

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Hukum dan masyarakat tidak bisa dipisahkan sebab dimana ada hukum disitu ada masyarakat "*ubi sociatas ubius*" demikian kata Cicero seorang filosof Romawi. Hukum akan senantiasa berubah dan berkembang seiring dengan perubahan dan perkembangan masyarakat itu sendiri, karena sudah menjadi hakekat masyarakat senantiasa berubah dan berkembang. Perubahan demikian ada yang cepat dan ada pula yang lambat, tergantung kepada faktor-faktor yang mempengaruhi lingkungan masyarakat itu sendiri.

Dalam era kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi sekarang ini, telah membawa manusia ke dalam suatu perubahan yang begitu cepat dimana dunia seolah-olah sudah semakin kecil dan tanpa batas. Keadaan demikian digambarkan oleh John Nasbit¹⁾ sebagai perubahan yang dihadapi umat manusia yang telah berubah dalam global village dengan sistim perekonomian "*single economy and the world moving from trade countries to single economy, one economy and one market place*".

Dalam proses perubahan dan interaksi sosial demikian, tidak mungkin tidak terjadi perselisihan (sengketa) atau perkara antara para pihak anggota masyarakat yang satu dengan yang lain baik perorangan maupun kelompok; Dan setiap perkara pasti mempunyai ciri dan bentuk sendiri-sendiri. Demikian

¹⁾ Nasbit John; Megatrend 2000, Pan Book, published in Great Britain by Sidgwich & Jackson Ltd (1990), page 2.

halnya metode penyelesaiannya juga tergantung kepada ciri dan bentuk perkaranya. Hakekatnya semua perkara perlu dengan cepat, efektif dan efisien untuk diselesaikan. Bagi para pelaku usaha (bisnis), semakin lama suatu perkara diselesaikan, maka akan dapat berakibat negatif. Karena akan dapat merusak hubungan dan citra para pihak dalam pergaulan masyarakat yang sudah barang tentu akan berpengaruh juga dalam proses produksi perusahaan. Membiarkan sengketa dagang terlambat diselesaikan mengakibatkan perkembangan pembangunan ekonomi tidak efisien, produktifitas menurun, dunia bisnis mengalami kemandulan dan biaya produksi meningkat. Konsumen adalah pihak yang paling dirugikan. Disamping peningkatan kesejahteraan dan kemajuan sosial kaum pekerja juga terhambat.²⁾

Secara prinsip pengertian sengketa dengan perkara adalah sama saja. Hanya mungkin dalam penggunaan sehari-hari dalam pergaulan masyarakat lebih populer isitilah perkara. Sementara di dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 (disingkat UU No. 30 tahun 1999) tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, digunakan istilah sengketa. Menurut JG. Merrilis,³⁾ sengketa sebagai perselisihan mengenai masalah fakta hukum atau politik dimana tuntutan atau pernyataan suatu pihak ditolak, dituntut balik atau diingkari oleh pihak lain. Sedangkan Komar Kantaatmadja mengatakan,⁴⁾ sengketa dimaksudkan

²⁾ Suyud Margono ; ADR & Arbitrase, Ghalia Indonesia, tahun 2000, hal. 12

³⁾ JG. Merrilis; Penyelesaian Sengketa Internasional, yang disadur oleh Achmad Fauzan, SH; Tarsito, Bandung, 1986, hal. 1

⁴⁾ Komar Kantaatmadja; Makalah dengan judul Beberapa Masalah Dalam Penerapan ADR di Indonesia, dalam buku "Prospek dan Pelaksanaan Arbitrase di Indonesia", mengenang alm. Prof.DR. Komar Kantaatmadja, SHLLM., PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung 2001, hal. 3.

sebagai keadaan dimana pihak yang melakukan upaya-upaya perniagaan mempunyai masalah yaitu menghendaki pihak lain untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu tetapi pihak lainnya menolak atau tidak melakukan demikian. Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa, sengketa merupakan suatu keadaan dimana terjadi ketidaksepahaman antara dua pihak atau lebih tentang sesuatu hal yang bersumber dari benturan kepentingan (*conflict of interest*).

Untuk menyelesaikan suatu sengketa dapat ditempuh dengan berbagai macam cara, baik yang konvensional melalui litigasi (lembaga peradilan) maupun non konvensional melalui lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak yakni, penyelesaian diluar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli dan arbitrase. Penyelesaian sengketa dengan cara konvensional sudah sangat umum terjadi ditengah masyarakat dan pengaturannyapun sudah tersebar dalam ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang ada. Sedangkan penyelesaian sengketa dengan cara non konvensional atau lembaga penyelesaian sengketa di Indonesia masih kurang mendapat perhatian, karena memang lembaga tersebut belum begitu tersosialisasi di tengah-tengah masyarakat Indonesia.

Dari beberapa cara penyelesaian sengketa non konvensional tersebut, dalam tulisan ini penulis hanya akan membahas masalah arbitrase yang ada hubungannya dengan perkara kepailitan di Pengadilan Niaga.

Joni Amirzon⁵⁾ menulis bahwa arbitrase berasal dari kata *arbitrare* (bahasa latin) yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu perkara menurut kebijaksanaan (M. Husein & A. Supriyanti, tidak bertahun). Menurut Frank Elkoury dan Edna Elkoury, arbitration adalah suatu proses yang mudah yang dipilih oleh para pihak secara sukarela karena ingin agar perkaranya diputus oleh juru pisah yang netral sesuai dengan pilihan dimana keputusan mereka berdasarkan dalil dalam perkara tersebut. Para pihak setuju sejak semula untuk menerima perkara tersebut secara final dan mengikat (Frank Elkoury dan Edna Elkoury); Dan menurut Prof. Gary Goodpaster; *Arbitration is the private adjudication of dispute parties, anticipating posible dispute or experince on actual dispute, agree to submit their dispute to decision make they in some fashion select.*

Sedangkan Henry Campbell Black, MA⁶⁾ *Arbitration : A process of dispute resolution in which a material third party (arbitrator) renders a decision after a hearing at which both parties have an opportunity to be heard. Where arbitration is voluntary, the disputing parties elect the arbitrator who has the power to render a binding decision. Selanjutnya diuraikan bahwa an arrangement for taking an abiding by the judgement of selected persons in some disputed matter, instead of carrying it to estabilished tribuns of justice, and is intended to avoid the formalities, the delay, the expense and vexation of ordinary litigation.*

⁵⁾ Joni Amirzon; Alternatif Penyelesaian Sengketa Diluar Pengadilan; PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hal. 96.

⁶⁾ Henry Campbell Black; Black's Dictionary, West Publishing Co, 1990, St.Paul USA, sixth edition, p.105.

Di dalam UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, pasal 1 butir (1) disebutkan bahwa arbitrase adalah cara penyelesaian suatu perkara perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.

Penggunaan istilah "*perkara perdata*" dalam rumusan pasal tersebut kurangnya tepat. Karena ruang lingkup hukum perdata sangat luas, sedangkan dalam pasal yang lain sudah dirumuskan secara limitatif yaitu dalam pasal 5 ayat (1) mengatakan, sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersangkutan. Demikian halnya dalam pasal 66 bagian (b) disebutkan bahwa, putusan arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf (a) terbatas putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan. Hal ini sudah sesuai dengan apa yang dimaksud dalam Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, done at New York, 10 June 1958, article I verse (3) :

"When signing, ratifying or acceding to this convention, or notifying extension under article X hereof, any state may on the basis of reciprocity declare that it will apply the convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another contracting State. It may also declare that will apply the convention only to differences arising out of legal relationship, whether contractul or not, which are considered as commercial under the national law of the state making such declaration".

New York Convention 1958 tersebut sudah diratifikasi dengan Keputusan Presiden (disingkat Keppres) No. 34 tahun 1981 tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Luar Negeri.

Dengan demikian dapatlah dijelaskan bahwa arbitrase adalah merupakan cara penyelesaian sengketa para pihak yang bersengketa dengan menunjuk sendiri wasitnya (arbiter) yang akan memberikan putusan yang final dan mengikat.

Dilihat dari segi sejarah arbitrase di Indonesia, yang menjadi titik tolak yaitu pasal 377 *Herziene Indonenische Reglement* (disingkat HIR) atau pasal 705 *Rechtsreglement voor de Buitengewesten* (disingkat RBg), yang berbunyi : "jika orang Indonesia dan orang Timur Asing menghendaki perselisihan mereka diputuskan oleh juru pisah, maka mereka wajib menuruti peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropah". Di dalam HIR atau RBg tidak termuat aturan lebih lanjut mengenai arbitrase, hanya terdapat dalam Reglemen Hukum Acara Perdata *Reglemet op de Burgelijke Rechtsvordering* (disingkat Rv) S. 1847-52, juncto 1849-63, dimana dikatakan bahwa "wajib menuruti peraturan pengadilan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropah".

Hukum acara yang dipergunakan untuk daerah pulau Jawa dan Madura adalah HIR, dan untuk daerah diluar pulau Jawa dan Madura adalah RBg. Bagi golongan Timur Asing dan Eropah, Hukum Perdata materil yang dipergunakan adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (disingkat KUH Perdata) atau BW dan Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (disingkat KUH Dagang) atau WvK. Sedangkan Hukum Acara Perdatanya adalah Reglemet Acara Perdata (Rv) yaitu pasal 615-651.

M. Yahya Harahap, SH,⁷⁾ mengatakan sebagai pedoman aturan umum arbitrase yang diatur dalam Reglement Acara Perdata meliputi lima bagian perkara yaitu :

- Bagian pertama (615-623); Persetujuan arbitrase dan pengangkatan arbitrator atau arbiter.
- Bagian kedua (624-630); Pemeriksaan dimuka badan arbitrase.
- Bagian ketiga (631-640); Putusan arbitrase.
- Bagian keempat (641-647); Upaya-upaya terhadap putusan arbitrase.
- Bagian kelima (647-651); Berakhirnya acara-acara arbitrase.

Di dalam Reglement Acara Perdata tersebut tidak diatur tentang arbitrase asing. Hal itu bukan berarti bahwa arbitrase asing tidak dapat diberlakukan dan atau tidak diatur sama sekali oleh ketentuan perundang-undangan Republik Indonesia.

Dengan diberlakukannya UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Lembaran Negara 1999-138), tanggal 12 Agustus 1999, maka berdasarkan pasal 81 bahwa, "pada saat undang-undang ini mulai berlaku, ketentuan-ketentuan mengenai abitrarse sebagaimana dimaksud dalam pasal 615 sampai dengan pasal 651 Reglement Acara Perdata (*Reglement opde Rechtsvordering*, staatsblad 1847 : 52) dan pasal 377 HIR (staatsblad 1941 : 44) dan pasal 705 RBg (*Rechtsregling Buitengewesten*, staatsblad 1927 : 227) dinyatakan tidak berlaku lagi.

⁷⁾ M. Yahya Harahap; Arbitrase; Pustaka Kartini, Jakarta, tanpa tahun, hal. 22.

Perjanjian penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah merupakan hak para pihak yang bersengketa. Namun tidak semua bentuk sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase. Di dalam pasal 5 UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dengan tegas dikatakan bahwa ;

Ayat (1), Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa.

Ayat(2), Sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian.

Dengan demikian jelaslah bahwa sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah hanya terbatas pada sengketa mengenai hak-hak yang berada dalam kekuasaan para pihak untuk melaksanakannya dan dapat didamaikan. Demikian halnya sengketa keperdataan yang mengenai hadiah dan warisan yang digunakan untuk pemeliharaan, tempat tinggal dan pakaian juga yang mengenai hidup terpisah atau perceraian dan pembagian harta bersama, perselisihan-perselisihan mengenai status pribadi dan semua persoalan dimana jalan kompromi tidak dapat dilaksanakan dikecualikan dari arbitrase. Disamping itu merupakan ciri khas bagi kondisi dan situasi yang ada di Indonesia bahwa arbitrase adalah tidak pada tempatnya mengenai persoalan-persoalan yang tunduk pada hukum adat. Dalam suasana hukum adat, penyelesaian perselisihan dilakukan oleh

pengadilan desa yang dalam prakteknya selalu memberikan penyelesaian secara damai, sehingga ketentuan akan arbitrase tidak dirasakan perlu ada.⁸⁾

Mengenai pembatasan jenis perkara yang dapat diselesaikan melalui arbitrase tersebut sudahlah tepat. Karena hal itu pun sudah dengan tegas diatur dalam pasal 5 ayat (1) dan pasal 66 butir (b) UU No. 30 tahun 1999, demikian halnya di New York Convention tahun 1958.

Bagi dunia maju, "*Commercial Arbitration*" sudah dianggap "*a business executives court*" sebagai alternatif penyelesaian sengketa karena menurut mereka bahwa penyelesaian sengketa bisnis melalui peradilan resmi pada umumnya memakan waktu lama disebabkan faktor prosedur sistem peradilan sangat kompleks dan berbelit. Mereka berpendapat penyelesaian sengketa bisnis melalui peradilan "*more complex and time consuming procedure of the effective court system*". Disamping itu kalangan dunia bisnis beranggapan penyelesaian sengketa di bidang bisnis kurang dipahami oleh para hakim jika di banding dengan mereka yang berkecimpung dalam dunia bisnis itu sendiri. Disamping itu alasan pokok memilih alternatif arbitrase dalam penyelesaian sengketa bisnis disebabkan karakteristiknya yang "*informal procedure*" sehingga "*can be put in motion quickly*" ditambah dengan sifat putusannya langsung bersifat "*final and binding*". Hal itu disebabkan putusan arbitrase tidak bisa naik Banding, Kasasi atau ditinjau kembali.⁹⁾

Bagi kalangan para pengusaha, khususnya pengusaha asing (luar negeri) yang hendak berusaha di negara lain termasuk Indonesia baik dengan cara

⁸⁾ S. Gautama; Arbitrase Dagang Internasional; Alumni Bandung, 1979, hal. 132-133.

⁹⁾ M. Yahya Harahap, Op.Cit. hal. 5.

investasi, joint venture, alih teknologi dan lain sebagainya apabila hendak membuat perjanjian (kontrak), maka penyelesaian sengketa dengan cara konvensional tersebut sudah tidak populer lagi. Bahkan Erman Rajagukguk¹⁰⁾ mengatakan bahwa, sebagian besar pengusaha lebih suka menyelesaikan sengketa yang timbul diantara mereka melalui arbitrase daripada pengadilan, karena beberapa alasan yaitu :

Pertama, pengusaha asing lebih suka menyelesaikan sengketa melalui arbitrase diluar negeri karena menganggap sistim hukum dan pengadilan setempat, asing bagi mereka.

Kedua, pengusaha-pengusaha negara maju beranggapan hakim-hakim negara berkembang tidak menguasai sengketa-sengketa dagang yang melibatkan hubungan-hubungan niaga dan keuangan internasional yang rumit.

Ketiga, pengusaha negara maju beranggapan penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan memakan waktu yang lama dan ongkos yang besar, karena proses pengadilan yang panjang dari tingkat pertama sampai dengan tingkat Mahkamah Agung.

Keempat, keengganan pengusaha asing untuk menyelesaikan sengketa di depan pengadilan bertolak dari anggapan bahwa pengadilan akan bersifat subjektif kepada mereka, karena sengketa diperiksa dan diadili berdasarkan bukan hukum negara mereka dan oleh hakim bukan dari negara mereka.

Kelima, penyelesaian sengketa di pengadilan akan mencari siapa yang salah dan siapa yang benar dan hasilnya akan dapat merenggangkan hubungan

¹⁰⁾ Erman Rajagukguk ; Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan, Chandra Pratama, Jakarta 2000, hal. 1.

dagang diantara mereka. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase dianggap dapat melahirkan putusan yang kompromistis, yang dapat diterima oleh kedua belah pihak yang bersengketa.

Keenam, penyelesaian sengketa melalui arbitrase tertutup sifatnya, sehingga tidak ada publikasi mengenai sengketa yang timbul. Publikasi mengenai sengketa suatu yang tidak disukai oleh para pengusaha.

Lebih lanjut Gary Goodpaster, Felix O. Soebagyo dan Fatmah Jatim¹¹⁾, mengatakan, bahwa ada berbagai macam alasan yang menjadikan kenapa pihak memilih penyelesaian secara privat dan tidak memilih/ menggunakan pemeriksaan/ penyelesaian melalui badan peradilan umum, yaitu; a. **Kebebasan, kepercayaan dan keamanan**; Arbitrase pada umumnya menarik bagi para pengusaha, pedagang dan investor sebab arbitrase memberikan kebebasan dan otonomi yang sangat luas kepada mereka. Selain itu secara relatif memberikan rasa aman terhadap keadaan tidak menentu dan ketidakpastian sehubungan dengan sistim hukum yang berbeda, juga terhadap kemungkinan putusan hakim yang berat sebelah yang melindungi kepentingan (pihak) lokal dari mereka yang terlibat dalam suatu sengketa; b. **Keadilan (expertise)**; Mereka dapat mengangkat/ menunjuk seorang arbiter atau suatu panel arbitrase yang memiliki keahlian dibidang industri mereka dan dalam pokok persoalan yang disengketakan; c. **Cepat dan hemat biaya**; Dikatakan lebih cepat karena para pihak tidak harus menunggu antrian proses litigasi pengadilan dan perkara-perkara mereka tidak mengenal pemeriksaan pendahuluan (pretrial) yang ekstensif, sebagaimana

¹¹⁾ Gary Goodpaster, Felix O. Soebagyo dan Fatmah Jatim, Makalah Tinjauan Terhadap Arbitrase Dagang Secara Umum Dan Arbitrase Dagang di Indonesia; Dalam buku Arbitrase di Indonesia; Ghalia Indonesia, Jakarta 1995, hal. 19-22.

dilakukan terhadap perkara-perkara melalui pengadilan. Dengan proses demikian akan lebih ringan biayanya karena juga dalam perkara arbitrase tidak dimungkinkan upaya Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali; d. **Bersifat Rahasia**. Karena berlangsung dalam lingkungan privat dan bukan bersifat umum. Dengan demikian dapat melindungi para pihak dari hal-hal yang tidak diinginkan atau yang merugikan akibat penyingkapan informasi bisnis kepada umum dan juga dapat merugikan reputasi sebagai pebisnis; e. **Bersifat Nonpreseden**. Dalam perkara yang sejenis, bisa saja timbul keputusan yang berbeda, karena memang dalam mengambil keputusan tidak mengikat kepada putusan terdahulu (preseden); f. **Kepekaan Arbiter**. Dalam memberikan putusan, arbiter akan lebih sensitif/peka terhadap kerugian para pihak (sifatnya privat) dan tidak mementingkan kepentingan umum; g. **Pelaksanaan Keputusan**. Pelaksanaan keputusan arbitrase lebih mudah daripada putusan litigasi, karena terhadap putusan arbitrase tidak ada upaya hukum, sifatnya final dan mengikat dan mempunyai kekuatan eksekutorial; h. **Kecenderungan Yang Modern**. Dalam dunia perdagangan Internasional, kecenderungan yang terlihat adalah liberalisasi peraturan perundang-undangan arbitrase untuk lebih memandang penggunaan arbitrase daripada penyelesaian sengketa dagang melalui badan peradilan umum. Pada umumnya undang-undang ini dirancang untuk memberi otonomi, kebebasan dan fleksibilitas secara maksimal dalam menyelesaikan sengketa.

Untuk mengetahui apakah para pihak yang bersengketa menggunakan lembaga arbitrase atau tidak, dapat dilihat dari perjanjian yang dibuat tersebut. Karena perjanjian arbitrase dapat dibuat dan merupakan bagian dari suatu kontrak

ataupun merupakan suatu kontrak tersendiri (terpisah). Bilamana perjanjian tersebut merupakan bagian dari suatu kontrak, walaupun kontrak yang ada tidak sah, perjanjian arbitrase tetap berlaku. Hal ini sesuai dengan prinsip independensi yang dimiliki oleh arbitrase, yang juga sudah secara tegas diatur di dalam pasal 10 UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, yaitu, "Suatu perjanjian arbitrase tidak menjadi batal disebabkan oleh keadaan tersebut di bawah ini : a. meninggalnya salah satu pihak; b. bangkrutnya salah satu pihak; c. novasi; d. insolvensi salah satu pihak; e. pewarisan; f. berlakunya syarat-syarat hapusnya perikatan pokok; g. bilamana pelaksanaan perjanjian tersebut dialihtugaskan kepada pihak ketiga dengan persetujuan pihak yang melakukan perjanjian arbitrase tersebut atau; h. berakhirnya atau batalnya perjanjian pokok.

Dalam perjanjian arbitrase ada 2 (dua) macam klausul arbitrase yaitu : *pactum de compromitendo* dan *acta compromise*. Klausul *pactum de compromitendo* dibuat sebelum persengketaan terjadi, dapat bersamaan dengan saat pembuatan perjanjian pokok atau sesudahnya. Ini berarti perjanjian arbitrase tersebut menjadi satu dengan perjanjian pokoknya atau dalam suatu perjanjian yang tersendiri diluar perjanjian pokok. Sedangkan *acta compromise* dibuat setelah terjadinya sengketa berkenaan dengan pelaksanaan suatu perjanjian. Jadi klausul ini ada setelah sengketa terjadi dan kedua belah pihak setuju bahwa sengketa yang terjadi akan diselesaikan dengan arbitrase.¹²⁾

Apabila timbul sengketa, dimana telah diperjanjikan klausul arbitrase, baik dengan *pactum de compromitendo* maupun *acta compromise*, maka tidak ada cara

¹²⁾ Joni Emirzon; Op.Cit. hal. 100.

lain untuk penyelesaiannya kecuali dengan arbitrase. Hal ini adalah merupakan sesuatu yang mutlak karena menyangkut kompetensi absolut pengadilan.

Mengenai kompetensi absolut ini, pasal 3 (tiga) UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, menyatakan bahwa, "Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase". Selanjutnya pasal 11 ayat (1) menekankan lagi bahwa, "Adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri." Ayat (2), kemudian menyebutkan bahwa, "Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini."

Campur tangan Pengadilan dalam hal-hal tertentu tersebut adalah diperkenankan sepanjang tindakan tersebut untuk memperlancar proses arbitrase, pelaksanaan putusan arbitrase, atau putusan arbitrase telah diambil berdasarkan salah satu hal-hal berikut ; **Pertama**, putusan tidak sesuai dengan perjanjian; **Kedua**, putusan dijatuhkan berdasarkan dokumen palsu; **Ketiga**, ditemukan dokumen yang bersifat menentukan yang disembunyikan pihak lawan; **Keempat** putusan diambil dari hasil tipu muslihat. (vide pasal 70).¹³⁾

Sebenarnya mengenai kompetensi absolut ini sudah cukup diatur di dalam UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

¹³⁾ Erman Rajagukguk ; Op.Cit. hal. 30.

Akan tetapi dalam praktek (penerapan) di pengadilan, ketentuan hukum demikian ternyata dikesampingkan (disimpangi), khususnya dalam perkara kepailitan.

Di dalam Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (disingkat Perpu) No. 1 tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Kepailitan (LN. No. 87, tambahan LN. No. 3761) yang sudah disahkan menjadi Undang-Undang No. 4 tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang tentang Kepailitan menjadi Undang-Undang (LN. No. 135 tambahan LN No. 3778), maka semua perkara kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang akan diselesaikan di Pengadilan Niaga. Hal ini sesuai dengan bunyi pasal 280 Undang-Undang tersebut, bahwa "Permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang sebagaimana dimaksud dalam Bab Pertama dan Bab Kedua, diperiksa dan diputuskan oleh Pengadilan Niaga yang berada dilingkungan Peradilan Umum."

Sedangkan dalam ayat (2) dikatakan bahwa, "Pengadilan Niaga sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) selain memeriksa dan memutuskan permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang berwenang pula memeriksa dan memutuskan perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan Peraturan Pemerintah.

Pengadilan Niaga adalah pengadilan dalam lingkungan pengadilan umum yang berwenang untuk memeriksa dan memutus permohonan pernyataan pailit dan permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang, serta perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya akan dilakukan dengan

Peraturan Pemerintah. Apabila Pengadilan Niaga berhadapan dengan Pengadilan Negeri (*ordinary court*) maka pengadilan Niaga adalah merupakan *extra ordinary court*, karena secara eksklusif memiliki status dan kewenangan hukum untuk menyelesaikan atau memeriksa permohonan innsolvensi atau kepailitan.¹⁴⁾ Kompetensi Pengadilan Niaga memiliki kompetensi absolut. Kekuasaannya absolut dalam hal menerima dan memeriksa serta memutuskan tentang semua permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang.¹⁵⁾

Menurut Fred BG Tumbuan,¹⁶⁾ Kepailitan adalah sita umum yang mencakup seluruh kekayaan debitur untuk kepentingan semua krediturnya. Tujuan kepailitan adalah pembagian kekayaan debitur oleh kurator kepada semua kreditur dengan memperhatikan hak-hak mereka masing-masing. Di dalam Perpu No. 1 tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Kepailitan, pasal 1 ayat (1) dikatakan bahwa, “Debitur yang mempunyai dua atau lebih kreditur dan tidak dapat membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam pasal 2, baik atas permohonannya sendiri, maupun atas permintaan seorang atau lebih krediturnya.”

¹⁴⁾ Abdul Hakim Garuda Nusantara, Benny K Harman; Analisa Kristis Putusan-Putusan Peradilan Niaga, Cinles, Jakarta, 2000, hal. 159.

¹⁵⁾ Martiman Prodjohamidjoyo; Proses Kepailitan; CV. Mandar Maju, Bandung 1999, hal. 5.

¹⁶⁾ Fred BG Tumbuan ; Makalah Pokok-Pokok Undang-Undang Tentang Kepailitan Sebagaimana Diubah oleh Perpu No. 1/1998, dalam buku Penyelesaian Utang Piutang; Editor Rudhy A Lontoh, SH, Denny Kailimang, SH, Beny Ponto, SH, Alumni Bandung, 2001, hal. 125.

Sedangkan menurut Henry Campbell Black,¹⁷⁾ *Bankrupt is the state or condition a person (individual, partnership, corporation municipality) who is unable to pay its debts as they are, or become due.*

Atas dasar hal di atas dapatlah dikatakan bahwa pailit adalah merupakan keadaan dimana suatu badan hukum (*recht person, natural person*) tidak mampu membayar utang sehingga semua kekayaan (yang ada maupun yang akan ada) akan dipergunakan untuk membayar utangnya melalui putusan pengadilan.

Ruang lingkup kepailitan dan harta kepailitan yaitu; **Pertama**, seluruh kekayaan sipailit pada saat dia dinyatakan pailit (dengan beberapa pengecualian untuk sipailit individu) serta asset-asset yang diperoleh selama kepailitannya dan; **Kedua**, hilangnya wewenang sipailit untuk mengurus dan mengalihkan hak atas kekayaan yang termasuk budel si pailit.¹⁸⁾ Dengan dikesampingkan (disimpangi)nya UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa oleh Perpu No. 1 tahun 1998 yang sudah disahkan dengan UU No. 4 tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan tersebut, maka seolah-olah telah terjadi dualisme atau kontradiksi atas dua ketentuan perundang-undangan yang sama derajatnya atau juga telah bertentangan dengan azas hukum umum "*lex posteriori derogat legi priori*".

¹⁷⁾ Henry Cambell, Black Law ; Op.Cit. hal. 147.

¹⁸⁾ K. Santoso; Makalah, Akibat Keputusan Kepailitan, dalam Buku Penyelesaian Utang Piutang, Editor Rudhy A Lontoh, SH, Denny Kailimang, SH, Benny Ponto, SH, Alumni, Bandung, 2001, hal. 280.

B. IDENTIFIKASI MASALAH

Bertitik tolak dari latar belakang di atas, dapatlah diidentifikasi beberapa permasalahan yang memerlukan pembahasan lebih lanjut, yaitu :

1. Dengan adanya kompetensi absolut berdasarkan pasal 3 dan pasal 11 Undang-Undang No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan juga kompetensi absolut Pengadilan Niaga berdasarkan pasal 280 Perpu No. 1 tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Kepailitan yang sudah disahkan menjadi UU No. 4 tahun 1998, maka apakah dengan demikian sudah terjadi dualisme atau kontradiksi hukum dan yang mana yang harus diberlakukan, mengingat kedua-duanya sama derajatnya yaitu undang-undang.
2. Apa dan bagaimana konsekwensinya apabila dalam tatanan hukum terjadi dualisme atau kontradiksi hukum seperti halnya butir (1) di atas.
3. Apa saja urgensinya kenapa pengadilan (dalam hal ini Mahkamah Agung Republik Indonesia) memberlakukan/ menerapkan undang-undang tentang Kepailitan dengan mengesampingkan undang-undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tersebut dan apakah benar Pengadilan Niaga merupakan "*extra ordinary court*" dibandingkan dengan Pengadilan Negeri sebagai "*ordinary court*".

C. TUJUAN DAN MANFAAT

Dalam hal ini ada 2 (dua) jenis yaitu :

1. Formal, yaitu ditujukan memenuhi sebagian dari syarat-syarat guna memperoleh Strata Magister Hukum di Universitas Pelita Harapan (UPH).
2. Material, yaitu; **Pertama**, mengetahui sampai sejauh mana hakim-hakim di Indonesia memahami dan dapat menerapkan kompetensi absolut arbitrase berdasarkan UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tersebut, secara khusus dalam perkara kepailitan. Karena kepailitan juga mengatur kompetensi absolut yaitu harus melalui Pengadilan Niaga; **Kedua**, melalui penelitian ini juga ingin diketahui apa implikasi yang timbul dengan dikesampingkannya klausul arbitrase dalam perkara kepailitan; **Ketiga**, dengan penelitian empiris melalui putusan - putusan pengadilan yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) demikian akan sangat bermanfaat bagi para praktisi maupun akademisi; **Keempat**, hendak mengetahui lebih dalam apa yang menjadi dasar dan filosofi dari hakim-hakim tersebut untuk mengesampingkan klausul arbitrase dalam perkara kepailitan.

D. KERANGKA PEMIKIRAN

Menurut Duanne R. Monette, Thomas J. Sullivan dan Cornel R. Dejong, yang dikutip Sutan Remy Syahdeni; Fungsi teori dalam suatu penelitian adalah untuk memberikan pengarahannya kepada penelitian yang akan dilakukan.¹⁹⁾

¹⁹⁾ Sutan Remy Syahdeni; Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian di Indonesia; Jakarta, IBI, 1993, hal. 8.

Dalam penulisan tesis ini, yang menjadi landasan pemikiran penulis ialah yang berkaitan dengan arbitrase dengan kepailitan. Untuk itu kerangka pemikiran dibagi dalam 2 (dua) bagian, yaitu kerangka teoritis dan kerangka konseptual.

1. Kerangka Teoritis

Pada prinsipnya setiap masyarakat memiliki cara untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi diantara mereka dan tidak tergantung kepada satu cara saja. Ada beberapa cara yang dapat ditempuh untuk menyelesaikan sengketa antara lain ; a. melalui perjanjian informal; b. melalui konsiliasi; c. melalui arbitrase; d. melalui pengadilan.²⁰⁾ Dalam menyelesaikan suatu sengketa akan mempunyai konsekwensi tersendiri. Untuk sengketa-sengketa tertentu disalurkan pada suatu mekanisme penyelesaian sengketa tertentu pula.

Mekanisme yang bagaimana dan lembaga apa yang paling tepat, tergantung dari pihak-pihak yang bersengketa, jenis sengketa yang dihadapi dan apa yang diharapkan para pihak serta apa yang menjadi kepentingan masyarakat dalam sengketa tersebut.

Arbitrase merupakan salah satu pilihan dari antara beberapa cara yang ada untuk penyelesaian sengketa. Arbitrase karena sifatnya yang tertutup menjurus kepada privatisasi penyelesaian sengketa dan dapat dikatakan mengarah kepada keadaan *win-win solution* dan bukan *win - loose* seperti yang biasa terjadi di pengadilan.

²⁰⁾ Agnes M Toar; Uraian Singkat Tentang Arbitrase Dagang di Indonesia; Seri Dasar-Dasar Hukum Ekonomi 2, Arbitrase di Indonesia; Jakarta, Ghalia Indonesia, 1995, hal. 73.

Klausul arbitrase timbul dari perjanjian yang bersumber pada doktrin "*pacta sunt servanda*", yang di dalam hukum Indonesia diatur di dalam pasal 1338 KUH Perdata yang berbunyi, semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, persetujuan-persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu.

Secara umum klausul-klausul arbitrase akan mencakup; a. komitmen/ kesepakatan para pihak untuk melaksanakan arbitrase; b. ruang lingkup arbitrase; c. apakah arbitrase akan berbentuk arbitrase institusional atau ad hoc. Apabila memilih bentuk ad hoc, maka klausul tersebut harus merinci metode penunjukan arbiter atau mejelis arbitrase; d. aturan prosedural yang berlaku; e. tempat dan bahasa yang digunakan dalam arbitrase; f. pilihan terhadap hukum substansif yang berlaku bagi arbitrase; g. klausul-klausul stabilisasi dan hak kekebalan (imunitas), jika relevan.²¹⁾

Hukum kekebalan ini penting dalam hubungannya dengan arbitrase internasional. Sifat dan dasar hukum imunitas negara asing terhadap yurisdiksi pengadilan setempat merupakan perpaduan antara dua aspek kedaulatan negara, yaitu prinsip teritorial dan kepribadian negara.²²⁾

Tidak semua sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase. Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan

²¹⁾ Seri Dasar-Dasar Hukum Ekonomi 2, Arbitrase di Indonesia. Op. Cit; hal. 25.

²²⁾ Yudha Bhakti Ardhiwisastra ; Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing, Alumni, Bandung 1999, hal. 363.

dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa dan sengketa yang dapat diperdamaikan.

Perkara kepailitan adalah merupakan perkara yang timbul dari utang piutang. Dimana debitur tidak mau dan/atau tidak mampu membayar utangnya kepada kreditur; Dan upaya kreditur untuk menagih utang debitur, maka ditempuh melalui kepailitan.

Di dalam pasal 1 ayat (1) Perpu No. 1 tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan yang sudah disahkan menjadi Undang-Undang No. 4 tahun 1998 disebutkan bahwa, “Debitur yang mempunyai dua atau lebih kreditur dan tidak membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam pasal 2, baik atas permohonannya sendiri, maupun atas permintaan seorang atau lebih krediturnya”.

Pengadilan yang dimaksud yaitu Pengadilan Niaga. Pengadilan yang dibentuk berdasarkan pasal 280 ayat (1) yang khusus menangani perkara kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang dan berada dilingkungan Badan Peradilan Umum (Pengadilan Negeri), bukan pengadilan yang berdiri sendiri.

2. Kerangka Koseptual

Dalam penulisan dan penelitian ini kerangka konseptual yang diajukan adalah sebagai berikut :

- a. Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersangkutan (pasal 1 butir 1 UU No. 30 tahun 1999);
- b. Para pihak adalah subjek hukum, baik menurut hukum perdata maupun hukum publik (pasal 1 butir 2 UU NO. 30 tahun 1999);
- c. Perjanjian arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa klausul arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa (pasal 1 butir 3 UU No. 30 tahun 1999);
- d. Pengadilan Negeri adalah pengadilan negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal termohon (pasal 1 butir 4 UU No. 30 tahun 1999);
- e. Pemohon adalah pihak yang mengajukan permohonan penyelesaian sengketa melalui arbitrase (pasal 1 butir 5 UU No. 30 tahun 1999);
- f. Termohon adalah pihak lawan dari pemohon dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase (pasal 1 butir 6 UU No. 30 tahun 1999);
- g. Arbiter adalah seorang atau lebih yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa dan yang ditunjuk oleh Pengadilan Negeri atau oleh lembaga arbitrase untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui arbitrase (pasal 1 butir 7 UU No. 30 tahun 1999);

- h. Lembaga arbitrase adalah badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu; Lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa (pasal 1 butir 8 UU No. 30 tahun 1999);
- i. Putusan arbitrase internasional adalah, putusan yang dijatuhkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia atau putusan suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan yang menurut ketentuan Arbitrase Internasional (pasal 1 butir 9 UU No. 30 tahun 1999);
- j. Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, konsiliasi atau penilaian ahli (pasal 1 butir 10 UU No. 30 tahun 1999);
- k. Sengketa atau perkara adalah, jika salah satu pihak menghendaki pihak lain untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu tetapi pihak lainnya menolak atau tidak berlaku demikian (Prof.DR. Komar Kantaatmadja, SH.LLM);
- l. Kepailitan adalah dimana debitur yang mempunyai dua atau lebih kreditur dan tidak membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam pasal 2, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permintaan seorang atau lebih krediturnya (pasal 1 ayat 1 UU No. 4 tahun 1998);

m. Pengadilan Niaga adalah Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum yang berwenang untuk memeriksa dan memutus permohonan pernyataan pailit dan permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang (PKPU) serta perkara lain dibidang perniagaan yang penetapannya akan dilakukan dengan Peraturan Pemerintah (pasal 280 ayat 1 UU No. 4 tahun 1998).

E. METODOLOGI PENELITIAN

Dalam penelitian dan penulisan tesis ini, penulis menggunakan penelitian hukum normatif yang bersifat analitis kritis dan eksploratif, melalui bahan-bahan kepustakaan, jurnal-jurnal hukum dan putusan-putusan pengadilan.

F. SISTIMATIKA PENULISAN

Penulisan tesis ini terdiri dari lima bab, dengan sistematika penulisan setiap bab sebagai berikut :

Bab I : PENDAHULUAN

Pada bab ini diuraikan mengenai; Latar Belakang Permasalahan, Identifikasi Masalah, Tujuan dan Manfaat Penelitian, Kerangka Pemikiran yang terdiri dari Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual, Metodologi Penelitian serta Sistematika Penulisan.

Bab II : PERJANJIAN DAN KLAUSUL ARBITRASE

Pada bab ini diuraikan tentang; Perjanjian Berlaku Sebagai Undang-Undang Bagi Mereka Yang Membuatnya (Pacta Sunt Servanda),

Kompetensi Arbitrase, Prosedur Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase, serta Kekuatan Hukum Mengikat Putusan Arbitrase.

Bab III : PENYELESAIAN UTANG PIUTANG MELALUI KEPAILITAN

Dalam bab ini diuraikan mengenai; Penyelesaian Utang Piutang, Sejarah Hukum Kepailitan di Indonesia, Kompetensi Pengadilan Niaga sebagai Pengadilan Khusus (Extra Ordinary Court), Prosedur Penyelesaian Perkara Kepailitan.

Bab IV : PENYELESAIAN SENGKETA DALAM PERKARA KEPAILITAN YANG MEMUAT KLAUSUL ARBITRASE

Dalam bab ini diuraikan perihal; A. Perkara Kepailitan Yang Memuat Klausul Arbitrase, yaitu 1. Perkara PT. Environmental Network Indonesia dan Kelompok Tani Tambak FSSP Masserrocinae melawan PT. Putra Putri Fortuna Windu dan PPF International Corporation; 2. Perkara PT. Basuki Pratama Engineering dan PT. Mitra Surya Tata Mandiri melawan PT. Megarimba Karyatama serta; 3. Perkara PT. Kadi Internasional melawan PT. Wisma Calindra, dan; B. Analisis Terhadap Perkara Kepailitan Yang Memuat Klausul Arbitrase.

Bab V : PENUTUP

Dalam bab terakhir ini, penulis membuat Kesimpulan dan Saran yang sangat terkait dengan uraian bab-bab sebelumnya.