

## BAB II

### **KARAKTERISTIK *LEX MERCATORIA* SEBAGAI *APPLICABLE* *SUBSTANTIVE LAW* PADA SENGKETA KONTRAK BISNIS INTERNASIONAL**

#### 2.1 Timbulnya Sengketa Kontrak Bisnis Internasional

Pada era globalisasi dewasa ini dimana kebutuhan hidup sehari-hari terus meningkat dan pemenuhannya tidak dapat lagi hanya mengandalkan sektor produksi domestik, maka meningkatlah kebutuhan untuk bertransaksi bisnis antar lintas batas negara atau yang sering disebut *international business transaction*. Istilah *international business transaction* dapat diartikan sebagai berikut:<sup>32</sup>

*“International business transaction is any type of deal between parties from at least two different countries. These transactions include sales, leases, licences, and investment, the parties to international business deals include individuals, small, large multinational corporations, and even countries”*

Seperti yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya, untuk menjamin kepastian hukum para pihak yang melakukan *international business transaction* ini, maka hubungan hukum tersebut perlu dituangkan ke dalam kontrak bisnis internasional. Penerapan *lex mercatoria* sebagai hukum substantif pada arbitrase internasional tentunya harus dimulai dari titik terbentuknya kontrak bisnis

---

<sup>32</sup> Kenneth C. Randall dan John E. Norris, “**A New Paradigm For International Business Transactions**”, Washington University Law Review Volume 71, 1993, h. 599

internasional antara para pihak. Terbentuknya kontrak bisnis internasional tersebut tentu saja tidak langsung berbentuk kontrak yang berisi hak dan kewajiban para pihak, namun proses penyebab timbulnya sengketa kontrak internasional tersebut perlu dibahas dalam skripsi ini. Pada subbab pertama, akan dibahas mengenai perbedaan teori keabsahan kontrak, terjadinya wanprestasi dan cara pemenuhan isi kontrak akibat wanprestasi dengan diperbandingkan antara sistem hukum *common law* dan *civil law*. Perbandingan teori-teori tersebut ditujukan karena perbedaan sistem hukum yang dianut oleh negara di dunia.

Perbedaan sistem hukum yang dianut negara-negara di dunia dapat menimbulkan adanya sengketa antara para pihak yang melakukan jual beli lintas batas negara. Terdapat 4 pembagian sistem hukum di dunia, yakni sistem hukum Eropa Kontinental (*civil law*), sistem hukum Anglo Saxon (*common law*), sistem hukum adat, dan sistem hukum berdasar agama.<sup>33</sup> Dua sistem hukum dominan yang dianut oleh sebagian besar negara di dunia adalah sistem hukum *civil law* dan *common law*.

Sistem hukum *civil law* merupakan tradisi yang diwarisi dari hukum Romawi, saat ini sistem hukum *civil law* berlaku hampir untuk seluruh Eropa Barat, Amerika Tengah, dan Amerika Selatan termasuk Indonesia sedangkan yang dimaksud dengan sistem hukum *common law* adalah tradisi hukum yang diwarisi dari Anglo Saxon yang berasal dari kerajaan Inggris, Irlandia, Amerika Serikat,

---

<sup>33</sup> Lihat R. Abdoel Djamali, "**Pengantar Hukum Indonesia Edisi Revisi**", PT. Grafindo Persada, Jakarta, 2005, h. 67-78

Australia, Selandia Baru dan beberapa negara Asia dan Afrika.<sup>34</sup> Sistem hukum berikutnya, yakni sistem hukum adat dan sistem hukum agama hanya dianut oleh sebagian kecil negara di dunia ini. Contohnya sistem hukum adat terdapat dalam lingkungan kehidupan sosial di Indonesia dan negara-negara Asia lainnya sedangkan sistem hukum agama seperti agama islam yang dianut oleh masyarakat Arab dan beberapa negara di Afrika dan Asia yang pembentukan negaranya berasaskan ajaran islam.<sup>35</sup>

Dalam hal suatu kontrak dibuat oleh para pihak yang memiliki dua sistem hukum yang berbeda, maka keabsahan kontrak, jenis pelanggaran dan syarat pemenuhan dari isi kontrak karena salah satu pihak tidak melaksanakan kewajibannya, akan memiliki karakteristik yang berbeda pula. Perbedaan mengenai teori kontrak pada sistem hukum civil dan common berpengaruh pada pertimbangan hukum substantif yang akan digunakan oleh hakim arbiter untuk memutuskan perkara yang timbul diantara para pihak. Dibawah ini akan diberikan perbandingan teori keabsahan kontrak, macam pelanggaran kewajiban/wanprestasi dan pemenuhan isi kontrak oleh para pihak dan antara sistem hukum *common law* dengan Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*:

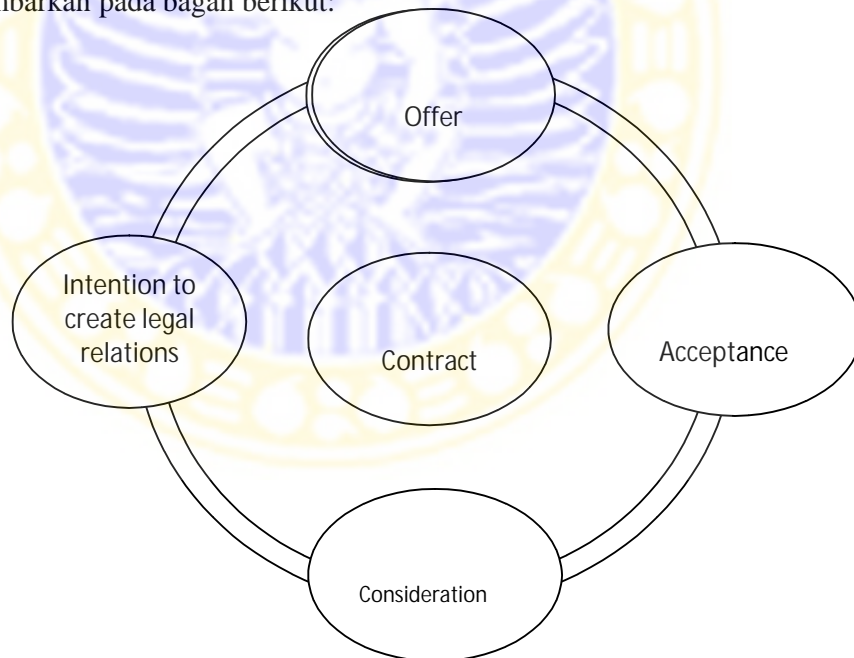
### 2.1.1 Teori Keabsahan Suatu Kontrak

---

<sup>34</sup> Lihat John Henry Merryman, "The Civil Law Tradition", Stanford University Press, California, 1969, h.1-6, lihat juga Rahmi Jened, "Hak Kekayaan intelektual Penyalahgunaan Hak Eksklusif", Airlangga University Press, Surabaya, 2007, h. 15

<sup>35</sup> Lihat R. Abdoel Djamali, Op.Cit., h. 73-77

Suatu kontrak akan melindungi proses bisnis para pihak, apabila kontrak tersebut dibuat secara sah, karena keabsahan suatu kontrak menjadi penentu proses hubungan hukum selanjutnya.<sup>36</sup> Pada sistem *common law*, kontrak yang dapat mengikat sehingga melahirkan hak dan kewajiban yang harus dipenuhi oleh para pihak (*enforceable*) adalah kontrak yang telah sah dan telah terbentuk melalui penawaran, penerimaan dan pertimbangan. *Once formed by offer, acceptance, and consideration an agreement becomes an enforceable contract.*<sup>37</sup> Namun terdapat satu elemen yakni *intention to create a legal relationship* yang juga merupakan salah satu unsur keabsahan kontrak menurut sistem *common law*. Keabsahan suatu kontrak dalam sistem hukum *common law* dapat digambarkan pada bagan berikut:<sup>38</sup>



*Bagan 1 : Keabsahan kontrak sistem Common Law*

<sup>36</sup> Lihat Agus Yudha Hernoko, Op.Cit., h. 136

<sup>37</sup> Hough dan Fitchen, “**Optimize Contract Law**”, Routledge, New York, 2014, h.178

<sup>38</sup> *Ibid.h. 6*

Bagan diatas menunjukkan bahwa komponen untuk dapat mengikatnya atau sahnya suatu kontrak harus memenuhi setidaknya tiga elemen yaitu *intention to create legal relations, offer & acceptance (agreement)* dan *consideration*.

a. *Intention to Create Legal Relations*

Dapat didefinisikan bahwa para pihak yang berkontrak dengan sengaja bermaksud untuk membuat kontrak agar dapat dilaksanakan secara hukum.<sup>39</sup> *Intention to create legal relations* merupakan unsur yang harus ada untuk mengikatnya suatu kontrak, apabila unsur ini tidak ada maka kontrak yang telah dibuat oleh para pihak tidak dapat dilaksanakan.

b. *Offer dan Acceptance*

*Offer* atau penawaran merupakan sebuah ekspresi dari kesediaan untuk melakukan perjanjian/kontrak melalui syarat-syarat tertentu yang dibuat dengan maksud bahwa nantinya kesediaan tersebut mengikat segera setelah disetujui oleh para pihak. Definisi dari *offer* tersebut dikemukakan oleh Treitel:<sup>40</sup>

*An expression of willingness to contract on certain terms, made with the intention that it shall become binding as soon as it is accepted by the person to whom it adressed.*

Suatu penawaran harus disampaikan kepada pihak yang diajak untuk berkontrak secara jelas dan harus dinyatakan secara tegas bahwa pihak yang dimaksud telah bersedia untuk penawaran.

*An offer must be communicated to the other party, a person cannot accept an offer of which they are unaware.*

<sup>39</sup> Lihat Agus Yudha Harnoko, Op.Cit., h. 137

<sup>40</sup> Tracey Hough dan Kathrin Kuhnel Fitchen, *Ibid.* h. 4



*Acceptance* atau penerimaan hanya sah apabila disampaikan oleh orang yang mempunyai kewenangan untuk melakukannya. Dalam hal ini *offeree* (orang yang diberitawaran) bertanggungjawab untuk meyakinkan bahwa penerimaan disampaikan oleh *offeror* (orang yang memberi penawaran).

c. *Consideration* (kontraprestasi)

*Consideration* atau kontraprestasi merupakan bagian yang sangat penting dalam suatu kontrak. Sistem *common law* mensyaratkan *consideration* harus ada untuk syarat mengikatnya suatu kontrak.

*Consideration* dalam suatu kontrak dapat digambarkan sebagai berikut:<sup>41</sup>

*Put simply, consideration is what one party is giving or promising, in exchange for what is being given or promised by the other party to the contract.*

Dari pernyataan di atas, dapat diperoleh kesimpulan bahwa *consideration* merupakan sesuatu yang diberikan atau dijanjikan oleh salah satu pihak, sebagai ganti atas apa yang telah diberikan atau dijanjikan oleh pihak lainnya dalam kontrak mereka.

Sebagai contoh dari *consideration* sebagai berikut:<sup>42</sup>

*If Jayne sells her Ipad to Ellie for \$240, Ellie will receive the benefit of the iPad and her detriment will be the surrender of \$240 of her cash to Jayne*

Jika Jayne menjual Ipad kepada Ellie seharga 240 dolar, Ellie mendapatkan manfaat dari Ipad tersebut dan menyiapkan /merelakan

<sup>41</sup> Lihat Tracey Hough dan Kathrin Kuhnel Fitchen, Op.Cit., h. 32

<sup>42</sup>Ibid. h. 32

uangnya sebesar 240 dolar kepada Jayne. Pertukaran prestasi seperti yang dilakukan Jayne dan Ellie tersebut itulah yang disebut sebagai *consideration* dalam sistem *common law*.

Sehingga dalam sistem *common law* untuk mengikatnya suatu kontrak, kontrak tersebut haruslah memenuhi kriteria keabsahan kontrak yakni *consideration*, yakni janji diantara para pihak untuk melaksanakan dan bertukar prestasi sehingga menimbulkan hak dan kewajiban diantara keduanya, selain itu juga harus memenuhi *intention to create a legal relations* yaitu kemauan para pihak untuk mengadakan hubungan kontraktual yang mengikat secara hukum, adanya *offer & acceptance* yaitu penawaran dan penerimaan oleh para pihak.

Pada sistem *civil law* misalnya pada sistem hukum Indonesia, keabsahan kontrak atau sah tidaknya sebuah perjanjian dapat dilihat dari syarat sahnya perjanjian Pasal 1320 BW. Terdapat empat syarat sebagai syarat sah perjanjian:

- a. Kesepakatan, merupakan pertemuan atau persesuaian kehendak para pihak untuk mengadakan atau menutup perjanjian;
- b. Kecakapan yang pada prinsipnya semua orang dianggap cakap dalam membuat perikatan kecuali yang disebutkan secara definitif dalam pasal 1330 BW yaitu orang yang belum dewasa, mereka yang ditaruh dibawah pengampuan, dan orang perempuan, namun sejak dikeluarkannya UU No 1 tahun 1974 tentang perkawinan, usia kecakapan atau usia kedewasaan tidak lagi berpatokan kepada BW. Selanjutnya, menurut Agus Yudha Harnoko kecakapan melakukan perbuatan hukum diukur dari standar yaitu pertama

*person* (pribadi) dengan standar usia kedewasaan dan *rechtperson* (badan hukum) dengan standar aspek kewenangan.<sup>43</sup>

- c. Suatu hal tertentu merupakan prestasi yang menjadi pokok perjanjian yang bersangkutan;
- d. Sebab yang halal merupakan isi dari perjanjian dan haruslah sesuai dengan undang-undang dan tidak berlawanan dengan kesusilaan dan ketertiban umum.

Keempat syarat sah kontrak dalam hukum nasional Indonesia seperti di atas, dibagi menjadi dua kategori untuk syarat kebatalannya, yakni syarat kesepakatan dan kecakapan merupakan syarat subyektif sehingga apabila tidak memenuhi kedua syarat tersebut kontrak yang telah dibuat dapat dibatalkan. Sedangkan syarat suatu hal tertentu dan suatu sebab yang halal merupakan syarat obyektif yaitu apabila syarat tersebut tidak terpenuhi, perjanjian atau kontrak yang telah dibuat batal demi hukum dan dianggap perjanjian tersebut tidak pernah ada.

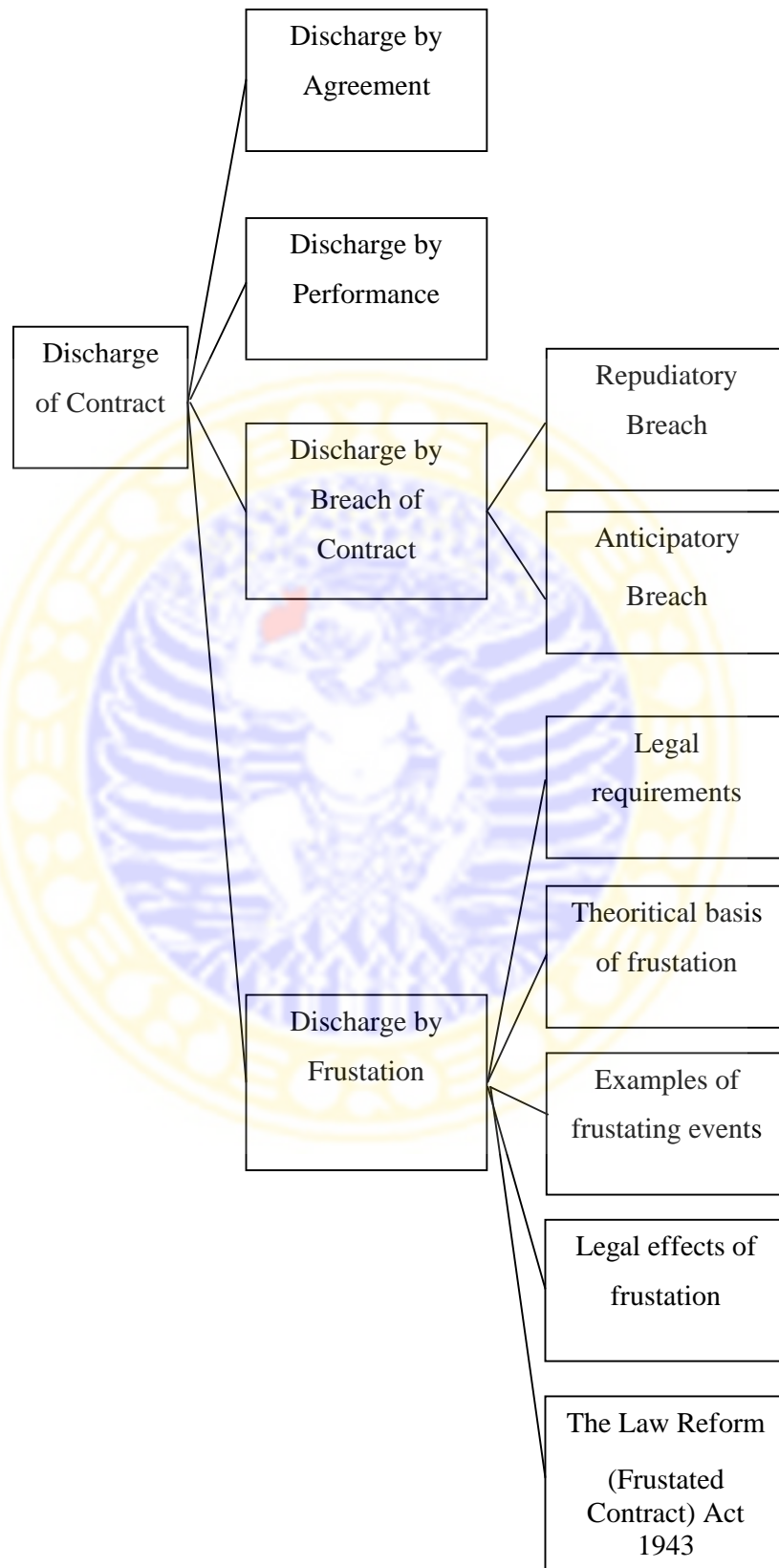
#### 2.1.2. Teori Kegagalan Pemenuhan Isi Kontrak

Setelah kontrak mencapai kesepakatan dan telah memenuhi syarat sahnya kontrak, maka para pihak diwajibkan untuk melaksanakan hak dan kewajiban yang telah disepakati para pihak dalam klausul kontrak. Permasalahan timbul manakala para pihak yang telah terikat secara hukum tersebut, salah satu pihak tidak melaksanakan kewajiban sehingga merugikan pihak lain, dimana kewajiban salah satu pihak merupakan hak dari pihak lainnya.

---

<sup>43</sup>Agus Yudha Hernoko, "**Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial**", Kencana, Jakarta, 2010, h. 161-162





**Bagan 2: Discharge of Contract dalam sistem Common Law**

Dalam sistem common law, kegagalan pemenuhan kewajiban kontrak dapat dilihat dari jenis alasan *discharge of contract*/ pemberhentian kontrak. Terdapat empat jenis *discharge of contract* yaitu *discharge of contract by agreement*, *discharge by performance*, *discharge by breach of contract*, dan *discharge by frustration*.<sup>44</sup>

*Discharge by agreement* merupakan pemberhentian kontrak yang disebabkan oleh perjanjian yang dibuat oleh kedua belah pihak itu sendiri. Terdapat tiga macam alasan pemberhentian kontrak karena perjanjian antara lain sebagai berikut:<sup>45</sup>

- a. *A contract may, by a termination clause, expressly confer a right of discharge, especially in commercial contracts;*
- b. *A contract may be discharged by an express agreement to terminate it;*
- c. *A contract may be discharged by implied agreement between the parties.*

Sehingga tiga alasan tersebut adalah karena pada perjanjian tersebut memang terdapat klausul pemberhentian kontrak, terdapat kesepakatan yang tegas untuk memberhentikan perjanjian tersebut dan terdapat kesepakatan tersirat diantara para pihak.

Kedua adalah pemberhentian kontrak akibat *discharge by performance* yang dapat dijadikan sebagai standar penentuan pemberhentian kontrak adalah ketika para pihak telah melaksanakan apa yang telah dijanjikan untuk dilakukan saat terikat dengan kontrak tersebut. *The general rule regarding performance of*

---

<sup>44</sup> Tracey Hough dan Kathrin Kuhnel Fitchen, Op.Cit., h. 178-204

<sup>45</sup> Ibid., h. 179-180

*contract is that each party must precisely perform the obligations which he promised to perform when agreeing to be bound by the contract.*<sup>46</sup>

Selanjutnya pemberhentian kontrak menurut sistem common law adalah *discharge by breach of contract*, atau dalam sistem civil law kegagalan pemenuhan isi kontrak oleh salah satu pihak sehingga merugikan pihak lainnya dikenal dengan istilah wanprestasi. Dalam breach of contract terdapat dua macam keadaan yaitu *repudiatory breach* dan *anticipatory breach of contract*. Dalam *repudiatory breach*, pihak yang tidak bersalah diberikan dua hak untuk memilih, apakah akan memberlakukan kontrak tersebut dengan menerima pelanggaran yang terjadi atau menolak pelanggaran yang terjadi.

*A repudiatory breach gives the innocent party a right to elect between treating the contract as 'at the end' (sometimes referred to as 'accepting the breach') or affirming the contract (sometimes referred to as 'rejecting the breach')*<sup>47</sup>

Sedangkan *anticipatory breach of contract* menunjukkan keadaan ketika salah satu pihak dihadapkan dengan kata-kata atau tindakan oleh pihak yang melakukan pelanggaran sebelum melakukan tindakan secara jelas maupun tersirat bahwa pihak yang lain yang tidak melaksanakan kontrak secara keseluruhan atau akan melakukan *repudiatory breach*.

*The term 'anticipatory breach denotes the situation in which one party is confronted with words or actions by the other party which make it-prior to performance the contract at all or will commit a repudiatory breach of it.*

Bentuk yang terakhir, *discharge by frustration* yang dalam sistem civil law dikenal sebagai *force majeure*. Selain wanprestasi atau *breach of contract*, sistem

---

<sup>46</sup> Ibid, h. 180

<sup>47</sup> Ibid. h. 188

*civil law* seperti Indonesia mengenal teori kegagalan pemenuhan isi kontrak adalah *force majeure*. Khusus untuk wanprestasi, kegagalan memenuhi isi kontrak disebabkan karena salah satu pihak secara sengaja melakukan hal tersebut sehingga untuk dapat memenuhi prestasi sesuai dengan isi kontrak maka pihak yang dirugikan dapat mengajukan gugatan. Sedangkan *force majeure* mempunyai definisi sebagai peristiwa yang tidak dapat diduga yang terjadi diluar kehendak dari salah satu pihak yang tidak dapat memenuhi isi kontrak, peristiwa yang dimaksud dapat berupa bencana alam seperti tsunami, banjir, gempa bumi.

Selanjutnya, kegagalan memenuhi kewajiban juga diakibatkan oleh keadaan sulit/*hardship* yang oleh hukum Indonesia belum diatur pada perundang-undangan nasional. Belum diaturnya *hardship* oleh perundangan nasional maka untuk mengetahui definisi dari *hardship* perlu dikaji UPICC pasal 6.2.2 yang mendeskripsikan *hardship* yang mengandung tiga unsur penting yaitu:<sup>48</sup>

- a. Perubahan keseimbangan kontrak secara fundamental;
- b. Meningkatnya biaya pelaksanaan kontrak;
- c. Menurunnya nilai pelaksanaan kontrak.

Dapat disimpulkan bahwa, pada sistem *common law* terdapat empat keadaan dimana para pihak gagal atau tidak dapat memenuhi isi kontrak yang telah mereka sepakati, empat keadaan tersebut dapat ditelusuri dari teori kegagalan pemenuhan isi kontrak pada sistem *common law*. Empat keadaan tersebut yaitu *discharge by agreement* dimana pemberhentian kontrak disebabkan

---

<sup>48</sup> Lihat Agus Yudha Harnoko, Op.Cit., h. 254

oleh perjanjian itu sendiri, kedua adalah *discharge by performance* dimana yang dijadikan standar pelanggaran adalah berdasarkan tindakan para pihak terhadap kewajiban-kewajiban yang seharusnya dilakukan, selanjutnya adalah *discharge by breach of contract* dan *discharge by frustration*.

Sedangkan dalam sistem hukum Indonesia yang menganut civil law, terdapat tiga keadaan kegagalan pemenuhan isi kontrak, pertama wanprestasi atau dalam istilah common law disebut *breach of contract*, kedua adalah *force majeure* atau *discharge by frustration* dan yang terakhir belum dimasukkan kedalam sistem hukum Indonesia namun berperan cukup penting adalah *hardship* atau keadaan sulit.

### 2.1.3. Teori Pemenuhan Isi Kontrak/ Remedies

Teori selanjutnya yang akan dibahas adalah teori pemenuhan isi kontrak, setelah kegagalan pemenuhan isi kontrak oleh salah satu pihak, maka pihak yang dirugikan akan melakukan tindakan secara damai dengan kesepakatan maupun upaya hukum sesuai dengan kesepakatan para pihak yang telah tercantum dalam klausula penyelesaian sengketa pada kontrak yang telah dibuat. Dalam istilah sistem *common law* pemenuhan isi kontrak yang dapat ditempuh oleh pihak yang dirugikan tersebut disebut dengan istilah *remedies*.

Empat jenis *remedies* yang dikenal dalam sistem hukum common law yaitu, *debt* (hutang), *damages* (kerugian), *specific performance* (tindakan khusus), dan *injunction* (keputusan). *Debt* dan *damages* adalah jenis *remedies* yang paling



banyak ditemui di sistem hukum common law, *sedangkan specific performance* dan *injuction* lebih jarang ditemui.<sup>49</sup>

Istilah *debt* atau dapat pula disebut *action for the price* digunakan oleh para penjual atau supplier untuk menetapkan besaran uang berdasarkan pada kontrak yang ada, para penjual tersebut akan menerima sejumlah uang dari pihak pembeli, namun para penjual tersebut belum mendapatkannya. Sedangkan untuk istilah *damages* lebih ditekankan pada *breach of contract* atau pelanggaran karena wanprestasi. Gambaran perbedaan antara *debt* dan *damages* digambarkan sebagai berikut:<sup>50</sup>

*A damages claim is the default contract remedy and arises as of right (i.e. without any judicial discretion), at least in its nominal form, whenever one contracting party has not properly performed those obligations which he owes to the other. If the claimant can prove such a failure in performance, he will always be awarded damages.*

Dari gambaran diatas, perbedaan yang mendasarkan antara *debt* dan *damages* adalah beban pembuktian pada tindakan pihak yang gagal memenuhi isi kontrak. Apabila *debt*, hanya mengenai sejumlah uang yang belum terbayarkan karena kegagalan memenuhi kontrak sedangkan apabila *damages* merupakan kegagalan pemenuhan isi kontrak yang disebabkan *breach of contract* atau wanprestasi yang gugatan *remedies* nya harus disertai dengan beban pembuktian.

Selanjutnya, pada sistem hukum Indonesia, terjadinya wanprestasi sehingga menimbulkan kerugian bagi salah satu pihak maka pihak yang mengalami kerugian tersebut dapat melakukan upaya hukum dengan mengajukan gugatan

---

<sup>49</sup> Lihat Tracey Hough dan Kathrin Kuhnelt Fitchen, Op.Cit., h. 208-209

<sup>50</sup> Ibid. h. 210

ganti rugi. Apabila dalam sistem common law mempunyai istilah *debt* dan *damages* sebagai dasar gugatan ganti rugi maka dalam sistem hukum Indonesia mempunyai gugatan ganti rugi yang meliputi tiga hal berdasarkan pasal 1243 BW yaitu:

*“Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya”* .

Bunyi pasal 1243 BW tersebut tiga gugatan yang dapat diajukan untuk para pihak yang telah dirugikan akibat wanprestasi adalah pertama, biaya yang merupakan seluruh pengeluaran yang dikeluarkan secara nyata/rill, kedua adalah rugi yang berarti kerusakan atau hilangnya nilai harta kekayaan yang dimiliki oleh pihak yang dirugikan karena tidak terpenuhinya isi kontrak, dan terakhir adalah bunga yang merupakan keuntungan yang sudah diperhitungkan sebelumnya. Selain gugatan ganti rugi, terdapat empat hak gugat lain yang dapat diajukan antara lain adalah gugatan pemenuhan isi kontrak, gugatan pembatalan kontrak, gugatan pemenuhan kontrak dan ganti rugi, dan gugatan pembatalan kontrak dan ganti rugi.

## 2.2 Klausula *Choice of Law* dan *Choice of Forum* Sebagai Klausula Penyelesaian Sengketa

Perbedaan sistem hukum yang dianut negara-negara di dunia dapat menimbulkan adanya sengketa antara para pihak yang melakukan jual beli lintas batas negara, sehingga untuk menghindari konflik yang terjadi maka para pihak

dalam kontraknya dianjurkan mencantumkan klausula pilihan hukum dan pilihan yurisdiksi.

Kontrak jual beli merupakan suatu persetujuan tentang perikatan ketika pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah diperjanjikan.<sup>51</sup> Para pihak baik penjual maupun pembeli terikat untuk melaksanakan hak dan kewajiban yang tercantum pada kontrak jual beli yang telah dibuat. Kontrak jual beli tersebut dibuat dengan prinsip kebebasan berkontrak/ *party autonomy* sehingga konsekuensi logis dari diberlakukannya prinsip ini adalah para pihak dapat menentukan sendiri *choice of law* dan *choice of forum*.<sup>52</sup>

### 2.2.1 Perbedaan *Choice of Law* dengan *Choice of Forum*

Istilah pilihan hukum mempunyai beberapa istilah dalam bahasa lain yang berhubungan erat dengan prinsip fundamental hukum kontrak, yakni *partij-autonomie* (Belanda), *partieautonomie* atau *autonomie des parties* (Prancis). Istilah asing tersebut bermakna sama yaitu pilihan hukum yang mempunyai pengertian sebagai kebebasan para pihak untuk melakukan pilihan dimana para pihak diberi kebebasan memilih sendiri hukum yang dipakai dalam kontrak mereka.<sup>53</sup> Schmitthoff mendefinisikan klausul ini sebagai berikut : "... *a clause by*

---

<sup>51</sup> Moch. Faisal Salam, "**Penyelesaian Sengketa Bisnis Secara Nasional dan Internasional**", Mandar Maju, Bandung, 2007, h.14

<sup>52</sup> Munir Fuady, "**Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)**" Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, h. 137

<sup>53</sup> Sudargo Gautama, "**Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia**", Binacipta, Bandung, 1987, h.168

*which the parties submit the contract or other relationships of autonomous character to the law of a particular country”<sup>54</sup>.*

Dalam keadaan tertentu, prinsip *party autonomy* seringkali memicu timbulnya sengketa diantara para pihak. Terdapat dua faktor yang seringkali memicu timbulnya sengketa kontrak tersebut, yaitu yang pertama adalah itikad baik para pihak (*good faith*) dan yang kedua adalah kecermatan dalam berkontrak.<sup>55</sup> Faktor kedua inilah yang lahir akibat dari adanya prinsip *party autonomy* menuntut keahlian dan kecermatan para pihak dalam merancang klausula kontrak yang akan menentukan ada tidaknya masalah yang akan timbul dikemudian hari. Klausul pilihan hukum diibaratkan Sudargo Gautama sebagai persoalan utama di bidang hukum perdata yaitu arti dari kehendak manusia untuk bidang hukum.<sup>56</sup>

Klausula pilihan hukum dan pilihan yurisdiksi adalah salah satu klausul penting dalam penyusunan kontrak jual beli internasional, kedua klausul ini termasuk kedalam bagian *boilerplate* dari kontrak yang memuat klausul teknis dan standar umum. Pentingnya adanya klausul *boilerplate* dalam kontrak jual beli internasional adalah untuk menjalankan keseluruhan isi dari kontrak.<sup>57</sup>

Tujuan dari adanya klausul pilihan hukum adalah untuk memberikan prediktabilitas bagi para pihak tentang sistem hukum negara mana atau konvensi

---

<sup>54</sup> M.Schmitthoff, “**International Trade Law and Private International Law**” dalam Chia-Jui Cheng (ed.) “**Clive M. Schmitthoff’s Essays on International Trade Law**”, Martinus Nijhoff Publ., The Netherlands, 1988, h. 508-509 lihat juga Huala Adolf, *Op.Cit.*, h. 138

<sup>55</sup> Ida Bagus Wyasa, “**Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional Dalam Transaksi Bisnis Internasional**” Refika Aditama, Bandung, 2008

<sup>56</sup> Sudargo Gautama, *Op.Cit.*h.169

<sup>57</sup> Afifah Kusumadara, “**Kontrak Bisnis Internasional Elemen Elemen Penting Dalam Penyusunannya**”, Sinar Grafika, 2013, h.77

internasional mana yang akan diberlakukan untuk menyelesaikan sengketa yang timbul akibat dari kontrak dikemudian hari.<sup>58</sup> Pemilihan sistem hukum suatu negara atau pemilihan konvensi internasional sangat tergantung dari kesepakatan para pihak itu sendiri.

Berbeda dengan tujuan klausul pilihan hukum yang menentukan sistem hukum atau konvensi internasional dalam menyelesaikan sengketa, klausul pilihan forum atau *choice of jurisdiction* mempunyai tujuan untuk memberikan prediktibilitas bagi para pihak tentang di negara atau di forum manakah para pihak akan menyelesaikan sengketa mereka di kemudian hari.<sup>59</sup>

### 2.2.2 Prinsip Dasar *Choice of Law*

Pilihan hukum atau *choice of law* menurut Sudargo Gautama didasarkan pada beberapa alasan, pertama, yang bersifat falsafah, kedua yang bersifat praktis, ketiga bersifat kebutuhan, yaitu sebagai kebutuhan untuk melakukan transaksi internasional.<sup>60</sup> Alasan tersebut tersebut dijabarkan sebagai berikut:<sup>61</sup>

- a. Bersifat falsafah menunjuk pada pengakuan terhadap kehendak manusia sebagai sesuatu yang mendasar yang senantiasa harus diperhatikan dalam mengatur kehidupan mereka. Prinsip *party autonomi* memberi kesempatan kepada para pihak untuk secara bebas menentukan kemauannya sendiri;

---

<sup>58</sup> Morton Moski, “**Commercial Contracts: Strategies for Drafting and Negotiating**”, Aspen Publishers, Inc, 2005, h-2-3, lihat juga *ibid.*, h.78

<sup>59</sup> Munir Fuadi, *Op.Cit.* h. 137

<sup>60</sup> Sudargo Gautama, “**Kapita Selecta Hukum Perdata Internasional**”, Alumni, Bandung, 1983, h.72 lihat juga Moch. Faisal Salam, *Op.Cit.*, h. 15

<sup>61</sup> *Ibid.*



- b. Bersifat praktis memberikan pertimbangan para pihak untuk secara praktis mempertimbangkan hukum yang dipilih serta akibat dari pilihan tersebut;
- c. Bersifat kebutuhan merupakan cara bagi para pihak untuk lebih menjamin kepastian hukum bagi transaksi yang dilakukan serta pelaksanaan akibat transaksi termasuk penanganan sengketa yang mungkin timbul.

Terdapat empat keadaan yang berhubungan dengan hukum yang berlaku pada hukum kontrak internasional yakni macam pilihan hukum berdasarkan bentuknya seperti yang disampaikan oleh Huala Adolf sebagai berikut:<sup>62</sup>

- a. Pilihan hukum yang dinyatakan secara tegas oleh para pihak (*uitdrukkelijk met zovele woorden*)

Tujuan dari klausul pilihan hukum adalah untuk menentukan sistem hukum negara mana atau konvensi internasional mana yang akan diberlakukan untuk menyelesaikan sengketa, oleh karenanya para hakim yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dapat menerapkan hukum yang berlaku sesuai dengan isi kontrak dengan dasar prinsip *pacta sunt servanda* (kontrak yang dibuat oleh para pihak mengikat bagai undang-undang). Para pihak mencantumkan klausul pilihan hukum secara tegas dalam kontrak internasionalnya dengan memperhatikan hal sebagai berikut:

1. Hukum yang dipilih adalah hukum negara dari salah satu pihak;
2. Hukum yang dipilih diperbolehkan dari dua hukum yang berbeda;
3. Para pihak diperbolehkan memilih hukum negara pihak ketiga, dengan syarat harus ada kaitan yang sesuai dengan isi kontrak tersebut;

---

<sup>62</sup> Lihat Huala Adolf, Op.Cit., h. 145-146

b. Pilihan hukum secara diam-diam (*stilizwijgend*)

Pilihan hukum secara diam-diam ini para pihak tidak secara tegas memilih hukum negara mana ataupun konvensi internasional yang mana, namun pilihan hukum secara diam-diam ini dapat disimpulkan berdasarkan sikap dari isi dan bentuk kontrak.<sup>63</sup>

c. Pilihan hukum diserahkan kepada pengadilan

Para pihak dapat menyerahkan pemilihan pilihan hukumnya kepada pengadilan apabila para pihak merasa kesulitan sehingga tidak dapat memutuskan pilihan hukum yang akan menyelesaikan perkara sengketa yang terjadi antara kedua belah pihak. Diserahkan kepada pengadilan dimaksudkan bukan hanya pada forum pengadilan namun juga pada forum alternatif sengketa yang lain, sehingga pilihan hukum akan diputuskan oleh hakim yang ditunjuk.

d. Tidak ada pilihan hukum

Klausul pilihan hukum bukan merupakan salah satu syarat dari keabsahan kontrak, namun tidak adanya klausul ini dapat menimbulkan permasalahan mengenai hukum mana yang diterapkan apabila terjadi sengketa diantara para pihak. Terdapat lima teori mengenai tidak adanya pilihan hukum yang dikemukakan oleh Sudargo Gautama sebagai berikut:

1. *The Proper Law Theory*

Teori the proper law mengarahkan pilihan para pihak apabila tidak terdapat klausul pilihan hukum dalam kontrak yang telah dibuat maka

---

<sup>63</sup> Lihat Sudargo Gautama, Op.Cit., h.177-178

hukum yang berlaku adalah hukum yang paling pantas dengan pertimbangan yang objektif dan logis.<sup>64</sup> Menurut teori ini, ketentuan dan fakta-fakta yang berkaitan dengan kontrak tersebut dianalisis untuk menetapkan hukum yang sebenarnya diinginkan oleh para pihak, atau yang disebut Sudargo Gautama sebagai “*the parties had in mind*”

## 2. Teori *Lex Loci Contractus*

Menurut teori ini, perjanjian/kontrak yang tidak dicantumkan klausul pilihan hukumnya, ditentukan oleh tempat dimana kontrak tersebut dilahirkan. Gambaran teori *lex loci contractus* adalah sebagai berikut, apabila A warganegara Prancis melakukan kontrak jual beli dengan B warganegara Indonesia, kontrak disepakati dan ditandatangani di Algeria, maka apabila terjadi sengketa antara A dan B dan dalam perjanjian tersebut tidak ditemukan klausul pilihan hukum, maka sistem hukum yang berlaku menyelesaikan sengketa para pihak adalah sistem hukum Algeria tempat dimana kontrak antara A dan B dilahirkan.

## 3. Teori *Lex Loci Solutionis*

Berbeda dengan teori *lex loci contractus* memutuskan pilihan hukum berdasarkan tempat ditandatanganinya kontrak, teori *lex loci solutionis* menentukan pilihan hukum berdasarkan tempat dimana kontrak tersebut dilaksanakan. Gambaran teori ini dengan para pihak A dan B seperti yang telah disebutkan sebelumnya adalah sebagai berikut,

---

<sup>64</sup> Munir Fuady, Op.Cit. h. 146

setelah kesepakatan terjadi dan kontrak ditandatangani di Algeria, penyerahan barang dari A sebagai penjual kepada B dilakukan di negara Norwegia, maka menurut teori ini apabila terjadi sengketa, sistem hukum yang digunakan adalah sistem hukum Norwegia tempat dimana kontrak tersebut dilaksanakan.

#### 4. Teori *Lex Fori*

Teori *lex fori* yang apabila diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia merupakan hukum sang hakim, dimana pilihan hukum yang diterapkan merupakan pilihan hukum sang hakim sehingga dapat mengabaikan teori-teori sebelumnya dan keputusan yang diambil lebih cepat dan praktis. Gambaran teori ini sebagai berikut, A dan B setelah kontrak disepakati ternyata B gagal untuk memenuhi isi kontrak, A dan B bersepakat untuk menentukan pilihan hukum untuk menyelesaikan perkara keduanya dengan pilihan hukum yang dipilih oleh hukum si hakim yang akan memutus perkara tersebut.

#### 5. Teori *The Most Characteristic Connection*

Teori *the most characteristic connection* merupakan teori yang oleh Sudargo Gautama dianggap sebagai teori yang paling sesuai dalam memutuskan perkara kontrak yang dihadapi oleh para pihak apabila tidak ditemukan klausul pilihan hukum dalam kontrak mereka. *The most characteristic connection* mempunyai deskripsi sebagai penentuan pilihan hukum dimana dilihat dari pihak yang paling berkarakter atau pihak yang prestasinya lebih menonjol yang dipilih sebagai sistem

hukum yang diterapkan. Gambarannya sebagai berikut, A dan B sebagai para pihak dalam kontrak, pada saat B melakukan *breach of contract*, maka pilihan hukum yang diterapkan dapat dilihat berdasarkan pihak mana yang paling berkarakter dalam melakukan prestasinya, misalkan aktivitas banyak dilakukan di Indonesia negara asal A, maka sistem hukum yang berlaku adalah sistem hukum Indonesia.

### 2.2.3. Pembatasan *Choice of Law*

Pemilihan klausula pilihan hukum ini harus memperhatikan dan menghubungkannya dengan klausul pilihan hukum, hal tersebut dikarenakan yurisdiksi setiap negara di dunia ini memiliki hukum nasionalnya sendiri yang mengatur mengenai *choice of law*.<sup>65</sup> Huala Adolf mengemukakan setidaknya ada sepuluh pembatasan dalam pemilihan pilihan hukum yang dilakukan oleh para pihak:<sup>66</sup>

- e. Tidak melanggar ketertiban umum;
- f. Hanya di bidang hukum kontrak;
- g. Harus ada kaitannya dengan kontrak yang bersangkutan;
- h. Tidak untuk menyelundupkan hukum;
- i. Tidak untuk transaksi tanah atau hak-hak atas benda tak bergerak;
- j. Tidak boleh mengenai ketentuan hukum perdata dengan sifat publik;
- k. Melanggar itikad baik;
- l. Pilihan hukum digunakan untuk menghindari tanggung jawab pidana;
- m. Adanya aturan-aturan hukum yang sifatnya memaksa;
- n. Hukum substantif yang dipilih mengatur objek kontrak.

---

<sup>65</sup> Lihat Afifah Kusumadara, Op.Cit, h.82

<sup>66</sup> Huala Adolf, Op.Cit. 153-157



### 2.3 *Lex Mercatoria* sebagai *Applicable Substantive Law* pada Forum Arbitrase Internasional

Adakalanya para pihak mencantumkan arbitrase sebagai *choice of forum* dalam kontrak mereka, penyelesaian sengketa melalui forum arbitrase merupakan pilihan yang telah disepakati oleh para pihak yang berkontrak melalui pencantuman klausula pilihan yurisdiksi/forum. Kata Arbitrase sendiri berasal dari bahasa latin yaitu "*arbitrare*" atau istilah dalam bahasa Belanda, Prancis dan Jerman disebut *Arbitrage* yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan.<sup>67</sup> Kebijakan yang dimaksud disini merupakan kebijaksanaan hakim arbiter dalam memutus perkara arbitrase dengan menimbang kaidah-kaidah hukum setelah mendengarkan keterangan kedua belah pihak yang berperkara. Dalam hukum nasional Indonesia, pengertian dari arbitrase dijelaskan pada Undang-Undang No 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 1 butir 1 yaitu: "Cara penyelesaian suatu sengketa perdata diluar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa".

Perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak, dapat diletakkan di dalam kontrak sebagai salah satu klausul isi kontrak dan dapat juga diletakkan terpisah dari perjanjian utamanya yakni dengan perjanjian setelah adanya sengketa. Hal ini seperti yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya.<sup>68</sup>

*"There are two distinct bodies of law applicable to every international arbitration. The first is the law applicable to the arbitral*

<sup>67</sup> Lihat Moch. Faisal Salam, Op.Cit, h. 140

<sup>68</sup> John B.Tieder Jr., et.al, Op.Cit, h. 103

*proceedings itself. This is usually determined by the parties choice of the **arbitral administrative body**, such as the International Chamber of Commerce (ICC), and the corresponding arbitration rules.”*

*“The second body of law is **the substantive law applicable** to the matter being arbitrated. This is **usually decided by the parties** in the contract that is the subject of the arbitration or in the separate arbitration agreement in a post-dispute agreement to arbitrate. In the absence of an agreement, the substantive law applicable to the matter is decided by arbitral tribunal applying the choice of law provision of the seat of arbitration.”*

Menurut pendapat Tieder tersebut, terdapat dua jenis hukum yang diterapkan pada setiap arbitrase internasional, yakni yang pertama adalah hukum yang berlaku pada proses prosedur arbitrase seperti ICC dan aturan arbitrase yang terkait sedangkan yang kedua adalah hukum substantif atas perkara yang sedang diperiksa, biasanya hukum substantif ini dipilih oleh para pihak dalam kontrak melalui perjanjian arbitrase dimana perjanjian arbitrase tersebut dapat diletakkan didalam kontrak yang dibuat oleh para pihak sebagai salah satu klausul isi kontrak atau melalui perjanjian arbitrase yang terpisah yang dibuat setelah timbulnya sengketa.

Jenis hukum kedua yang diterapkan pada arbitrase internasional tersebut mempunyai korelasi dengan klausul pilihan hukum, dimana nantinya pilihan para pihak mengenai sistem hukum negara mana atau konvensi internasional mana yang akan diberlakukan untuk menyelesaikan sengketa yang timbul sehingga jenis hukum kedua yang diterapkan tersebut disebut sebagai *substantive law applicable* arbitrase. Dengan didasarkan pada prinsip *party autonomy* para pihak diberikan kebebasan memilih hukum substantif arbitrase mereka dengan batasan-batasan terhadap pilihan hukum yang telah dijelaskan pada subbab sebelumnya. Para pihak bebas menentukan sistem hukum negara mana atau dalam artian hukum

nasional negara mana yang diterapkan apabila terjadi pelanggaran isi kontrak oleh para pihak, atau para pihak menentukan konvensi internasional yang mana yang diterapkan sebagai hukum substantif. Dalam hal para pihak tidak mencantumkan pilihan hukum mereka, maka hukum substantif yang diterapkan pada kasus tersebut diputuskan oleh lembaga arbitrase yang menerapkan ketentuan pilihan hukumnya sendiri. Konvensi internasional yang dimaksud dapat berupa *lex mercatoria* yaitu hukum kebiasaan internasional yang berkembang dalam praktik dan telah diadopsi kedalam konvensi internasional.<sup>69</sup>

### 2.3.1 Perkembangan Lex Mercatoria dalam Hukum Kontrak Bisnis Internasional

Istilah *lex mercatoria* berasal dari bahasa latin, *lex* yang dalam bahasa Inggris disebut *law* yang berarti hukum, dan *mercatoria* atau *merchant* dalam bahasa Inggris yang berarti para pedagang.<sup>70</sup> Pengertian *lex mercatoria* dan peranannya sebagai *substantive law applicable* arbitrase dapat diketahui sebagai berikut:<sup>71</sup>

*The quest for a third legal order stems from many jurists conviction that neither municipal law nor international law is appropriate or suitable for dealing with international commercial disputes when parties from different countries are involved. In their view, a national legal system may not be sensitive to the expectations of disputing party from a different national legal background, and international law proper may not be adequate to deal with cross-border commercial transactions. Thus, a third legal order, popularly known as the lex mercatoria, which is*

<sup>69</sup> Lihat Taryana Soenandar, Op.Cit, h. 8

<sup>70</sup> Lihat Ibid., h. 15

<sup>71</sup> Abul F.M. Maniruzzaman, "The Lex mercatoria And International Contracts: A Challenge For International Commercial Arbitration?", Maniruzzaman Published, 2006, h. 658

*neither national nor international law but the mixture with the characteristics of both, is an attractive option.*

Dari pendapat yang diungkapkan oleh Maniruzzaman tersebut, dapat disimpulkan bahwa saat sengketa kontrak internasional terjadi sistem hukum yang dipilih oleh para pihak mungkin tidak cukup memadai untuk menyelesaikan permasalahan yang terjadi, maka *lex mercatoria* yang merupakan orde hukum ketiga dan tidak termasuk dalam hukum nasional maupun hukum internasional tetapi merupakan kombinasi karakteristik dari hukum nasional dan hukum internasional tersebut dapat menjadi salah satu pilihan yang digunakan sebagai hukum substantif.

Perkembangan *lex mercatoria* dalam hukum kontrak internasional bermula pada masa kekaisaran kuno khususnya kekaisaran Romawi yang telah menyatukan sistem hukum yang mengatur hubungan bisnis dalam lingkup wilayah mereka. Akan tetapi, bagaimanapun Romawi juga melakukan hubungan dagang diluar wilayah mereka, namun belum ada hukum negara tertentu yang berlaku untuk perdagangan, khususnya setelah runtuhnya kekaisaran Romawi.<sup>72</sup>

*Ancient empires- the Phoenicians, the Greeks, and especially the Romans, had unified legal systems that governed business relationships within their borders. Even the Romans, however, traded outside their borders, but there was no state law governing trade, especially when the Roman Empire collapsed.*

*There was little in the way of commercial law beyond the imposition of taxes within or at the borders of a particular jurisdiction. The response of traders to this lack of law was to develop their own customs and practices, which eventually became known as lex mercatoria or "law merchant". Lex mercatoria was not law in the sense of being devised and imposed by the force of a political entity. Rather,*

---

<sup>72</sup> Lihat John B. Tieder, Carter B. Reid, et.al, Op.cit., h. 104



*it was devised by those who participated in trade, so that they could conduct their affairs with some degree of predictability. Enforcement was not imposed by an outside entity; enforcement was implemented by exclusion from the marketplace.*

Tidak adanya hukum yang mengatur hubungan kontrak yang melampaui batas negara, sebagai respon atas masalah ini para pedagang mengembangkan kebiasaan dan praktik mereka yang selanjutnya dikenal sebagai *lex mercatoria* atau hukum para pedagang. *Lex Mercatoria* ini bukan dirancang dan diberlakukan oleh kekuatan politik, tetapi dirancang oleh mereka yang terlibat langsung dalam perdagangan, sehingga mereka dapat melakukan perdagangan mereka secara pasti. Penerapannya tidak ditentukan oleh kekuatan diluar mereka tetapi oleh pasar.

Para sarjana hukum masih banyak memperdebatkan sumber dari *lex mercatoria* ini, seperti pendapat dari Professor Lando yang telah merinci beberapa elemen dari *lex mercatoria* yakni:<sup>73</sup>

- a. *Public International Law* (hukum publik internasional);
- b. *Uniform Laws* (hukum yang seragam);
- c. *The General Principles of Law* (prinsip hukum umum);
- d. *The Rules of International Organizations* (aturan organisasi internasional);
- e. *Customs and Usages* (Kebiasaan dan Praktik);
- f. *Standard Form Contracts* (Bentuk Kontrak Standar);
- g. *Reporting of Arbitral Awards* (Laporan Putusan Arbitrase).

---

<sup>73</sup> Lihat Abul F.M. Maniruzzaman, Op.Cit., h.673



Pendapat yang berbeda dikemukakan sebagai berikut:<sup>74</sup>

*Dasser Reckons, in his recent work on the lex mercatoria, that only **trade usages and general principles of law** may be considered as genuine sources of the lex mercatoria. Similiarly, in Professor Goode's view, only general principles and uncodified usages constitutes the lex mercatoria.*

Menurut Dasser Reckons dan Professor Goode di atas sumber asli dari *lex mercatoria* yakni kebiasaan dan kepatutan dalam perdagangan (*custom and usages*) dan prinsip hukum umum (*the general principles of law*). Prinsip hukum umum inilah yang akan menjadi hukum substantif pada arbitrase internasional.

### 2.3.2 *The General Principles of Contract Law* sebagai Hukum Substantif yang diterapkan pada Arbitrase Internasional

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, sumber asal dari *lex mercatoria* menurut pendapat para sarjana adalah *usages and customs* dan *the general principles of law*. Dalam ranah kontrak internasional, terdapat *the general principles of international contract law* yaitu *lex mercatoria* yang berhubungan dengan kontrak internasional. Pengertian dari *the general principles of international contract law* dijelaskan sebagai berikut:<sup>75</sup>

*General principles of international contract law can be described as those principles that are accepted by most (if not all) legal systems, for transactions between business (merchants), with accomodation for the international character of the transaction. They developed among merchants before political/legal states existed, merged into and, in some respects, survived in most national legal systems and have reemerged in the form of international conventions, customs, and practices to meet the needs of an increasingly international economy.*

---

<sup>74</sup> Lihat *Ibid.*, h. 674

<sup>75</sup> John B. Tieder dan Carter B. Reid et.al, *Op.Cit.*, h.110

Menurut pendapat Tieder, *general principles of international contract law* merupakan prinsip-prinsip yang telah diterima oleh hampir semua sistem hukum, untuk keperluan transaksi bisnis antar pedagang yang mengakomodasi karakter internasional dari transaksi antar negara. *General principles of international contract law* ini berkembang diantara para pedagang sebelum politik/hukum negara-negara ada, bahkan masuk menjadi hukum nasional dan bertahan dan tetap menjadi bagian dari sistem hukum nasional bahkan muncul dalam konvensi internasional kebiasaan dan praktik internasional untuk memenuhi perkembangan perdagangan internasional, dalam beberapa hal bertahan di sebagian besar sistem hukum nasional dan muncul kembali ke dalam bentuk konvensi internasional, praktik kebiasaan untuk memenuhi kebutuhan ekonomi internasional. Pada prinsipnya yang dimaksud *the general principles of international contract law* merupakan prinsip-prinsip hukum umum yang berhubungan dengan kontrak internasional yang terdapat pada konvensi internasional dan praktik-praktik kebiasaan pedagang yang telah dikodifikasikan UNIDROIT, CISG, dan PECL.

Di dalam konvensi internasional tersebut terdapat prinsip-prinsip hukum umum seperti contohnya pasal 1 ayat 1 UNIDROIT *Principles* yang mencantumkan prinsip hukum umum *Freedom of contract* sebagai berikut:<sup>76</sup>

*“The parties are free to enter into a contract and to determine its content”*

---

<sup>76</sup>*Ibid.*, h. 111

Pasal 1 ayat 7 UNIDROIT yang mencantumkan *good faith and fair dealing* :<sup>77</sup>

*“Each parties must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade”*

Beberapa contoh yang disebutkan merupakan deskripsi mengenai *the general principles of international contract law* yang termasuk ke dalam salah satu sumber *lex mercatoria* yang dijadikan sebagai hukum substantif arbitrase internasional. Selanjutnya apabila *lex mercatoria* merupakan orde hukum ketiga dan bukan bagian dari hukum nasional maupun hukum internasional, maka pada keadaan yang bagaimana *lex mercatoria* diterapkan sebagai hukum substantif forum arbitrase internasional dalam menyelesaikan sengketa hukum kontrak internasional, Tieder memberikan tiga gambaran keadaan *lex mercatoria* diterapkan dalam kontrak internasional yaitu:

1. *When these general principles are selected as the substantive law by the contracting parties;*
2. *When the contract has no choice of law provision; and*
3. *When they are applied even though the parties have selected a national law*

1. Ketika prinsip-prinsip umum ini dipilih sebagai hukum substantif oleh para pihak;
2. Ketika kontrak tidak menentukan klausul pilihan hukum;

---

<sup>77</sup>*Ibid.*

3. Ketika *lex mercatoria* diterapkan meskipun para pihak telah memilih salah satu hukum nasional.

Sehingga apabila diruntutkan dari awal dibentuknya kontrak internasional antara para pihak hingga diterapkannya hukum substantif arbitrase dalam perkara sengketa para pihak adalah sebagai berikut:

Para pihak yang terdiri dari dua atau lebih kewarganegaraan yang berbeda yang melakukan penawaran dan penerimaan akan bersepakat untuk menjamin kepastian hukum pelaksanaan kontrak mereka, maka kesepakatan tersebut dituangkan dalam suatu kontrak internasional, oleh karena itu apabila timbul sengketa dikemudian hari akibat dari cedera janji/*breach of contract* maka para pihak dapat menuntut hak-hak yang tidak dipenuhi oleh salah satu pihak ke dalam suatu forum penyelesaian sengketa berupa jalur litigasi maupun non litigasi yang sebelumnya telah dicantumkan di dalam klausula kontrak internasional tersebut. Klausul pilihan hukum dan pilihan forum yang dipilih berdasarkan prinsip *party autonomy* merupakan klausul yang sangat berpengaruh terhadap penyelesaian sengketa yang timbul di kemudian hari.

Jalur non litigasi berupa arbitrase cenderung banyak dipilih oleh para pihak. Hal ini dikarenakan arbitrase merupakan forum penyelesaian sengketa yang berkualitas, netral dan tidak *corrupt*. Terdapat dua macam hukum yang berlaku dan diterapkan pada arbitrase internasional yaitu hukum prosedur proses arbitrase itu sendiri dan hukum substantif arbitrase. Hukum substantif tersebut dapat berupa

sistem hukum nasional suatu negara atau konvensi internasional yang berhubungan dengan kontrak dan *lex mercatoria*.

