

HUKUM MANAKAH YANG DIPAKAI UNTUK ARBITRASE DAGANG INTERNASIONAL

Oleh: Prof. Mr. Dr. S. Gautama

Sudah umum diakui bahwa pilihan hukum oleh para pihak merupakan sesuatu yang menentukan dalam perjanjian internasional. Prinsip itu terdapat pada pasal 33 UNCITRAL Arbitration Rules, dan juga dalam Model Law UNCITRAL pasal 28 ayat 1. Dalam hukum positif Indonesia pun prinsip tersebut telah diadaptir melalui Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Kiranya, prinsip di atas juga perlu diintrodusir didalam Rancangan Undang-undang HPI Indonesia nasional yang sedang dipersiapkan.



Persoalan menentukan hukum mana yang harus dipakai untuk menyelesaikan sengketa Arbitrase Dagang Internasional selalu menarik perhatian, karena selalu dihadapi oleh para Arbiter yang harus menyelesaikan sengketa bersangkutan itu.

Otonomi para pihak untuk menentukan sendiri hukum yang berlaku baginya adalah yang menentukan. Para pihak bebas untuk menentukan sendiri hukum mana yang akan berlaku untuk Arbitrase Dagang mereka itu. Biasanya dalam kontrak bersangkutan ditentukan hukum yang dipilih oleh mereka ini. Misalnya terdapat clausula yang lazimnya dicantumkan dalam bagian akhir dari suatu kontrak sebagai berikut: "Hukum yang berlaku untuk perjanjian inilah ada hukum Jepang." Jika timbul sengketa arbitrase, maka yang harus dipakai oleh arbiter adalah hukum Jepang ini. Jadi para arbiter tidak dapat memakai hukum lain daripada hukum Jepang yang telah dipilih oleh para pihak. Tetapi hukum Jepang ini, apakah berarti hukum intern seperti berlaku di Jepang antara Orang-orang Jepang atau termasuk juga peraturan-peraturan kaedah kaedah Hukum Perdata Internasional (HPI) dari Jepang. Jadi yang memperlihatkan unsur-unsur luar negeri atau unsur-unsur asing (foreign elements), karena kalau dipilih Hukum Perdata Internasional Jepang ini, maka hasilnya akan menjadi jauh berlainan daripada memakai hukum Jepang intern sendiri, karena mungkin didalam prakteknya akan dipergunakan hukum negara lain, jika Hukum Perdata Internasional Jepang menunjuk kepada hukum dari luar negeri itu.

Diterima dalam konvensi konvensi internasional.

Berlakunya partai otonomi dalam memilih hukum yang berlaku ini memang sudah umum diakui. Sekarang ini sudah tidak dipersoalkan lagi bahwa untuk perjanjian internasional akan berlaku hukum yang telah dipilih para pihak ini. Didalam berbagai Konvensi yang mengatur soal kerjasama perdagangan internasional kita saksikan juga adanya tendensi ini.

Misalnya dalam UNCITRAL Arbitration Rules, kita saksikan bahwa dipakai hukum yang dipilih oleh para pihak ini. Dalam pasal 33 dari UAR ini dinyatakan bahwa Dewan Arbitrase akan memakai hukum yang telah dipilih oleh para pihak sebagai yang berlaku untuk materi sengketa mereka itu. Demikian pula kita saksikan ketentuan yang sama dalam Model Law yang produk ilmiah UNCITRAL berkenaan dengan Arbitrase Dagang Internasional ini. Pasal 28 ayat 1 menyatakan bahwa kehendak para pihak lah yang menentukan hukum yang harus dipakai. Bahkan kebebasan para pihak ini juga diperluas hingga mereka di dalam perumusan Model Law UNCITRAL ini dapat menentukan kaedah-kaedah hukum ("the Rules of Law) yang berlaku untuk materi persengketaan mereka itu. Konvensi ICSID (Internasional Centre for the Settlement of Investment Disputes) dari tahun 1965 (lazimnya disebut *Washington Convention*), yang kita saksikan juga telah menjadi hukum positif di Indonesia. Hal ini disebabkan karena Undang-undang tahun 1968 no. 5 adalah yang dinyatakan berlaku dalam hal para pihak telah menentukan hukum yang telah mereka pilih ini. Jadi secara tidak langsung Undang-undang yang positif di Indonesia juga mengakui bahwa pilihan hukum oleh para pihak adalah yang menentukan hukum yang harus berlaku dalam Perjanjian Internasional.

Pilihan hukum

Bahwa Pilihan hukum ini tercantum dalam berbagai Konvensi Internasional lain yang menyangkut hal-hal HPI Den Haag tahun 1955. Di situ kita saksikan adanya ketentuan bahwa pertama-tama hukum yang telah dipilih para pihak adalah hukum yang harus berlaku. Baru apabila tidak ada pilihan hukum para pihak ini, maka dipilih lain faktor yang dapat menentukan hukum yang harus berlaku itu. Tetapi, apabila ada pilihan hukum ini, maka sudah jelas bahwa pilihan hukum inilah yang berlaku. Dalam Konvensi mengenai jual beli internasional dari Wina, yang juga merupakan hasil karya UNCITRAL, kita saksikan ketentuan serupa. Disitu juga ditekankan kepada pilihan hukum untuk menentukan pertama-tama hukum yang harus berlaku (pasal 6).

Berhubung dengan itu maka kami telah usulkan pula didalam Rancangan Undang-undang Hukum Perdata Internasional Indonesia baru, yang telah disiapkan atas prakarsa dari Badan Pembinaan Hukum Nasional, bahwa Perjanjian Internasional hukum yang harus dipakai adalah pertama-tama yang dipilih oleh para pihak.

Pasal 14 RUU HPI Indonesia ini berbunyi sebagai berikut:

"Hukum yang berlaku untuk perjanjian-perjanjian adalah hukum yang telah dipilih oleh para pihak".

Keputusan menurut hukum atau menurut kepatutan.

Suatu masalah lain adalah apakah para arbitet dalam suatu sengketa dagang

internasional harus menyelesaikan putusan mereka berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum saja, atau mungkin bagi mereka untuk disamping ketentuan hukum juga memperhatikan hal-hal lain. Misalnya, didalam soal arbitrase pengertian-pengertian tentang apa yang adil dan bijaksana menurut pandangan arbiter ini memegang peranan yang penting. Mereka seringkali diperbolehkan untuk memutus persoalan yang dibawa pada mereka dalam sengketa arbitrase ini menurut apa yang dinamakan *ex aequo et bono*" atau sebagai "*amiable compositeurs*." Dengan tidak hanya terikat pada kaidah-kaidah hukum saja, mereka ini dapat menyimpang dari garis-garis hukum yang biasanya agak kaku dan sebaliknya dapat mentrapkan putusan mereka berdasarkan kebijaksanaan atau apa yang mereka anggap "*fair and reasonable*", adil dan bermanfaat bagi para pihak dalam putusan arbitrase mereka ini. Dalam Model law UNCITRAL dinyatakan bahwa mereka ini hanya akan mungkin menentukan sengketa arbitrase itu secara *ex aequo et bono*, apabila hal ini memang telah ditentukan oleh para pihak.

Apabila mereka telah dikuasai oleh para pihak sendiri untuk dapat memutuskan sebagai *amiable compositeur*, maka mereka dapat melakukan itu. Hal ini ditentukan dalam pasal 48 ayat 3 Model law. Ketentuan serupa kita saksikan pula didalam peraturan berlaku dalam mengatur Kaedah-kaedah hukum yang pada saat sekarang berlaku dalam mengatur arbitrase di Indonesia adalah yang diwariskan dari pembuat Undang-undang Hindia Belanda, seperti termaktub dalam "*Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering*" (R.V). Pada waktu membuat laporan tentang arbitrase Indonesia dalam *World Arbitration Handbook* (dengan Editor Prof. P. Sanders) telah kami tekankan pula pada hal ini. Demikian pula pada waktu membentangkan soal "*Commercial Arbitration in Indonesia*" ini dalam Kongres Lawasia yang telah diadakan di Jakarta tahun 1973, telah kami singgung hal ini (lihat buku kami, *Hukum Dagang Internasional*, Penerbit Alumni).

Didalam *Washington Convention ICSID* pasal 42 ayat 3 kita saksikan pula ketentuan yang serupa. Meskipun dinyatakan bahwa keputusan secara *ex aequo et bono* ini memang boleh dilakukan oleh para arbiter, tetapi untuk dapat diperbuat demikian mereka harus secara tegas diberi wewenang oleh para pihak. Jadi, apabila tidak ada pemberian wewenang ini, maka para arbiter wajib untuk menentukan sengketa yang dibawa kepada mereka ini menurut ketentuan hukum yang berlaku. Hukum itu, seperti yang kita katakan tadi, adalah pertama-tama yang telah dipilih oleh para pihak. Apabila tidak ada pilihan hukum ini, maka akan dipakai dalam soal penanaman modal asing hukum yang berlaku dalam negara dimana modal itu ditanam. (*law of the host State*).

Jadi apabila seorang investor Amerika telah menanam modal di Indonesia, dalam hal terjadi sengketa, apabila mereka tidak memilih sendiri dalam kontrak mereka tentang hukum yang harus berlaku, akan dipakai hukum Indonesia. Hal ini yang telah ditentukan dan dipersoalkan dalam prosedur pembatalan keputusan arbitrase ICSID yang diselenggarakan dibawah naungan Bank Dunia, dalam perkara Hotel Kartika Plaza. Telah dinyatakan, bahwa dalam putusan pertama yang merugikan Republik Indonesia, Dewan Arbitrase yang dipimpin Professor Berhold Goldman dari Perancis, tidak memperhatikan secara benar akan Hukum

Indonesia yang harus berlaku. Antara lain ditekankan pada kenyataan bahwa mengenai laporan penanaman modal pada Bank Indonesia sebagai faktor menentukan tentang jumlah modal yang ditanam itu adalah laporan-laporan yang disetujui dan jumlah yang telah ditetapkan oleh Bank Indonesia sebagai Bank Sentral (lihat mengenai keputusan arbitrase dan pembatalan daripada keputusan ICSID pertama ini oleh Panitia Arbitrase ad Hoc yang diketuai oleh Prof. Ignaz Seidl Hohenvel-dem buku dan kami "Indonesia dan Arbitrase Internasional", Alumni 1986 halaman 390).

Kaidah-kaidah HPI dipakai

Kemudian kita saksikan pula bahwa Model Law dari UNCITRAL maju selangkah lagi. Apabila tidak ada pilihan hukum oleh para pihak, maka Dewan Arbitrase akan memakai hukum yang telah ditentukan kaidah-kaidah HPI yang dianggap berlaku oleh para arbiter ini (the law designated by the conflict of law's rule which it considers applicable (pasal 28 ayat 2). Hal ini berarti bahwa kaidah-kaidah HPI akan diperhatikan dalam menentukan hukum yang berlaku itu. Dan disini kita saksikan bahwa Hukum Perdata Internasional memegang peranan yang penting didalam menentukan hukum yang harus berlaku dalam suatu sengketa dagang internasional yang telah diajukan dihadapan Dewan Arbitrase ini. Kiranya dengan demikian HPI ternyata memegang Peranan penting dalam Penanaman Modal Asing dan dalam soal penyelesaian sengketa-sengketa yang timbul daripadanya serta daripada perdagangan internasional pada umumnya melalui arbitrase ini.

Maka adalah pada tempatnya jika diwaktu akhir-akhir ini akan diberi perhatian yang lebih besar pada masalah-masalah Hukum Perdata Internasional.

Justice delay, justice deny

n.n

To no man will we sell, or deny, or delay, right or justice.

(Magna Charta)