

Advisory Board

Prof. Dr. Mochtar Kusuma Atmadja, S.H., LL.M.

Prof. Dr. I. H. Ph. Diederiks-Verschoor

Prof. Dr. Karl-Heinz Böckstiegel

Prof. Dr. Colin Yee Cheng Ong

Governing Board

Chairman

Prof. Dr. H. Priyatna Abdurrasyid , S.H., Ph.D., FCBarb.

Members

M. Husseyn Umar

Harianto Sunidja

N. Krisnawenda

BANI Bandung Office Jl. Tubagus Ismail Bawah no. 2, Bandung 40132 •

Tel: 022-2508649/2506246 • Fax: 022-2508649/ 2535307 • e-mail: banibandung@gmail.com;
banibandung@plasa.com

BANI Surabaya Office Jl. Ketintang Baru II/1-3, Surabaya • Tel: 031-8287414 • Fax: 031-8290522

BANI Denpasar Office Jl. Melati No.21, Denpasar 80233, Bali • Tel: 0361-234846 • Fax: 0361-234846

BANI Pontianak Office Jl. Imam Bonjol No. 402, Pontianak 78123, Kalimantan Barat •

Tel: 0561 - 585262 • Fax: 0561 585261

BANI Medan Office Jl. Sekip Baru No.16, Medan 20112 • Tel: 061-4527799 • Fax: 061-4147192

BANI Batam Office Gedung Dana Graha Lt. 3, Ruang 307 A Jl. Imam Bonjol, Nagoya, Batam • Tel: 0778-450539
• Fax: 0778-450537

BANI Palembang Office Gedung KADIN Prov. Sumatera Selatan Lt. 3, Jl. Letkol Iskandar

Kompleks Ilir Barat Permai Blok D1 No. 27, Palembang 30134 •
Tel: 0711-352793 • Fax: 0711-356187



INDONESIA ARBITRATION

QUARTERLY NEWSLETTER

Number 9/2010

Editorial Board

Editor -in-Chief
M. Husseyn Umar

Executive Editor
Madjedi Hasan

Editors
M. Husseyn Umar
Harianto Sunidja
Madjedi Hasan
Huala Adolf
Junaedy Ganie

Secretary
Ade Teti S.

Distribution
Rizky Muzainurasti

**BULETIN TRIWULAN
ARBITRASE INDONESIA**
**INDONESIA ARBITRATION
QUARTERLY NEWSLETTER**

ISSN No. 1978-8398, Number 9/2010
Published by
BANI ARBITRATION CENTER
(BADAN ARBITRASE NASIONAL INDONESIA)

Contents

- | | |
|---|----|
| ■ From The Editor | 1 |
| ■ Penyelesaian Sengketa di Bidang
Ekonomi dan Keuangan
<i>Huala Adolf</i> | 2 |
| ■ Alternative Dispute Resolution
<i>It's Roots In Bali</i>
<i>I Made Widnyana</i> | 8 |
| ■ Arbitrase Institusional
versus Ad Hoc
<i>Madjedi Hasan</i> | 21 |
| News | |
| ■ Introducing Abitration in NTB | 33 |
| ■ BANI Annual Meeting 2009 | 34 |





From The Editor

In this issue we have three papers discussing the dispute resolution through arbitration. The first paper was written by Prof. DR. Huala Adolf, who discusses the Dispute Resolution in the field of Economy and Finance. The paper identified four main problems facing the dispute resolution in Indonesia. These include lack of respect to the law, legal certainty, problems in execution of arbitration award and legal culture.

The second paper was written by Prof. I Made Widnyana, the Chairman of BANI office in Denpasar, Bali, which discusses the Alternative Dispute Resolution as applied in traditional village in Bali. Finally, DR. Madjedi Hasan discusses the Institutional Arbitration versus Ad hoc Arbitration. This article complements the paper presented in the Newsletter # 8 discussing a list of questions that have frequently been asked regarding the arbitration.

We hope you enjoy your reading and we continue to welcome any comments arising from the content of the newsletter, contribution of articles or suggestion for improving the Newsletter. Our e-mail address is: bani-arb@indo.net.id (our web site: <http://www.bani-arb.org>).

December 2009





Penyelesaian Sengketa di Bidang Ekonomi dan Keuangan

ABSTRACT

The paper focuses on dispute resolution in the field of economy and finance. There are essentially three methods for dispute resolution, namely negotiation or alternate dispute resolution, arbitration and court litigation. Negotiation has been widely used and is considered the most effective one. About 80% of the dispute in business has been resolved by negotiation. This method of resolution is suitable for Indonesia's business as the majority of Indonesia business involves small and medium scale undertaking who generally pay little attention to the contract as the importance parameter is securing business transactions.

The next method is arbitration, which is clearly on the rise in Indonesia as a number of new arbitration centres have recently been established, including arbitration services based on Shariah Law (BASYARNAS) and for resolving dispute in the stock market. Given the impact of globalization and economy liberalization, along with technological advances there are urgent needs to upgrade the knowledge of court judges in the business and international economy law. The introduction of Arbitration Law in 1999 has given new impetus in the requirements of Indonesia's international trade and finance.

The paper identified four main problems facing the dispute resolution in Indonesia. These include lack of respect to the law, legal certainty, problems in execution of arbitration award and legal culture. As Prof. Komar Kantaatmadja said, the effectiveness of dispute resolution would heavily be dependent on the legal culture in the society thereby the best way is to avoid the dispute.





I. Pendahuluan

Penyelesaian sengketa di bidang ekonomi dan keuangan adalah topik kajian yang cukup penting. Pembahasan topik yang mengkaitkan penyelesaian sengketa dengan pertumbuhan ekonomi dan keuangan suatu negara menjadi relevan, karena terdapat kaitan erat antara penyelesaian sengketa dengan iklim ekonomi dan keuangan di tanah air.

Pembahasan penyelesaian sengketa dalam makalah ini meliputi tiga bagian, yakni mengenai sarana penyelesaian sengketa, permasalahan yang ditemui termasuk masalah kepastian hukum dan pemahaman aparat penegak hukum terhadap instrumen-instrumen hukum di tanah air dan aspek-aspek hukum yang dapat menunjang terlaksananya penyelesaian sengketa di bidang ekonomi dan keuangan.

II. Sarana

Pada dasarnya penyelesaian sengketa di bidang ekonomi dan keuangan dapat dilakukan melalui 3 (tiga) sarana, yakni negosiasi atau alternatif penyelesaian sengketa (ADR), arbitrase dan melalui lembaga peradilan. Negosiasi adalah sarana paling banyak digunakan dan dipandang sebagai yang paling efektif. Lebih dari 80% (delapan puluh persen) sengketa di bidang bisnis tercapai penyelesaiannya melalui cara ini. Penyelesaiannya tidak *win-lose* tetapi *win-win*. Karena itu pula cara penyelesaian melalui cara ini memang dipandang yang memuaskan para pihak.

Menurut hemat penulis, cara penyelesaian sengketa ini sangat cocok untuk masyarakat bisnis Indonesia. Mayoritas pengusaha Indonesia adalah pengusaha kecil dan menengah. Pada umumnya mereka tidak terlalu mereka memperdulikan kontrak dengan saksama. Umumnya saat menandatangani kontrak, mereka kurang begitu peduli terhadap bunyi klausul-klausul dalam kontrak, yang penting buat mereka adanya transaksi bisnis. Dalam benak mereka, cukuplah bagaimana melaksanakan transaksi tersebut. *Mind-set* seperti ini terbawa pula ketika ternyata kemudian sengketa mengenai kontrak terjadi. Mereka kurang peduli dengan apa yang ada dalam klausul kontrak. Kalau ada sengketa, mereka upayakan menyelesaikannya secara baik-baik, secara kekeluargaan.

Sementara itu, penyelesaian sengketa melalui arbitrase sudah semakin populer di kalangan pengusaha. Kontrak-kontrak komersial sudah cukup banyak mencantumkan klausul arbitrase dalam kontrak mereka. Dewasa ini Badan





Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), sudah semakin populer, sedangkan badan-badan penyelesaian sengketa sejenis telah pula lahir, antara lain Badan Arbitrase Muamalat Indonesia atau BAMUI (kemudian berganti nama menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional atau BASYARNAS, Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia atau BAPMI dan Badan Mediasi Asuransi Indonesia (BMAI).

Tantangan ke masa depan adalah tantangan untuk membuktikan masing-masing badan penyelesaian sengketa ini. Salah satu tolok ukur dari keberhasilan badan-badan penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah kualitas para arbiternya, karena bagaimana pun juga, kualitas suatu badan arbitrase akan sangat banyak dipengaruhi oleh kualitas para arbiternya.

Selanjutnya, persepsi umum yang lahir dan masih berkembang dalam masyarakat adalah masih adanya ketidakpuasan sebagian masyarakat terhadap badan pengadilan. Pengusaha atau para pelaku ekonomi dan bisnis, terlebih masyarakat awam melihat hukum bukan dari produk-produk hukum yang ada atau yang pemerintah keluarkan. Masyarakat umumnya melihat pengadilan sebagai hukum. Begitu pula persepsi mereka terhadap polisi, jaksa, atau pengacara. Dalam zaman krisis ekonomi yang terus berkepanjangan, masyarakat (begitupun masyarakat internasional) masih melihat adanya ketidakpastian dalam proses berperkaranya melalui pengadilan. Mereka melihat masih cukup banyak kasus nyata di mana putusan pengadilan masih belum dapat memberi kepastian, rasa keadilan dan sejenisnya.

Ambil contohnya, kasus sandal jepit bolong, kasus *whistle-blower*, kasus BLBI, dan lain-lain. Putusan kasus sandal jepit bolong dan putusan kasus BLBI sedikit banyak telah mengkerutkan kening masyarakat. Kok putusan pemakai sandal jepit bolong lebih berat dibanding dengan putusan terhadap penyalahgunaan dana BLBI yang miliaran rupiah itu. Harga sepasang sandal jepit bolong paling-paling seharga seribu atau dua ribu perak. Itu pun kalau mau dihargakan dan ada yang mau beli. Persepsi masyarakat awam dan pengusaha terhadap *performance* pengadilan karenanya perlu diperhatikan dengan ekstra hati-hati. Memang banyak hakim atau para penegak hukum yang bersih dan lurus. Tetapi masyarakat lebih tertarik atau akan lebih melihat hakim atau para penegak hukum yang tidak lurus, *neko-neko* atau korup. Pengadilan yang bersih dari orang-orang seperti ini adalah tantangan terberat pengadilan dewasa ini.

Tantangan lain yang cukup penting adalah profesionalisme hakim, termasuk di dalamnya tingkat pengetahuan para hakim terhadap perkembangan hukum





yang sangat cepat, atau permasalahannya berkaitan dengan mutu Sumber Daya Manusia (SDM) pengadilan. Perkembangan pengetahuan sebagai dampak dari perkembangan teknologi, informasi, ekonomi dan keuangan telah banyak mengubah teori-teori hukum yang ada pada tahun 1970 atau 1980an. Misalnya, hukum ekonomi, perbankan dan keuangan tidak semata-mata lagi mengatur hal-hal atau hubungan-hubungan yang bersifat fisik. Sekarang ada *e-commerce*, *e-banking*, dan mungkin bentuk bentuk *electronic related business activities* lainnya yang akan segera menyusul. Bentuk-bentuk ini pun memberi warna terhadap sengketa-sengketa yang lahir.

Dalam beberapa tahun belakangan ini pengadilan menghadapi kasus-kasus yang relatif baru. Sengketa mengenai *domain name*, *hacking*, pelanggaran merek di internet, penipuan atau kejahatan yang terkait dengan penggunaan internet, seperti penipuan kartu kredit dan sejenisnya, angka grafiknya bergerak ke atas. Hal ini menjadi indikasi kuat bahwa pengadilan perlu menyikapinya dengan cara mempersiapkan diri termasuk meningkatkan pengetahuannya guna mengantisipasi perkembangan yang teramat cepat ini.

Selanjutnya adalah gejala dan dampak globalisasi dan liberalisasi ekonomi terhadap hukum nasional. Dalam hal ini yang menjadi tantangan adalah perlunya pemahaman terhadap hukum bisnis atau ekonomi internasional. Termasuk di dalamnya pemahaman terhadap berbagai konvensi atau perjanjian ekonomi, baik yang telah atau belum diratifikasi atau perjanjian yang tidak memerlukan ratifikasi.

Perlu pula pemahaman terhadap aturan-aturan kebiasaan internasional yang mengikat para pedagang, selain pemahaman mengenai status atau daya mengikat aturan-aturan hukum ini serta daya mengikatnya aturan-aturan seperti itu terhadap para pedagang (di tanah air). Dengan adanya pemahaman terhadap hal-hal tersebut di atas, maka masalah penerapan hukum dan persepsi pengadilan terhadap aturan-aturan hukum internasional tersebut dapat lebih membantu pengadilan dalam memberi putusan hukumnya yang lebih memenuhi kepentingan dunia usaha.

III. Permasalahan

Pada dasarnya terdapat 4 (empat) masalah sentral dalam penyelesaian sengketa di bidang ekonomi dan keuangan sebagai berikut:





a. Penghormatan Terhadap Hukum

Masalah ini sangatlah sentral. Pentaatan atau penghormatan terhadap hukum masih sangat tipis. Penulis melihat *mind-set* masyarakat terhadap hukum ini harus diubah secara bertahap, berhati-hati dan terencana. Telah cukup banyak upaya-upaya akademis atau pengkajian dilakukan. Di Perguruan Tinggi atau BPHN, sudah banyak lahir teori-teori mengenai bagaimana penghormatan terhadap hukum ini perlu dilakukan.

b. Kepastian Hukum

Salah satu hal yang menimbulkan kerisauan mengenai hukum di Indonesia adalah ketidakpastian hukum. Masalah ini gawat yang memerlukan pembenahan. Kasus-kasus yang tergolong besar yang melibatkan Indonesia di forum-forum arbitrase internasional adalah karena tidak adanya kepastian hukum ini. Sengketa-sengketa yang mendapat sorotan keras masyarakat internasional, misalnya sengketa Karaha Bodas, antara lain, berawal dari ketidakpastian hukum ini.

c. Kewenangan dan Putusan Badan Arbitrase

Masalah ini sebenarnya masalah lama, tetapi masih terus berlanjut, seakan-akan kontroversi mengenai masalah ini tiada hentinya. Dalam pernyataannya yang termuat dalam web-site hukum online, Prof. Priyatna Abdurrasyid mengemukakan bahwa 99 % (sembilan puluh sembilan persen) hakim di Indonesia tidak memahami arbitrase.

d. Budaya Berperkara Masyarakat

Almarhum Prof. Komar Kantaatmadja, melihat budaya atau kultur masyarakat ini sebagai masalah cukup krusial dalam penyelesaian sengketa. Beliau mengemukakan adanya empat masalah berkaitan dengan kultur ini. Dua di antaranya yang utama adalah keengganan untuk melaksanakan putusan arbitrase dan upaya untuk mengulur-ulur waktu sebagai taktik untuk tidak melaksanakan kewajibannya.

Penulis pun berpendapat bahwa sengketa-sengketa mengenai pembatalan putusan-putusan arbitrase asing (dan perlawanan terhadap putusan arbitrase domestik), yang acap timbul belakangan ini, mungkin dapat dipandang ke dalam cakupan kultur ini.





IV. Hukum yang Menunjang

Dengan dikeluarkannya Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU Arbitrase) pada bulan Agustus 1999, angin baru datang ke tanah air. UU Arbitrase ini meletakkan dasar hukum yang mapan bagi arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Meskipun masih terdapat beberapa kelemahan, UU Arbitrase telah memuat aturan-aturan atau prinsip-prinsip dasar, antara lain berhubungan dengan prinsip kekuatan perjanjian arbitrase, kewenangan pengadilan, kebebasan para pihak, prinsip severabilitas dan pengaturan pelaksanaan putusan arbitrase. Satu hal yang positif dalam UU Arbitrase tersebut adalah diaturnya ketentuan mengenai ADR dalam Pasal 6. Pasal ini penting, karena meletakkan dasar hukum yang tegas bagi dimungkinkannya para pihak untuk menyelesaikan sengketa bisnisnya dengan menggunakan cara-cara yang mereka pilih.

V. Kesimpulan

Dari uraian di atas, secara singkat dapat dikemukakan di sini bahwa masih ada rasa was-was atau perasaan belum yakin untuk mengandalkan secara penuh upaya-upaya penyelesaian sengketa di tanah air. Perbaikan penegakan hukum, SDM, perubahan kultur (yang di sana sini penulis gambarkan pula sebagai *mind-set* masyarakat terhadap hukum) masih harus terus-menerus dibenahi. Selagi pembenahan berjalan, tampaknya dewasa ini upaya-upaya yang efektif untuk penyelesaian sengketa di bidang ini adalah agar para pihak mencoba dengan sungguh-sungguh supaya sengketa tidak timbul. Kalau pun timbul, cara negosiasi, musyawarah untuk mufakat, *win-win solution* harus tetap menjadi prioritas utama daripada cara lain yang tersedia.

Dalam mengakhiri tulisan ini, Penulis ingin menegaskan kembali pendapat alm. Prof. Komar Kantaatmadja, bahwa efektivitas penyelesaian sengketa sangat bergantung pada budaya hukum masyarakat dalam berperkara. Mengingat masih kentalnya budaya hukum ini, maka cara terbaik untuk penyelesaian sengketa di bidang ekonomi dan keuangan ini adalah menghindari atau mencegah timbulnya sengketa.

Huala Adolf

Penulis adalah Ketua BANI Perwakilan Bandung dan Arbiter BANI Arbitration Center





Alternative Dispute Resolution *It's Roots In Bali*

ABSTRAK

Makalah ini membahas Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) di Bali. Mekanisme dalam APS umumnya melibatkan mediator yang bertindak sebagai pihak ketiga yang netral. Prosesnya berbentuk bantuan yang terstruktur dalam negosiasi atau mediasi, di mana pihak ketiga tidak membuat keputusan, tetapi menerapkan proses yang terstruktur yang membantu para pihak menyelesaikan sengketanya. Jika dalam proses litigasi melalui pengadilan dan arbitrase, pemenang akan mengambil semuanya, maka dalam APS yang pemecahan masalahannya melalui kerja sama akan dihasilkan 'win-win solution' bagi para pihak.

Selanjutnya, seperti di beberapa bagian lain di tanah air, di Bali masih terdapat tradisi di masyarakat yang masih dipelihara, antara lain desa adat, banjar dan subak. Misalnya, desa adat adalah institusi tradisional yang mempunyai kewenangan untuk mengelola dan menjalankan rumah tangganya, meliputi aspek-aspek keagamaan, sosial ekonomi dan budaya dan aspek keamanan. Desa adat ini dilengkapi dengan kewenangan untuk mengorganisir anggotanya dan menampung seluruh kepentingan dalam lingkungan yang damai. Kewenangan desa adat dapat digolongkan dalam tiga kategori, yakni membuat peraturan agar tertib, menjaga nilai-nilai Hindu dan memelihara budaya, dan mengakomodasi sengketa di antara masyarakat.

Penyelesaian sengketa di Bali dilakukan tidak langsung oleh Kepala Desa Tradisional (Bendesa Adat) dalam pertemuan konsultasi (Paruman), yang mengikuti tahapan berikut:

- *Oleh para pihak atau keluarga para pihak (negosiasi)*





- Melalui mediasi oleh Kepala Banjar (mediasi)
- Melalui mediasi oleh Kepala Desa Tradisional atau Bendesa Adat (mediasi)

Membandingkan dengan proses APS terdapat persamaan, di mana peran Kepala Banjar dan Bendesa Adat terbatas pada melakukan fasilitasi penyelesaian sengketa dan tidak membuat keputusan, dengan demikian perannya adalah mediator. Tujuan dari penyelesaian sengketa dalam masyarakat tradisional adalah mengembalikan keseimbangan kosmos atau harmoni yang terganggu. Hal ini berkaitan dengan tradisi masyarakat dengan pemikiran komunalisme dan magis.

Tradisi tersebut telah lahir jauh sebelum zaman penjajahan dan tetap dipelihara selama penjajahan dan setelah Indonesia merdeka. Dapat disimpulkan bahwa Kepala Desa adat memegang peran sebagai fasilitator untuk menyelesaikan sengketa yang menyangkut bukan pidana, seperti batas lahan, warisan, pohon-pohon yang menimbulkan gangguan.

I. Introduction

It is the basic right of everyone in the society to be able to demand and get a quick decision on a problem. However, the fact shows that the use of present legal systems does not guarantee a quick process with a low cost. Therefore, nowadays our societies are looking for other relevant mechanisms to solve the problem. A system that is likely to be a promising one is the Alternative Dispute Resolution (ADR).

Dispute Resolution commonly called "Alternative Dispute Resolution" is a series of processes intended to settle dispute among the parties. At first dispute settlement is looked into as an alternative to a judge's decision, on a dispute in accordance with law. The ADR is a statement used by many writers to explain growth that shows applicable techniques to settle dispute without formal decision obtained through arbitration and court. The ADR mechanism usually includes an independent mediator acting as the third party or the neutral party.

ADR according to Takdir Rahmadi is a concept in which various form of dispute resolution are involved, other than court process through legal ways, whether based on consensus approach or not, while other scholars say that ADR





involves only the forms of dispute resolution based on consensus approach like negotiation, mediation and conciliation. Arbitration is not included in these alternative forms, because arbitration is enforced based on adversarial process, and the result is the winning party and losing party (*Hadimulyo, 1997: 2*).

Futhermore, Article 1 point 10 of the Law No. 30 of 1999 Concerning “Arbitration and Alternative Dispute Resolution” (“Arbitration Law”), states that “Alternative Dispute Resolution shall mean a mechanism for the resolution of disputes or differences of opinion through procedures agreed upon by the parties, i.e. resolution outside the courts by consultation, negotiation, mediation, conciliation, or expert assessment”. Accordingly, the types of ADR includes consultation, negotiation, mediation, conciliation and expert assessment. In the author’s opinion, arbitration is also a type of ADR since arbitration is a mechanism of settling civil disputes outside the general courts based on an arbitration agreement entered into in writing by the disputing parties. This refers to the Articles 3 and 11 of Arbitration Law as follows:

Article 3:

The District Court shall have no jurisdiction to try disputes between parties bound by an arbitration agreement.

Article 11:

- (1) *The existence of a written arbitration agreement shall eliminate the right of the parties to seek resolution of the dispute or difference of opinion contained in the agreement through the District Court.*
- (2) *The District Court shall refuse and not interfere in settlement of any dispute which has been determined by arbitration except in particular cases determined in this act.*

II. Why Do We Study ADR?

Studying ADR will help us to be a better lawyer. For law students to focus exclusively on the litigation process is like medical students studying only surgery as a means of curing illness. Of course, that is not what medical students do. They study an extensive range of subjects for the treatment and cure of illnesses. Law students must also extend their problem-solving beyond the litigation arena. Law students cannot afford to ignore development in the ADR as many of these processes become institutionalised within the judicial system in court-

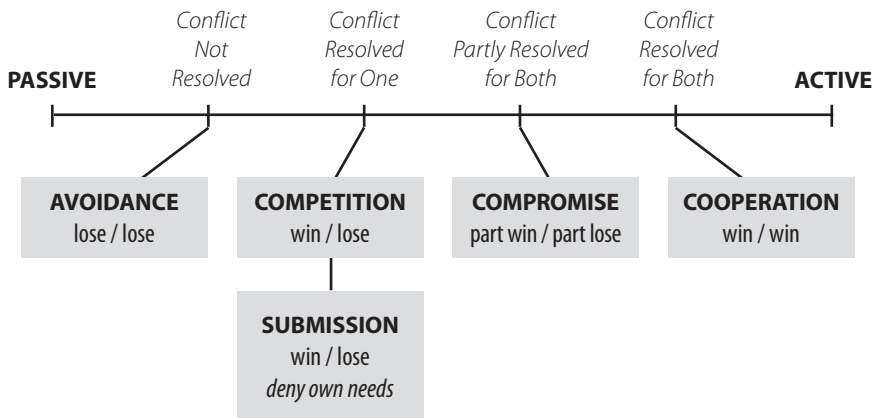


annexed programs. Law students must understand ADR processes and develop the skills which are necessary to use them. It is important to learn to identify the factors which make a particular method the process of choice. (*Jacqueline M. Nolan-Haley, 1992: 3*)

III. Characteristics of ADR Process

The main characteristic of the Dispute Resolution Process is that the parties make decision upon the result their dispute that is a final decision. The process is the forms of structured assistance of negotiation or mediation, in which the third party (mediator/interviewer) does not make any decision, but applies a structured process to help parties to settle their dispute. Control on final resolution forms is still with the parties.

In traditional process of decision through court and arbitration “winner takes all”. In the system of ADR, it tries to apply a co-operative solution. “Co-operative solutions” which is commonly called “win-win solution” is a resolution in which the parties feel they equally win. The following diagram demonstrates the differences in these divergent approaches:



Fisher and Ury (*Getting to Yes*, 1981, Penguin) illustrates a “win-win” solution with the traditional example of two young girls wanting an orange. On the Approaches to Dispute Resolution diagram above, the “win-lose” solution would



be for one girl to get the whole orange and for the other to get none. The compromise solution would be for one girl to get half the orange and for the other girl to get half. The “win-win” solution would be to look for the needs or interests of the girls. Why do they want the orange? It may be that one wants a drink of the juice and the other wants the peel to bake a cake, or even the seed to plant for a science experiment. In this situation, it would be possible for a co-operative solution to enable both girls to get their needs met.

To find a co-operative solution requires people to expand their thinking and to look for creative solutions that fulfil the requirements of each of the parties in dispute (*Jennifer David, 1994: 4*).

IV. What are The Advantages of Dispute Resolution?

The most commonly cited advantages for the DR processes are as follows:

QUICKER	Settlements are usually achieved within weeks or months of starting the process rather than within months and years as can occur within adjudication and arbitration.
CHEAPER	With settlement being achieved earlier, there are usually less legal fees, witness expenses and (in commercial disputes) fewer lost business opportunities whilst management time and business finance are set aside to fight the litigation. However disputants do have to pay for the neutral intervener of their choice as they do in arbitration.
INFORMAL	The rules of procedure and evidence in the adversarial processes are often incomprehensible to non-initiates, but with the consensual process the disputants can organise meeting times and places that are convenient to them and can organise rules for the process that suit their particular requirements. They can emphasise what is important to them regardless of its legal relevance. Consequentially, the disputants have a better understanding of the process and, accordingly, are able to contribute more. They are more in control of the resolution of their own dispute.
CONFIDENTIALITY	As these processes are private they keep the disputants from adverse publicity and ensure trade secrets are not made public. Within the process, communications, including those made privately to the third party, are confidential and this tends to encourage more open and honest exchanges thus helping the third party to assist the parties achieve resolution.
CHOICE OF NEUTRAL	Parties can choose a neutral whom they respect and trust and who has expertise in the area of their dispute. This save time and reduces cost.





**ENHANCED
RELATIONSHIP**

Because the informal processes are consensual and strive for co-operative solutions rather than those necessary according to the rules of law, often the parties come away with solutions that satisfy more of all their needs. This enhances relationships between them. Solutions that people agree to themselves and which they feel have advantaged them are usually more readily adhered to than those that have been imposed. If one side wins and the other side loses, as in the adversarial processes, usually the loser feels resentment and has no commitment to the solution but only adheres to it because of the fear of punitive enforcement action. This situation does little to enhance the relationship between the parties.

REMEDIES

In the DR processes a greater range of remedies is available than in litigation. Renegotiation of a contract, considerations of non-legal issues and of non-legal factors (such as the long-term business relationship of the parties and emotional impediments to rational decision making) can take place in reaching settlement.

**MORE
DISPUTANTS**

As the parties are not limited to those the law regards as having standing, all parties actually affected by the dispute can be present or represented within the process.

FINALITY

The DR processes that are voluntary and use the private providers eliminate the appeal processes and achieve true finality of resolution. The agreed result is enforced as a contract. The settlement is embodied in a contract signed by the parties at the end of the "hearing". Because the parties have taken an active part in crafting the solution, the "sticking" rate for ADR settlements is usually high. Parties are satisfied with the result they have worked out themselves and usually abide by it.

**HEARING
CERTAINTY**

The time and location of the hearing is at the parties' choice. If the parties so desire, the "hearing" can continue as long as necessary to achieve finality on the one day.

OWN PROCEDURE

Disputants can individualise the procedure to their requirements. Factors such as time, hearing date, issues statement rather than pleadings, truncated times for replies to documents can be laid down by the parties themselves. This control can be used to overcome any fear that DR processes can be used to delay the resolution of a dispute.

CLARIFY ISSUES

Dispute Resolution processes can narrow, or at least clarify, the issues for trial even if final settlement is not reached within the process. This should save costs at any trial that eventuates.

(Jennifer David, 1994: 6-7)

V. Traditional Village In Bali

Traditional entities have played an important role from time immemorial. They have been maintained for generations. Each legal community in Indonesia recognizes the traditional entities. It is just different in how they name them





from one community to the other. Thus, the history of the traditional entities is different and so it was the growth. There are certain traditional entities that have been maintained and functionalised while others are extinct. In Bali we still recognize traditional entities that have been existing and maintained since time immemorial. These are *desa adat*, *banjar*, and *subak*.

- 1) *Desa adat* or *Desa dresta* or *Desa pakraman* is a unified legal community in Bali which maintains its own Hindu tradition for generations with its own *Kahyangan Tiga* (village three main temples) and with its own territory and wealth. This *desa adat* maintains its own autonomy.
- 2) *Banjar* is a community association which is part of *desa adat*, it maintains its own tradition in its own legal territory. It has its own leaders which on behalf of the members carrying out duties for its own members's interest and has its own material and immaterial wealth.
- 3) *Subak* is the traditional Balinese association which controls irrigation. *Subak* has been in existence since the kingdom age in Bali. As a traditional institution, *subak* is a religious socio-cultural institution. In carrying out its duties, *Subak* maintains its own rule which is stipulated in its *awig – awig*, both are written or unwritten. The rules are adhered to by its members otherwise they will be subjected to punishment according to the rules stipulated in *awig-awig*. *Subak* has played an important role in national development, especially in the irrigation system.

The *desa adat* in Bali is a traditional institution that has been growing for ages throughout history. Its existence has made a valuable contribution to the survival of community life, the struggle for independence and national development. In addition it plays an important role in religion, socio-cultural, economic and security defense aspects. Being an autonomous village, *Desa adat* has the authority to manage and runs its own household which is socio-religious, socio-economic, socio-cultural and includes security defense aspects.

In order to exercise its autonomy, *desa adat* is provided with the authority to organize its members to enable the accomodation of all interests in a peaceful atmosphere. The authority of *desa adat* can be classified into three categories, namely;

- a) To draw up its own regulations to keep everything in order. This authority is discussed in a village meeting (*paruman/Sangkepan desa*), for exam-





ple to maintain order, peace and security in the community in connection with relationship amongst the community, relationships between the community and the environment, and relationships between the community and God, (this concept is called *Tri Hita Karana*).

- b) To maintain the socio-religious characteristics of the organization, i.e. to maintain and promote Hindu values and customary rules, promote culture, maintain and preserve existing custom in so far as it gives a contribution to national development.
- c) To accommodate conflicts due to conflicts of interest amongst the community or due to any acts that are not in accordance with the existing rules, and any acts considered to disturb the community life as well. The execution of this power is either by peaceful means or the application of customary punishment. In accordance with the authority of the village to maintain its own administration, it is clear that the carrying out of the power is effective in the territory of the village. It is either follows a *territoriality principle* or a *personality principle*, especially for the member (*pengarep*) who under certain circumstances has to live outside the village but still has relationship with the village. Therefore, every member of *desa adat* is obliged to follow its authority in order to maintain the social life of the *desa adat* as per their objectives.
- d) The structure of authority of *desa adat* is as follows:

i) *Bendesa Desa Adat (Chairman)*

If we examine the structure of organization of Desa Adat, we will find that *Bendesa Adat* holds the most critical position. He is considered as the leader of the village (*primus inter pares*). Consequently, he is particularly charismatic in his village, because he is considered to be honest, trusted and respected.

ii) *Sangkepan Desa Adat (Village Meeting)*

Sangkepan desa adat or meeting of *Desa adat* is the manifestation of the democratic forum in the village. In the meeting they discuss problems that the villagers are facing in the meeting.

iii) *Awig-awig of Desa Adat (Village Rules)*





Awig-awig is the rule carried out by the village, aiming at maintaining order and security of social life. Therefore, we find punishment stipulated in *awig-awig* for the villagers who do not follow to the rules. Thus, in *awig-awig* we also find conducts which are prohibited and their adat reaction, which are applied to a person, family or villagers themselves, depending on the degree of the conduct.

VI. ADR in The Social Life in Indonesia and Bali

A similar form of ADR has actually been performed and practised in daily life of the original legal society (traditional legal community). The terminology used and its procedures were not precisely the same as the ones applied in the modern ADR.

In a village community, the life pattern is simple, excessively bound, and influenced by tradition and custom, and these remain in force. Notwithstanding, if we examine carefully whatever is done by the traditional community, especially on dispute resolution, the principles are similar to the ones in ADR. The analysis is divided into three (3) periods as follows:

1. Before Colonization Period

As we know, far before the period of colonisation almost all the regions in Indonesia had the original legal society which performed their autonomy and had court authority including the field of criminal law and civil law. The type and method of the traditional court was excessively simple, in conformity with knowledge levels of the country community.

In the daily life, the community communicated with each other because peoples respectively had their own interests. However, sometimes their interests were went successively, requiring a co-operation, but sometimes their interests was contradictory to each other then a Regulations to continue the rights and obligations of the peoples being a part of the community in order to withdraw any disputes.

Disputes happened because of the obedience upon what have been agreed by the community under the customary regulations (in Bali known as *awig-awig*). Disputes have two (2) characteristics, including criminal acts such as theft upon religious sacred materials, any adat criminal acts against morality [*Lokika Sanggraha* (a love offence), *gamia gemana* (incest), *drati krama* (adultery)] and *adat*





criminal acts against personal interest (*wakparusya*), and non criminal dispute like not practising compulsory customs, marriage, divorce, heir, premise boundary, any trees causing disturbance to the neighbourhood, etc.

At present, the original legal society, in Bali known as *Desa Adat*, *Desa Dresta*, *Desa Pakraman* (Traditional Village), had an authority to settle any cases arising inside their village area. The settlement of the cases (custom dispute) done through a village meeting (*Sangkepan*), led by the chief of the traditional village (*Bendesa Adat*) in compliance with authority they had, through consensus and reconciliation, meaning that any decisions taken in a meeting with traditional village figures, attended by the disputing parties.

But in general any disputes raised were indirectly settled by the chief of the traditional village (*Bendesa Adat*) in a consultation meeting (*Paruman*), notwithstanding to be gradually settled, as follows:

- By both parties or relatives of both parties (negotiation)
- Through a mediation by the chief of the *Banjar* (mediation)
- Through a mediation by the chief of Traditional Village (mediation)

Settlement of any disputes raised between two parties usually should be settled by the parties. If there is no solution on their case or it could not be settled by the parties, then the case would be taken over by their relatives, also only known to the relatives. However, if it still could not be settled, the disputing parties could bring their case to the *Banjar*. Soon upon receiving the report, the chief of the *Banjar* (*Kelihan*) would examine the case and refers to their *Awig-awig Banjar* (rules of *Banjar*). Based on any regulations on their social strata; they should try to eliminate any differences between both parties. And if still could not be settled, the case would be taken to the chief of the traditional village (*Bendesa Adat*) for consultation on the village level and they also would refer to their *awig-awig*.

If we examine the resolution process upon the case and compare it with the ADR process, we can see that there is similarity in the resolution of the case decided by the disputing parties. The settlement taken by the Chief of the *Banjar* (*Kelihan*) and Chief of the traditional village (*Bendesa Adat*) would be limited to facilitating the settlement of the dispute and not making final decision, thereby it would be similar to the function of a mediator.





The purpose of the dispute resolution raised in a traditional community was to reset the cosmic balance which had been disturbed. The Traditional community thought that such disputes disturbed the cosmic balance, some of them are visible and some are invisible. This is because the traditional community follows communalism and magical religious thinking. According to this thinking, life is homogeneous and the human being is the central actor. Human beings are a part of the universe (macro cosmos), and can not be separated from the God, their surrounding and their community. In Bali, it is called *Tri Hita Karana* (Three Sources of Happiness), the harmony between human beings and God, the harmony between human beings and human beings and the harmony between human beings and the environment. Those three relationships are interrelated and influence to each other. If any disturbance happened on the relationships, a solution should be sought for the recovery of the disturbed harmony.

The function of the Chief of a traditional community (*Bendesa Adat* in Bali) was only giving facilitation for the disputing parties, so the solution could be achieved between them. That had been possible because of their honourable social status because they usually were elected by community members having the criteria of honesty, trustworthiness and respectability. The function of the chief of the traditional village (*Bendesa Adat*) was only to facilitate the parties, meaning that they merely had to make an effort to reconcile the disputing parties, and to be able to achieved an agreement through consensus and reconciliation.

2. Dutch Colonisation Period

Function of the Chief of traditional community (*Bendesa Adat*) afore mentioned was maintained by Dutch Colonisation Government. Their authority (*Bendesa Adat*) was still recognised, considering their functions to settle any disputes raised are only to reconcile the disputing parties, and they were called "*Hakim Perdamaian Desa*" (Village Peace Judge).

It is more clearly explained with the institution of village court (*Peradilan Desa*) being stated in article 3 a R.O (*Rechterlijke Organisatie*) which being constituted in Staatsblad 1935 No. 102. Article 3 a R.O declared as follows:

- 1) Any cases in customary law jurisdiction under the authority of judge of a small legal community should remain under their authorities.





- 2) The matter following to paragraph 1 should not decrease any authorities of the parties to submit their cases to the judge.
- 3) Judges following to paragraph 1, put their judgement under customary law, they might not make a punishment.

By article 3 a R.O their (*Bendesa Adat*) status become more superior in performing his function to arbitrate any disputes arising between the community's member, since the article expressed consent declaring that judges of the small legal community, therefore they called as the Village Peace Judge, in relation with their function should only to arbitrate the conflicting parties and arbitrate upon any disputes raised between their community's members for getting any amicable compromise, because they might not made any punishments.

The role of traditional institution in conflict resolution is also set forth in the Article 13 R.I.B (Renewed Rule of Indonesia), which is stipulated as follows:

- 1) The chief of the traditional village should make any efforts to make the people in their village stay quiet and peaceful and put away anything that should cause any disputes and quarrels.
- 2) The light disputes which only involved any interests of the village community, as best as they could, had to be impartially arbitrated and with consensus and consultation of the senior member of the village community.

By the aforementioned, their position and action as the Village Peace judge was still recognised. It means that the process of dispute resolution within the village community, should depend on the parties and if any compromise by the parties could not be reached, it should be submitted to the chief of the traditional village (*Bendesa Adat*), and their function should be only as a mediator. They just give their direction or advice in order to achieve agreement through consensus and reconciliation for the disputing parties. That was very important to create harmony in social life.

3. After Independence

After Indonesia gained its independence, the existence of any traditional legal community (adat village in Bali) was still recognised by article 18 of the 1945 Constitution. It means that any traditional village with their systems and authorities recognised its validity. The same thing would happen with the function of





Village Peace Judge, at least for the region of Bali where it still exists. The matter shall be concluded following to article 1 paragraph 3 Temporary Law: 1 /Drt/1951 which declared "Any conditions said in such article 1, should not decreased any power of right which until now is given to any Village Peace Judges following the article 3 a R.O."

Anything had been done by the chief of the Traditional Village (*Kepala Desa Adat*) as a Village Peace Judge to settle any dispute arising in their community they should remain in their function as a mediator that was only as a facilitator to arbitrate the conflicted parties to get any consensus and reconciliation. Such a function should withdrawn from any formal courts and substitute it with an institutional system which had a social orientation. A lot of non criminal cases like disputes upon boundary premise, heir, trees that caused any disturbance to the neighbourhood, etc. could be amicably settled, in consensus and reconciliation, and it will not cause any conflicts in the community. Obviously not all cases could be settled by Village Peace judges, when the settlement could not be settled, then disputing parties should submit the case to the courts.

The function of the chief of traditional community, as the Village Peace Judge, could decrease any tasks of the courts institution, besides keeping the peace and harmony in their village. Anything had been done by the country Village Peace judges, was the same as any procedures of Civil law court, for which in the first session of court process, the judge should (usually) advice to the disputing parties to make any efforts for reconciliation, and if it was reached, the conflicted parties should not continue the next session.

I Made Widnyana

Penulis adalah Ketua BANI Perwakilan Denpasar dan Arbiter BANI Arbitration Center





Arbitrase Institusional versus Ad Hoc

Pendahuluan

Dalam Newsletter # 8 yang lalu, telah dibahas sejumlah pertanyaan yang sering diajukan kepada Sekretariat BANI mengenai arbitrase, dan salah satu pertanyaan tersebut adalah mengenai arbitrase institusional dan *ad hoc*. Dalam arbitrase melalui institusi administrasi proses dilaksanakan atau diawasi oleh suatu organisasi menurut aturan-aturan arbitrase dari institusi itu sendiri. Badan-badan arbitrase ini antara lain *International Chamber of Commerce Court of Arbitration* (ICC) dan Badan Arbitrase Nasional Indonesia.

Administrasi oleh institusi ini bertujuan membantu kelancaran proses arbitrase, namun tidak mencampuri penyelesaian sengketa yang ditangani oleh para arbiter. Dengan memilih arbitrase institusional, para pihak dapat mengandalkan pada keahlian dan sumber-sumber daya dari institusi, termasuk dalam memilih arbiter, dan untuk melakukan administrasi arbitrase. Dalam pelaksanaan, badan arbitrase ini menjamin dipatuhinya prosedur pelaksanaan arbitrase dan dan manakala salah satu pihak tidak kooperatif, maka badan arbitrase tersebut dapat mengingatkan pihak yang mempersulit atau para arbiter yang menunda persidangan.

Dalam arbitrase *ad hoc* tidak terdapat administrasi formal oleh suatu organisasi arbitrase, dan para pihak bersepakat untuk menggunakan seperangkat aturan yang dibuatnya sendiri, prosedur dari salah satu badan arbitrase tertentu, aturan tertentu yang tidak terkait dengan suatu badan tertentu seperti UNCTRAL Arbitration Rules (1976), atau minta Majelis Arbitrase untuk menetapkan aturan dan prosedur.

Arbitrase *ad hoc* sering kali dianggap berbiaya yang lebih rendah. Hal ini berkaitan dengan proses arbitrase yang dilaksanakan oleh Majelis dan karenanya tidak ada tambahan biaya untuk jasa (dan biaya) institusi. Arbitrase *ad hoc* dapat lebih fleksibel dari pada arbitrase institusional, dipandang dari bagaimana arbi-





trase dilaksanakan dan efektivitasnya akan tergantung pada kerja sama antara para pihak dan kuasanya. Namun demikian, permasalahan sering timbul, terutama pada dimulainya proses, yang kemudian sering memerlukan intervensi dari pengadilan, yang biayanya dapat lebih tinggi dari pada biaya menggunakan institusi. Karena itu itikad baik dengan standar yang tinggi diperlukan dalam arbitrase *ad hoc*.

Tulisan berikut membahas karakteristik kedua jenis proses arbitrase dan aturan-aturan yang digunakan dalam kedua jenis arbitrase tersebut. Sebagai acuan, pembahasan difokuskan pada membandingkan Peraturan dan Prosedur BANI dengan Peraturan UNCITRAL, yang sering digunakan dalam arbitrase *ad hoc*.

Saat dimulainya Arbitrase

Menurut Pasal 6 Peraturan dan Prosedur (*Rules and Procedures*) BANI, arbitrase dianggap dimulai pada tanggal Sekretariat menerima permohonan tertulis dari salah satu pihak (Pemohon atau *Claimant*), sementara menurut Peraturan UNCITRAL arbitrase dianggap dimulai pada tanggal Termohon (*Respondent*) menerima pemberitahuan tertulis mengenai arbitrase dari Pemohon (Pasal 2 ayat (2)).

Tempat Arbitrase

Menurut Peraturan BANI, persidangan diselenggarakan di tempat yang ditetapkan oleh BANI dan kesepakatan para pihak, namun dapat pula di tempat lain yang dianggap perlu oleh Majelis dengan kesepakatan para pihak. Dalam Peraturan UNCITRAL Majelis menetapkan tempat persidangan. Tempat arbitrase in sering kali bukan di tempat di mana para pihak dan saksi berdomisili atau di mana dokumen-dokumen disimpan.

Penjelasan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU Arbitrase) menyatakan bahwa ketentuan mengenai tempat arbitrase ini penting terutama apabila terdapat unsur hukum asing dan sengketa menjadi suatu sengketa hukum perdata internasional. Tempat dilaksanakannya arbitrase dapat menentukan hukum yang harus dipergunakan untuk memeriksa sengketa tersebut jika para pihak tidak menentukan sendiri.



Arbiter

1) Jumlah Arbiter

Peraturan UNCITRAL menetapkan bahwa jika para pihak tidak sepakat mengenai jumlah arbiter dalam waktu 15 (lima belas) hari setelah Termohon menerima pemberitahuan arbitrase, maka akan ditunjuk 3 (tiga) arbiter. Hal ini menimbulkan dampak meningkatnya biaya arbitrase, karena biaya untuk tiga orang arbiter jelas akan lebih tinggi dari biaya satu orang arbiter.

Peraturan BANI lebih fleksibel dan menetapkan bahwa apabila tidak ada calon yang diusulkan Pemohon yang diterima Termohon dengan kekecualian kedua pihak sepakat mengenai suatu Majelis yang terdiri dari tiga arbiter, maka Ketua BANI wajib segera menunjuk orang yang akan bertindak sebagai arbiter tunggal, penunjukan mana tidak dapat ditolak atau diajukan keberatan oleh masing-masing pihak kecuali atas dasar alasan yang cukup bahwa orang tersebut dianggap tidak independen atau berpihak

Peraturan yang fleksibel juga dimuat dalam *International Chamber of Commerce (ICC) Rules* yang menyatakan bahwa sengketa akan diputuskan oleh arbiter tunggal atau tiga orang arbiter, dan apabila para pihak tidak sepakat mengenai jumlah arbiter, ICC akan memutuskan apakah arbiter tunggal atau 3 (tiga) orang arbiter, dengan melihat kebutuhan yang layak untuk menangani perkara.

2) Penunjukan Arbiter

Arbitrase disusun dengan pemikiran bahwa para pihak memilih sekurang-kurangnya satu orang arbiter dan baik peraturan dari institusi arbitrase maupun UNCITRAL tunduk pada prinsip ini, yakni masing-masing pihak akan menunjuk satu orang arbiter dan kedua arbiter kemudian menunjuk arbiter ketiga untuk bertindak sebagai ketua. Menurut Peraturan BANI, permohonan arbitrase disertai dengan usulan nama arbiter, namun tidak demikian halnya dengan Peraturan UNCITRAL (nama arbiter dapat diusulkan).

Peraturan BANI (dan juga ICC) memuat ketentuan-ketentuan mengenai penunjukan arbiter dan bila para pihak tidak sepakat maka BANI atau ICC akan menunjuknya dan bagaimana penunjukan dilakukan.

Sebaliknya, tidak seperti arbitrase institusi, Peraturan UNCITRAL tidak menunjuk arbiter. Jika para pihak tidak sepakat dalam penunjukan arbiter, maka dalam arbitrase *ad hoc* internasional yang melibatkan pihak-pihak ber-



kebangsaan berbeda, salah satu pihak dapat minta Sekretaris Jenderal *Permanent Court of Arbitration* di Den Haag untuk menunjuk *an appointing authority*. Hal ini dapat menimbulkan penundaan, karena itu disarankan agar bila menggunakan UNCITRAL Rules juga dicantumkan “*an appointing authority*” dalam hal penunjukan arbiter. Menurut UU Arbitrase, khususnya Pasal 13 ayat (2) menetapkan bahwa dalam suatu arbitrase *ad hoc* bagi setiap ketidaksepakatan dalam penunjukan seorang atau beberapa arbiter, para pihak dapat mengajukan permohonan kepada Ketua Pengadilan Negeri untuk menunjuk seorang arbiter atau lebih.

3) Penggantian Arbiter

Baik dalam arbitrase instiusional maupun *ad hoc*, terhadap arbiter dapat diajukan tuntutan ingkar apabila terdapat cukup alasan dan cukup bukti otentik yang menimbulkan keraguan bahwa arbiter akan melakukan tugasnya tidak secara benar dan akan berpihak dalam mengambil keputusan. Menurut Peraturan BANI pihak yang ingin mengajukan pengingkaran harus menyampaikan pemberitahuan tertulis kepada Sekretariat dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari sejak diberitahukan identitas arbiter tersebut, dengan melampirkan dokumen-dokumen pembuktian yang melandasi pengingkaran tersebut, sementara menurut UNCITRAL Rules para pihak mempunyai waktu 15 (lima belas) hari dari tanggal penunjukan arbiter atau dari diketahuinya nama arbiter olehnya. Pemberitahuan pengingkaran harus diberitahukan kepada pihak lawan dan seluruh arbiter.

Baik peraturan BANI maupun UNCITRAL menetapkan acara penggantian arbiter jika meninggal, mengundurkan diri dan tidak dapat menjalankan tugasnya (*de jure* atau *de facto*).

Permohonan Arbitrase

Menurut Peraturan BANI, permohonan arbitrase berisi tuntutan Pemohon dan harus memuat sekurang-kurangnya, nama dan alamat para pihak, penjelasan tentang fakta yang mendukung permohonan arbitrase, permasalahan pokok dan besarnya kompensasi yang dituntut, serta dilampiri dengan salinan perjanjian bersangkutan atau perjanjian-perjanjian yang terkait sehubungan dengan sengketa yang bersangkutan dan salinan perjanjian arbitrase (jika tidak termasuk dalam perjanjian dimaksud) dan dokumen-dokumen yang oleh Pemohon





dianggap relevan. Surat permohonan in diteruskan setelah Majelis Arbitrase terbentuk kepada setiap anggota Majelis dan pihak lain.

Termohon diberikan waktu 30 (tiga puluh) hari untuk mengajukan surat jawaban kepada BANI untuk diteruskan kepada Majelis dan Pemohon. Dalam jawabannya Termohon mengemukakan bantahannya atas tuntutan Pemohon dengan dilampiri dokumen yang dijadikan dasar atau menunjuk pada setiap dokumen tambahan atau bukti lain yang akan diajukan kemudian. Termohon juga dapat mengajukan suatu tuntutan balik (rekonvensi) bersama dengan surat jawaban atau selambat-lambatnya pada sidang pertama atau pada suatu tanggal kemudian atas izin Majelis. Atas tuntutan balik tersebut akan dikenakan biaya tersendiri sesuai dengan daftar biaya yang berlaku. Dalam hal Termohon telah mengajukan tuntutan balik, Pemohon berhak dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari atau jangka waktu lain yang diterapkan oleh Majelis untuk mengajukan jawaban atau tuntutan balik

Menurut Peraturan UNCITRAL permohonan tuntutan diajukan bersamaan dengan permohonan arbitrase atau disampaikan kepada Termohon dan masing-masing arbiter dalam jangka waktu yang ditetapkan oleh Majelis. Amandemen atau tambahan-tambahan tuntutan dan pembelaan dapat diberikan setiap waktu selama arbitrase, berdasar putusan Majelis. Hal ini berarti bahwa tuntutan awal tidak seharusnya dipandang sebagai yang terakhir (*final*) atau definitif.

Seperti Peraturan BANI, Pasal 18 Peraturan UNCITRAL menetapkan bahwa Pemohon harus menyatakan dalam permohonan pernyataan tuntutan, termasuk fakta yang mendukung tuntutan, permasalahan pokok dan ganti rugi dan kompensasi yang diminta.

Peraturan Prosedur dan Hukum Yang Mengatur

Hukum yang mengatur proses arbitrase adalah peraturan arbitrase dari forum yang dipilih, dan jika tidak disebutkan, maka peraturan yang lebih rinci ditetapkan atas kesepakatan atau oleh Majelis.

Hukum yang mengatur materi sengketa adalah hukum yang dipilih dalam perjanjian komersial yang bersangkutan yang menimbulkan sengketa antara para pihak. Dalam hal tidak ditetapkan dalam perjanjian, para pihak bebas memilih hukum yang berlaku berdasar kesepakatan bersama dan dalam hak tidak ada kesepakatan Majelis berhak menetapkan ketentuan-ketentuan hukum yang dianggap perlu dengan mempertimbangkan keadaan-keadaan yang menyang-





kut permasalahannya. Ketentuan ini berlaku baik menurut BANI, maupun UNCITRAL.

Baik dalam Peraturan BANI maupun UNCITRAL, Majelis mempunyai kewenangan *amiable compositeur* atau memutuskan *ex aequo et bono* hanya jika para pihak memintanya, dan dalam hal UNCITRAL jika hukum yang berlaku mengizinkannya.

Bahasa

Peraturan BANI menetapkan bahwa dalam hal para pihak tidak menyatakan sebaliknya, proses pemeriksaan perkara diselenggarakan dalam Bahasa Indonesia, kecuali dan apabila Majelis, dengan menimbang keadaan (seperti adanya pihak-pihak asing dan atau arbiter-arbiter asing yang tidak dapat berbahasa Indonesia, dan/atau di mana transaksi yang menimbulkan sengketa dilaksanakan dalam bahasa lain) menganggap perlu digunakannya bahasa Inggris atau bahasa lainnya.

Dalam Peraturan UNCITRAL, Majelis Arbitrase akan memutus berdasar hal-hal yang relevan termasuk bahasa dalam kontrak, bahasa yang akan digunakan dalam arbitrase. Dokumen-dokumen yang dilampirkan pada tuntutan atau tanggapan harus disertai terjemahan dalam bahasa yang digunakan dalam arbitrase. Jika para pihak sepakat bahwa penggunaan bahasa didasarkan pada kenyamanan bagi mereka dan jika bahasa merupakan suatu faktor dalam penunjukan arbiter, maka jumlah terjemahan dapat dibatasi.

Putusan Sela

Menurut Peraturan BANI (Pasal 19 ayat 5), Majelis berhak menetapkan putusan provisi atau putusan sela yang dianggap perlu sehubungan dengan penyelesaian sengketa bersangkutan, termasuk menetapkan suatu putusan tentang sita jaminan, memerintahkan penyimpanan barang pada pihak ketiga, atau penjualan barang-barang yang tidak akan tahan lama.

Demikian pula menurut Peraturan ICC, di mana para pihak dapat juga minta kepada setiap otorita hukum yang kompeten atau pengadilan (*competent judicial authority or court*) untuk putusan sela pada setiap tahapan atau sita jaminan. Namun tidak demikian halnya dengan Peraturan UNCITRAL, yang menyatakan bahwa setiap pihak yang mengajukan permohonan kepada pengadilan merupakan hal yang tidak kompatibel dengan perjanjian untuk berarbitrase.





Kerahasiaan

Kerahasiaan merupakan salah satu kelebihan dari arbitrase, namun demikian hal ini sering kurang dipahami. Peraturan UNCITRAL menetapkan kerahasiaan hanya untuk putusan dan pemeriksaan dan Putusan dapat diumumkan ke publik hanya dengan persetujuan para pihak. Kerahasiaan proses arbitrase tidak berarti mencegah pendaftaran ke Pengadilan Negeri di manapun, di mana pihak yang menang dapat meminta pelaksanaan dan/atau eksekusi putusan tersebut.

Sementara itu, Peraturan BANI, khususnya Pasal 14 ayat (2) menetapkan bahwa seluruh persidangan dilakukan tertutup untuk umum, dan segala hal yang berkaitan dengan penunjukan arbiter, termasuk dokumen-dokumen, laporan/catatan sidang, keterangan saksi dan putusan, harus dijaga kerahasiaan di antara para pihak, para arbiter dan BANI, kecuali oleh peraturan perundang-undangan hal tersebut tidak diperlukan atau disetujui oleh semua pihak yang bersengketa.

Di sisi lain, meskipun Majelis diwajibkan mengambil langkah-langkah untuk menjaga rahasia dagang dan informasi yang bersifat rahasia, Peraturan ICC tidak memuat ketentuan umum mengenai kerahasiaan. Sekretariat tidak mengumumkan putusan ke publik, kecuali hanya kepada para pihak, namun demikian tidak ada kewajiban pada para pihak untuk menjaga kerahasiaan putusan.

Kelalaian (*Default*)

Baik Peraturan BANI maupun UNCITRAL menetapkan ketentuan yang mengatur jika salah pihak tidak hadir dalam persidangan tanpa alasan yang sah. Dalam hal Pemohon lalai dan/atau tidak datang pada sidang pertama yang diselenggarakan oleh Majelis tanpa suatu alasan yang sah, maka Majelis dapat menyatakan permohonan arbitrase batal. Dalam hal Termohon lalai mengajukan surat jawaban tanpa alasan yang sah, Majelis dapat memerintahkan untuk melanjutkan arbitrase, setelah menyampaikan peringatan tertulis.

Menurut Peraturan BANI, Majelis dapat memberikan perpanjangan waktu empat belas (14) hari untuk mengajukan jawaban dan/atau datang ke persidangan. Jika juga tidak datang, maka Majelis wajib memberitahukan untuk kedua kalinya kepada Termohon, dan apabila Termohon tetap tidak datang dan tidak menjawab, maka Majelis serta merta dapat memutuskan dan mengeluarkan putusan berdasar dokumen-dokumen dan bukti yang telah diajukan oleh Pemohon.





Selanjutnya, menurut Peraturan UNCITRAL, jika salah satu pihak tidak menyampaikan dokumen bukti, maka Majelis dapat membuat putusan berdasar bukti-bukti yang disampaikan.

Bukti

Kedua Peraturan BANI dan UNCITRAL menetapkan bahwa setiap pihak wajib menjelaskan posisi masing-masing untuk mengajukan bukti yang mendukung posisinya dan untuk membuktikan fakta-fakta yang dijadikan dasar tuntutan atau jawaban. Namun demikian, kedua peraturan tersebut tidak menjelaskan bagaimana bukti diperoleh, disajikan dan diterima. Hal ini memberikan Majelis fleksibilitas dalam menetapkan bukti-bukti mana yang dapat diterima, relevan dan menyangkut materi permasalahan dan memiliki kekuatan bukti. Fleksibilitas ini memungkinkan para pihak dan Majelis menggunakan alat-alat bukti berteknologi maju seperti video.

Baik Peraturan BANI maupun UNCITRAL mengizinkan Majelis untuk meminta para pihak untuk memberikan penjelasan atau mengajukan dokumen-dokumen yang dianggap perlu dan/atau untuk menyampaikan ringkasan seluruh dokumen dan bukti lain yang telah dan/atau akan diajukan oleh pihak tersebut guna mendukung fakta-fakta dalam permohonan surat tuntutan atau surat jawaban dalam jangka waktu yang ditetapkan oleh Majelis. Bukti-bukti yang dapat diterima, relevan dan menyangkut materi permasalahan dan memiliki kekuatan bukti ditetapkan oleh Majelis.

Banyak Pihak (*Multi-Parties*)

Peraturan UNCITRAL tidak memuat ketentuan mengenai sengketa melibatkan banyak pihak (*multiple parties*), sedangkan Peraturan BANI memungkinkan adanya banyak pihak, apakah sebagai pemohon atau sebagai termohon.

Menurut Peraturan BANI, dalam hal terdapat lebih dari pada dua pihak dalam sengketa, maka semua pihak yang bertindak sebagai Pemohon (Para Pemohon) harus dianggap sebagai satu pihak tunggal dalam hal penunjukan arbiter, dan semua pihak yang dituntut harus dianggap sebagai satu Termohon tunggal dalam hal yang sama. Dalam keadaan khusus, apabila diminta oleh suatu mayoritas pihak-pihak bersengketa, ketua dapat menyetujui dibentuknya suatu Majelis yang terdiri lebih dari 3 (tiga) arbiter. Pihak-pihak lain dapat bergabung dalam suatu perkara arbitrase hanya sepanjang diperkenankan berdasarkan ketentuan Pasal 30 UU Arbitrase.





Arbitrase Berdasar Dokumen (*Paper Arbitrations*)

Menurut Peraturan BANI dan UNCITRAL, kecuali salah pihak minta diadakan sidang, Majelis dapat memutuskan berdasarkan dokumen-dokumen saja. Untuk maksud itu dalam Peraturan BANI Majelis dapat memanggil untuk sidang pertama di mana mengenai pengajuan dokumen-dokumen jika ada atau mengenai persidangan jika diadakan, ataupun mengenai masalah-masalah prosedur dapat dikomunikasikan dengan para pihak secara langsung ataupun melalui Sekretariat.

Persidangan

Baik Peraturan BANI maupun UNCITRAL menetapkan bahwa Majelis wajib memberikan waktu yang cukup untuk memberitahukan waktu diadakan sidang dan apabila salah satu pihak tidak hadir tanpa alasan yang dapat diterima, sidang dapat dilanjutkan. Peraturan BANI juga menyatakan bahwa para pihak dapat diwakili dalam penyelesaian sengketa oleh seseorang atau orang-orang yang mereka pilih dan kepada setiap orang yang mewakili pihak bersengketa (termasuk menghadiri sidang) harus disertai surat kuasa khusus asli (bermaterai cukup). Orang-orang yang tidak terlibat dalam arbitrase tidak diizinkan dalam sidang.

Selanjutnya, Peraturan UNCITRAL tidak secara spesifik mengatur siapa yang dapat hadir. Peraturan UNCITRAL menetapkan bahwa sekurang-kurangnya 15 (lima belas) hari sebelum sidang para pihak wajib memberitahukan secara rinci saksi-saksi yang akan dihadirkan termasuk subyek dan bahasa yang akan digunakan dan merupakan tanggung jawab Majelis untuk mengatur penerjemah dalam persidangan.

Perubahan Tuntutan/Jawaban

Menurut Peraturan BANI, para pihak tidak berhak mengubah tuntutan dan/ atau jawaban mereka sepanjang menyangkut materi perkara apabila pengajuan telah lengkap dan apabila sidang pertama telah dilangsungkan, kecuali Majelis dan para pihak menyetujui perubahan tersebut. Namun demikian, tidak diperkenankan mengubah tuntutan yang keluar dari lingkup perjanjian arbitrase.

Dalam hal ini Peraturan UNCITRAL lebih fleksibel, di mana ditetapkan bahwa selama proses arbitrase para pihak dapat mengubah atau menambah tuntutannya atau jawabannya, kecuali Majelis menimbang tidak pantas untuk menga-





dakan amandemen yang dapat menunda pembuatannya atau merugikan pihak lain. Seperti BANI, Peraturan UNCITRAL juga menetapkan tidak diperkenankan mengubah tuntutan yang keluar dari lingkup perjanjian arbitrase.

Putusan

Peraturan UNCITRAL tidak menetapkan batas waktu dijatuhkannya Putusan, namun Peraturan BANI memberikan waktu 180 (seratus delapan puluh) hari sejak terbentuknya Majelis untuk menjatuhkan Putusan. Namun demikian, Majelis dapat memperpanjang waktu ini.

Baik Peraturan BANI maupun UNCITRAL menetapkan bahwa apabila Majelis terdiri dari tiga (atau lebih) arbiter, maka setiap Putusan atau Putusan lain dari Majelis harus ditetapkan berdasar suatu putusan mayoritas para arbiter. Dalam Peraturan BANI juga dinyatakan bahwa apabila terdapat perbedaan pendapat dari arbiter mengenai bagian tertentu dari putusan, maka perbedaan tersebut harus dicantumkan dalam Putusan, dan dalam hal ini putusan Ketua Majelis mengenai hal yang bersangkutan yang dianggap berlaku.

Putusan menurut Peraturan BANI dan UNCITRAL harus dibuat tertulis dan harus memuat pertimbangan-pertimbangan yang menjadi dasar Putusan tersebut, kecuali para pihak setuju bahwa pertimbangan-pertimbangan itu tidak perlu dicantumkan. Peraturan BANI juga menetapkan bahwa Putusan tersebut dibacakan di hadapan para pihak dan dalam waktu 14 (empat belas) baru Putusan yang telah ditandatangani para arbiter harus disampaikan kepada para pihak, bersama 2 (dua) lembar salinan untuk BANI, di mana salah satu dan salinan itu akan didaftarkan oleh BANI di Pengadilan Negeri yang bersangkutan. Dalam Peraturan UNCITRAL Putusan harus disampaikan kepada para pihak di tempat diadakan arbitrase.

Menurut Peraturan BANI dan UNCITRAL, Putusan bersifat “*final* dan mengikat” bagi para pihak dan bahwa para pihak menjamin akan langsung melaksanakan Putusan tersebut. Dalam Peraturan BANI juga ditetapkan bahwa Putusan Majelis dapat menetapkan sanksi dan/atau denda dan/atau tingkat bunga dalam jumlah yang wajar apabila pihak yang kalah lalai dalam melaksanakan putusan tersebut. Sebagai catatan, dalam Peraturan ICC dengan dijatuhkan putusan para pihak dianggap telah melepaskan haknya untuk melakukan berbagai bentuk perlawanan (*the parties are also deemed to have waived their right to any form of recourse*).





Pembetulan Kesalahan

Peraturan BANI menetapkan bahwa dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari terhitung sejak tanggal Putusan diterima, para pihak dapat mengajukan permohonan agar Majelis memperbaiki kesalahan-kesalahan administratif dan/atau untuk menambah atau menghapus sesuatu apabila dalam putusan tersebut sesuatu tuntutan tidak disinggung. Demikian pula, Peraturan UNCITRAL memberikan kesempatan kepada para pihak untuk membuat putusan tambahan atas tuntutan yang tidak disinggung (*additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award*).

Banding

Meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit, menurut Peraturan BANI dan UNCITRAL dengan putusan '*final dan mengikat*' para pihak dianggap telah melepaskan haknya untuk melakukan upaya banding. Namun demikian, Undang-undang Arbitrase menetapkan bahwa terhadap Putusan Arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila Putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur penggelapan, pemalsuan dan tipu muslihat, yang harus dibuktikan dengan putusan pengadilan yang oleh hakim kemudian digunakan sebagai dasar pertimbangan untuk mengabulkan atau menolak permohonan pembatalan putusan (Pasal 70).

Biaya Arbitrase

Dalam Peraturan BANI, biaya arbitrase ditetapkan dalam suatu daftar terpisah dan terlampir pada Peraturan BANI. Biaya arbitrase ini meliputi biaya dan honorarium arbiter dan biaya administrasi BANI dan jumlahnya dirumuskan menurut skala besarnya tuntutan.

Baik dalam Peraturan BANI maupun UNCITRAL, Majelis menetapkan biaya arbitrase dalam putusannya. Demikian pula, menurut kedua peraturan tersebut para pihak diminta untuk membayar terlebih dahulu sebelum proses arbitrase dimulai dan biaya ini dapat bertambah selama proses arbitrase, apabila Majelis menganggap bahwa perkara yang sedang diperiksa atau besarnya tuntutan ternyata telah meningkat daripada yang semula diperkirakan.

Dalam Peraturan BANI juga ditetapkan bahwa setiap pihak membayar setengah dari estimasi biaya arbitrase dan apabila suatu pihak lalai membayar bagiannya, maka jumlah yang sama harus dibayarkan oleh pihak lain yang





kemudian akan diperhitungkan dalam Putusan dengan kewajiban pihak yang lalai membayarnya tersebut.

Dalam Peraturan BANI dan UNCITRAL, Majelis berwenang menentukan pihak mana yang harus bertanggung jawab untuk membayar, atau melakukan pengembalian pembayaran kepada pihak lain, untuk seluruh atau sebagian biaya-biaya itu, pembagian mana harus dicantumkan dalam Putusan. Pada umumnya apabila salah satu pihak sepenuhnya berhasil dalam tuntutananya, maka pihak lawannya memikul seluruh biaya dan apabila masing-masing pihak berhasil memperoleh sebagian dari tuntutananya, biaya-biaya menjadi beban kedua belah pihak secara proporsional.

Party Autonomy

Peraturan berdasar prinsip 'party autonomy' adalah para pihak yang bersengketa memiliki otonomi untuk mengendalikan arbitrase. Baik Peraturan BANI maupun UNCITRAL mengakui asas ini dalam kaitan dengan penunjukan arbiter, pemilihan forum dan hukum yang berlaku, arbitrase berdasar dokumen (*paper arbitration*), menunjuk Ahli (*experts*) dan memilih bahasa yang digunakan dalam arbitrase.

Kesimpulan

Berdasar uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa Peraturan BANI, dan UNCITRAL banyak memiliki persamaan. Jika ditelusuri dari kenyataan perbedaan ini umumnya berkaitan dengan fakta bahwa BANI adalah arbitrase institusional dan UNCITRAL adalah arbitrase *ad hoc*.

Madjedi Hasan

Penulis adalah Arbiter BANI Arbitration Center





News

Introducing Arbitration in NTB



Prof. Priyatna Abdurrasyid delivering keynote speech at the BPM -NTB Arbitration Seminar, Mataram, 14 December 2009

The Agency for Investment of the Nusa Tenggara Barat Province (Badan Penanaman Modal NTB) and BANI held one day Seminar on Arbitration on 14 December 2009 in Mataram, the capital of NTB Province. BANI was invited to be the supporting organization and was represented by its Governing Board, Messrs. Prof. DR. H. Priyatana Abdurrasyid, Husseyn Umar and DR. Harianto Sunidja, and the Secretary Ms. N. Krisnawenda.

Headed by Ir. Yaqoub Abidin M.M, the Head of BPM NTB, the seminar was a part of the agency's program to promoting the investment in the province. With its motto "NTB open for all", BPM-NTB has invited national and international investors to participate in building various infrastructures such as new International Airport in Penujak and development of coastal area in southern beaches of Lombok for tourism. These projects would involve investment and various agreements, which are susceptible to conflict, that would require non-litigation dispute resolution mechanism.

The seminar's objective was described to introduce to the business and legal community and regional government officials in NTB to some aspects of arbitration and alternative dispute resolution with emphasis that the non-litigation has become the established method of determining commercial disputes. All over the world, including Indonesia have modernized their laws of arbitration to take this fact.

The seminar's objective was described to introduce to the business and legal community and regional government officials in NTB to some aspects of arbitration and alternative dispute resolution with emphasis that the non-litigation has become the established method of determining commercial disputes. All over the world, including Indonesia have modernized their laws of arbitration to take this fact.



News: BANI Annual National Meeting 2009
and BPM-NTB Arbitration Seminar in Lombok, NTB

The seminar was opened by the NTB Regional Assistant for Economic and Development, who delivered a written speech from the Governor of NTB, KH.



BANI boardmembers (Mr. Husseyn Umar, left, Mrs. Krisnawenda, right) and BPM NTB Director Mr. Yaqoub Abidin (second right) during the Q&A session of the seminar, moderated by official from Laws & Regulations Desk of NTB Governor Office (second left).

Zainul Majdi, MA. On the occasion, Prof. Priyatna delivered a keynote speech and presented a collection of books written by arbitrators of BANI to the Governor representative, to Mr. Yaqoub Abidin, and to a faculty member of Law Department of University of Mataram participating in the event. (wk)

BANI Annual Meeting 2009

In conjunction with the Arbitration Seminar in NTB, on December 12 and 13, 2009, BANI has recently conducted an Annual National Meeting in Lombok. The venue took place at Senggigi hotel and it was attended by all the eight BANI offices in Indonesia, which were represented by their respective officers. Prof. Priyatna Abdurasyid, chairman of BANI Jakarta Office, chaired the meeting.

