘Mengoperasikan Cita Hukum Pancasila Dan Norma Fundamental Negara Pancasila Dalam Pembentukan Perundang-undangan ...Di negara kita Republik Indonesia, hukum tertulis sehari demi sehari memang mendesak hukum tidak tertulis. ..., Para pejabat dan wakil rakyat menentukan pembentukan hukum, tertulis.”<sup>10</sup>

John Rawls mengemukakan teori keadilan, dasar-dasar filsafat politik untuk mewujudkan kesejahteraan sosial. ”Pertama: setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang; Kedua: ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang.”<sup>11</sup> Michael Green<sup>12</sup> memberikan klarifikasi terhadap pandangan Rawls mengenai keadilan secara institusional ini, memosisikan individu juga bertanggung jawab

<sup>8</sup> Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Naskah Perubahan ke 1,2,3, dalam Krisna Harahap, *Konstitusi Republik Indonesia-Sejak Proklamasi hingga Reformasi*, pen. Gafitri Budi Utami, 2004 hlm.64.

<sup>9</sup> Frederich Julius Stahl, sebagaimana dikutip dalam Krisna Harahap, *Konstitusi Republik Indonesia-Sejak Proklamasi hingga Reformasi*, pen. Gafitri Budi Utami, 2004, hlm.15.

<sup>10</sup> A.Hamid S.Attamimi, dalam Oetoyo Oesman dan Alfian (penyunting), *Pancasila Sebagai Ideologi Dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa Dan Bernegara*, BP7 Pusat, 1992, cet.kedua, 1991, hlm.62-82.

<sup>11</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Massachusetts,1995, Terj.Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Teori Keadilan,pen. Pustaka Belajar, Yogyakarta, cet.I. 2006, hlm.72.

<sup>12</sup> Lihat, Michael Green, “*Institutional Theories of Justice And Responsibility*”, hlm.1-7 dalam Red Feather Institute Post Modern Criminology Series-The Red Feather Institute, 8085 Essex, Weidman, Michigan, 48893 - Jun- 1997, Beberapa dari pembahasan itu, penyusun salin sebagai berikut: “*One of the more celebrated aspects of John Rawls’s A Theory of Justice is that it presents justice as a feature of social institutions. ...I have two basic goals for this paper. First, I want to clarify exactly what Rawls’s institutional theory of social justice involves. Second, I want to see how far the theory might be defended against a powerful objection. I believe that I can defend the fundamental idea behind institutional theories: that there are principles of justice for institutions that are distinct from those that apply to other things, such as individual people. However, my defense leaves open some questions about Rawls’s particular institutional theory. In particular, it does not settle the issue of whether individuals have no responsibilities for promoting a just distribution of wealth, apart from those assigned to them by institutional rules. Dan seterusnya ...*”.

mendistribusikan keadilan, selain yang dibebankan aturan-aturan institusi pada mereka.

Untuk mendapatkan proses peradilan yang cepat, sederhana, dan biaya ringan, semestinya lama prosesnya dapat diprediksikan.

### 3. Teori Hukum Pembangunan

Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan bahwa ”pengembangan konsepsional dari hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat di Indonesia lebih luas [berbeda] jangkauan dan ruang lingkupnya dari tempat kelahirannya (dimaksud *law as a tool of social engineering* Roescoe Pound), karena beberapa hal lebih menonjolnya perundang-undangan dalam proses pembaharuan hukum di Indonesia, walaupun yurisprudensi memegang peranan (...); sikap yang menunjukkan kepekaan terhadap kenyataan masyarakat menolak aplikasi mekanistik dari konsepsi '*law as a tool of social engineering*'; apabila dalam pengertian hukum termasuk pula hukum internasional kita di Indonesia sebenarnya sudah menjalankan asas hukum sebagai alat pembaharuan jauh sebelum konsepsi ini dirumuskan secara resmi sebagai landasan kebijaksanaan hukum”<sup>13</sup>. Proses pembangunan hukum Indonesia masih harus terus berlangsung.

### B. Asas Hukum Tentang Peradilan

Asas peradilan umum yang baik, berupa: ” Asas Kebebasan Hakim; Hakim Bersikap Menunggu; Pemeriksaan Berlangsung Terbuka; Hakim Aktif; Asas Hakim Bersikap Pasif (Tut Wuri); Asas Kesamaan (Audi et Alteram Partem); Asas Obyektivitas; Putusan Disertai Alasan (Motiverings Plicht)”<sup>14</sup>.

Asas-asas tersebut sebagai acuan mengarahkan proses untuk mendapatkan hasil yang diharapkan. Akan tetapi di antara asas itu terlihat derajat kesukaran menerapkan pada kenyataan konkret disebabkan keterbatasan yang prinsip, ketidaksinkronan norma dengan asas.

Dalam sengketa, para pihak menyampaikan fakta-fakta, tidak mengajukan apa hukumnya menurut adagium "*Iura novit curia*"<sup>15</sup> yang berarti prinsip "*the court knows the law*". (Pengadilan mengetahui hukum, ialah bahwa para pihak pada suatu sengketa hukum tidak perlu membela atau membuktikan hukum yang akan diterapkan pada kasusnya).

### C. Asas Perjanjian Dalam Bisnis

Asas ikatan hukum pada Pasal 1338 KUHPerdara menentukan: “Semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang

<sup>13</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Op.cit*, hlm.83-84.

<sup>14</sup> Bambang Sutiyo dan Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia*, pen.UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm.66.

<sup>15</sup> <http://ssrn.com/abstract=1733531-Julian> D.M.Lew QC, *Iura Novit Curia And Due Process*-Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No.72/2010, hlm.3.antara lain diberikan contoh sebagai berikut.

10. The content of law problem is frequently faced in national domestic court when a dispute involves or requires the application of a ‘foreign’ law. National courts have procedural rules to deal with this issue which reflect broader differences in civil law and common law court procedures and the role of the court. This can be well illustrated by the simple use of experts in courts for issues outside of the judge’s personal area of expertise or knowledge. In some civil law jurisdictions experts are always and can only be appointed by the court. In other jurisdictions experts may be appointed by the court if the judge considers it necessary or helpful or if the parties want an expert to be appointed. In these situations the expert reports primarily to the judge and there may be circumstances where the judge may communicate with the expert on an ex parte basis, i.e. without the parties being present or even knowing that there is or was a meeting between the judge and expert. By contrast, in many common law systems experts are selected, retained, prepared and paid for by the parties or their lawyers. The judge will ordinarily have no contact with the expert until the day of trial. In all these cases the specific rules will be found in the procedural code or rules of the court in question.

11. The use of experts in national courts, where the content of law or specific rules of foreign law are proved by an expert opinions rather than through submission or argument brought to the court, shows that determining the content of foreign law is an area of significant difference in both legal theory and court practice in different jurisdictions. In international arbitrations these differences need to be addressed, particularly where arbitrators and parties are from different legal systems.



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 itikad baik”<sup>16</sup>. Asas-asas dimaksud menguasai kaidah lanjutan, baik dalam perundang-undangan terkait maupun pada isi dan lingkup suatu perjanjian, yang dipentingkan dalam penegakan hukum. Lebih lengkapnya, asas-asas terkait penegakan hukum tersebut, berupa: ”Perjanjian yang sah adalah Undang-undang; Asas Kebebasan Berkontrak; Asas Konsensualisme; Asas Kepercayaan; Asas Kekuatan Mengikat; Asas Persamaan Hukum; Asas Keseimbangan; Asas Kepastian Hukum; Asas Moral; Asas Kepatutan”<sup>17</sup>.

Menurut Pasal 3 ayat (1) UU Penanaman Modal, bahwa asas penyelenggaraan penanaman modal, berupa “kepastian hukum; keterbukaan; akuntabilitas; perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara; kebersamaan; efisiensi berkeadilan; berkelanjutan; berwawasan lingkungan; kemandirian; dan keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”. Investor sepatutnya memercayai hukum nasional (Indonesia) terkait dengan layanan investasi termasuk penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi. Kepatuhan pada hukum berhubungan dengan adanya perlindungan kepentingan hidup, penghidupannya melalui aturan bersangkutan.

#### **D. Pengertian Sengketa Bisnis Dalam Rangka Investasi**

##### **1. Pengertian Sengketa**

Rumusan Black, “dispute is a conflict or controversy; a conflict of claims or rights; an assertion of a right, claim or demand on one side, met by contrary claims or allegations on the other”<sup>18</sup>. Konflik sebagai sengketa, dengan bagian-bagiannya berupa konflik tuntutan atau hak-hak. Penyusun condong pada rumusan ini, bahwa sengketa bisnis sebagai sengketa bisnis antara investor dengan mitra bisnisnya dalam rangka berinvestasi.

Sengketa berawal dari tidak dipenuhinya prestasi yang diperjanjikan atau wanprestasi. ”Bentuk-bentuk wanprestasi terdiri dari (1) tidak melaksanakan prestasi sama sekali, (2) melaksanakan prestasi namun tidak sesuai dengan yang diperjanjikan, (3) melaksanakan prestasi namun terlambat atau tidak tepat waktu, (4) melaksanakan hal-hal yang dilarang dalam perjanjian”<sup>19</sup>. Disamping wanprestasi, sengketa terjadi sebab “perbuatan melawan hukum”<sup>20</sup>. Sengketa atau perbedaan pendapat terjadi berkenaan dengan pelaksanaan prestasi antar pihak, karenanya sengketa dapat dilihat sebagai potensi dan sebagai sebab yang real.

##### **2. Sebab Sengketa Bisnis Dalam Rangka Investasi .**

UU Penanaman Modal memuat beberapa pasal sebab sengketa, berupa “pencabutan hak penanam modal; nasionalisasi aset asing; kompensasi atas nasionalisasi; hak melakukan transfer dan repatriasi dalam valuta asing; pemeliharaan kelestarian lingkungan hidup; pemeliharaan keamanan, kesehatan, kenyamanan, dan kesejahteraan pekerja; dan, pelanggaran kontrak antara investor dengan penerima investasi”<sup>21</sup>.

Pengaturan ini tidak mengenumerasi sebab secara detail sehingga tampak sederhana. Akan tetapi, ada kelemahannya yakni menjadi sangat terbuka untuk terjadinya persengketaan dari sudut mana saja.

##### **3. Pilihan Hukum**

Pilihan hukum merupakan ”kebebasan yang diberikan kepada para pihak untuk dalam bidang perjanjian memilih sendiri hukum yang hendak dipergunakan”<sup>22</sup>. Dengan pilihan hukum dianggap kepentingan yang memilih akan lebih terakomodasi. Negara maju enggan mengajukan perkara bisnis ke pengadilan bersama mitra pada negeri, dikarenakan negeri

<sup>16</sup> Pasal1338 Kitab Undang Undang Hukum Perdata

<sup>17</sup> Lihat, Mariam Darus Badruzaman,dkk, *Kompilasi Hukum Perikatan*, pen.PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm.82-89.

<sup>18</sup> Black, sebagaimana dikutip I Made Widnyana, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, pen.PT.Fikahati Aneska, Jakarta, 2009, hlm.52.

<sup>19</sup> Khotibul Umam, *Penyelesaian Sengketa Di luar Pengadilan*, pen.Penerbit Pustaka Yustisia, cet.I, 2010, hlm.6.

<sup>20</sup> *Ibid*, hlm.6.

<sup>21</sup> Lihat, Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007, Pasal 7, Pasal 8 ayat (3), Pasal 16 butir (b), (d), dan butir (e).

<sup>22</sup> Lihat, Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku ke-5, pen.PT.Alumni, cet.ketiga 2004, hlm.5.

berkembang kurang memenuhi rasa keadilan pencari keadilan. Hal ini tentu sifatnya kritis bagi kondisi penegakan hukum. Suatu fundamental yang berbatasan dengan kebebasan pihak atau pilihan hukum yaitu "ketertiban umum"<sup>23</sup>, di mana terutama penegakan muatan kontraktual berhadapan dengan suatu rem darurat. Para pihak dapat membuat pilihan hukum yang menentukan pengadilan tertentu atau lembaga arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa mereka dengan memerhatikan ketertiban umum tersebut.

### III. PENYELESAIAN SENGKETA BISNIS DALAM SISTEM PERADILAN DI INDONESIA

#### A. Penyelesaian melalui Litigasi (Pengadilan)

Dalam tinjauan ini, litigasi merupakan proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan, dan sandingannya non litigasi sebagai proses di luar pengadilan sebagaimana disebut dalam undang-undang Indonesia, walaupun ada terminologi litigasi ("*litigation*"<sup>24</sup>) sebagai proses perkara atau perkaranya sendiri., tanpa menunjuk pada pengadilan (*court*). Dalam butir a konsiderans Undang Undang Kekuasaan Kehakiman dinyatakan "bahwa kekuasaan kehakiman menurut Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 ..., untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan".

Penegakan hukum dan keadilan seharusnya diselenggarakan, mengacu asas penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, di antaranya yang penting Pasal 2 ayat (4) "Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan". Selanjutnya berdasarkan Pasal 3 ayat (1) Undang-undang tersebut ditentukan "dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan". Dalam penjelasan pasal ini, "kemandirian peradilan" adalah bebas dari campur tangan pihak luar dan bebas dari segala bentuk tekanan, baik fisik maupun psikis. Harapan proses peradilan yang mandiri, peradilan dilaksanakan secara objektif yang tidak dipengaruhi subjektivitas apapun. Dalam Pasal 4 Undang-undang tersebut ditentukan " (1) Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang. (2) Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan".

Bagaimana sengketa bisnis diselesaikan, terlihat dari Pasal 10 UU Kekuasaan Kehakiman, tersebut yang menentukan: "(1) Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menutup usaha penyelesaian perkara perdata secara perdamaian". Arti ayat (1) tersebut, layanan untuk mendapatkan keadilan merupakan hak bagi semua orang, akan tetapi hal yang sangat penting tidak ada pembedaan antara yang remeh temeh dan prioritas. Oleh karena pengadilan sebagai salah satu saluran penyelesaian, maka pengajuan semua perkara ke pengadilan mengakibatkan kondisi penyelesaian sengketa yang tidak proporsional. Prinsip cepat, sederhana, dan biaya ringan menjadi kritis, apabila dikaitkan dengan.dilarang menolak memeriksa perkara. Berbagai faktor berperan dalam penyelenggaraan peradilan, sebagaimana diuraikan Rusli Muhammad berupa hal-hal berikut:

"faktor perkara yang terjadi, faktor peraturan-peraturan hukum, faktor penegak hukum, faktor p(f)asilitas atau sarana penunjang. ...pengadilan bukan pencipta perkara melainkan sebagai lembaga yang bertugas menyelesaikan perkara. ...perkara dipandang sebagai masukan mentah yang menjadi bahan olahan pengadilan dalam menghasilkan *out put* yang disebut putusan. ...Posisi penegak hukum pada proses penyelenggaraan peradilan adalah sangat dominan karena semua *input* yang masuk ke dalam proses tersebut baru dapat memberi andil

<sup>23</sup> *Ibid* hlm. 17-18.

<sup>24</sup> Lihat, Eryan A.Gagner,op.cit, hlm.952. Litigation menurut Eryan A.Gagner sebagai "1.The process of carrying on a law suit (the attorney advised his client to make a generous settlement offer in order to avoid litigation). 2. A lawsuit itself (several litigations pending before the court)"<sup>24</sup>. (Terjemahan bebas: 1. Proses menyelenggarakan suatu perkara hukum (pengacara menasihati kliennya membuat tawaran penyelesaian yang murah hati menghindari litigasi). 2. Suatu perkara hukum itu sendiri (beberapa litigasi terbengkalai di hadapan pengadilan).



pada *out put* manakala telah mendapat pengolahan terlebih dahulu dari penegak hukum”<sup>25</sup>.

Peranan faktor-faktor tersebut baik pada peradilan pidana maupun sengketa bisnis dalam rangka investasi terlihat sama-sama berpengaruh kuat. Akses penyusun pada peran norma yang memberi kondisi penegakan hukum dalam penyelesaian sengketa bisnis. Ketentuan UU Kekuasaan Kehakiman tidak memberi batasan waktu. Dalam penjelasan ayat (4) Pasal 2 Undang-undang tersebut menyatakan ”Yang dimaksud dengan ”sederhana” adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara efisien dan efektif. Yang dimaksud dengan ”biaya ringan” adalah biaya perkara yang dapat dijangkau oleh masyarakat. Meskipun ketentuan undang-undang tidak memberi batasan waktu, akan tetapi ’cepat’ mesti mengarah pada waktu proses penyelesaian. Untuk sengketa bisnis dalam rangka investasi, batasan waktu sangat penting buat fungsionalitas suatu putusan. Proses perkara mengacu pada acara sipil HIR (Reglemen Indonesia Yang Dibarui) ternyata juga tidak menetapkan waktu satu kesatuan penyelesaian sengketa, misalnya 3 atau 4 bulan. Dengan demikian, dalam undang-undang belum cukup dirumuskan standar waktu penyelesaian yang akan menjadi pedoman kepastian hukum bagi investor (berkepentingan).

Pengadilan ’dilarang menolak perkara ...’ dimaksudkan untuk tidak membiarkan masyarakat dalam persengketaan. Pada sisi lain, kaidah ini cenderung mengakumulasi arus pengajuan sengketa pada pengadilan. Pihak berperkara akan terus berusaha mencari saluran yang berkemungkinan memberi putusan yang berbeda dari yang telah ada untuk perkaranya. Pengadilan dan Arbitrase serta APS perlu berbagi secara proporsional untuk membuat penyelesaian sengketa bisnis menjadi kondusif bagi pengembangan investasi. Keadilan dapat dicapai jika ada kepastian hukum bagi penyelesaian sengketa yang dapat memberikan manfaat. Pengaturan dalam HIR dan RBG (Hukum Acara untuk Daerah Seberang) tidak menetapkan waktu proses penyelesaian dalam suatu kesinambungan mengakibatkan pihak melihat proses sebagai jalan untuk meringankan beban. Bagaimanapun, penyelesaian sengketa memerlukan ketepatan waktu, karena dalam persyaratan ini tergantung banyak kepentingan. Kurangnya persyaratan tersebut mengakibatkan sulitnya mendapatkan pencapaian yang baik. Fungsi acara penyelesaian sengketa untuk mengarahkan perjalanan ke tujuan kontrak dan sejenis. Andrew Terry mengemukakan: ”*litigation ..., these laws will ultimately be called upon to maintenance of social order and to resolve disputes between member of society. ...*”<sup>26</sup>

Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan Pengendalian menurut cara hukum, sebagai berikut:

”Mengenai fungsi hukum dalam pembangunan nasional “ ... sebagai sarana pembaruan masyarakat” atau “... sebagai sarana pembangunan”, berupa: sarana pembaruan masyarakat didasarkan atas anggapan bahwa adanya keteraturan atau ketertiban dalam usaha pembangunan atau pembaruan itu merupakan sesuatu yang diinginkan atau bahkan dipandang (mutlak) perlu. Anggapan lain ... hukum berfungsi sebagai alat (pengatur) ... Kedua fungsi tersebut diharapkan dapat dilakukan oleh hukum disamping fungsinya yang tradisional yakni untuk menjamin adanya kepastian dan ketertiban”<sup>27</sup>.

Kedua pendapat ahli tersebut memperlihatkan peran hukum untuk memelihara dan mengendalikan pencapaian hal penting.

#### **Diperlukan Parameter Penyelesaian Sengketa, sebagai berikut:**

Menurut Pancasila, Adil itu sebagai keadilan sosial. Putusan penyelesaian sengketa diharapkan dapat mengimplementasikan ukuran kepentingan masyarakat yang terkandung dalam perkara bersangkutan.

Putusan yang pasti yakni putusan yang mengandung kepastian menurut hukum yang berlaku, karenanya putusan perlu mempertegas hubungan hukum. Putusan yang bermanfaat

<sup>25</sup> Lihat, Rusli Muhammad, Potret Lembaga Pengadilan Indonesia, pen. PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 72-80.

<sup>26</sup> Andrew Terry/Des Giugni, *op.cit.*, hlm. 117.

<sup>27</sup> Lihat, Mochtar Kusumaatmadja, dalam H.R. Otje Salman dan Eddy Damian (editor), *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan* (Kumpulan Karya Tulis Prof. Dr. Mochtar Kusumaatmadja, S.H., LL.M), pen. PT. Alumni, cet. II, 2006, hlm. 87-88.



berarti putusan yang memberi manfaat bagi yang berkepentingan dalam perkara, dan masyarakat.

Putusan adalah keterpaduan dari proses dan hasil. Keduanya baik proses maupun hasil dilihat dari keadilan, kepastian hukum, dan manfaat menurut kriteria masing-masing. Untuk lamanya proses, penyusun melihat bahwa 6 (enam) bulan, merupakan waktu yang cukup untuk penyelesaian suatu sengketa bisnis dalam rangka investasi.

Parameter Proses Dan Hasil (putusan) penyelesaian sengketa, diharapkan memerhatikan hal-hal berikut:

1. Proses:

Proses, sebagai kegiatan dengan keseluruhan bagian-bagiannya dikendalikan;

2. Hasil :

2.1. Proteksi Hak, yang berdasar peraturan dan perjanjian;

2.2. Hak-hak pihak diberikan;

Tepat Waktu;

Pembiayaan perkara bersifat resmi, tidak ada pembebanan tambahan pembiayaan di luar yang resmi;

Merealisasikan Hak yang normal tidak membuat kerugian baru;

Pemulihan.

3. Putusan yang adil/memberi kepastian hukum/bermanfaat sebagai putusan pemenuhan hak dan kewajiban di antara para pihak, menurut hukum tertentu dan tepat waktu sehingga berguna bagi diri pihak bersengketa dan bagi sambungan tanggung jawabnya .

4. Lamanya (waktu) proses penyelesaian untuk perkara/kasus tunggal, paling lama (tidak melebihi) 6 bulan.

5. Sederhana adalah proses seringkas mungkin menurut ketentuan, tidak berbelit-belit, tidak tumpang tindih.

6. Biaya ringan, bersifat relatif dengan peradilan terkait yang digunakan menurut aturan pembiayaan. Pembiayaan pada proses pengadilan negeri, dengan pemrosesan oleh hakim sebagai 'pegawai negeri/pejabat negara, perongkosan telah tertentu terjangkau secara umum. Berbeda dengan pembiayaan pada keprofesionalan penggiat alternatif, mengenal uang jasa, penelitian lapangan dan sebagainya bersifat relatif menurut ketentuan.

Berkenaan dengan proses peradilan, Jeffrey Pinsler, SC mengemukakan "..., the litigation process consists of interdependent components (such as evidence and procedure) which, although governed by separate rules, must operate conjunctively and symbiotically in order to achieve the aims of justice"<sup>28</sup> Mengacu pada pendapat tersebut, acara yang standar atau lebih akomodatif merupakan pengaturan acara yang memerhatikan hal-hal berikut:

a. Kerangka umum dasar dan tujuan pengelolaan bidang usaha;

b. Acara berfungsi melayani pemberian hal-hal esensial baik secara khusus langsung maupun citra bagi para pencari keadilan, dan koreksi perjalanan pengarahan (rencana) pembaruan dan pemberdayaan masyarakat;

c. Ketersediaan prosedur formal untuk melayani luasan materi hukum yang akan dipertahankan memengaruhi asumsi fase yang seyogianya ditempuh;

d. Keterpercayaan saluran litigasi lebih dari sekedar pemberian kesempatan didengar atau partisipasi membentuk pencapaian putusan.

Saluran akan lebih terpercaya, jika dengan penggunaannya dapat memastikan tercapainya hal penting bagi para pihak.

## B. Penyelesaian Melalui Non Litigasi

### 1. Umum

Pasal 1 butir 10 UU Arbitrase dan APS menyatakan "alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli".

<sup>28</sup> Jeffrey Pinsler, SC, *Evidence and Litigation Process*, Lexis Nexis, 3<sup>rd</sup> edition, 2010, hlm.1.

Sri Setianingsih Suwardi, menempatkan konsultasi sebagian dari negosiasi, dan menggambarkan:

“Jika suatu negara telah mengambil suatu kebijaksanaan yang kemungkinan kebijaksanaan itu mempunyai dampak negatif pada negara lain, perundingan/diskusi dengan negara yang terkena dampak kebijaksanaan tersebut adalah cara yang baik untuk menghindarkan timbulnya sengketa antara kedua belah pihak.”<sup>29</sup>.

Menurut Peter Muchlinski,

“jika ada kesepakatan negara tujuan investasi bersama perusahaan investor asing untuk penyelesaian sengketa secara internasional, maka terbukalah berbagai pilihan, mulai dari negosiasi yang banyak dijadikan klausul penyelesaian sengketa investasi hingga kepada Konsiliasi dan Arbitrase cara terinstitusi. Prosedur konsiliasi atau arbitrase terinstitusi dapat digunakan pada arbitrase/konsiliasi *ad hoc* sesuai kesepakatan antar pihak. Sebagai alternatif, mereka dapat menggunakan salah satu sistem institusi konsiliasi dan arbitrase”<sup>30</sup>.

Sidang kecil (*mini trial*) menggunakan ahli pada bidangnya meneliti sengketa. Status putusan diserahkan pada para pihak. Andrew Terry menjelaskan bahwa “*a mini-trial is highly structured information exchange and settlement negotiation process. ...The relationship between the parties is likely to be preserved*”<sup>31</sup>. (Suatu mini trial merupakan pertukaran informasi terstruktur tingkat tinggi dan proses penyelesaian dengan negosiasi.’ Metoda ini cepat, .... Hubungan yang diutamakan para pihak tetap terpelihara).

## 2. Arbitrase

”Perkataan arbitrase berasal dari kata *arbitrare* (bahasa Latin) yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan”<sup>32</sup>. Arbitrase sebagai penyelesaian sengketa bisnis di antara para pihak di luar pengadilan, dengan menggunakan tenaga pihak ke tiga sebagai arbiter atau majelis arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak yang dinyatakan secara tegas (Pasal 2 UU Arbitrase Dan APS). Jenis arbitrase: Arbitrase *ad hoc* dan lembaga arbitrase. Arbitrase *ad hoc* dibentuk untuk penyelesaian sengketa tertentu. Lembaga arbitrase berupa arbitrase nasional seperti Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), dan Arbitrase Internasional seperti “1)The Court of Arbitration of The International Chamber of Commerce (ICC) yang berpusat di Paris. 2) The London Court of International Arbitration, London U.K. ...”<sup>33</sup>.

Ketentuan UU Arbitrase Dan APS hendak mengarahkan capaian yang menjanjikan bertitik tolak dari ketegasan sikap para pihak. Markam Ball sebagaimana dikutip Peter Muchlinski, menyatakan bahwa:

”*Ad hoc Arbitration or conciliation depend upon the initiative of the parties for their success. The parties must make their own arrangements regarding the procedure, the selection of arbitrators or conciliators, as the case may be, and the administrative support*”<sup>34</sup>.

Kaidah arbitrase tersebut, tentu membutuhkan dukungan norma terkait (proses di pengadilan) agar untuk antar kaidah beroperasi secara serasi.

Arbitrase dapat berhasil, apabila dilaksanakan dengan penuh itikad baik. Perjanjian kerjasama dengan sangat jelas, mengurangi peluang multi tafsir terhadap penyelesaian berdasarkan kebebasan kontrak ini, dan kemandirian saluran tersebut dapat terpelihara. Akan tetapi, pelaku bisnis tak jarang terlibat pada cara-cara yang kurang etis dalam meminimalisasi risiko. Ketentuan “pengadilan negeri tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang telah terikat perjanjian arbitrase” (Pasal 3 UU Arbitrase Dan APS) perlu dikawal secara sungguh-sungguh.. Hakim/pengadilan tidak menjemput perkara, karenanya pengajuan pihak untuk maksud mengulur waktu eksekusi atas pertimbangan bisnis yang membuat suatu perkara diputus hakim.

Para pihak dapat membuat kesepakatan pada saat membuat perjanjian atau pada saat setelah sengketa terjadi. Pasal 62 ayat (4) UU Arbitrase Dan APS menyatakan “Ketua Pengadilan Negeri tidak memeriksa alasan atau pertimbangan dari putusan arbitrase”, bermaksud membuat agar

<sup>29</sup> Sri Setianingsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, penerbit UI Press, cet.I, 2006, hlm.7-8.

<sup>30</sup> Lihat, Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises And The Law*, Blackwell Publishers Ltd, reprinted, 1979, hlm.537-539

<sup>31</sup> Andrew Terry/Des Giugni, *op.cit*, hlm.134.

<sup>32</sup> R.Subekti, *Arbitrase Perdagangan*, pen.Binacipta, cet.kedua 1992, hlm.1.

<sup>33</sup> Lihat, I Made Widnyana, *Alternatif Penyelesaian Sengketa (ADR)*, penerbit PT Fikahati Aneska, Jakarta 2009, hlm.219-220.

<sup>34</sup> Markam Ball, sebagaimana dikutip dalam Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publisher Ltd, 108 Cowley Road, Oxford Ox4 1 JF, UK, 1999, hlm.538.



putusan arbitrase tersebut benar-benar mandiri, final, dan mengikat”. Apabila pihak mengingkari fakta hukum tentang klausul yang menyatu dengan perjanjian pokok berarti lama berlangsungnya hubungan didasari sikap permisif lebih lama, sementara jika kesepakatan yang dibuat setelah sengketa terjadi diingkari, maka jangka waktu pengingkaran itu lebih pendek. Hakim dihadapkan dengan keperluan taat asas pada ranah yang terikat arbitrase, dan kewajiban memeriksa perkara yang diajukan.

Terlepas dari seringnya pengingkaran, terhadap perjanjian arbitrase, kesepakatan ini sama dengan perjanjian secara umum. Perjanjian sah, memenuhi persyaratan obyek dan subyek yang diatur Pasal 1320 KUHPdata<sup>35</sup>. Pihak sebagai subyek perjanjian dikaitkan dengan persyaratan untuk dianggap dapat membuat perjanjian. Menurut John Mo *“a domestic court may refuse to recognise or enforce an international arbitral award if the underlying arbitration agreement is invalid. The validity of the agreement can be determined on several grounds”*<sup>36</sup>. Dalam Pasal 66 huruf c Undang Undang Arbitrase Dan APS menentukan *“... hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum”*. Batasan ketertiban umum ini tidak rinci, tetapi secara umum pada ranah hukum memaksa. .

Pemeriksaan arbitrase bersifat tertutup dan rahasia. Sifat kerahasiaan ini merupakan keunggulan arbitrase.

Pasal 60 UUAbitrase Dan APS menyatakan *“putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak”*. Penjelasan pasal ini menyatakan *“putusan arbitrase merupakan putusan final dan dengan demikian tidak dapat diajukan banding, kasasi atau peninjauan kembali. Arti *“final”*<sup>37</sup> suatu putusan hukum atau dekrit berarti dilaksanakan tanpa diperlukan lagi upaya hukum lainnya. Putusan arbitrase dapat dilaksanakan secara sukarela atau atas perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan pihak berkepentingan. Dalam kedua hal, jangka waktu proses arbitrase berlangsung sebagaimana direncanakan para pihak. Akan tetapi, arti final dan mengikat ini tampak bergeser seiring adanya pengajuan permohonan pembatalan. Sehubungan dengan finalnya putusan arbitrase, dan ketentuan bahwa pengadilan tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat perjanjian arbitrase, timbul pertanyaan bagaimana memposisikan kedua ketentuan agar selaras dan bersinergi menghasilkan peradilan yang tepat.*

Keuntungan menggunakan arbitrase, terlihat antara lain sebagai berikut:

*“Penyelesaian sengketa...terdiri dari berbagai institusi dan tingkatan merupakan jalan yang sangat panjang. ... Bagi dunia perdagangan yang membutuhkan penyelesaian urusan serba *cepat*, melalui pengadilan sangat tidak menguntungkan.*

Arbitrase merupakan cara penyelesaian sengketa, yang sangat sesuai dengan kebutuhan dunia perdagangan tersebut. ... Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa bagi dunia perdagangan atau bisnis, penyelesaian sengketa melalui arbitrase, mempunyai beberapa keuntungan yaitu dilakukan: dengan cepat, oleh ahli, dan secara rahasia”<sup>38</sup>

Sebelum lahirnya UU Arbitrase Dan APS, Mahkamah Agung tidak dengan sendirinya menerima arbitrase asing/internasional dilaksanakan di Indonesia. Pendapat Sudargo Gautama terhadap sikap MA tersebut, antara lain sebagai berikut: *“setelah adanya Keputusan Presiden No.34 Tahun 1981, tanpa diperlukan suatu peraturan pelaksana lebih lanjut, negara kita sudah terikat untuk melaksanakan keputusan arbitrase dagang luar negeri”*<sup>39</sup>.*“Pada diri Konvensi New York 1958, sudah terkandung kekuatan eksekutorial yang bersumber dari dirinya sendiri. Kekuatan *self execution* Konvensi ini bersumber dari ketentuan Pasal 1 ayat (1):”*This Convention shall apply to recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a states other than the**

<sup>35</sup> Pasal 1320 KUHPdata, berbunyi: Untuk sahnyanya persetujuan-persetujuan diperlukan empat syarat: 1.sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;2.kecakapan untuk membuat suatu perikatan;3.suatu hal tertentu;4.suatu sebab yang halal.

<sup>36</sup> John S Mo, International Commercial Law, Butterworths, Sydney-Adelaide-Brisbane-Canberra-Melbourne-Perth, 1997, hlm.582.

<sup>37</sup> Eryan A.Gagner (editor in chief), Black’s Law Dictionary, eighth edition 2009, hlm.662, menyebut **final** 1(of a judgment at law) not requiring any further judicial action by the court that rendered judgment to determined the matter litigated; concluded.2. (of an equitable decree) not requiring any further judicial action beyond supervising how the decree is carried out.

<sup>38</sup> R.Subekti, Op.cit, hlm.4-6.

<sup>39</sup> M.Yahya Harahap, Arbitrase, Pen.Sinar Grafika, Jakarta, 2004, hlm.32.

states". Melalui pengakuan dan ratifikasi berarti Indonesia dengan sistem hukumnya berjanji untuk membantu realisasi suatu putusan arbitrase internasional di wilayah Indonesia.

Bagaimana undang-undang berbicara tentang non litigasi ini, antara lain sebagai berikut. Pasal 58 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman menentukan "Upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui Arbitrase dan APS". Penyelesaian yang 'dapat' artinya tidak wajib, tetapi memperlihatkan adanya prediksi pengundang-undang perlu menampung aspirasi komunitas yang mengapresiasi dan meyakini cara tertentu untuk penyelesaian sengketa, lalu diberikan legitimasinya. Anggota masyarakat memandang layanan pengadilan kurang memadai.

Sudikno Mertokusumo menyatakan tentang pengadilan ini, sebagai berikut:

"...Dan tidak asing lagi bagi kita adagium yang berbunyi '*justice delayed is justice denied*' (keadilan ditunda berarti keadilan ditolak). Tetapi apa hendak dikata, didalam praktiknya, proses melalui pengadilan itu memakan waktu yang lama, karena prosedurnya yang formalistik kaku. Terutama bagi para pengusaha atau pedagang yang menganggap waktu sangat berarti, penyelesaian perkara atau sengketa yang lama atau berlarut-larut sangatlah merugikan"<sup>40</sup>.

Nada yang serupa disampaikan M.Yahya Harahap, seperti berikut ini:

"Akan tetapi, pengalaman pahit yang menimpa masyarakat, mempertontonkan sistem peradilan yang tidak efektif (*ineffective*) dan tidak efisien (*inefficient*). Penyelesaian perkara memakan waktu puluhan tahun. Proses bertele-tele, yang dililit lingkaran upaya hukum yang tak berujung. Mulai dari banding, kasasi, dan peninjauan kembali. ..."<sup>41</sup>

Kedua penjelasan tersebut memperlihatkan kepentingan para pihak yang kurang terakomodasi pada proses pengadilan yang terlalu berbelit-belit, khusus bagi aktivitas bisnis dinilai tidak menguntungkan. Para pihak yang bergerak dalam bisnis dalam rangka investasi lebih memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Namun, tetaplah harus dilihat bahwa proses di luar pengadilan tidak akan melayani semua penyelesaian sengketa. Maka soal bergeser, untuk hal-hal apakah jalan di luar pengadilan sebagai cara untuk mendapatkan keadilan. Dan bagaimana memelihara yang sebagian (non litigasi) ini pada porsinya.

Sesuai dengan Pasal 60 UU Kekuasaan Kehakiman, ayat (1) Alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli. Ayat (2) Penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hasilnya dituangkan dalam kesepakatan tertulis. Ayat (3) Kesepakatan secara tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (2) bersifat final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik. Selanjutnya, berdasarkan Pasal 61 "Ketentuan mengenai arbitrase dan penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 58, Pasal 59, dan Pasal 60 diatur dalam undang-undang".

Beberapa ketentuan jangka waktu pemrosesan alternatif penyelesaian diatur dalam Pasal 6 Undang-Undang Arbitrase Dan APS, memperlihatkan jika keseluruhan fase pada ayat (1) sampai dengan (6) dilalui diperkirakan menggunakan waktu sekitar 139 (seratus tiga puluh sembilan) hari, dengan catatan terdapat 2(dua) kali 7(tujuh) hari sebagai interval penunjukan/kesepakatan menunjuk penasehat dan menghubungi suatu arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa guna menunjuk seorang mediator.

Setiap fase tersebut pada ayat (2) hingga ayat (6) sangat berpotensi untuk digunakan memfinalkan penyelesaian yang bertolak dari jiwa kesepakatan yang kuat para pihak terhadap fokus masalah. Disini sangat terlihat pengaruh konsensus memilih dan menetapkan panjangnya proses yang cenderung akan sederhana, mengingat umumnya sebagai pendamai lebih profesional berkeahlian pada bidangnya terkait dengan materi perkara.

Berdasarkan kedua rujukan yakni UU Kekuasaan Kehakiman dan UU Arbitrase Dan APS yang sama-sama dapat digunakan, terdapat institusi negara yang berhak dan bertanggung jawab dalam tugas pembinaan hukum. Arbitrase Dan APS yang diperkenankan undang-undang mengakomodasi aspirasi yang lebih demokratis, namun varian-varian yang ada selain tersedia untuk dipilih, juga berkemungkinan menambah lamanya proses penyelesaian sengketa. Kelemahan dalam konteks waktu, jika tidak dikunci dengan kesungguhan itikad baik akan membuka peluang mencari-cari alasan oleh pihak kurang komitmen.

<sup>40</sup> Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata* (Edisi Revisi), pen. Cahaya Atma Pustaka, 2013, hlm.277.

<sup>41</sup> M.Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, pen.Sinar Grafika, cet.5, 2007, hlm.229-230.



### 3. Mediasi

Para pihak berdasarkan kebebasan berkontrak dapat membuat sendiri hukumnya untuk penyelesaian sengketa sepanjang tidak melanggar undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Pasal 6 ayat (3) UU Arbitrase Dan APS menyatakan: “dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka ... diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator” memperlihatkan kebolehan menggunakan cara lainnya jika pertemuan langsung belum berhasil. Manfaatnya, para pihak berada dalam koridor kesepakatan, dapat memperkirakan dan mengendalikan risiko.

Mediasi ini berpotensi mengembalikan pada posisi obyektif hubungan para pihak, termasuk peran pihak dalam misi yang lebih luas. Cara ini sangat erat dengan kepentingan penggeseran masyarakat pada level yang lebih baik. Pihak ketiga (mediator) diharapkan diharapkan berkontribusi praktik terbaik bagi para pihak mengenai bidang kerjasama.

Pembudayaan untuk mengembangkan paradigma non litigasi, Adi Sulistiyono mengemukakan antara lain sebagai berikut.

“Dalam masyarakat yang mempunyai budaya gotong royong, tenggang rasa, musyawarah, dan guyub (gemeinschaft) seperti di Indonesia, keberadaan Paradigma non Litigasi, yang mendasarkan pada konsensus, musyawarah ..., ...masih berlangsung dalam praktik-praktik penyelesaian sengketa di masyarakat.

...Mengembangkan penggunaan Paradigma non Litigasi bukan suatu pekerjaan yang mudah, karena yang dibutuhkan yang utama justru membangun kepercayaan masyarakat agar bersedia memberi tempat atau menjadi bagian dari perilaku masyarakat untuk digunakan menyelesaikan sengketa.

... faktor-faktor ...mendorong ... 1)Krisis kepercayaan masyarakat pada lembaga peradilan. ...2) Penyelesaian sengketa melalui jalur non litigasi merupakan trend, kebiasaan umum yang digunakan dalam pergaulan masyarakat bisnis di seluruh dunia”<sup>42</sup>

Kekuasaan negara perlu mendorong pemeliharaan cara penyelesaian lebih dari sekedar memecahkan isu sengketa. Dalam negara kesejahteraan, negara selain mempertahankan tata hukum, dan melindungi hak-hak asasi manusia, proaktif mengatur jalan kegiatan mengarah kepada tujuan mencapai kesejahteraan. Dari bagian tahap mediasi ini terlihat penekanan pemastian pemahaman pengutamaan atas ikhwal pokok persoalan dan kebutuhan khusus antara para pihak bersengketa. Penempatan pengaturan mediasi pada perundang-undangan tertentu diperlukan terkait dengan mengikatnya dan kesamaan persepsi penegakan untuk pembangunan sistem hukum Indonesia.

## IV.TINJAUAN ANALISIS ATAS PENYELESAIAN SENGKETA BISNIS DALAM RANGKA INVESTASI MELALUI PROSES PERADILAN DI INDONESIA

### A. Putusan Mahkamah Agung Nomor 171 K/Pdt.Sus/2011

“1) **Posisi Kasus Ringkas, perkara antara** 1. PT.TELEKOMUNIKASI INDONESIA,TBK, sebagai Pemohon banding; M e l a w a n 1. BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA,Termohon banding I; dan 2. PT. KATULISTIWA DWI BHAKTI , Jakarta, Termohon banding II;

Hubungan hukum antara pemohon dengan termohon, tanggal 7 November 2003 Pemohon dan Termohon II mengadakan Perjanjian Kerjasama (PKS) No. TEL. 695/HK.810/D02-A10300/2003 tanggal 7 November 2003 tentang Penyediaan dan Pengembangan Layanan Telekomunikasi Berbasis Fixed Wireles Acces CDMA Paket II, Lokasi:Karawang (“PKS”).

**2. Materi Sengketa:** Dalam Arbitrase ke-1, PT.Katulistiwa Dwi Bhakti (Termohon II) mendalilkan bahwa ... Pemohon melakukan kegiatan persaingan menjual produk Fixed Wireline (telepon kabel) di wilayah Karawang. Menurut pemohon, pemohon tidak melakukan pelanggaran, karena yang dilarang PKS adalah berkompetisi dalam penyelenggaraan telepon tetap tanpa kabel yang menggunakan teknologi CDMA.

<sup>42</sup> Adi Sulistiyono, Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi Di Indonesia ,pen.UPT Penerbitan Dan Pencetakan UNS (UNS Press),cet.I, 2006, hlm.340-343.

**3. Fakta terkait, antara lain:** Surat No.60/KDB- CDMA/VI I I / 2 005 ( "Surat 18 Agustus 2004") yang isinya menyatakan bahwa Termohon II tidak sanggup untuk meneruskan pelaksanaan PKS;

**4. Tuntutan:** Pemohon banding memohon tolak putusan arbitrase ke-2 yang menghukum Pemohon membayar ganti rugi terhadap Termohon II. Pemohon minta dalam banding untuk pembatalan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan yang tidak menerima permohonan tolak eksekusi putusan BANI arbitrase 2, melainkan membenarkan putusan arbitrase ke-2.

**5. Isu Hukum:** Terdapat ketidaksinkronan antara hukum yang diterapkan bersumber klausul arbitrase dengan putusan arbitrase dan putusan Pengadilan Negeri (PN) serta putusan Mahkamah Agung (MA), sehingga putusan banding MA kurang mengakomodasi tuntutan pemohon banding (PT.Telekomunikasi Indonesia,Tbk).

**6. Disposisi Hakim, Antara lain:** 1.Menolak permohonan banding dari Pemohon Banding: PT.TELEKOMUNIKASI INDONESIA,TBK Tbk. tersebut;

**7. Alasan Pengambilan Putusan:** Alasan banding tidak dapat dibenarkan oleh MA, karena MA menilai hakim PN sudah menerapkan hukum secara tepat dan benar, yaitu menyatakan "permohonan pembatalan putusan arbitrase tidak dapat diterima karena bantahan yang diajukan oleh Pemohon dalam perkara *a quo* adalah bersifat *prematur*, ...(belum) ada sita eksekusi".

Realisasi penegakkan hukum dan keadilan yang dilakukan oleh MA yang berbeda dari argumen Pemohon yang menyatakan '*Arbitrase ke-2 nyata melanggar kepatutan*'. Pendapat MA, menilai bahwa hakim pada PN Jakarta Selatan telah menerapkan hukum dengan tepat dan benar. Pertimbangan MA sebagai berikut: "menimbang, bahwa terhadap alasan-alasan banding tersebut MA berpendapat bahwa alasan ini tidak dapat dibenarkan karena *judex facti* sudah menerapkan hukum secara tepat dan benar, yaitu menyatakan permohonan pembatalan putusan arbitrase tidak dapat diterima karena bantahan yang diajukan oleh Pemohon dalam perkara *a quo* adalah bersifat prematur,..."<sup>43</sup>. Disini terlihat bahwa dengan penggunaan semua tahap proses acara yang ada lebih ditentukan oleh para pihak, peradilan menyampaikan tujuan utama penyelesaian sengketa yang memberi kepastian hukum, sebagai jalan pada keadilan dan manfaat dirasakan kurang efisien dan efektif. Pengadilan yang memeriksa kembali putusan arbitrase dalam rangka penegakan hukum harus dilakukan oleh hakim yang cakap dan mampu memberikan putusan yang adil, oleh karena yang diminta para pihak sudah menjadi lebih tinggi mutunya.

Putusan Mahkamah Agung ini menegaskan kepastian hukum status pengakhiran hubungan berikut dengan pemberesan hak dan kewajiban di antara para pihak. Arbitrase yang dipilih oleh para pihak dalam kontrak tentu didasarkan anggapan bahwa penyelesaian yang adil dapat diperoleh melalui proses pada lembaga bersangkutan.

Dalam putusan arbitrase ke-1, hal yang dituntut pihak Termohon banding (PT.Katulistiwa Dwi Bhakti) berupa ganti kerugian, hingga *Profit Opportunity lost*, telah memedomani isi Perjanjian Kerjasama. Menurut Pasal 60 UU Arbitrase Dan APS, bahwa putusan arbitrase sedemikian adalah bersifat final dan mengikat kedua belah pihak. Artinya tinggal ditindaklanjuti secara sukarela atau dengan perintah eksekusi Ketua Pengadilan Negeri. Berdasarkan kaidah ini, sebenarnya arbitrase ke-2 sudah tidak diperlukan.

#### **B. Tinjauan Analisis Melalui Proses Non Litigasi**

##### **Putusan Arbitrase Nomor 14387/JB/JEM tanggal 27 Februari 2009**

**"1) Posisi Kasus Ringkas: Pihak dalam perkara ini** 1. PT. PERTAMINA EP, Jakarta, **Pemohon Banding I**; 2. PT. PERTAMINA (Persero), berkedudukan di Jakarta, **Pemohon Banding II**; Terhadap PT. LIRIK PETROLLEUM, berkedudukan di Gedung Satmarindo, Jl. Ampera No. 5, Cilandak Timur, Jakarta 12560, **Termohon Banding dahulu Termohon**. Hubungan antara pihak tertuang dalam *The EOR Contract* yang berakhir 27 Maret 2006, antara lain berisi klausul arbitrase penyelesaian sengketa.

**2. Materi Sengketa, antara lain:** 2.1. Pemohon mendalilkan, bahwa perbuatan termohon yang tidak memberikan status komersialitas Molek merupakan pelanggaran penuh *The EOR Contract (breach of contract)*. 2.2. Termohon mendalilkan tindakannya sebagai bagian kewenangan pengendalian dengan kapasitas selaku Kuasa Pertambangan MIGAS mewakili pemerintah.

**3. Fakta, antara lain:** Enhanced Oil Recovery Contract (EOR Contract).

<sup>43</sup> Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 171/K/PDT.SUS/2011, hlm.45.



**4. Tuntutan, Antara lain:** Tuntutan pembayaran *profit opportunity loss* atas penolakan memberi status komersialitas Molek.

**5. Isu Hukum**

Ketidakpastian status putusan apakah sebagai arbitrase nasional atau internasional. Wanprestasi dikarenakan tidak memberikan status komersial wilayah Molek, *South Pulai and North Pulai, in breach of the EOR contract, and are liable to pay damages to the Claimant for its loss of profits from being unable to realise Incremental Oil from these fields from 12 September 1995 to 27 March 2006.*

**6. Disposisi Majelis Arbitrase, antara lain:** *FINAL AWARD* tanggal 27 Februari 2009, ...amar putusan yang berbunyi sebagai berikut:

Terjemahan:

86. Majelis Arbitrase memutuskan, memerintahkan dan menetapkan sebagai berikut:

(a) Para Termohon diwajibkan untuk membayar kepada Pemohon, sejumlah US\$ 34.172.178 sebagai ganti kerugian atas pelanggaran terhadap EOR Contract (dan terdiri atas US\$ 25.311.940 untuk masalah komersialitas, US\$ 8.722.569 untuk masalah kegagalan jalur pipa dan US\$ 137.669 untuk masalah klaim kegagalan dalam membayar).

(b) Sebagai tambahan atas ganti kerugian yang diberikan dalam paragraf (a) Para Termohon diwajibkan untuk membayar kepada Pemohon sejumlah US\$ 323.250 sebagai bagian atas biaya dan pengeluaran Arbiter serta pengeluaran administratif ICC yang dibayarkan oleh Pemohon.

**7. Alasan Pengambilan Putusan Arbitrase International Chamber of Commerce (ICC):**

Terjemahan: "Termohon 1 dan Termohon 2 tanpa alasan hak yang sah menolak memberikan status komersialitas untuk Molek, South Pulai dan North Pulai, sebagai pelanggaran atas EOR Contract dan bertanggungjawab untuk membayar ganti kerugian kepada Pemohon atas kehilangan atas keuntungan karena tidak dapat menghasilkan *incremental oil* dari lapangan tersebut mulai 12 September 1995 sampai dengan 27 Maret 2006"<sup>44</sup>.

Penyelesaian sengketa ini melalui proses arbitrase telah sesuai dengan pilihan antar pihak. Pasal 2 UU Arbitrase Dan APS, menentukan bahwa "Undang-undang ini mengatur penyelesaian sengketa... yang timbul atau yang mungkin timbul dari hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa". Oleh karena putusan memedomani formalitas ketentuan UU Arbitrase dan APS, maka putusan arbitrase ini telah menyampaikan keadilan bagi para pihak. Hak dan kewajiban bisnis antara para pihak ditegakkan sesuai dengan ikatan perjanjian, dan dilaksanakan dengan itikad baik. Keadilan berupa kondisi masing-masing mendapatkan haknya, seperti dalam kondisi tidak tersengketa. Namun, dengan adanya proses lanjutan pada pengadilan jadi timbul anggapan bahwa kepastian final dan mengikat putusan arbitrase menjadi terusik dikarenakan kurang selarasan antara ketentuan yang terdapat pada UU Kekuasaan Kehakiman dan UU Arbitrase Dan APS.

C. Kemandirian arbitrase yang memberikan putusan final dan mengikat bagi para pihak terganggu dikarenakan pihak tidak melaksanakan dengan itikad baik klausul kesepakatan penyelesaian sengketa dan tuntutan hak yang menurut hukum dikuasai para pihak. Peradilan terkena dampak dalam menyampaikan tujuan utama penyelesaian sengketa yang memberi kepastian hukum, sebagai jalan pada keadilan dan manfaat menjadi kurang efisien dan efektif. Tantangan bagi hakim yang memeriksa kembali putusan arbitrase menjadi meningkat, karena yang dituntut kualitasnya tentu makin lebih tinggi.

Proses penyelesaian sengketa menyita waktu (dengan anggapan cukup 6 (enam) bulan untuk yang cepat) tidak cepat, berakibat pada hal-hal yang dipentingkan pada bisnis menjadi tidak tercapai. Rencana kontrak kerjasama untuk penyediaan dan pengembangan telekomunikasi selama 4 tahun 2 bulan misalnya, jelas sudah tidak ditunjang proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase, PN, hingga ke MA sekitar 4(empat) tahun. Rambu aturan ini, tidak membuat iklim yang kondusif terhadap investasi, karena tidak menyelesaikan secara tuntas dalam 1(satu) putusan arbitrase yang semestinya final dan mengikat. Harapan pemohon untuk putusan yang lebih substantif tidak dikabulkan untuk membatalkan putusan, yang lebih disebabkan kurang sinkronnya ketentuan tentang finalnya putusan arbitrase hingga adanya proses lebih lanjut pada

<sup>44</sup> Putusan Arbitrase No.14387/JB/JEM tanggal 27 Februari 2009, sebagaimana diuraikan dalam Putusan Mahkamah Agung No.904K/Pdt.Sus/2009.

litigasi memperlihatkan kebutuhan yang mendesak untuk melihat sengketa dari keadilan yang lebih substantif.

**V. PENGATURAN PENYELESAIAN SENGKETA BISNIS DALAM RANGKA INVESTASI DI INDONESIA MELALUI PROSES LITIGASI DAN NON LITIGASI**

**A. Penyelesaian Sengketa Bisnis Dalam Sistem Peradilan di Indonesia Melalui Proses Litigasi dan Non Litigasi yang diakomodasi dalam rangka yang dapat memberikan kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan bagi para pihak yang bersengketa**

Ketentuan UU Kekuasaan Kehakiman pada dasarnya mengakomodasi penyelesaian sengketa bisnis secara litigasi dan non litigasi. Sebagian dari pasal-pasal UU Kekuasaan Kehakiman dan UU Arbitrase Dan APS mengenai penyelesaian sengketa. Banyaknya pasal diperlukan, akan tetapi yang lebih penting seberapa baiknya pengaturan menjamin dapat menunjang penyelesaian yang sederhana, cepat, dan biaya ringan. Ketentuan antar pasal yang tidak berhubungan secara harmoni berakibat tidak dapat bersinergi mencapai sasaran utama pengaturan peradilan. Sebelumnya perlu dikemukakan bahwa acara peradilan sipil hukum acara HIR (Reglemen Indonesia Yang Dibarui) telah kurang menunjang penyelesaian sengketa bisnis karena tidak adanya standar waktu untuk penyelesaian secara tuntas.

Pasal 2 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman menyatakan Peradilan dilakukan "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa". Asas ini terlihat terlalu teokratis, secara teori berasumsikan hakim sebagai wakil Tuhan. Akibatnya segala sengketa cenderung dianggap dapat diselesaikan di pengadilan. Banyak sengketa yang membutuhkan penyelesaian secara musyawarah, dan pebisnis internasional menggunakan penyelesaian sengketa melalui non litigasi. Kebutuhan hukum masyarakat yang senantiasa berkembang tidak terpenuhi oleh asas yang teokratis tersebut melainkan oleh hal yang bersifat rasional. Asas tersebut dikaitkan dengan ketentuan "pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa,..." menimbulkan penilaian berlebihan atas peran pengadilan. Akibatnya terjadi pemusatan harapan pada hakim, penyaluran perkara menjadi tidak proporsional, selanjutnya prinsip peradilan cepat, dan biaya ringan sukar dicapai.

Kepastian hukum sebagai jalan meraih keadilan, namun tetap harus disadari bahwa hukum yang pasti tidak selalu telah adil. Dalam ayat (4) Pasal 2 UU Kekuasaan Kehakiman, "peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan". Apabila kendali pemanfaatan berbagai saluran lebih berada pada pihak, maka hal terkait bagaimana mewujudkan yang cepat menjadi hal yang perlu dibenahi.

Pasal 11 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman menentukan "pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dengan susunan majelis sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain". Tingkat kerumitan sengketa belum dikorelasikan pada kaidah ini. Kapasitas penyelesaian oleh sejumlah hakim perlu diketahui investor atau pebisnis dalam rangka investasi. Penggunaan arbiter atau narrator ahli dapat didasarkan pada rencana kebutuhan hukum pihak.

Ketentuan yang melarang pengadilan menolak untuk memeriksa (Pasal 10), dan tidak menutup usaha perdamaian, membawa akibat bahwa semua hal termasuk yang remeh temeh diperiksa sehingga sukar untuk efisien, dan adanya penomorduaan non litigasi. Oleh karenanya ketepatan pemanfaatan penyelesaian harus diseimbangkan dari kapasitas peradilan dan perasaan keadilan pengguna.

Pasal 50 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman menentukan "Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili". Pihak perlu mengetahui hukumnya sebagai gambaran hal yang akan diperoleh. Beberapa negara *civil law system* telah bergeser dari adagium yang menyatakan cukup hanya mengemukakan fakta ke pengadilan karena pengadilan mengetahui hukum, kepada 'hakim juga dapat menanyakan pihak tentang apa hukumnya yang mesti diterapkan untuk kepentingan proses yang baik'.

Ruang akomodasi pada UU Arbitrase Dan APS antara lain sebagai berikut. Pasal 2 menyatakan "Undang-Undang ini mengatur penyelesaian sengketa atau beda pendapat dengan cara arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa". Pasal 1 butir 10 UU tersebut memperkenalkan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli, dan Pasal 60 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman mengulangi menyebut pelbagai cara penyelesaian tersebut.



Pasal 3 UU Arbitrase Dan APS menyatakan "pengadilan negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase". Ketentuan diharap menciptakan kondisi dihargainya ikatan antar pihak seperti klausul arbitrase. Dalam pilihan hukum diharapkan ketertiban umum tidak dilanggar. Ternyata ketertiban ini sering dijadikan alasan permohonan pembatalan guna menunda eksekusi.

Pasal 6 ayat (1) UU Arbitrase Dan APS menyatakan "sengketa atau beda pendapat perdata dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada itikad baik dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri". Proses pengajuan ke pengadilan yang mengabaikan kesepakatan tidak dibarengi suatu ancaman hukuman.

Pasal 11 ayat (1) dan (2) UU Arbitrase Dan APS menentukan sebagai berikut. (1) "Adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri." (2) Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam Undang-undang ini. Ketiadaan hak mengajukan ini sangat tergantung itikad baik para pihak, karena kalau diajukan dengan alasan yang berbeda dari bynny kesepakatan, hakim tetap wajib memeriksa. Demikian apabila pihak menyangkal status yang diperjanjikan, menyatakan bukan ranah yang dapat diperdamaikan, maka hakim pasti memasuki pemeriksaan sampai dapat memastikan adanya pelanggaran ketertiban umum, kekeliruan, dan lainnya.

Pasal 20 UU Arbitrase Dan APS menyatakan "dalam hal arbiter atau majelis arbitrase tanpa alasan yang sah tidak memberikan putusan dalam jangka waktu yang telah ditentukan, arbiter dapat dihukum untuk mengganti biaya dan kerugian yang diakibatkan karena kelambatan tersebut kepada para pihak." Penghukuman terhadap arbiter yang tanpa alasan tidak memberikan putusan dalam waktu yang ditentukan memberi gambaran kesungguhan dan dapat terencananya suatu proses peradilan.

Pasal 56 ayat (1) Undang Undang Arbitrase Dan APS, menetapkan "Arbiter atau majelis arbitrase mengambil putusan berdasarkan ketentuan hukum, atau berdasarkan keadilan dan kepatutan. Para pihak berhak memintakan agar arbitrase mengadili dengan menggunakan *strict application law* atau *ex aequo et bono*. Pada yang belakangan ini, Arbiter/majelis arbitrase berwenang untuk mengesampingkan hukum, sebaliknya pada yang *strict law* mengadili seperti hakim menerapkan hukum.

Dengan demikian kepastian hukum untuk mencapai keadilan yang terakomodasi dalam UU Kekuasaan Kehakiman dan UU Arbitrase Dan APS dapat terganggu dikarenakan kurangnya harmoni penerapan antar ketentuan terkait. Derajat, hierarki antar aturan yang harus saling mendukung dan perjanjiannya yang harus didahulukan mesti terpelihara pada acara yang memberi ruang menegakkan hak dan kewajiban kontraktual antar pihak.

#### **B. Pengaturan penyelesaian sengketa yang menunjang pengembangan investasi di Indonesia sebagai upaya mewujudkan negara kesejahteraan**

Pengembangan investasi diarahkan melalui pengelolaan bidang-bidang usaha oleh pelaku bisnis atau investor khususnya, baik yang bekerjasama langsung dengan pemerintah maupun mengambil bagian bersama mitra bisnis pada bidang usaha tersebut. Satjipto Rahardjo mengemukakan mengenai hukum dan pembangunan, antara lain sebagai berikut:

"Masalah pembangunan perlu mendapat tempat tersendiri di dalam pembahasan tentang hukum dan masyarakat ini oleh karena pembangunan ini merupakan perubahan dengan ciri-ciri yang istimewa. Pertama-tama, pembangunan bukan merupakan suatu perubahan yang bersifat sepotong-sepotong. ..."<sup>45</sup>

Kegiatan bisnis berkaitan dengan pembaruan dan pemberdayaan masyarakat memerlukan saluran penyelesaian sengketa yang dapat menyesuaikan kapasitasnya terhadap potensi yang harus ditangani.

Keterkaitan pengaturan yang satu dengan lainnya dalam keserasian untuk dioperasikan mencapai tujuan yang didasarkan hukum positif. Fungsi yang diemban masing-masing aturan terkoordinasikan untuk tujuan yang lebih besar. Pasal 3 ayat (2) UU Penanaman Modal menyatakan tujuan investasi, antara lain a. meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional; b.

<sup>45</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Masyarakat*, pen. Angkasa Bandung, 1980, hlm.130.

menciptakan lapangan kerja; c. ... d. ...; e. ...; f. mendorong pengembangan ekonomi kerakyatan; g. ...; dan h. meningkatkan kesejahteraan masyarakat". Kondisi penyelesaian sengketa yang tepat dan dapat memelihara momentum bisnis diperlukan untuk menunjang proses pencapaian tujuan tersebut.

**Ciri pengaturan** berdasarkan Pasal 16 UU Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, menyatakan "*materi undang-undang semestinya mengandung asas-asas pengayoman, kemanusiaan, kekeluargaan, kesusantaraan, kebhinneka tunggal ikaan, keadilan, kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, ketertiban dan kepastian hukum, dan/atau keseimbangan, keserasian, dan keselarasan*". Asas-asas itu disesuaikan dengan materi yang hendak diundangkan. Penggunaan untuk investasi dan acara, tampaknya semua asas ini dibutuhkan secara sekaligus.

Sehubungan dengan bukti dan prosedur, Jeffrey Pinsler, SC menekankan "... , ... *although governed by separate rules, must operate conjunctively and symbiotically in order to achieve the aims of justice*"<sup>46</sup>. Alat itu beroperasi secara *conjunctive* dan *symbiotic* mencapai tujuan hukum. Sasaran hukum yaitu keadilan, sasaran antara bagi bisnis yaitu kemakmuran, sedangkan lebih jauh keduanya hukum dan bisnis sama-sama untuk mencapai 'keadilan'.

Diperlukan acara yang lebih standar yang memerhatikan hal-hal berikut:

- a. Kerangka umum dasar dan tujuan pengelolaan bidang usaha;
  - b. Acara berfungsi melayani pemberian hal-hal esensial baik secara khusus langsung maupun citra bagi para pencari keadilan, dan koreksi perjalanan pengarahan pembaruan dan pemberdayaan masyarakat, dan lainnya seperti disinggung pada bab yang lalu.
- Urusan terkait dengan litigasi dan non litigasi yang perlu dilakukan terobosan untuk pembenahan, antara lain:
- i. Kewenangan/kekuasaan tugas peradilan yang lebih realistis dapat diimplementasikan;
  - ii. Penempatan Hakim dan arbiter/mediator menangani tugas yang lebih wajar (tidak kelebihan beban);
  - iii. Artikulasi penetapan jangka waktu yang ketat untuk penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi;
  - iv. Memperjelas dan mempertegas politik hukum yang memback-up kegiatan investasi/pembangunan;
  - v. Mengarahkan penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi secara lebih produktif yang dapat memadukan cara litigasi dan non litigasi;
  - vi. Penguatan penggunaan Hakim Ad-hoc, ahli pada bidang investasi;
  - vii. Mendorong penguatan hukum yang hidup bagi komunitas bisnis terkait investasi;
  - viii. Eliminasi pengaturan yang kuat bermuatan kemustahilan untuk upaya usaha pemerintah menyelenggarakan pencapaian kesejahteraan umum;
  - ix. Mendorong terbentuknya pengadilan ad-hoc untuk penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi diisi Hakim Ad-hoc didampingi Tim Ahli;
  - x. Regulasi Tentang Sengketa Investasi dalam Penanaman Modal diubah khusus Mengenai Penyelesaian Masalah Melalui Pengadilan (dikurangi mengajukan sengketa pada hakim umum).

Ke depan semestinya terdapat pengaturan penyelesaian sengketa yang membuat investor tertarik menanamkan modalnya karena kepastian hukum, dan keadilan terjamin.

## VI. PENUTUP

### A. Kesimpulan

1. Proses standar litigasi dan non litigasi untuk penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi dalam sistem peradilan di Indonesia sebagai proses standar yang dapat mengakomodasi jaminan tercapainya kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan bernafaskan Pancasila dan UUD Tahun 1945 bagi pihak bersengketa dalam rangka investasi masih belum berjalan sebagaimana diharapkan, perlu dirumuskan kembali dengan lebih baik. Para pihak perlu memenuhi ketentuan-ketentuan yang telah dituangkan dalam Perjanjian Kerja sama Investasi bagi kelangsungan usaha-usaha mereka. Usaha perdamaian

<sup>46</sup> Jeffrey Pinsler, SC, *Evidence and Litigation Process*, Lexis Nexis, 3<sup>rd</sup> edition, 2010, hlm.1.



- melalui proses non litigasi diusahakan agar tercapai tujuan-tujuan dalam penyelesaian sengketa yang mencerminkan asas sederhana, cepat, dan biaya ringan.
2. Pengaturan penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi di Indonesia ke depan harus diusahakan agar putusannya dapat memberikan iklim yang kondusif bagi investor yang mau menanamkan modalnya di Indonesia dengan jalan melakukan pembaruan pengaturan proses penyelesaian sengketa yang berasaskan norma hukum yang mencerminkan kepastian hukum, keadilan, dan kemanfaatan. Hubungan hukum di antara para pihak sebagaimana ditentukan dalam perjanjian kerja sama investasi yang mengatur tentang hal-hal esensial, tujuan serta pengelolaan usaha dan lain-lain diatur secara jelas dan tegas.

#### B. Saran

1. Kalangan profesi praktisi hukum (pengacara, adviser usaha, mediator, arbiter, dan penggiat advokasi hukum lainnya) seyogianya senantiasa menggunakan kajian mendalam atas substansi mendasar hubungan kerja sama para pihak (kajian dalam proses, reevaluasi, dan pengakhiran kemitraan) untuk memilih cara penyelesaian yang ditempuh lebih mengakomodasi dimensi kepentingan mengutamakan hubungan penyelamatan investasi berorientasi penyejahteraan. Lebih peduli terhadap ambang batas waktu, ongkos, energi sebagai penunjang jangka investasi mengindikasikan kemanfaatan bagi para pihak.

2. Pemerintah perlu lebih khusus menggagas penyesuaian aturan litigasi dan non litigasi untuk penyelesaian sengketa bisnis dalam rangka investasi, penguatan hakim dengan hakim ad-hoc ahli dalam lapangan investasi, dengan tugas penyelesaian sengketa dalam tenggang waktu yang ketat. Taksiran masing-masing bagian keacaraan sedemikian rupa dikaitkan kebutuhan mengefisienkan langkah dengan mengetahui pilihan yang berpotensi kuat merealisasikan sasaran yang dibutuhkan para pihak. Perlu dibentuk peradilan *ad hoc* untuk sengketa bisnis dalam rangka investasi yang ditangani oleh hakim yang kompeten dan profesional.

#### DAFTAR PUSTAKA

- A. Hamid S. Attamimi, *Pancasila Sebagai Ideologi Dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa Dan Bernegara*, BP7 Pusat, 1992, cet. kedua, 1991
- Adi Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi Di Indonesia*, pen. UPT Penerbitan Dan Pencetakan UNS (UNS Press), cet. I, 2006
- Andrew Terry/Des Giugni, *Business, Society & The Law*, Harcourt Brace & Company, Australia, 1995
- Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia*, pen. UII Press, Yogyakarta, 2005
- Eryan A. Gagner, *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, 2009
- Frederich Julius Stahl, *Konstitusi Republik Indonesia-Sejak Proklamasi hingga Reformasi*, Gafitri Budi Utami, 2004
- I Made Widnyana, *Alternatif Penyelesaian Sengketa (ADR)*, penerbit PT Fikahati Aneska, Jakarta 2009
- John S Mo, *International Commercial Law*, Butterworths, Sydney-Adelaide-Brisbane-Canberra-Melbourne-Perth, 1997
- Johnny Ibrahim, *Pengantar Ilmu Hukum*, Raja Persada, Jakarta, 1994
- John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 1995.
- Jeffrey Pinsler, SC, *Evidence and Litigation Process*, Lexis Nexis, 3<sup>rd</sup> edition, 2010

# E-Journal Graduate Unpar

## Part B : Legal Science

Vol. 1, No. 2 (2014)

ISSN: 2355-4290

Khotibul Umam, *Penyelesaian Sengketa Di luar Pengadilan*, pen.Penerbit Pustaka Yustisia, cet.I, 2010

Max Weber, *The Protestant Ethic And The Spirit of Capitalism* ,M Scribners's Sons, New York, 1968

M.Yahya Harahap, *Arbitrase*, Pen.Sinar Grafika, Jakarta, 2004

-----, *Hukum Acara Perdata*, pen.Sinar Grafika, cet.5, 2007

Mariam Darus Badruzaman,dkk, *Kompilasi Hukum Perikatan*, pen.PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001

Markam Ball, sebagaimana dikutip dalam Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publisher Ltd, 108 Cowley Road, Oxford Ox4 1 JF, UK, 1999.

Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, PT.Alumni, Bandung,2006

Michael Green, "*Institutional Theories of Justice And Responsibility*", Red Feather Institute Post Modern Criminology Series-The Red Feather Institute, 8085 Essex, Weidman, Michigan, 48893 - Jun- 1997

Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises And The Law*, Blackwell Publishers Ltd, reprinted, 1979

R.Subekti, *Arbitrase Perdagangan*, pen.Binacipta, cet.kedua 1992

Rusli Muhammad, *Potret Lembaga Pengadilan Indonesia*,.PT Raja Grafindo Persada, Jakarta,2006

Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Masyarakat*, pen.Angkasa Bandung, 1980

Sri Setianingsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, penerbit UI Press, cet.I, 2006

Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku ke-5, pen.PT.Alumni, cet.ketiga 2004

Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata* (Edisi Revisi), pen. Cahaya Atma Pustaka, 2013

~ 0 ~