

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG MASALAH

Secara faktual, faktor penyebab adanya konflik dapat diidentifikasi sebagai berikut yaitu perbedaan karakter individu yang meliputi perbedaan pendirian dan perasaan, perbedaan latar belakang kebudayaan sehingga membentuk pribadi yang berbeda, perbedaan kepentingan individu, serta perubahan nilai yang cepat dan mendadak dalam masyarakat.

Konflik/sengketa mengenai perdagangan pada umumnya dapat diselesaikan dengan mengajukan gugatan perdata ke pengadilan umum, namun selain itu penyelesaian sengketa dalam dunia perdagangan atau bisnis juga dapat diselesaikan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa.

Alternatif penyelesaian sengketa merupakan penyelesaian sengketa yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa melalui jalur di luar pengadilan (*non litigation*) dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli. Menurut Fillif D. Bostwick alternatif penyelesaian sengketa ialah seperangkat latihan atau praktik dan teknik hukum yang memiliki beberapa tujuan yaitu: (1) Mengizinkan sengketa hukum yang harus diselesaikan di luar pengadilan untuk kepentingan semua pihak yang berselisih, (2) Mengurangi biaya litigasi konvensional dan penundaan yang mana hal itu biasa dikenakan, (3) Mencegah sengketa hukum yang seharusnya mungkin dibawa ke pengadilan.¹

¹ H. Prayitna Abdurrasyid, 2002, *Arbitrase dan Alternative Penyelesaian Sengketa Suatu Pengantar*, Fikahati Aneska, Jakarta, hlm. 15.

Dengan demikian dapat kita ketahui bersama bahwa alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan dengan menggunakan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian para ahli, hal tersebut dimaksudkan sebagai upaya awal (*primum remedium* atau *first resort*) dan mengembalikan jalur pengadilan sebagai upaya akhir (*ultimum remedium* atau *the last resort*).

Penyelesaian sengketa secara arbitrase dipandang sebagai penyelesaian perkara diluar pengadilan, berbeda dengan penyelesaian sengketa di peradilan umum. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase merupakan penyelesaian yang dipilih sendiri oleh para pihak berdasarkan suatu klausula perjanjian atau kesepakatan tertentu, baik sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.

Arbitrase di Indonesia sudah dikenal sejak zaman penjajahan Belanda, yaitu dengan munculnya ketentuan yang diatur dalam *Reglement op de Rechtsvordering* (“Rv”) dan *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) ataupun *Rechtsreglement Bitengewesten* (“RBg”) lebih tepatnya bermula pada pasal 377 HIR atau pasal 705 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 Eropa.”

Pasal 377 HIR menjadi titik tolak keberadaan arbitrase dalam kehidupan dan praktik hukum di Indonesia, namun Pasal 377 HIR dan pasal 705 RBG tidak memuat aturan lebih lanjut tentang arbitrase, oleh karena itu untuk mengisi kekosongan Pasal 377 HIR dan Pasal 705 RBG dibentuklah aturan pasal-pasal arbitrase yang terdapat dalam *Reglemen Hukum Acara Perdata* (*Reglement op de Bergerlijke Rechtsvordering*, disingkat Rv).

Dalam buku ketiga Rv ini lah terdapat pengaturan mengenai arbitrase. Dalam bab pertama buku ketiga ini diatur mengenai arbitrase atau perwasitan, dimulai dari Pasal 615 Rv sampai dengan Pasal 651, yang kemudian terbagi menjadi 5 bagian, yaitu :

1. Bagian pertama (Pasal 615 hingga Pasal 623) mengatur tentang perjanjian arbitrase dan pengangkatan para arbitrator atau arbiter;
2. Bagian kedua (Pasal 624 hingga Pasal 630) mengatur tentang pemeriksaan di muka para arbitrator atau arbiter atau badan arbitrase;
3. Bagian ketiga (Pasal 631 hingga Pasal 640) mengatur tentang putusan arbitrase;
4. Bagian keempat (pasal 641 hingga Pasal 647) mengatur tentang upaya-upaya hukum terhadap putusan arbitrase; dan
5. Bagian kelima (Pasal 648 hingga Pasal 651) mengatur tentang berakhirnya acara-acara arbitrase.

Namun, dalam perjalanannya ketentuan-ketentuan dalam Rv sekarang sudah tidak berlaku lagi setelah diundangkannya UU Arbitrase.

Sebagaimana tertulis dalam ketentuan Pasal 1 ayat (1), Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (untuk selanjutnya disebut “UU Arbitrase”), berbunyi sebagai berikut:

“Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”

Di dalam arbitrase terbagi menjadi 2 (dua) jenis, yaitu (1). arbitrase *ad hoc* atau volunter adalah arbitrase yang ditunjukan untuk kasus tertentu untuk satu kali penunjukan saja. (2) Arbitrase institusional (*institusional arbitration*)

adalah lembaga atau badan arbitrase yang bersifat permanen (Pasal 1 ayat (2) Konvensi New York, 1958).²

Penyelesaian sengketa secara arbitrase memiliki beberapa keunggulan yaitu salah satunya adalah sengketa bisnis dapat diselesaikan dalam waktu singkat dengan prosedur sederhana dan putusannya pun langsung mengikat bagi para pihak, hal tersebut membuat penyelesaian sengketa secara arbitrase ini sangat digemari oleh kalangan bisnis dalam menyelesaikan suatu sengketa bisnis.

Oleh karena itu Arbitrase ada sebagai forum sebagai pilihan penyelesaian sengketa yang aman dan dipercaya lebih dapat memahami permasalahan bisnis secara praktis.³ Kemunculan arbitrase sebagai alternatif penyelesaian sengketa adalah implementasi teori hukum progresif di Indonesia agar Indonesia keluar dari sifat submisif terhadap aturan, dengan demikian arbitrase telah menjadi wadah dimana perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan tapi pada kreativitas penegak hukum dalam mengaktualisasikan hukum dalam tatanan waktu dan ruang yang sesuai.

Dengan adanya arbitrase sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa dalam dunia perdagangan, maka dari itu lahirlah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (selanjutnya disebut dengan “UU APS”) yang tentunya mengatur tata cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan baik secara negosiasi, mediasi, konsiliasi, maupun melalui forum arbitrase. Akan tetapi, tidak semua sengketa dapat diselesaikan melalui arbitrase, hanya sengketa mengenai hak yang

² Susanti Adi Nugroho, 2015, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase Dan Penerapan Hukumnya*, Kencana, Jakarta, hlm. 119.

³ Sugiyono H, Suyanto H dan Agustnti RD, (2020), *The law of Arbitration Rules that are Final and Binding, Indonesia Law Review, Jakarta*, hlm.20.

menurut hukum dikuasai sepenuhnya oleh para pihak yang bersengketa atas dasar kesepakatan mereka.⁴

Ketika persyaratan-persyaratan sudah terpenuhi untuk diselesaikan di lembaga arbitrase, maka sengketa itu akan dibantu oleh pihak ketiga yang disebut arbiter. Arbiter merupakan orang yang ditunjuk atau disetujui oleh kedua belah pihak yang bersengketa untuk menjadi penengah dan memberi keputusan. Dalam memilih arbiter yang tepat dan kompeten, jujur serta memiliki integritas tidak hanya melalui kepribadiannya, melainkan juga dari kemampuan serta keahliannya di bidang hukum arbitrase dan tentang inti sengketa yang dihadapinya. Para pihak bersengketa bebas dalam menentukan jumlah arbiter, bisa satu atau lebih. Namun apabila para pihak tidak berkenan untuk memilih maka dapat diserahkan kepada lembaga arbitrase, contohnya; Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI).

Badan arbitrase atau lembaga arbitrase adalah merupakan badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu. Lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai hubungan hukum tertentu dalam hal timbulnya sengketa. Badan arbitrase yang ada di Indonesia meliputi Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI), Badan Arbitrase Muamalat Islam (BAMUI), Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS), dan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), sedangkan badan arbitrase internasional meliputi Singapore International Arbitration Center (SIAC), The International Center For Settlement of Investment Dispute (ICSID), WIPO Arbitration Center International Chamber of Commerce (ICC), dan The London Court of International Arbitration (LCIA).

⁴ Endrik Safudin, (2018), *Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase*, Intrans Publishing, Malang, hlm. 15.

Kewajiban yang dimiliki oleh seorang Arbiter adalah harus independen dan menunjukkan sikap tidak memihak, dan harus menyampaikan kepada para pihak, terikat untuk menetapkan tata cara yang pantas dalam menyelesaikan sengketa serta memberikan putusan dalam waktu sesingkat-singkatnya, menjaga konfidensialitas para pihak setelah dikeluarkan keputusannya, serta selama pemeriksaan arbiter berhak memperoleh kerja sama yang jujur dan terbuka dari para pihak, dan arbiter tidak dapat dituntut karena isi putusannya kecuali terbukti memihak atau tidak independen.

Dalam Pasal 57 UU No. 30 Tahun 1999 menentukan bahwa putusan diucapkan dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari setelah pemeriksaan ditutup, namun dalam peraturan BANI memberikan batas waktu 180 (seratus delapan puluh) hari sejak terbentuknya majelis arbitrase, putusan sudah harus dijatuhkan. Namun apabila dibutuhkan, majelis arbitrase bisa saja melakukan perpanjangan terhadap jangka waktu tersebut. Dalam peraturan UNCITRAL putusan harus disampaikan kepada para pihak yang bersengketa di tempat diadakan arbitrase. Putusan arbitrase bersifat “final dan mengikat,” yang artinya putusan arbitrase, tidak dapat diajukan banding, kasasi, atau peninjauan kembali. Hal tersebut berarti tidak ada upaya hukum lain terhadap putusan arbitrase yang telah diputuskan oleh baik lembaga arbitrase maupun arbitrase *ad hoc*, namun masih terdapat peluang bagi para pihak untuk mengajukan pembatalan terhadap putusan arbitrase, dalam hal putusan arbitrase tersebut diduga mengandung unsur-unsur seperti yang ditentukan dalam Pasal 70 Undang-undang No. 30 Tahun 1999.

Pada prinsipnya, suatu putusan arbitrase tidak jauh berbeda dengan isi putusan pengadilan. Putusan arbitrase ditinjau dari sifatnya terbagi atas tiga jenis, yaitu:

1. Putusan yang diktumnya bersifat deklaratoir yaitu dictum putusan yang bersifat hanya menerangkan saja atau menegaskan tentang suatu keadaan hukum.
2. Putusan Konstitutif adalah putusan yang meniadakan suatu keadaan hukum atau yang menimbulkan suatu keadaan hukum yang baru.
3. Putusan condemnatoir yaitu dictum putusan yang berisi penghukuman terhadap suatu pihak.

Dalam putusan arbitrase juga terdapat beberapa syarat minimal yang merupakan isi dari putusan arbitrase hal tersebut tercantum dalam Pasal 54 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999. Suatu putusan arbitrase haruslah memuat data, analisis, kesimpulan, dan amar putusan yang sejelas mungkin, dan putusannya tidak boleh kabur, tetapi haruslah pasti. Selain itu, bahasa yang dipakai pun harus bahasa yang jelas. Oleh karena itu apabila terdapat bahasa yang tidak dapat dipahami atau kekaburan dalam suatu putusan arbitrase, para pihak bisa meminta untuk melakukan penambahan atau pengurangan terhadap putusan tersebut, hal ini tertulis jelas dalam Pasal 58 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999.

Dalam dunia litigasi kalimat “*Ex Aequo Et Bono*” sudah tidak asing lagi bagi para praktisi-praktisi hukum. Kalimat ini merupakan bagian dalam petitum dalam suatu gugatan atau permohonan dalam hukum acara perdata, yang biasanya digabung bersamaan dengan kalimat “kalau majelis hakim berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*). Kalimat *ex aequo et bono* berasal dari bahasa latin. Kamus *Juridisch Latin* karya GRW Gokkel dan N van der Wal, yang kemudian dialihbahasakan S. Adiwinata (1986), hanya mendefinisikan secara singkat kalimat tersebut sebagai “menurut keadilan”. Jika dalam bahasa Inggris kalimat tersebut diartikan sebagai “*according to the right and good*”, atau “*from equity and*

conscience”. Sebuah putusan yang diputuskan menurut *ex aequo et bono* adalah sesuatu yang diputuskan “*by principles of what is fair and just*”.

Pada perkembangan hukum arbitrase modern, salah satu doktrin hukum yang diadopsi adalah apa yang dikenal dengan arbitrase *ex aequo et bono*. Hal ini tercantum dalam Pasal 56 ayat (1) UU APS yang berbunyi sebagai berikut.:

Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999

“Arbiter atau majelis arbitrase mengambil keputusan berdasarkan ketentuan hukum, atau berdasarkan keadilan dan kepatutan (*Ex Aequo Et Bono*).”

Pasal 56 ayat (1) mempunyai arti pada dasarnya para pihak dapat mengadakan perjanjian untuk menentukan bahwa arbiter dalam memutus perkara wajib berdasarkan ketentuan hukum atau sesuai dengan rasa keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*), akan tetapi dalam hal tertentu, hukum memaksa (*dwingende regels*) harus diterapkan dan tidak dapat disimpangi oleh arbiter.

Atau dengan kata lain arbiter diberi kebebasan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan. Namun di kalimat selanjutnya seakan menyatakan bahwa arbiter hanya dapat menggunakan asas *ex aequo et bono* dalam keadaan atau hal tertentu saja dalam memberikan putusan. Keadaan atau hal tertentu yang dimaksudkan dalam Pasal 56 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 ini sangatlah membuat bias bagi para pihak yang menyelesaikan sengketa bisnis melalui jalur penyelesaian arbitrase. Bahkan dalam arbiter diberi kebebasan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan ini pun akan besar kemungkinan terjadinya praktik penyelewengan kekuasaan.

Doktrin arbitrase *ex equo et bono* ini masih belum mendapatkan suatu pemahaman yang sama, bahkan tidak jarang masih ada yang salah paham terhadap doktrin tersebut dan ada yang memandangnya secara stereotip.

Berdasarkan uraian-uraian kronologis dan dasar hukum yang telah saya paparkan di atas, selaku penulis dalam penelitian ini saya tertarik melakukan penelitian dengan tesis yang berjudul: “**Analisis Yuridis Mengenai Ex Aequo Et Bono Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa**”

B. RUMUSAN MASALAH

Bertolak dari latar belakang di atas, perumusan masalah yang dapat dikemukakan dalam penulisan tesis ini adalah sebagai berikut :

1. Apa bentuk pengaturan *Ex Aequo Et Bono* dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 ?
2. Bagaimana jika arbiter memutus berdasarkan *Ex Aequo Et Bono* namun tidak disetujui oleh para pihak ?

C. TUJUAN DAN KEGUNAAN PENELITIAN

1. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian adalah target yang akan dicapai atas pemecahan masalah yang dihadapi serta pemenuhan kebutuhan atas perorangan dan institusi. Berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan tujuan dari penelitian ini adalah:

- a. Menganalisis dan menguraikan *Ex Aequo Et Bono* di dalam Undang-undang No. 30 Tahun 1999
- b. Menganalisis dan mengkaji tindakan yang dapat dilakukan oleh para pihak jika arbiter memutus berdasarkan *Ex Aequo Et Bono* namun tidak disepakati oleh para pihak.

2. Kegunaan Penelitian

a. Kegunaan Secara Teoritis

Melalui penulisan tesis ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi perkembangan ilmu pengetahuan dan wawasan tentang penerapan *ex aequo et bono* dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa.

b. Kegunaan Secara Praktis

Manfaat praktis dari penulisan ini adalah dapat menambah pengetahuan khususnya bagi masyarakat maupun instansi-instansi agar dapat menjadi pedoman dalam hal penerapan *ex aequo et bono* dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa.

D. KERANGKA TEORI DAN KERANGKA KONSEPSIONAL

1. Kerangka Teori

Dengan adanya permasalahan dalam hal penerapan *ex aequo et bono* dalam putusan arbitrase, maka dalam penelitian ini perlu dibahas terlebih dahulu Kerangka Teori yang digunakan untuk menganalisis permasalahan di dalam penelitian ini melalui penggunaan teori:

a. Teori Keadilan Hukum

Keadilan adalah salah satu bagian dari tujuan hukum yang banyak sekali diperbincangkan semasa filsafat hukum dari tahun ke tahun. Namun tujuan hukum bukanlah hanya keadilan, tapi ada juga kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Idealnya hukum memang harus mencakup ketiga aspek tersebut. Istilah keadilan (*iustitia*) berasal dari kata “adil” yang berarti tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, sepatutnya, tidak sewenang-wenang dapat

disimpulkan bahwa pengertian keadilan merupakan hal-hal yang berkenan dengan sikap dan tindakan dalam hubungan antar manusia, keadilan berisi sebuah tuntutan agar orang dapat memperlakukan sesamanya sesuai dengan hak dan kewajibannya, memperlakukan dengan tidak pandang bulu atau pilih kasih melainkan, semua orang diperlakukan sama sesuai dengan hak dan kewajibannya.⁵

Menurut pendapat Ulpianus, keadilan merupakan kehendak yang secara terus-menerus dan tetap memberikan kepada masing-masing apa yang haknya, keadilan memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya. Perumusan tersebut sangat tegas mengakui hak masing-masing setiap warga⁶. Menurut Aristoteles yaitu seorang filsuf pertama yang merumuskan arti keadilan, ia mengatakan keadilan merupakan memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya atau (*fiat justitia breat mundus*). Selanjutnya dia membagi keadilan menjadi dua bentuk yaitu : (1) Keadilan Distributif yang merupakan keadilan yang ditentukan oleh pembuat undang-undang, distribusinya memuat jasa, hak, dan kebaikan bagi anggota-anggota masyarakat menurut prinsip kesesamaan proporsional. (2) Keadilan Korektif yaitu keadilan yang menjamin, mengawasi dan memelihara distribusi ini melawan serangan-serangan ilegal.

Dalam perspektif hukum, keadilan memiliki arti bahwa alam semesta diciptakan dengan prinsip keadilan, sehingga dikenal antara lain *Stoisisme* norma hukum alam primer yang bersifat umum, yang

⁵ Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, Buku Kompas, Jakarta, 2007, hlm. 57.

⁶ I Dewa Gede Atmadja dan I Nyoman Putu Budiarta, 2018, *Teori-Teori Hukum*, Setara Press, Denpasar, hlm. 205.

menyatakan: berikanlah kepada setiap orang apa yang menjadi haknya, dan jangan merugikan seseorang, Cicero juga menyatakan bahwa hukum dan keadilan tidak ditentukan oleh pendapat manusia.⁷

John Stuart Mill sebagai penganut aliran Utilitarisme yang sejalan pemikirannya dengan Bentham, memiliki pendapat bahwa suatu perbuatan hendaknya bertujuan untuk mencapai sebanyak mungkin kebahagiaan. Mill berpendapat keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapatkan simpati dari kita, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang hakiki bagi kesejahteraan umat manusia. Mill sependapat dengan Bentham jika suatu tindakan haruslah ditujukan kepada pencapaian kebahagiaan. Selain itu, Mill juga berpendapat jika standar keadilan hendaknya didasarkan pada kegunaannya, tetapi asal-usul kesadaran akan keadilan itu tidak ditemukan pada kegunaan, melainkan pada dua hal yaitu rangsangan untuk mempertahankan diri dan perasaan simpati. Mill juga mengatakan keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapat simpati dari kita. Perasaan keadilan akan memberontak terhadap kerusakan, penderitaan, tidak hanya atas dasar kepentingan individual, melainkan lebih luas dari itu sampai kepada orang lain yang kita samakan dengan diri kita sendiri, sehingga hakikat

⁷ Ansori, Abdul Gofir, *Filsafat Hukum Sejarah, Aliran dan Pemaknaan*, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta 2006, hlm.89.

keadilan mencakup semua persyaratan moral yang sangat hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.⁸

b. Teori Kepastian Hukum

Kepastian merupakan suatu keadaan yang pasti. Secara hakiki hukum sudah seharusnya pasti dan adil. Kepastian hukum adalah pertayaan yang hanya bisa dijawab secara normatif bukan sosiologi. Kepastian hukum secara normatif merupakan suatu keadaan dimana suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara pasti dan logis.⁹

Kepastian hukum merupakan bagian dari tujuan hukum atau dapat dikatakan kepastian hukum adalah upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan dan penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan. Dengan adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakan apa yang akan terjadi jika melakukan tindakan hukum itu, kepastian sangat diperlukan untuk mewujudkan keadilan dan merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama terhadap norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang.¹⁰

Disini berarti hukum tidak menimbulkan keraguan (multi-tafsir) dan logis atau dengan kata lain menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma.

⁸ Amiruddin & Zainuddin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, 2004, Raja Grafindo Penada, hlm. 24.

⁹ Ibid.

¹⁰ C.S.T Kansil, *Kamus Istilah Hukum*, Gramedia Pustaka, Jakarta 2009, hlm. 270.

Menurut Van Apeldoorn “kepastian hukum” memiliki dua sisi yang pertama adalah sisi yang dapat ditetapkannya hukum dalam hal-hal kongkret. Artinya adalah pihak-pihak pencari keadilan (*justiabellen*) ingin mengetahui apa yang menjadi hukumnya (*ininkreto*) dalam hal khusus sebelum mereka berperkara. Kedua, sisi keamanan hukum, artinya perlindungan bagi para pihak terhadap kesewenangan hakim.

Jadi “kepastian hukum” berarti aturan hukum harus jelas dan memberikan perlindungan pada para pihak-pihak yang berperkara. Lalu Hans Kelsen bersandar pada prinsip imputasi artinya adalah undang-undang menentukan sanksi bagi tindakan melanggar hukum. Jan Michael Otto merincikan kepastian hukum dalam arti meteriil mencakup tersedia aturan hukum yang jelas, konsisten dan dapat diakses, diterbitkan oleh dan diakui karena (kekuasaan) negara, instansi-instansi pemerintahan yang menerapkan aturan-aturan hukum itu secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya, warga secara prinsipil menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut, hakim-hakim (peradilan) mandiri dan tidak memihak dalam menerapkan aturan-aturan hukum itu secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa dan keputusan pengadilan secara konkret dilaksanakan.¹¹

Hukum yang ditegakkan oleh instansi penegak hukum yang diberikan tugas untuk itu harus menjamin “kepastian hukum” demi tegaknya ketertiban dan keadilan dalam kehidupan masyarakat. Ketidakpastian hukum akan menimbulkan kekacauan dalam kehidupan masyarakat dan akan saling berbuat sesuka hati serta bertindak main

¹¹ | Dewa Gede Atmadja dan I Nyoman Putu Budiarta, 2018, *Teori-Teori Hukum*, Setara Press, Denpasar, hlm. 205.

hakim sendiri. Keadaan seperti ini menjadikan kehidupan berada dalam suasana “*Social disorganization atau kekacauan sosial*”.¹²

c. Teori Kemanfaatan Hukum

Dalam aliran utilitarianisme tujuan hukum merupakan memberikan kemanfaatan pada orang banyak. Kemanfaatan disini memiliki arti kebahagiaan (*happines*), sehingga penilaian terhadap baik-buruk atau adil-tidaknya suatu hukum bergantung terhadap apakah hukum itu memberikan kebahagiaan kepada manusia atau tidak. Dengan kata lain bahwa setiap pembentukan suatu produk hukum (peraturan perundang-undangan) haruslah senantiasa melihat tujuan hukum yaitu memberikan banyak kebahagiaan bagi masyarakat.

Bentham membuat sebuah teori hukum komprehensif di atas landasan yang sudah diletakkan, tentang asas manfaat. Ia yang dikenal sebagai tokoh radikal dan pejuang yang gigih dalam hal mengkodifikasikan hukum serta merombak hukum yang kacau baginya. Bentham juga pencetus sekaligus pemimpin aliran kemanfaatan. Ia berpendapat bahwa kebahagiaan merupakan kenikmatan dan kehidupan yang bebas dari kesengsaraan. Bentham menyatakan “*The aim of law is The Greatest Happines for the greates number*”, dari pernyataan yang dibuat oleh Bentham sendiri, inti dari filsafat ini dapat disimpulkan sebagai berikut: Alam telah menempatkan manusia di bawah kekuasaan, kesenangan dan kesusahan.

Oleh karena dua hal tersebut dalam hidup kita dapat dipengaruhi dengan gagasan-gagasan. Siapa yang berniat hendak membebaskan diri dari kekuasaan ini, tidak mengetahui apa yang ia katakan. Yang tentunya

¹² *Ibid*, hlm. 85.

tujuan dari itu semua hanyalah untuk mencari kesenangan dan menghindari kesusahan perasaan-perasaan yang selalu ada dan tak tertahankan yang sudah seharusnya hal tersebut menjadi pokok studi para moralis dan pembuat undang-undang.

Utrecht menanggapi teori yang dikemukakan oleh Jeremy Bentham mengatakan bahwasanya dalam hal yang dikemukakan oleh Bentham tidak memberikan tempat untuk mempertimbangkan seadil-adilnya, dimana menurut Utrecht hukum harus menjamin adanya kepastian hukum dalam pergaulan manusia, dimana hukum untuk menjaga kepentingan tiap manusia supaya kepentingan itu tidak dapat diganggu¹³, itu artinya menurut Utrecht dalam kemanfaatan hukum yang terjadi dalam pergaulan manusia harus tetap mengandung kepastian hukum guna menjaga kepentingan tiap manusia dimana kepentingan manusia tersebut terdapat pertimbangan lagi kepentingan mana yang lebih penting dari kepentingan manusia lain agar tetap tercipta kemanfaatan hukum.

Dalam UUD 1945 Pasal 28H ayat 2 mengatakan yang intinya setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk mendapat manfaat yang sama.¹⁴

2. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual merupakan batasan-batasan serta pengertian yang akan digunakan oleh penulis dalam tesis ini adalah sebagai berikut:

a. Pengertian Ex Aequo Et Bono

¹³ Said Sampara *et.al.*, *Pengantar Ilmu Hukum*, Yogyakarta, Total Media, 2011, hlm. 45.

¹⁴ Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 Pasal 28H ayat 2.

Ex aequo et bono berasal dari bahasa latin. Kamus *Juridisch Latin* karya GRW Gokkel dan N van der Wal, yang kemudian dialihbahasakan S. Adiwinata (1986), hanya mendefinisikan secara singkat kalimat tersebut sebagai “menurut keadilan.” Jika dalam bahasa Inggris frase tersebut diartikan sebagai “*according to the right and good*”, atau “*from equity and conscience*”. Sebuah putusan yang diputuskan menurut *ex aequo et bono* adalah sesuatu yang diputuskan “*by principles of what is fair and just*”.

Terkait dengan arbitrase, kalimat *ex aequo et bono* berarti bukan sekedar memutus sengketa berdasarkan keadilan dan kepatutan, tetapi terkandung di dalamnya pengertian pengesampingan ketentuan hukum substantif (materiil) dan ketentuan-ketentuan hukum acara (formil). Seperti yang dikatakan oleh Christoph Schreuer, “Ide pokok yang asasi (dari *ex aequo et bono*) adalah membebaskan pembuatan keputusan dari kebakuan hukum positif serta mengizinkannya membuat pertimbangan berdasarkan maslahat, keadilan dan kepatutan (*equity, justice, and fairness*).

b. Pengertian Arbitrase

Menurut *Black Laws* Arbitrase merupakan penyerahan sengketa kepada orang yang tidak memihak (ketiga) yang dipilih oleh para pihak pada sengketa yang setuju sebelumnya untuk mematuhi Putusan Arbiter yang dikeluarkan setelah pemeriksaan yang mana kedua belah pihak mempunyai kesempatan untuk didengar. Rancangan untuk penerimaan dan pematuhan putusan oleh orang-orang yang dipilih dalam pokok perkara tertentu, bukannya membawa ke peradilan umum dan dimaksudkan untuk menghindari formalitas, keterlambatan, biaya dan kejengkelan litigasi biasa. Kemudian menurut Gill Arbitrase adalah

penyerahan sengketa atau perbedaan di antara tidak kurang dari dua orang untuk mendapatkan putusan setelah mendengar kedua pihak dalam cara yudisial (pemeriksaan pemutusan) oleh orang atau orang-orang lain, selain dari Pengadilan yang mempunyai yurisdiksi hukum. Juga menurut Subekti Arbitrase adalah penyelesaian suatu perselisihan / perkara oleh beberapa orang arbiter yang bersama-sama ditunjuk oleh para pihak yang berperkara dengan tidak diselesaikan lewat Pengadilan.¹⁵

Istilah Indonesia “arbitrase” diserap dari bahasa Belanda *arbitrage*, yang mempunyai arti (1) penengahan, perwasitan, dan (2) perhitungan harga barang di berbagai tempat.¹⁶ Adalah arti pertama yang terkait dengan pengertian arbitrase sebagai suatu istilah hukum. Secara terminologis para ahli membuat definisi dan rumusan berbeda mengenai arbitrase, meskipun inti dan maksud umum dari berbagai definisi itu sama.

Dari keseluruhan definisi yang dikutip di atas dapat dilihat beberapa unsur penting yang mencirikan arbitrase. Ciri-ciri yang dimaksud adalah:

- 1). Arbitrase merupakan suatu bentuk penyelesaian sengketa,
- 2). Sengketa itu menyangkut perkara perdata,
- 3). Penyelesaian bersifat non-litigasi (di luar pengadilan),
- 4). Berdasarkan kesepakatan para pihak yang dibuat tertulis,
- 5). Penyelesaian dilakukan oleh arbiter yang ditunjuk oleh para pihak sendiri.

¹⁵ Moch, Faisal Salam, “Penyelesaian Sengketa Bisnis Secara Nasional dan Internasional”, CV. Mandar Maju, Bandung, Februari, 2007, hlm.142.

¹⁶ Rahajoekoesoemah, *Kamus Belanda Indonesia, cet. ke-1* (Jakarta: PT. Rineka Cipta, 1995), hlm. 89.

E. METODE PENELITIAN

1. Jenis Penelitian

Penelitian ini didasarkan pada suatu penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif pada hakikatnya mengkaji hukum yang dikonsepsikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat, dan menjadi acuan perilaku setiap orang. Atau seperti yang didefinisikan oleh Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji penelitian hukum normatif, adalah penelitian yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.¹⁷

Objek atau fokus kajian penelitian hukum normatif menurut Soerjono Soekanto, dan Sri Mamudji terdiri atas:

- a. Penelitian terhadap asas-asas hukum;
- b. Penelitian terhadap sistematika hukum;
- c. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi hukum;
- d. Penelitian terhadap sejarah hukum, dan
- e. Penelitian perbandingan hukum.¹⁸

2. Pendekatan Penelitian

Oleh karena penulis menggunakan penelitian hukum normative, maka untuk pendekatan dalam penelitian ini pun mencakup pendekatan penelitian normative. Dalam penelitian ini penulis menggunakan beberapa Pendekatan Penelitian hukum yaitu, sebagai berikut.:

- a. Pendekatan Undang-Undang (*Statue Approach*)

¹⁷ Soerjono Soekanto, dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010, hlm. 13-14.

¹⁸ Soerjono Soekanto, dan Sri Mamudji, *Op.Cit*, hlm. 14.

b. Pendekatan Historis (*Historical Approach*)

c. Pendekatan Konseptual (*conseptual approach*)¹⁹

Dalam Pendekatan Undang-Undang (*Statur Approach*) yaitu penulis akan menelaah penelitian ini dengan semua undang-undang dan regulasi terkait arbitrase terlebih kepada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, dalam Pendekatan Konseptual (*Conseptual Approach*) penulis juga akan menelaah penelitian ini dengan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum, serta Pendekatan Historis (*Historical Approach*) penulis akan memaparkan sejarah mengenai arbitrase.

3. Jenis Sumber Data

Sumber data adalah tempat diperolehnya data. Sumber data dalam penelitian ini diperoleh dari **sumber data sekunder**. Sumber data sekunder merupakan data yang diperoleh dari bahan kepustakaan atau literature yang ada hubungannya dengan objek penelitian, yang terbagi lagi menjadi 3 bahan hukum menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.²⁰

- a. **Bahan Hukum Primer**, bagi Peter Mahmud Marzuki adalah bahan hukum yang memiliki sifat otoritatif atau bahan hukum yang memiliki sifat otoritas seperti perundang-undangan, catatan-catatan resmi, atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim;
- b. **Bahan Hukum Sekunder**, menurut Peter Mahmud Marzuki adalah berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan dokumen-dokumen

¹⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cet. Ke-6, Jakarta, Kencana, 2010, hlm. 93.

²⁰ Soerjono Soekanto, dan Sri Mamudji, *Ibid*, hlm. 13.

resmi seperti buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.²¹

- c. **Bahan Hukum Tersier**, adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus-kamus hukum, ensiklopedia, indeks kumulatif, dan sebagainya.²²

4. Teknis Pengumpulan Data

Dalam penelitian ini penulis menggunakan teknis pengumpulan data *library research* (studi kepustakaan). Teknik pengumpulan data bahan hukum atau data sekunder dalam penelitian hukum normative dilakukan dengan studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier dan atau bahan non hukum. Penelusuran hukum tersebut dapat dilakukan dengan cara membaca, melihat, mendengarkan, maupun penelusuran bahan hukum melalui media internet atau website.²³

5. Teknis Analisis Data

Analisis diartikan sebagai penyelidikan terhadap suatu peristiwa untuk mengetahui keadaan yang sebenarnya, sebab musabab atau duduk perkaranya. Analisis data yaitu penelaahan dan penguraian atas data hingga menghasilkan kesimpulan.²⁴ Analisis data berisi uraian tentang cara-cara

²¹ Peter Mahmud Marzuki, *Ibid*, hlm. 141.

²² Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cetakan Kedua, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1998 hlm.117.

²³ Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, Majapahit: Mataram Universitas Perss, 2010, hlm.76.

²⁴ Eka N.A.M Sihombing dan Cynthia Hadita, *Penelitian Hukum*, Setara Press, 2022, hlm. 59.

analisis, yakni cara memanfaatkan data yang terkumpul untuk dipergunakan dalam memecahkan masalah dalam penelitian yang dilakukan.

Dalam penelitian ini penulis menggunakan analisis data kualitatif yang diuraikan dengan kalimat-kalimat.

F. ORISINALITAS PENELITIAN

Dalam melakukan penelitian ini, penulis menemukan beberapa penelitian terdahulu yang berkaitan dan sudah dibahas di beberapa karya ilmiah lainnya diantaranya adalah sebagai berikut:

No	Judul	Penulis	Tahun Penulisan	Persamaan	Perbedaan
1	Arbitrase Ex Aequo Et Bono dan Hukum Islam	Syamsul Anwar (Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta)	2017	Membahas mengenai Arbitrase Ex Aquo Et Bono	Dalam tesis ini tidak melihat dari segi hukum islamnya
2	Asas Ex Aequo Et Bono Dalam Arbitrase Syariah	Fitriyanti Fadia (Universitas Muhamadiyah Yogyakarta)	2018	Membahas penggunaan Asas Ex Aequo Et bono untuk menyelesaikan sengketa bisnis	Tesis ini tidak mengkaji ex aequo et bono untuk menyelesaikan sengketa bisnis dalam arbitrase syariah, melainkan mengkaji ex aequo et bono untuk menyelesaikan sengketa bisnis secara global.

3	Analisis Yuridis Putusan Arbitrase Tentang Penentuan Eskalasi Harga Kontrak Yang Tidak Diatur Sebelumnya	Stanley Hariman Wibisono (Universitas Gajah Mada)	2007	Metode Penelitian secara Yuridis	Dalam Tesis ini tidak menganalisa suatu Putusan Arbitrase, melainkan menganalisa dari peraturan-peraturan mengenai arbitrase
---	--	---	------	----------------------------------	--

Dari hasil temuan penelitian terdahulu maka dapat disimpulkan kebaruaran atau novelty atau *state of art*, dari penelitian ini adalah tesis ini membahas mengenai analisa dan pengkajian putusan arbitrase dapat berlandaskan kepada Keadilan dan Kepatutan semata-mata (*Ex Aequo Et Bono*) secara yuridis.

G. SISTEMATIKA PENULISAN

Sistematika penulisan ini akan dibuat dalam lima bab, dengan masing-masing bab akan terbagi lagi dalam beberapa sub bab. Materi dalam setiap bab akan diberikan gambaran secara umum dan jelas, dengan sistematika sebagai berikut :

Bab I : Pendahuluan

Bab ini menguraikan tentang latar belakang pemilihan judul yang akan diangkat dalam penulisan tesis. Kemudian permasalahan-permasalahan yang dianggap penting disertai pembatasan ruang lingkup penelitian. Bab ini meliputi:

- A. Latar Belakang Masalah
- B. Rumusan Masalah

- C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian
 - 1. Tujuan Penelitian
 - 2. Kegunaan Penelitian
- D. Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual
 - 1. Kerangka Teori
 - 2. Kerangka Konseptual
- E. Metode Penelitian
 - 1. Jenis Penelitian
 - 2. Pendekatan Penelitian
 - 3. Jenis Sumber Daya
 - 4. Teknis Pengumpulan Data
 - 5. Teknis Analisis Data
- F. Orisinalitas Penelitian
- G. Sistematika Penelitian

Bab II : Tinjauan Pustaka

Bab ini memuat penjelasan mengenai:

- A. Arbitrase
 - 1. Arti dan Jenis Arbitrase
 - 2. Prinsip dan Syarat Arbitrase
 - 3. Perkembangan Arbitrase
 - 4. Kompetensi Absolut Arbitrase
- B. Asas-Asas Arbitrase
 - 1. Asas Kesepakatan
 - 2. Asas Musyawarah
 - 3. Asas Limitatif
 - 4. Asas Final & Banding
- C. Ex Aequo Et Bono

Bab III : Pengaturan *Ex Aequo Et Bono* di dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999

Dalam bab ini penulis akan mengulas atau membahas tentang:

A. Rangkaian Proses Arbitrase :

1. Klausul Arbitrase
2. Pemilihan Arbiter
3. Pengajuan Permohonan Arbitrase
4. Tanggapan Termohon
5. Pendahuluan
6. Tuntutan Balik
7. Jawaban Tuntutan Balik
8. Sidang Pemeriksaan Arbitrase
9. Biaya-biaya
10. Putusan Arbitrase

B. Ex Aequo Et Bono dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999

Bab IV : Arbiter Memutus Berlandaskan Asas Ex Aequo Et Bono Tanpa Adanya Kesepakatan Antar Para Pihak

Dalam bab ini penulis akan mengulas atau membahas persoalan mengenai:

A. Arbiter

1. Pengertian Arbiter
2. Persyaratan Arbiter
3. Pengangkatan Arbiter
4. Tugas dan Larangan Arbiter
5. Hak Ingkar dan Tuntutan Ingkar
6. Alasan Diajukkan Hak Ingkar
7. Pengajuan Hak Ingkar

8. Penugasan Menjadi Arbiter Harus Dilakukan Secara Tertulis
 9. Tanggung Jawab Hukum Arbiter
 10. Berakhirnya Tugas Arbiter
- B. Hak Para Pihak Dalam Arbitrase
 - C. Putusan Arbitrase
 - D. Putusan Arbitrase Berlandaskan Asas *Ex Aequo Et Bono*
 - E. Sifat Putusan Arbitrase
 - F. Sistem Pengambilan Putusan Arbitrase
 - G. Kekuatan Hukum Putusan Arbitrase
 - H. Putusan Arbitrase Tidak Boleh Dipublikasi
 - I. Permohonan Koreksi Terhadap Putusan Arbitrase
 - J. Pelaksanaan Putusan Arbitrase
 - K. Putusan Arbitrase Tidak Dapat di Eksekusi
 - L. Pembatalan Putusan Arbitrase

Bab V : Penutup

Bab ini memuat kesimpulan dan saran dari hasil analisis permasalahan dari pembahasan bab-bab sebelumnya.