

TIGA PROBLEMA HUKUM DALAM TRANSAKSI BISNIS INTERNASIONAL DI ERA GLOBALISASI EKONOMI

There are three legal problems in relation to activities of international business transaction namely jurisdiction or competency of a certain court, choice of law, and implementation of the verdict of foreign court. The three problems may be caused by legal system differences amongst businesses country in addition to certain political reasons of developed country to insist on developing country in acceptance of their main arrangements and rules of trading for their benefit.

This trend of international transaction seems to provoke an emerging thought that views trading liberalization as a neo-imperialism in its new format upon developing country. Dilemma of developing country is in one hand when they fight to globalization stream it means that they will be alienated or isolated, in other hand when they follow the globalization stream it means that they accept risk of asymmetry in trading causing of economy disaster for developing country. The catastrophe face by developing country is caused by legal, political, and economy infrastructures are unready yet to deal with globalization.

Ada tiga problema hukum terkait dengan kegiatan transaksi perdagangan internasional yaitu masalah kompetensi lembaga hukum yang berwenang atau yurisdiksi, masalah hukum mana yang akan dipilih, dan masalah implementasi atau pelaksanaan putusan pengadilan asing. Ketiga masalah tersebut bisa terjadi akibat adanya perbedaan sistem hukum dari negara para pelaku bisnis disamping juga alasan-alasan politik tertentu dari negara-negara maju untuk memaksa negara-negara berkembang menerima begitu saja aturan-aturan main dalam transaksi bisnis internasional yang menguntungkan mereka.

Kecenderungan inilah tampaknya yang mendorong munculnya penilaian bahwa liberalisasi perdagangan tidak lebih merupakan bentuk penjajahan baru negara-negara maju atas negara-negara berkembang. Dilema bagi negara berkembang ialah jika melawan arus globalisasi perdagangan risikonya adalah terasing atau terkucilkan, sedangkan jika mengikuti arus globalisasi berarti menghadapi masalah ketimpangan perdagangan yang akan menciptakan malapetaka ekonomi bagi negara-negara berkembang. Malapetaka terjadi karena negara berkembang secara infrastruktur hukum, politik dan ekonomi sangat tidak siap menghadapi globalisasi.

A. Pendahuluan

Transaksi bisnis internasional pada dasarnya adalah transaksi yang berkaitan dengan kegiatan komersial yang melintas batas negara yang dilakukan oleh individu atau perusahaan yang berasal dari dua atau lebih sistem hukum yang berbeda. Adanya perbedaan sistem hukum tersebut dapat terjadi karena adanya perbedaan kewarganegaraan individu atau juga perbedaan kebangsaan perusahaan atau badan hukum yang melakukan transaksi tersebut.

Transaksi bisnis ini merupakan bagian dari hukum perdata internasional (*private international law*). Ada tiga problem hukum yang harus dicermati dan diantisipasi baik oleh pelaku bisnis internasional sendiri, notaris, maupun para penegak hukum seperti pengacara dan hakim. Tiga persoalan pokok tersebut adalah:¹

1. Lembaga mana yang memiliki kewenangan (kompetensi atau yurisdiksi) jika terjadi perselisihan di antara pihak-pihak yang mengadakan transaksi;
2. Hukum yang diberlakukan terhadap transaksi bisnis internasional; dan
3. Pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing.

B. Yurisdiksi Pengadilan dan Arbitrase

Yurisdiksi pengadilan di dalam HPI merupakan kekuasaan dan kewenangan pengadilan untuk memeriksa dan menentukan suatu permasalahan yang dimintakan kepadanya untuk diputuskan dalam setiap kasus yang melibatkan paling tidak satu elemen hukum asing yang relevan.

Untuk menjalankan yurisdiksi yang diakui secara internasional, pengadilan suatu negara

(propinsi atau negara bagian dalam sistem hukum negara federal) harus mempunyai kaitan tertentu dengan para pihak atau harta kekayaan yang dipersengketakan.

Di dalam sistem *common law*, terdapat beberapa kategori yurisdiksi pengadilan. Jika suatu gugatan berkaitan dengan hak-hak atau kepentingan-kepentingan semua orang mengenai suatu hal atau benda, pengadilan dapat secara langsung menjalankan kekuasaannya terhadap suatu hal atau benda tersebut meskipun pengadilan mungkin tidak mempunyai yurisdiksi terhadap orang-orang yang dan kepentingannya tersebut terpengaruh. Yurisdiksi pengadilan semacam ini disebut yurisdiksi *in rem*.² Tujuan utama gugatan dalam *in rem* adalah memenangkan gugatan mengenai *res* (benda).³ Yurisdiksi pengadilan didasarkan pada lokasi atau tempat objek yang terletak di dalam wilayah yang akan diberlakukan yurisdiksi.⁴

Jika gugatan dimaksudkan untuk meminta tanggung jawab seseorang atau membebaskan kewajiban terhadap seseorang, pengadilan memberlakukan yurisdiksi *in personam* dan gugatan tersebut merupakan gugatan *in personam*.⁵

Di dalam Hukum Acara Perdata yang berlaku dewasa ini di Indonesia yang pengaturannya terdapat *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) dan *Rechtsreglement Buitengewesten* (Rbg) tidak terdapat ketentuan khusus mengenai kompetensi pengadilan (yurisdiksi) pengadilan Indonesia dalam mengadili perkara-perkara perdata yang mengandung elemen asing.

Menurut Pasal 118 ayat (1) HIR, tuntutan atau gugatan perdata diajukan kepada pengadilan negeri di tempat tergugat bertempat tinggal (*woonplaats*) atau jika tidak diketahui tempat tinggalnya, tempat sebenarnya ia berada (*werkelijk verblijf*).

Kemudian jika tergugat lebih dari satu orang dan mereka tidak tinggal dalam satu wilayah suatu pengadilan negeri, menurut pasal 118 HIR, gugatan diajukan kepada pengadilan negeri ditempat salah seorang bertempat tinggal.

Menurut Sudargo Gautama, ketentuan penting yang ada hubungannya dengan perkara yang bersifat HPI terdapat dalam pasal 118 ayat (3) HIR.⁶ Jika tergugat tidak mempunyai tempat tinggal yang dikenal dan juga tempat tinggal sebenarnya tidak dikenal, maka gugatan diajukan kepada pengadilan negeri di tempat penggugat (*forum actoris*). Kemudian apabila gugatan tersebut berkaitan dengan benda

tidak bergerak (benda tetap), gugatan diajukan kepada pengadilan negeri di mana benda tetap itu terletak (*forum rei sitae*).

Di dalam Pasal 118 ayat (4) terdapat ketentuan yang menegaskan bahwa jika terdapat pilihan domisili, gugatan diajukan kepada pengadilan negeri yang telah dipilih tersebut.

Di dalam yurisprudensi Indonesia sering ditemukan perkara-perkara dimana tergugat tidak mempunyai tempat kediaman yang dikenal di Indonesia, sehingga prosedur khusus telah dilakukan.⁷

Berkenaan dengan hal ini bisa dikaji ketentuan yang terdapat dalam Pasal 6 sub 8 *Reglement op de Burgerlijk Rechtsverordering* (RV)⁸ mengenai *Dagvaarding* yang harus disampaikan kepada pihak tergugat yang bertempat tinggal di luar Indonesia sepanjang mereka tidak mempunyai tempat kediaman yang dikenal di Indonesia. Tuntutan diserahkan kepada pejabat kejaksaan kepada tempat pengadilan dimana seharusnya perkara diajukan. Pejabat ini membubuhkan kata-kata *gezien* dan menandatangani serta menyerahkan salinan *ekspolit* untuk yang bersangkutan kepada pemerintah Indonesia untuk dikirim.⁹

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan, bahwa prinsip penyampaian gugatan harus dilakukan di tempat tinggal pihak tergugat. Kewenangan mengadili pertama-tama didasarkan pada asas *the basis of presence*, yakni pada umumnya yurisdiksi suatu negara diakui meliputi secara teritorial atas semua orang dan benda yang berada dalam batas-batas wilayah negaranya. Pengecualiannya adalah berkaitan dengan imunitas negara berdaulat dan staf diplomatik.¹⁰

Selain itu, *principle of effectiveness* juga memegang peranan penting, disamping pertimbangan-pertimbangan untuk memberi perlindungan sewajarnya terhadap semua orang yang mencari keadilan. Prinsip efektifitas berarti, bahwa pada umumnya hakim hanya akan memberi putusan yang pada hakikatnya akan dapat dilaksanakan kelak. Tentunya yang paling terjamin apabila gugatan diajukan dihadapan pengadilan dimana pihak tergugat (dan benda-bendanya) berada.¹¹

Masing-masing negara memiliki hukum acara. Hukum acara ini terkadang memiliki persamaan, tetapi terkadang juga memiliki perbedaan yang sangat mendasar. Perbedaan ini banyak dipengaruhi tradisi hukum yang diikuti, kondisi masyarakat dan sejarah hukum negara yang bersangkutan.

Untuk mengantisipasi berbagai kesulitan yang mungkin timbul di kemudian hari, sejak awal permasalahan ini diselesaikan dengan merumuskan klausul pilihan yurisdiksi (*choice of jurisdiction*) atau pilihan forum (*choice of forum*) di dalam kontrak bisnis yang bersangkutan. Pilihan yurisdiksi ini bermakna bahwa, para pihak di dalam kontrak sepakat memilih forum atau lembaga yang akan menyelesaikan perselisihan yang mungkin timbul diantara kedua belah pihak.

Pilihan yurisdiksi ini dapat mengacu kepada pengadilan di salah satu negara dari para pihak yang mengadakan transaksi. Pilihan yurisdiksi ini juga dapat merujuk kepada satu lembaga arbitrase di negara tertentu yang dilaksanakan di negara tertentu.

Pada umumnya para pihak dianggap mempunyai kebebasan untuk memilih forum. Mereka bisa menyimpang dari kompetensi relatif dengan memilih hakim lain. Namun demikian, tidak diperkenankan untuk menjadikan suatu peradilan menjadi tidak berwenang bilamana menurut kaidah-kaidah hukum intern negara yang bersangkutan hakim tidak berwenang adanya. Misalnya untuk Nederland tidak dapat dipilih hakim jika menurut hukum Belanda sama sekali tidak ada hakim Belanda yang relatif berwenang mengadili perkara itu.¹²

Menurut *Convention on the Choice of Court* 1965, pilihan forum terbuka untuk perkara perdata atau dagang yang mempunyai sifat internasional. Pilihan forum tidak berlaku bagi status atau kewenangan orang atau badan hukum keluarga, termasuk kewajiban atau hak-hak pribadi atau finansial antara orang tua dan atau antara suami dan isteri; (1) permasalahan alimentasi yang tidak termasuk dalam butir 1; (2) warisan; (3) kepailitan; dan (4) hak-hak atas benda tidak bergerak.¹³

Salah satu pilihan yurisdiksi tersebut dapat dilihat dalam klausula pilihan yurisdiksi yang terdapat dalam salah satu perjanjian kerjasama usaha patungan (*joint venture agreement*): *Disputes. All disputes, controversies or differences which may arise between the parties out of or in relation to or in connection with this agreement, or the breach there of shall be settled by arbitration in Paris, France, in accordance with the rules of conciliation and arbitration of the international chamber of commerce at Paris.*

Pengadilan atau arbitrase sebelum memeriksa atau mengadili perkara yang diajukan kepadanya itu terlebih dahulu harus meneliti apakah ia ber-

wenang mengadili perkara tersebut. Salah satu cara untuk menentukan berwenang atau tidaknya ia mengadili perkara yang bersangkutan adalah dengan meneliti klausul pilihan yurisdiksi yang terdapat dalam kontrak yang bersangkutan.

Bilamana hakim yang mengadili suatu perkara yang mengandung elemen asing menemui adanya pilihan forum yang menunjuk kepada badan peradilan lain atau menunjuk kepada badan *arbitrase* lain, tetapi berlainan kompetensi relatifnya, maka hakim yang bersangkutan harus menyatakan dirinya tidak berwenang mengadili peradilan tersebut. Misalnya dalam sebuah kontrak ekspor-impor antara pengusaha Indonesia dan Amerika Serikat di Indonesia, para pihak memilih yurisdiksi District of Court di New York. Jika terjadi sengketa antara pihak-pihak, kemudian pengusaha Indonesia itu mengajukan perkaranya kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, maka seharusnya hakim menyatakan dirinya tidak berwenang mengadili perkara tersebut.

Demikian juga apabila di dalam kontrak itu para pihak ternyata memilih forum arbitrase di luar negeri atau di Indonesia¹⁴, maka perkaranya tidak dapat diajukan kepada pengadilan negeri. Hakim harus menyatakan dirinya tidak berwenang untuk memeriksa dan mengadili perkara yang bersangkutan.

Di dalam praktik, walau sudah ada pilihan yurisdiksi yang merujuk kepada suatu lembaga arbitrase dan dilaksanakan di luar negeri seperti Singapura atau Paris, seringkali partner atau mitra Indonesia berusaha untuk tidak patuh kepada isi kontrak yang bersangkutan. Mitra atau pengusaha Indonesia seringkali membawa perselisihan yang mereka hadapi ke pengadilan negeri di Indonesia, kendati telah ada pilihan forum. Biasanya pihak pengusaha asing mengajukan eksepsi, yang isinya menyatakan bahwa pengadilan negeri yang memiliki kompetensi untuk memeriksa dan mengadili perkara yang bersangkutan karena telah ada pilihan forum yang merujuk kepada arbitrase tertentu dan dilaksanakan di luar negeri.

Atas eksepsi tersebut, putusan pengadilan negeri menunjukkan keragaman. Ada menerima eksepsi tersebut, tetapi juga ada yang menolak eksepsi tersebut. Dengan ditolaknya eksepsi tersebut, maka hakim melanjutkan untuk memeriksa dan mengadili perkara yang bersangkutan. Praktik di Mahkamah Agung menunjukkan hal yang berbeda. Mahkamah

Agung konsisten menghormati pilihan yurisdiksi yang telah ditentukan para pihak.

Pilihan yurisdiksi arbitrase seperti tersebut di atas telah diakui dan diatur dalam konvensi New York tahun 1958 tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase luar negeri (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*). Konvensi tersebut telah diratifikasi Pemerintah Republik Indonesia melalui Keputusan Presiden (Kepres) Nomor 34 Tahun 1981.

Oleh karena itu, badan-badan peradilan di Indonesia seperti juga negara lainnya yang terikat pada konvensi tersebut harus pula menyatakan dirinya tidak berwenang mengadili suatu sengketa dimana para pihak telah menentukan arbitrase sebagai pilihan yurisdiksi mereka.¹⁵ Pasal 3 UU No. 30 Tahun 1999 menentukan bahwa pengadilan negeri tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang terkait di dalam perjanjian arbitrase.

Di dalam kontrak-kontrak dagang internasional, terdapat kecenderungan para pihak untuk memilih arbitrase sebagai pilihan yurisdiksi. Pilihan tersebut antara lain didasarkan pada keunggulan atau keuntungan penyelesaian sengketa melalui arbitrase, antara lain berkenaan dengan:¹⁶

1. Kebebasan, kepercayaan dan keamanan

Arbitrase pada umumnya dipilih pengusaha, pedagang atau investor karena memberikan kebebasan dan otonomi yang sangat luas kepada mereka. Selain itu, secara relatif memberikan rasa aman terhadap keadaan tidak menentu dan ketidakpastian sehubungan dengan sistem hukum yang berbeda, juga terhadap kemungkinan putusan hakim yang berat sebelah melindungi kepentingan (pihak) lokal dari mereka yang terlibat dalam suatu perkara.

2. Keahlian arbiter (*expertise*)

Para pihak seringkali memilih arbitrase karena mereka memiliki kepercayaan yang lebih besar pada keahlian arbiter mengenai permasalahan yang dipersengketakan dibanding dengan menyerahkan kepada pengadilan. Mereka dapat mengangkat atau menunjuk arbiter atau suatu panel arbitrase yang memiliki keahlian terhadap pokok permasalahan yang dipersengketakan. Hal tersebut tidak dapat dijamin dalam sistem badan peradilan umum.

3. Cepat dan hemat biaya

Sebagai suatu proses pengambilan keputusan, arbitrase seringkali lebih cepat, tidak terlalu formal, dan lebih murah dari pada proses litigasi di pengadilan. Putusan arbitrase biasanya ditetapkan bersifat

final dan tidak dapat banding.¹⁷

4. Bersifat rahasia

Oleh karena arbitrase berlangsung dalam lingkungan yang bersifat privat dan bukan bersifat umum, maka arbitrase juga bersifat privat dan tertutup. Sifat rahasia arbitrase dapat melindungi para pihak dari hal-hal yang tidak diinginkan atau yang merugikan para pihak akibat penyingkapan informasi kepada umum. Selain itu, hal ini juga dapat melindungi mereka dari publisitas yang merugikan dan akibat-akibat, seperti kehilangan reputasi, bisnis dan pemicu bagi tuntutan-tuntutan lainnya, yang dalam proses adjudikasi publik dapat mengakibatkan pemeriksaan sengketa secara terbuka.

5. Bersifat *non precedent*

Di dalam sistem hukum yang prinsip preseden (*precedent*) mempunyai pengaruh penting dalam pengambilan keputusan mengakibatkan keputusan arbitrase pada umumnya tidak memiliki nilai atau sifat preseden. Para pihak khawatir akan menciptakan preseden yang merugikan, yang mungkin dapat mempengaruhi kepentingannya di masa mendatang. Karena itu, untuk perkara yang serupa mungkin saja dihasilkan putusan arbitrase yang berbeda sebab arbitrase tidak akan memberikan preseden.

6. Kepekaan arbiter

Walaupun para hakim dan arbiter menetapkan ketentuan hukum untuk membantu penyelesaian perkara yang mereka hadapi, dalam hal-hal yang relevan, arbiter akan lebih memberikan perhatian terhadap keinginan, realitas, dan praktek dagang para pihak. Sebaliknya, pengadilan sebagai lembaga penyelesaian sengketa yang bersifat publik, seringkali memanfaatkan sengketa privat sebagai tempat untuk lebih menonjolkan nilai-nilai masyarakat. Akibatnya, dalam penyelesaian sengketa privat, pertimbangan hakim lebih mengutamakan kepentingan umum. Kepentingan privat atau pribadi dinomorduakan. Arbiter pada umumnya menerapkan pola nilai-nilai sebaliknya.

Di dalam praktik, pengusaha asing selain cenderung memilih hukum negaranya sendiri (pilihan hukum) juga lebih menyukai pilihan forum arbitrase di luar negeri. Pilihan hukum asing dan pilihan forum arbitrase di luar negeri yang demikian itu dilatarbelakangi oleh keyakinan bahwa hukum dan pengadilan di negeri berkembang kurang memberikan rasa aman bagi mereka. Pengusaha asing seringkali khawatir terhadap hukum dan

hakim negara berkembang. Bagi mereka hukum negara berkembang sukar untuk diketahui. Ibarat orang harus melompat di dalam kegelapan *sprong in het duister* atau masuk dalam rimba raya dengan hutan belukar hingga tidak tahu jalan keluarnya.¹⁸ Mereka takut akan hukum yang tidak diketahui tersebut. Juga ada ketakutan atau keraguan pengadilan atau hakim yang melaksanakan hukum yang kurang diketahui oleh mereka.

C. Hukum yang Berlaku dan Kontrak Bisnis Internasional

Mengingat transaksi atau kontrak bisnis mengandung elemen-elemen asing, maka dalam pelaksanaannya menimbulkan persoalan, hukum manakah yang berlaku (*applicable law*) atas perjanjian atau kontrak tersebut?

Pada prinsipnya hukum yang berlaku di dalam kontrak yang mengandung unsur HPI tersebut adalah hukum yang dipilih sendiri oleh para pihak (pilihan hukum). Jika pilihan hukum tersebut tidak ditemukan dalam kontrak yang bersangkutan, dapat digunakan bantuan titik-titik taut sekunder lainnya.

Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, para pihak dalam suatu perjanjian atau kontrak bebas menentukan isi dan bentuk suatu perjanjian, termasuk untuk menentukan pilihan hukum.¹⁹ Kemudian apa yang telah disepakati oleh kedua belah pihak tadi berlaku sebagai undang-undang bagi kedua belah pihak dalam suatu kontrak.²⁰

Pilihan hukum merupakan masalah sentral dalam HPI berbagai sistem hukum. Ia telah diterima, baik di kalangan akademisi maupun praktik pengadilan. Yansen Derwanto Latif menyatakan bahwa pilihan hukum dihormati dengan beberapa alasan.²¹

Pertama, pilihan hukum sebagaimana maksud para pihak dianggap sangat memuaskan oleh mereka yang menganggap kebebasan akhir individu adalah dasar murni dari hukum. Prinsip ini berlaku di banyak negara. Hal ini merupakan fakta yang menarik, karena hal itu terjadi tanpa ada perjanjian antara pengadilan di berbagai negara.

Kedua, pilihan hukum dalam kontrak internasional memberikan kepastian, yakni memungkinkan para pihak dengan mudah menentukan hukum yang mengatur kontrak tersebut.

Ketiga, akan memberikan efisiensi, manfaat, dan keuntungan. Pilihan hukum para dilaksanakan

berdasarkan pertimbangan efisiensi. Alasan tersebut memberikan keuntungan untuk menghindari hukum memaksa yang tidak efisien, meningkatkan persaingan hukum, dan mengurangi ketidakpastian tentang hukum yang dipergunakan. Pemuatan pilihan hukum dalam hukum kontrak adalah hanya satu cara dari pengurangan biaya. Suatu alternatif mungkin adalah suatu peraturan bersifat memaksa yang relatif sederhana, seperti menentukan hukum tempat kontrak dibuat. Hal ini akan menghemat para pihak dari biaya penentuan hukum yang berlaku, jika tidak terdapat klausul pilihan hukum.

Keempat, pilihan hukum akan memberikan kepada negara insentif bersaing. Kebebasan para pihak memilih dan menentukan hukum yang berlaku bagi kontrak yang mereka buat, yang berarti tidak semata-mata hak mereka untuk menggantikan atau memindahkan peraturan yang tidak pasti dan setiap sistem hukum.

Pilihan hukum para pihak didasarkan pada pertimbangan bahwa pada prinsipnya seluruh sistem hukum nasional adalah sama dan oleh karenanya dapat saling dipindahkan. Dalam kontrak internasional, hukum privat nasional akan diterapkan apabila tidak ada pilihan hukum oleh para pihak, atau mungkin dipindahkan oleh para pihak melalui klausul pilihan hukum kepada hukum nasional lainnya.²²

Pilihan hukum ini sudah umum. Kini orang sudah tidak meragukan lagi, bahwa para pihak dalam membuat suatu kontrak dapat menentukan sendiri hukum bagi kontrak yang mereka buat itu.²³

Pada dasarnya para pihak bebas untuk menentukan pilihan hukum dengan mengingat beberapa pembatasan: (1) Tidak bertentangan dengan ketertiban umum; (2) Pilihan hukum tidak mengenai hukum yang bersifat memaksa.

Pilihan hukum diperkenankan berdasarkan asas kebebasan berkontrak. Kebebasan tidak berarti tidak ada batasnya. Kebebasan tersebut dibatasi oleh ketentuan ketertiban umum (*public policy*). Hukum yang memaksa (*dwingen recht*) juga membatasi kebebasan para pihak dalam menentukan pilihan hukum. Pembatasan-pembatasan tersebut ditentukan oleh keadaan sosial ekonomi kehidupan modern, seperti perlindungan konsumen, pencegahan penyalahgunaan wewenang dari penguasa ekonomi serta menjaga iklim persaingan yang adil dalam ekonomi pasar.²⁴

Pilihan hukum harus secara tegas di dalam kontrak yang bersangkutan. Para pihak secara tegas dan jelas menentukan hukum mana yang mereka pilih. Hal tersebut biasanya muncul dalam klausul *governing law* atau *applicable law* yang isinya berbunyi:

1. *The validity. Construction and performance of this agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the law of Republic Indonesia;* atau
2. *This agreement shall be governed by and construed in all respects in accordance with the law of England.*

Keabsahan suatu kontrak didasarkan pada hukum yang dipilih para pihak tersebut. Demikian juga apabila terjadi perselisihan di antara para pihak, baik berkenaan dengan penafsiran maupun pelaksanaan perjanjian, hakim, atau arbiter yang mengadili perkara tersebut juga harus merujuk kepada hukum yang dipilih para pihak tersebut.

Jika pilihan hukum itu tidak ada, akan timbul sejumlah permasalahan dalam menentukan hukum yang berlaku. Hakim atau arbiter harus menggunakan teori yang lazim dikenal dalam HPI. Teori-teori tersebut antara lain sebagai berikut: (1) *lex loci contractus*; (2) *Mail Box Theory* dan *Theory of Declaration*; (3) *Lex Loci Solutionis*; (4) *The Proper Law of a Contract*; (5) *Teori Most Characteristic Connection*;

Penentuan teori mana yang dipakai menimbulkan permasalahan tersendiri. Penggunaan titik pertalian atau teori tersebut sangat beragam, bergantung pada titik pertalian mana yang dianut oleh masing-masing kaidah HPI (*conflict of law rules*) setiap negara. Kaidah HPI Indonesia yang terdapat dalam Pasal 18 AB menentukan, jika tidak ada pilihan hukum, maka hukum yang berlaku harus merujuk kepada hukum negara tempat dilaksanakannya kontrak.

Untuk menghindari berbagai kesulitan yang mungkin timbul dalam menentukan hukum yang berlaku ini, dan untuk menghindari hukum yang tidak relevan dengan permasalahan yang dihadapi serta untuk menghindari hukum yang tidak dikehendaki, pilihan hukum merupakan cara terbaik untuk menentukan hukum yang berlaku itu.

D. Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Pengadilan atau Arbitrase Asing

Sebagaimana telah disebutkan di atas bahwa pihak asing dalam penentuan klausula pilihan yurisdiksi dan pilihan hukum umumnya lebih mengkehendaki pengadilan dan hukum negara mereka.

Jika tidak, mereka bersedia menggunakan hukum Indonesia, tetapi pilihan yurisdiksinya mengacu kepada pengadilan atau arbitrase asing yang tidak harus mengacu kepada pengadilan atau arbitrase di negara mereka, yang penting tidak diadili di Indonesia.

Misalnya dalam salah satu kontrak bisnis internasional ditentukan klausul sebagai berikut: *This contract shall be governed by and interpreted in accordance with the law of New York, United States of America.* Kemudian pilihan yurisdiksinya juga mengacu kepada pengadilan di negara bagian New York.

Terhadap keadaan semacam ini, akan menimbulkan persoalan sehubungan dengan bagaimana melaksanakan putusan pengadilan tersebut jika yang kalah dalam pengadilan adalah pengusaha Indonesia. Padahal, yang bersangkutan jelas berdomisili di Indonesia dan tidak mempunyai harta benda di New York, apakah putusan hakim tersebut dapat dilaksanakan di Indonesia? Apakah putusan tersebut dapat langsung dilaksanakan tanpa harus mengadilinya lagi di Indonesia dan apakah hakim Indonesia terikat pada putusan hakim asing tersebut.

Istilah pelaksanaan (*enforcement*) harus dibedakan dengan istilah pengakuan (*recognition*). Menurut Sudargo Gautama²⁵ pengakuan tidak begitu mendalam akibatnya daripada pelaksanaan. Melaksanakan keputusan meminta lebih banyak, seperti tindakan-tindakan aktif dari instansi tertentu yang berkaitan dengan peradilan dan administrasi, terhadap pengakuan tidak diperlukan atau diharapkan tindakan demikian itu. Oleh karena itu, kiranya mudah dimengerti mengapa orang dapat mudah sampai pada pengakuan keputusan yang diucapkan di luar negeri daripada melaksanakannya.

Sudah sejak lama dianut asas bahwa putusan-putusan badan peradilan suatu negara tidak dapat dilaksanakan di wilayah negara lain. Putusan hakim suatu negara hanya dapat dilaksanakan di wilayah negaranya saja.²⁶

Di Indonesia berlaku ketentuan bahwa putusan hakim asing tidak dapat dilaksanakan di wilayah Indonesia.²⁷ Putusan hakim asing tidak dapat dianggap sama dan sederajat dengan putusan hakim Indonesia sendiri yang dapat dilaksanakan di Indonesia. Ketentuan tersebut di atas erat kaitannya dengan prinsip kedaulatan teritorial (*principle of territorial sovereignty*) dimana berdasar asas ini putusan hakim asing tidak dapat secara langsung dilaksanakan di

wilayah negara lain atas kekuatannya sendiri.²⁸

Pada umumnya putusan hakim asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia. Dikatakan pada umumnya, karena ada dalam hal tertentu ada putusan hakim yang dapat dilaksanakan di Indonesia. Pasal 436 R.V. menyebutkan, bahwa kecuali dalam hal-hal yang ditentukan oleh Pasal 724 Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD) dan undang-undang lain, putusan-putusan asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia. Jadi, putusan hakim asing mengenai perhitungan avarai umum (*grosse avaraij*) terhadap pemilik kapal atau pemilik kargo yang diangkut oleh kapal yang bersangkutan dan berdomisili di Indonesia, berdasar ketentuan tersebut tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.

Berlainan dengan keputusan pengadilan, umumnya keputusan arbitrase dapat dilaksanakan di luar negeri. Secara internasional, pengaturan pelaksanaan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing ini di atur dalam Konvensi New York Tahun 1958 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*), yang mulai berlaku sejak tanggal 7 Juni 1959.

Konvensi New York Tahun 1958 tersebut telah diratifikasi pemerintah Republik Indonesia melalui Keputusan Presiden (Keppres) No.34 Tahun 1981. Keppres ratifikasi tersebut kemudian ditindaklanjuti oleh Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia (Perma) No.1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing.

Dalam perkembangannya, tata cara pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase di luar negeri telah di atur dalam undang-undang, yakni UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Rules yang menjadi sumber hukum tata cara pemberian *exequatur* putusan arbitrase asing terdiri atas Konvensi New York 1958 dan Perma No.1 Tahun 1990. *Rules* yang menjadi sumber hukum pelaksanaan eksekusinya sendiri tetap berpedoman pada Pasal 436 R.V. dengan menerapkan pasal-pasal tentang tata cara eksekusi yang diatur dalam Pasal 195-224 HIR.²⁹ Belakangan didasarkan pada UU No. 30 Tahun 1999.

Menurut Pasal 2 Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 1990, yang dimaksud dengan putusan arbitrase asing adalah putusan yang dijatuhkan suatu badan arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, ataupun

putusan suatu Badan Arbitrase ataupun Arbiter perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai suatu putusan *Arbitrase Asing*, yang berkekuatan hukum tetap sesuai dengan Kepres No.34 tahun 1981.

UU No. 30 Tahun 1999 menggunakan istilah arbitrase internasional. Menurut Pasal 1 angka 9 UU No. 30 Tahun 1999, putusan arbitrase internasional adalah putusan yang dijatuhkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, atau suatu putusan suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai putusan arbitrase internasional.

Di sini yang menjadi ciri putusan arbitrase asing didasarkan pada faktor wilayah atau teritorial. Setiap putusan yang dijatuhkan di luar teritorial Republik Indonesia dikualifikasikan sebagai putusan arbitrase asing.³⁰

Ciri putusan arbitrase asing yang didasarkan pada faktor teritorial, tidak menguntungkan syarat perbedaan kewarganegaraan maupun perbedaan tata hukum, Meskipun para pihak yang terlibat dalam putusan adalah orang-orang Indonesia, dan sama-sama warga negara Indonesia, jika putusannya dijatuhkan di luar negeri, putusan tersebut dikualifikasikan sebagai putusan arbitrase asing.³¹

Dalam pasal 66 UU No. 30 Tahun 1999 jo Pasal 3 Perma No.1 Tahun 1990 dinyatakan bahwa putusan hanya diakui dan dapat dilaksanakan di wilayah hukum Indonesia apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Putusan itu dijatuhkan oleh badan arbitrase atau arbiter perorangan di suatu negara yang dengan negara Indonesia ataupun bersama-sama negara Indonesia terikat dalam suatu konvensi internasional perihal pengakuan serta pelaksanaan putusan arbitrase asing. Pelaksanaannya didasarkan atas timbal balik (*resiprositas*);
2. Putusan-putusan arbitrase asing tersebut di atas hanyalah terbatas pada putusan-putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum dagang;
3. Putusan-putusan arbitrase asing tersebut di atas hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Di dalam transaksi bisnis internasional selalu terdapat kemungkinan bertemunya dua atau lebih sistem hukum yang berbeda. Tidak mungkin semua

sistem hukum tersebut diberlakukan. Di sini sangat diperlukan adanya pilihan hukum. Ketika negosiasi dilakukan, permasalahan pilihan hukum ini harus ditempatkan sebagai prioritas pertama. Pilihan hukum tersebut diikuti dengan pilihan yurisdiksi. Bagi pengusaha Indonesia sebaiknya pilihan hukum dan pilihan yurisdiksi diarahkan kepada hukum Indonesia dan pengadilan atau arbitrase Indonesia.

Daftar Pustaka

- Freund, O. Khan, *General Problem of Private International Law*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1976.
- Gautama, Sudargo *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid III Bagian II (Buku 8)* Alumni, Bandung, 1978.
- _____, *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1985.
- _____, *Arbitrase Dagang Internasional* Alumni, Bandung, 1986.
- _____, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Badan Pembinaan Hukum Nasional - Binacipta, Bandung, 1987.
- _____, *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1985.
- Goodpaster, Gary et al., "Tinjauan terhadap Arbitrase Dagang Secara Umum dan Arbitrase Dagang di Indonesia", dalam Felix O. Seobagjo dan Erman Rajagukguk, eds, *Arbitrase di Indonesia* Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995.
- Harahap, M. Yahya, *Arbitrase*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1991.
- Khairandy, Ridwan, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004.
- Latip, Yansen Derwanto, *Pilihan Hukum dan Pilihan Forum dalam Kontrak Internasional*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2002.
- North, P.M. dan J.J. Pawcett, *Private International Law*, Butterworth, London, 1987.
- Siegel, David D, *Conflict*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, 1982.
- Sjahdeini, Sutan Remy, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Hukum yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993.
13. *Ibid.*, hlm 234.
14. Misalnya Badan Arbitrase Nasional Indonesia atau Badan Arbitrase Syariah Nasional.
15. Sudargo Gautama, *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1985, hlm 23.
16. Lebih lanjut lihat Gary Goodpaster et.al, "Tinjauan terhadap Arbitrase Dagang Secara Umum dan Arbitrase Dagang di Indonesia", dalam Felix O. Seobagjo dan Erman Rajagukguk, eds, *Arbitrase di Indonesia* Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995, hlm 19-21.
17. Di dalam kasus-kasus yang sangat rumit, proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase ternyata tidak lebih cepat dari litigasi di pengadilan. Biayanya terkadang juga lebih tinggi pula, karena pihak harus membayar arbitrator yang sudah sangat profesional.
18. Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional* Alumni, Bandung, 1986, hlm 10.
19. Di dalam hukum kontrak, kebebasan berkontrak mencakup: (1) kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; (2) kebebasan untuk memilih dengan siapa ia ingin membuat perjanjian; (3) kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa perjanjian yang akan dibuatnya; (4) kebebasan untuk menentukan objek perjanjian; (5) kebebasan untuk menentukan isi perjanjian; (6) kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend*). Lihat Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Hukum yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 47.
20. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asas konsensualisme. Asas ini mendasarkan perjanjian pada kesepakatan (konsensus) para pihak dalam kontrak. Dengan adanya konsensus tersebut, maka kesepakatan itu menimbulkan kekuatan mengikat kontrak sebagaimana layaknya undang-undang (*pacta sunt servanda*). Apa yang dinyatakan seseorang dalam suatu hubungan hukum menjadi hukum bagi mereka (*cum nexum faciet mancipium que, uti lingua mancuoassit, ita jus esto*). Asas inilah yang menjadi yang menjadi kekuatan mengikatnya kontrak (*verbindende kracht van de overeenkomst*). Ini bukan saja kewajiban moral, tetapi juga kewajiban hukum yang pelaksanaannya wajib ditaati. Perhatikan Ridwan Khairandy, *Iktikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, hlm 29.
21. Yansen Derwanto Latip, *Pilihan Hukum dan Pilihan Forum dalam Kontrak Internasional*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2002, hlm 20-21.
22. *Ibid.*
23. Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Badan Pembinaan Hukum Nasional - Binacipta, Bandung, 1987, hlm 169
24. *Ibid.*, hlm 64.
25. Sudargo Gautama, *op.cit.* ... Buku 8, hlm 278.
26. Sudargo Gautama, *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1985, hlm 281.
27. Lihat pasal 436 Reglement op de Rechtsvordering (R.V) walaupun sebenarnya ketentuan R.V sudah tidak berlaku lagi di Indonesia, namun oleh karena Herzeine Inland Reglement (HIR) yang mengatur hukum acara perdata bagi golongan Bumiputra dan yang sekarang digunakan oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi tidak menyebutkan atau mengatur mengenai putusan asing ini, maka ketentuan R.V. tersebut kiranya dapat dijadikan pedoman.
28. Sudargo Gautama, *op.cit.*, *Hukum...Buku 8*, hlm 279.
29. M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1991, hlm 437.
30. *Ibid.*, hlm 438.
31. *Ibid.*

Catatan Kaki

1. P.M. North dan J.J. Pawcett, *Private International Law*, Butterworth, London, 1987, hlm 7. Lihat juga David D. Siegel, *Conflict*, West Publishing Co, St. Paul, Minn, 1982, hlm 4.
2. J.G. Castel, *op.cit.*, hlm 59.
3. *Ibid.*
4. *Ibid.*
5. *Ibid.*, hlm 60.
6. Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid III Bagian II (Buku 8)* Alumni, Bandung, 1978, hlm 210.
7. *Ibid.*, hlm 211.
8. Ketentuan ini merupakan reglemen hukum acara perdata yang berlaku untuk golongan Eropa. Kemudian dengan dihapukannya *Raad van Justitie* dan *Hooggerechtshof*, ketentuan ini sudah tidak berlaku lagi. Namun apabila dalam HIR atau Rbg tidak terdapat pengaturan tertentu mengenai hukum acara perdata, misalnya mengenai arbitrase, ketentuan RV dapat dijadikan pedoman.
9. Sudargo Gautama, *op.cit.*, hlm 211.
10. *Ibid.*, hlm 213.
11. *Ibid.*
12. *Ibid.*, hlm 233.