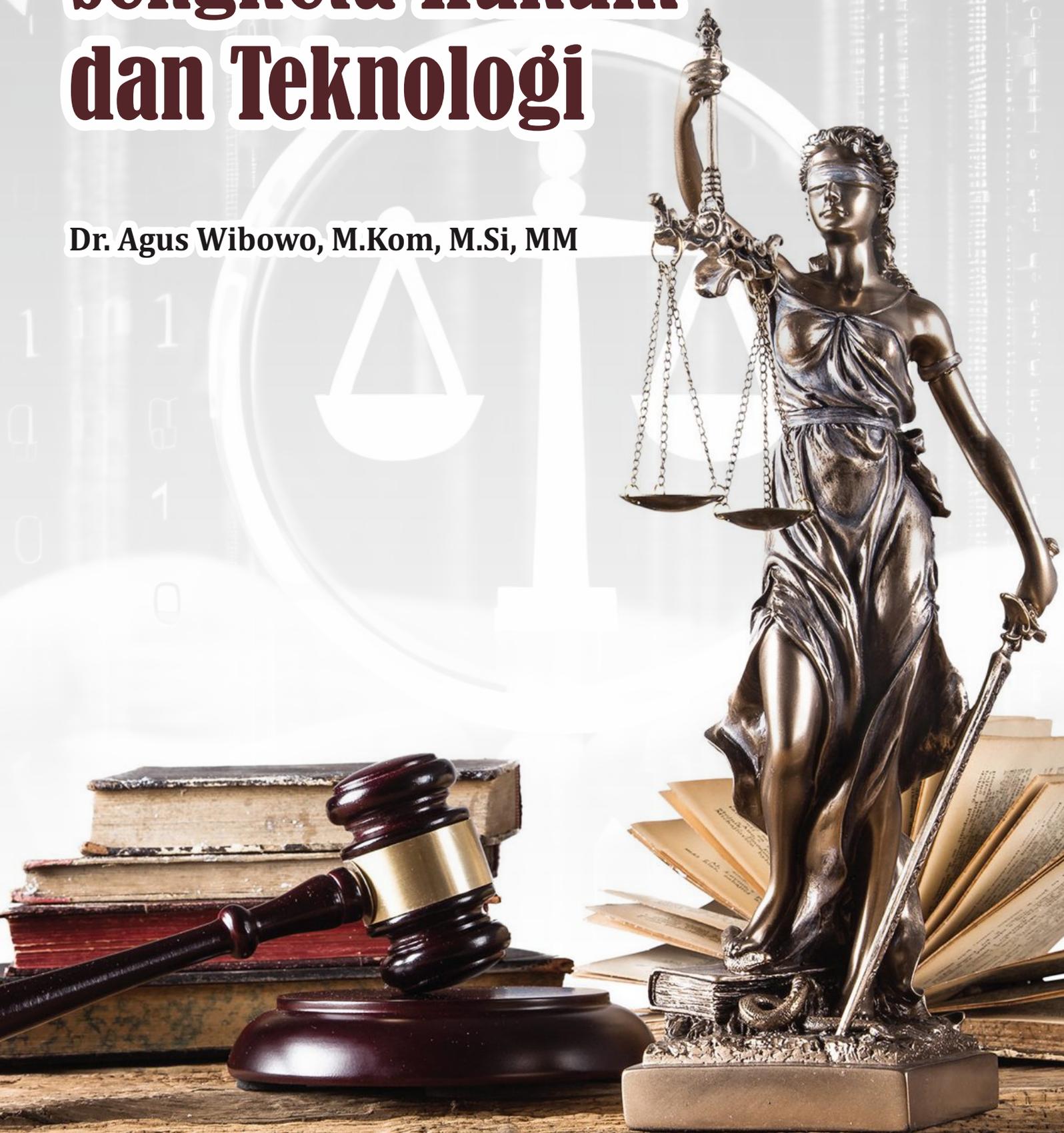




YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

Penyelesaian Sengketa Hukum dan Teknologi

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM



Penyelesaian Sengketa Hukum dan Teknologi

Penulis :

Dr. Agus Wibowo, M.Kom., M.Si., MM.

ISBN : 9 786238 120734

Editor :

Dr. Joseph Teguh Santoso, S.Kom., M.Kom.

Penyunting :

Dr. Mars Caroline Wibowo. S.T., M.Mm.Tech

Desain Sampul dan Tata Letak :

Irdha Yuniyanto, S.Ds., M.Kom.

Penebit :

Yayasan Prima Agus Teknik Bekerja sama dengan
Universitas Sains & Teknologi Komputer (Universitas STEKOM)

Redaksi :

Jl. Majapahit no 605 Semarang

Telp. (024) 6723456

Fax. 024-6710144

Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

Distributor Tunggal :

Universitas STEKOM

Jl. Majapahit no 605 Semarang

Telp. (024) 6723456

Fax. 024-6710144

Email : info@stekom.ac.id

Hak cipta dilindungi undang-undang

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara
apapun tanpa ijin dari penulis

KATA PENGANTAR

Puji Syukur kehadiran Tuhan Yang Maha Esa atas anugrah dan pertolongan-Nya sehingga penulis dapat menyelesaikan buku yang berjudul ***“Penyelesaian Sengketa Hukum Dan Teknologi”***. Buku ini dibuat bertujuan untuk menjadi bahan referensi dan sebagai buku bahan ajar, buku ini dibuat secara semaksimal dan sebaik mungkin agar menjadi manfaat bagi pembaca yang membutuhkan informasi dan pengetahuan mengenai bagaimana Hukum dan teknologi yang saling berkaitan dalam penyelesaian sengketa.

Hukum, teknologi, dan penyelesaian sengketa merupakan tiga aspek yang saling terkait dalam era modern ini. Hukum berperan sebagai kerangka regulasi yang mengatur penggunaan dan perkembangan teknologi. Dalam konteks ini, hukum bertindak sebagai panduan untuk memastikan bahwa teknologi digunakan secara etis, aman, dan sesuai dengan norma-norma yang berlaku. Sebagai contoh, hukum privasi data menjadi krusial dalam mengatur bagaimana data pribadi individu dihimpun, disimpan, dan digunakan oleh teknologi informasi. Dengan demikian, hukum menciptakan landasan yang kokoh untuk pengembangan dan pemanfaatan teknologi.

Namun, seiring dengan perkembangan teknologi, muncul berbagai sengketa yang memerlukan penyelesaian khusus. Oleh karena itu, penting untuk mengembangkan mekanisme penyelesaian sengketa yang sesuai dengan dinamika teknologi. Arbitrase dan mediasi menjadi alternatif yang populer dalam menyelesaikan sengketa teknologi, karena proses ini dapat lebih cepat dan fleksibel daripada melibatkan peradilan formal. Sebagai contoh, sengketa antara perusahaan teknologi dan konsumen dapat diselesaikan melalui proses mediasi yang melibatkan mediator yang memahami baik aspek hukum maupun teknologi terkait sengketa tersebut.

Buku ini terdiri dari 9 bab, yang terdiri dari bagian-bagian tersendiri yang memberikan pandangan utuh, baik tersendiri maupun saling berhubungan dengan bagian-bagian relevan di dalam buku. Di bawah ini kami merangkum secara singkat isi setiap bab. Pada bab 1, penulis membahas bagaimana awal memahami interaksi yang rumit antara hukum, teknologi, dan masyarakat yang merupakan langkah pertama dan penting dalam menilai dampak teknologi terhadap penyelesaian sengketa.

Bab 2 ini menjelaskan pilihan ontologis dan metodologis yang diambil dalam penelitian ini. Ujian ini dibagi menjadi dua bagian, bagian pertama berfokus pada pemahaman hukum dan kedua pada pemahaman teknologi. Dengan menggunakan teori sistem sosial sebagai titik awal, bab ini menjelaskan bagaimana hukum memperbaharui dirinya secara mandiri sekaligus tetap terbuka terhadap pengaruh sistem lain, termasuk sistem penggunaan TIK. Bab 3 ini menggambarkan krisis yang dipicu oleh penggunaan TIK dalam sistem hukum dengan memungkinkan meningkatnya privatisasi penegakan hukum. Pertama, berbagai contoh nyata teknologi penyelesaian sengketa dibahas untuk memberikan gambaran umum penerapan yang ada. Kedua, kebutuhan untuk mengkategorikan aplikasi-aplikasi ini diatasi dengan memperkenalkan taksonomi untuk teknologi penyelesaian sengketa. Setelah itu, kekurangan analogi teknologi sebagai pihak keempat dalam prosedur penyelesaian sengketa dikaji sebelum beralih ke bagian kedua bab yang menjelaskan perubahan dalam penegakan hukum.

Bab ini 4 menghubungkan kerangka teoritis teori sistem dengan perubahan bentuk-bentuk pemaksaan pribadi yang dimungkinkan oleh teknologi. Dimulai dengan penjelasan tentang bagaimana perbedaan antara penyelesaian sengketa publik dan privat pada awalnya diselaraskan setelah munculnya gerakan penyelesaian sengketa alternatif (ADR). Rekonsiliasi

dalam hidup berdampingan dan kerja sama secara damai ini disebut Model Ideal Tradisional, mengacu pada penerimaan publik terhadap ADR swasta selama monopoli negara dalam penegakan hukum tetap dipertahankan.

Dalam bab 5 ini, penggabungan struktural antara hukum dan politik, misalnya konstitusi atau kedaulatan, dibahas sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa. Setelah membangun hubungan erat antara hukum dan negara sejak lahirnya kedaulatan dalam Perjanjian Perdamaian Westphalia tahun 1648, muncul pertanyaan apakah kedaulatan dapat digunakan untuk membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta. Jawaban atas pertanyaan ini adalah negatif, karena kecilnya kemungkinan untuk menciptakan instrumen Konvensi multilateral untuk mengatur penegakan hukum di sektor swasta dan instrumen apa pun akan menghadapi masalah besar dalam penerapannya. Bab ini diakhiri dengan komentar mengenai peran kedaulatan di masa depan dalam penyelesaian sengketa

Bab 6 ini mengkaji keterkaitan struktural antara hukum dan ekonomi, kontrak dan otonomi swasta yang tercermin di dalamnya, sebagai sumber pembenaran bagi penegakan hukum oleh swasta. Karena penekanannya adalah pada evaluasi bagaimana narasi persetujuan digunakan, dan dapat digunakan, untuk mengatasi kelemahan kedaulatan, maka pembahasan ini lebih sepiantas dibandingkan dengan bab sebelumnya. Bab 7 membahas mengenai akses terhadap keadilan, diaman ketidakmampuan narasi kedaulatan untuk menjelaskan privatisasi dan pergeseran fokus ke struktur-struktur yang berasal dari persetujuan fiktif menarik perhatian pada ritual penyelesaian sengketa, pada gagasan bahwa bagaimana proses tersebut diorganisasikan untuk memenuhi penerimaannya, menghasilkan pembenaran.

Bab 8 ini menawarkan ringkasan hasil dengan membahas keterkaitan antara narasi pembenaran yang ada. Lalu timbul pertanyaan apakah narasi pembenaran baru dapat ditemukan dari hubungan struktural antara sistem hukum dan sistem penggunaan teknologi informasi dan komunikasi (TIK). Kemungkinan ini ditunjukkan dengan beralih ke kontrak pintar berbasis blockchain yang diklaim dapat diterapkan dengan sendirinya. Sebagai sistem yang terdesentralisasi, infrastruktur blockchain sering dianggap menolak peraturan, sehingga mendorong para pendukungnya untuk menyatakan kode tersebut sebagai undang-undang dan mengabaikan kebutuhan akan model tata kelola lainnya. Bab ini diakhiri dengan diskusi singkat mengenai kemungkinan dan tantangan dalam mengatur penegakan hukum oleh pihak swasta. Dalam bab 9 ini merupakan menjadi bab terakhir dalam buku ini dan yang menjadi bab penutup. Berisi bagaimana upaya dalam menunjukkan perkembangan teknologi dalam penyelesaian, dan perlu melakukan pendekatan terhadap teknologi penyelesaian sengketa dari perspektif yang lebih luas dan holistic.

Demikian buku ajar ini kami buat, dengan harapan agar pembaca dapat memahami informasi dan juga mendapatkan wawasan mengenai bidang sistem informasi manajemen serta dapat bermanfaat bagi masyarakat dalam arti luas. Terima kasih.

Semarang, Desember 2023
Penulis

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Kata Pengantar	ii
Daftar Isi	iv
BAB 1 HUKUM DAN TEKNOLOGI	1
1.1. Masa Lalu Dan Masa Depan Hukum Dan Teknologi	1
1.2. Antarmuka Penyelesaian Sengketa Dan Teknologi Digital	3
1.3. Teknologi Dan Penegakan Hukum	6
1.4. Menuju Krisis Narasi Pembenaran	13
1.5. Lingkup Penyelesaian Sengketa	17
BAB 2 MEMAHAMI HUKUM DAN TEKNOLOGI	20
2.1. Memahami Hukum Sebagai Pemaksaan Yang Dilegitimasi	20
2.2. Mendefinisikan Hukum Melalui Teori Sistem	22
2.3. Tantangan Metodologis Penegakan Hukum Swasta	31
2.4. Memahami Teknologi Dalam Penyelesaian Sengketa	33
2.5. Teori Teknologi Dan Sistem	40
BAB 3 KRISIS YANG MUNCUL	45
3.1. Teknologi Dalam Penyelesaian Sengketa	45
3.2. Refleksi Perpecahan dalam Penyelesaian Sengketa	53
3.3. Bereaksi Melalui Pembenaran	64
BAB 4 MENUJU PEMBENARAN	67
4.1. Titik Puncak Konsensus	67
4.2. Apa Pembenaran Sistem Hukum?	74
4.3. Pencarian Pembenaran	83
BAB 5 KEDAULATAN DAN AGENDA NEGARA	87
5.1. Menemukan Kedaulatan	87
5.2. Konsep Kedaulatan	89
5.3. Kedaulatan dan Globalisasi	92
5.4. Kedaulatan Dalam Penyelesaian Sengketa	93
5.5. Masa Depan Kedaulatan Dalam Penyelesaian Sengketa?	111
BAB 6 PERSETUJUAN DAN OTONOMI SWASTA	114
6.1. Mendapatkan Persetujuan	114
6.2. Persetujuan Dalam Penyelesaian Sengketa	121
6.3. Masa Depan Persetujuan Dalam Penyelesaian Sengketa	127
BAB 7 AKSES TERHADAP KEADILAN	129
7.1. Menemukan Akses Terhadap Keadilan	129
7.2. Akses Terhadap Keadilan Dalam Penyelesaian Sengketa	137
7.3. Dilema Moral Keadilan Dalam Penyelesaian Sengketa.....	143
BAB 8 BASIS BARU UNTUK PEMBENARAN	145
8.1. Justifikasi Sebagai Keterkaitan	145
8.2. Blockchain Untuk Pencegahan Konflik	148
8.3. Penegakan Hukum Oleh Pihak Swasta	153
BAB 9 PENUTUP	157
Daftar Pustaka	163

BAB 1

HUKUM DAN TEKNOLOGI

1.1 MASA LALU DAN MASA DEPAN HUKUM DAN TEKNOLOGI

Antara tahun 1811 dan 1816 di Inggris Utara, para pemilik pabrik tekstil menghadapi pemberontakan Luddite. Para perusuh meminjam nama mereka dari Jenderal Ned Ludd, yang diduga telah merusak bingkai kaus kaki karena marah pada tahun 1779 dan diklaim memimpin kerusuhan dari hutan Sherwood. Para pekerja tekstil yang frustrasi tidak melihat adanya alternatif selain melakukan protes dengan kekerasan terhadap perubahan cepat dalam mekanisme produksi yang membuat mereka tidak mampu menafkahi keluarga mereka. Ketika situasi semakin memburuk dan stabilitas masyarakat terancam, undang-undang dimanfaatkan untuk menahan pemberontakan dengan meningkatkan hukuman atas serangan terhadap pabrik dan peralatan. Menurut Undang-undang Frame-Breaking Inggris tahun 1812 (secara resmi *The Destruction of Stocking Frames*, dll.), semua kejahatan terhadap mesin dapat dihukum mati:

Jika seseorang atau beberapa orang, siang atau malam hari, masuk dengan paksa ke dalam Rumah, Toko atau Tempat mana pun, dengan Maksud untuk memotong atau menghancurkan Kerangka Rajutan, Stocking atau Renda, atau Barang atau Barang lain yang ada di dalam Rangka. Atau pada suatu Mesin atau Mesin yang dianeksasi, atau dengannya untuk digunakan atau dipersiapkan untuk Tujuan itu atau dengan sengaja dan jahat, dan tanpa Persetujuan atau Wewenang dari Pemiliknya, menghancurkan dan menghancurkan Mesin apa pun yang ada di Pabrik atau Pabrik yang digunakan atau cara apa pun yang digunakan dalam menyiapkan atau memintal Wol atau Kapas, atau Bahan lain untuk penggunaan Pabrik Stocking atau Renda, setiap Pelanggar yang dihukum secara sah akan diputuskan bersalah atas Kejahatan, dan akan menderita Kematian, seperti dalam kasus Kejahatan Tanpa Manfaat dari Pendeta.

Apa yang sebenarnya terjadi di Inggris selama dekade pertama abad kesembilan belas yang menyebabkan perlunya tindakan legislatif yang drastis seperti itu? Ini bukan sekedar pengenalan teknologi baru, meskipun kita dapat menunjukkan dengan tepat tonggak penting dalam perjalanan menuju penemuan mesin pemintal atau mesin uap. Sebaliknya, implikasi sosial yang terkait dengan inovasi teknologi menyebabkan perubahan di bidang manufaktur, yang dapat digambarkan sebagai otomatisasi pekerjaan manual rutin. Interaksi antara masyarakat, hukum dan teknologi menimbulkan ketegangan yang kemudian berubah menjadi kekerasan.

Kini, di abad kedua puluh satu, *'Luddite'* telah menjadi kata yang merendahkan untuk menggambarkan seseorang yang menolak perubahan teknologi. Kaum Neoluddite dipandang sebagai orang-orang bodoh yang tidak mampu menemukan alasan apa pun, selain ketidakmampuan mereka sendiri, untuk menentang inovasi teknologi. Namun, jika melihat ke dalam sejarah terungkap bahwa kaum Luddite asli tidak keberatan dengan kemajuan

teknologi, namun terhadap implikasi sosial yang melekat dalam mekanisasi kerja manual, yang membuat mereka menganggur dan berada di ambang kelaparan.

Dua ratus tahun kemudian kita membicarakan babak baru dalam otomatisasi, yaitu kerja kognitif non-rutin. Kita berada di tengah-tengah perubahan yang dampaknya meluas ke bidang hukum yang sudah mapan. Pertanyaan yang muncul adalah, bagaimana kita harus bereaksi terhadap perubahan sistem hukum yang disebabkan oleh teknologi, terutama perubahan yang mengubah inti dari banyak praktik hukum, yaitu penyelesaian sengketa? Haruskah kita menjadi luddites dan mengklaim kepemilikan istilah tersebut, dan, dalam upaya melestarikan elemen fundamental dari praktik lama kita atas nama keadilan, mendobrak kerangka teknologi yang baru? Atau apakah kita harus menerima perubahan tersebut, mengatasinya, mendefinisikan sifat perubahan tersebut, dan menciptakan kerangka teknologi dalam hukum? Untuk menemukan jawabannya, pertama-tama kita harus memahami apa saja implikasi dari perubahan kompleks dan beragam yang diciptakan oleh interaksi antara hukum, teknologi, dan masyarakat. Untuk memahami makna perubahan, khususnya makna perubahan teknologi dalam bidang hukum yang mapan, bertahan lama, dan berwibawa, memerlukan lompatan keyakinan. Untuk melihat lebih jauh dari ancaman buruk teknologi yang ditimbulkan oleh para teknofobia dan kemungkinan-kemungkinan tak terbatas yang disebarkan oleh para penggiat teknologi, kita perlu menempatkan inovasi teknologi dalam konteks historisnya untuk menentukan bagaimana tren disruptif yang ada saat ini berdampak pada penerapan hukum. Ini adalah buku tentang perubahan teknologi yang sedang terjadi di masyarakat, tentang digitalisasi praktik hukum, dan tentang dampak teknologi digital terhadap praktik hukum yang paling penting, yaitu penyelesaian sengketa. Saya menyatakan bahwa penerapan teknologi digital dalam penyelesaian sengketa menciptakan perbedaan dalam cara kita membenarkan pendirian, fungsi, dan tampilan penyelesaian sengketa. Dalam mengejar pemahaman tentang teknologi dalam penyelesaian sengketa, kita memasuki dunia yang penuh dengan banyak pertanyaan dan sedikit jawaban.

Tujuan ini berkaitan dengan penyelidikan yang lebih luas mengenai apa sebenarnya arti dari gangguan teknologi bagi sistem hukum. Dalam beberapa tahun terakhir, disrupsi hampir identik dengan inovasi teknologi, dan meskipun besar kemungkinan bahwa analisis data, aplikasi AI seperti jaringan syaraf tiruan dan pembelajaran mesin, serta peningkatan otomasi akan mengubah metode kerja profesi hukum, hal ini tetap terbuka sampai sejauh mana teknologi yang muncul ini, pada kenyataannya, akan mengganggu esensi praktik hukum. Namun, salah satu konsekuensi dari teknologi legal sudah terlihat. Solusi-solusi teknologi yang dikembangkan oleh para non-pengacara untuk mengatasi masalah-masalah hukum mulai mendapat tempat dan dengan demikian menantang hegemoni profesional para pengacara dalam memutuskan bagaimana penyelesaian sengketa harus diorganisir. Pertanyaan mengenai dampak teknologi cenderung menyuarakan harapan dan ketakutan kita. Akankah hakim komputer yang didorong oleh kecerdasan buatan akan segera menggantikan intuisi manusia? Apakah kesalahan manusia dihilangkan dari persamaan? Apakah kita akhirnya mencapai era akses sejati terhadap keadilan ataukah kita membahayakan stabilitas masyarakat? Dengan menekankan pada teknologi digital, apakah kita akan menghadapi

betapa remehnya perangkat lunak manajemen kasus, dan terlalu banyak membaca aspirasi-aspirasi ini sehingga seharusnya hanya dianggap sebagai buku petunjuk? Atau apakah kita sedang membicarakan perubahan mendasar? Inti dari semua pertanyaan ini tetap ada dua hal yang tetap: apa itu hukum dan bagaimana inovasi teknologi mempengaruhinya?

Beberapa pertanyaan mungkin sudah dan sudah terjawab. Namun, masih banyak yang harus dilihat, dan analisis komprehensif mengenai titik temu antara penyelesaian sengketa dan teknologi digital masih kurang. Peran pengujian ilmiah adalah yang pertama dan terutama untuk merumuskan pertanyaan-pertanyaan yang diperlukan, bukan sekadar memberikan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan yang telah ditentukan sebelumnya yang mencerminkan ancaman dan potensi teknologi. Dengan latar belakang yang berbeda-beda tersebut, buku ini mengevaluasi bagaimana teknologi digital mengganggu dan mengubah salah satu aspek fundamental hukum, yaitu penegakan keputusan yang diambil dalam penyelesaian sengketa. Tujuannya adalah untuk merumuskan kerangka teoritis untuk mengevaluasi implikasi teknologi digital terhadap sistem hukum dan kemudian menerapkannya pada penyelesaian sengketa.

Kajian ini terdiri dari dua bagian utama. Pada bagian pertama saya fokus pada privatisasi penyelesaian sengketa melalui teknologi digital. Saya menunjukkan bagaimana penggunaan TIK menciptakan kemungkinan-kemungkinan baru bagi privatisasi penegakan hukum dan bagaimana perkembangan ini, pada gilirannya, mempengaruhi metode-metode mendasar dalam membenarkan penyelesaian sengketa. Melalui analisis yang dipengaruhi oleh teori sistem sosial, saya menjelaskan bagaimana interaksi hukum, teknologi, dan masyarakat berkontribusi terhadap perubahan digitalisasi masyarakat dan bagaimana legitimasi penyelesaian sengketa diciptakan, diperbarui, ditafsirkan ulang, dan dimanfaatkan dalam sistem hukum. Analisis ini menggambarkan bagaimana teknologi digital menimbulkan privatisasi yang tidak terduga, yang mengarah pada krisis pembenaran yang dibahas pada bagian kedua buku ini melalui tiga narasi pembenaran yaitu kedaulatan, persetujuan, dan akses terhadap keadilan.

Memahami interaksi yang rumit antara hukum, teknologi, dan masyarakat merupakan langkah penting pertama dalam menilai dampak teknologi terhadap penyelesaian sengketa. Interaksi ini tertanam dalam struktur hukum yang dirumuskan dari waktu ke waktu dan melalui hal ini, hal ini menentukan lingkungan bagi inovasi teknologi di masa depan. Oleh karena itu, seseorang tidak dapat memahami masa depan teknologi penyelesaian sengketa tanpa melihat masa lalu secara bersamaan.

1.2 ANTARMUKA PENYELESAIAN SENGKETA DAN TEKNOLOGI DIGITAL

Pada bagian ini saya menjelaskan secara singkat berbagai bidang di mana penyelesaian sengketa dan teknologi saling tumpang tindih. Inovasi teknologi untuk penyelesaian sengketa sering kali dibahas baik dari sudut pandang pengadilan atau dari sudut pandang penyedia penyelesaian sengketa swasta. Di ranah publik, teknologi ruang sidang telah dikembangkan untuk memperbaiki praktik-praktik yang ada, sedangkan di ranah privat e-commerce, penggunaan teknologi digital telah memungkinkan proses otomatis dan terukur yang sering

disebut penyelesaian sengketa online (online dispute recognition/ODR). Perkembangan dua arah ini dan implikasinya terhadap penegakan hukum, yang merupakan tema utama buku ini, mengedepankan hubungan antara penyelesaian sengketa publik dan swasta. Selain hal-hal tersebut, kita dapat membedakan antarmuka lain antara penyelesaian sengketa dan teknologi, yang tidak mudah masuk ke dalam salah satu kategori tersebut, seperti peraturan prosedural khusus teknologi serta istilah '*Teknologi Hukum*'.

Perlu dicatat bahwa kategori-kategori ini sering kali tumpang tindih dan tidak boleh dianggap eksklusif. Dalam buku ini, istilah 'teknologi penyelesaian sengketa' digunakan ketika mengacu pada semua aplikasi teknologi yang terkait dengan manajemen konflik, terlepas dari model resolusi yang bersifat publik atau privat.

Teknologi Ruang Sidang

Teknologi ruang sidang mengacu pada berbagai penerapan teknologi yang digunakan di pengadilan dan digitalisasi praktik-praktik yang ada, yang sering kali mencakup reformasi peradilan sipil. Aplikasi ini mencakup teknologi konferensi video, sistem manajemen kasus, layanan dokumen melalui email, akses terhadap informasi hukum melalui sarana elektronik, pembuatan dokumen otomatis, dan pengarsipan elektronik, dan masih banyak lagi. Sebagian besar penerapan teknologi penyelesaian sengketa ini bergantung pada persetujuan legislatif sebelum penerapannya. Penerapan teknologi ini menjaga hubungan eratnya dengan negara, karena teknologi tersebut didanai publik dan dimasukkan ke dalam sistem pengadilan.³ Peran teknologi terutama bersifat pelengkap, karena digunakan untuk memfasilitasi prosedur peradilan, meskipun terdapat pengecualian.

Dari sudut pandang pembuat undang-undang, teknologi dapat memberikan berbagai langkah efektif untuk mengatasi kelemahan sistem peradilan nasional, seperti inefisiensi, waktu dan biaya. Penerapan teknologi digital mungkin tampak menggiurkan karena investasi satu kali dan biaya pemeliharaan yang relatif rendah dapat mengurangi biaya tenaga kerja secara permanen. Permasalahan yang berkaitan dengan uji coba yang ditingkatkan teknologi diatur secara luas dan sesuai dengan peraturan prosedur nasional. Saat ini, sistem peradilan umum mengandalkan yurisprudensi prosedural untuk mengatasi permasalahan penafsiran yang berhubungan dengan teknologi, dan yurisprudensi dapat memberikan beberapa wawasan dengan menerapkan metodologi dogmatika hukum. Permasalahan penafsiran tersebut banyak yang dapat dijawab dengan penafsiran *ex analogia* terhadap ketentuan yang ada. Misalnya, privasi korespondensi email dapat dibandingkan dengan surat tradisional melalui analogi. Contoh analogi lainnya adalah membandingkan kehadiran melalui konferensi video dengan kehadiran sebenarnya di ruang sidang.

Selain itu, perpaduan antara teknologi ruang sidang sering kali dirancang untuk memenuhi kebutuhan pengadilan nasional dan sistem hukum suatu negara tertentu. Dengan demikian, penerapan teknologi ruang sidang belum tentu menysasar kebutuhan sengketa lintas batas. Namun, beberapa instrumen lintas batas memang ada. Misalnya, Peraturan Pembuktian Uni Eropa mendorong penggunaan konferensi video ketika bukti diperoleh dari Negara Anggota lain.

Penyelesaian Perselisihan Secara Online

Pengelolaan konflik swasta yang dilengkapi dengan teknologi sering disebut penyelesaian sengketa online (online dispute recognition/ODR), meskipun istilah ini perlahan-lahan mulai ketinggalan jaman dan banyak pengembang saat ini menyebut aplikasi mereka sebagai teknologi legal. Bagaimanapun, ODR dapat dilihat sebagai pionir teknologi penyelesaian sengketa, yang berakar pada aplikasi web sejak tahun 1990an.

Awalnya ODR dikembangkan sebagai mekanisme untuk memberikan semacam ganti rugi atas sengketa online yang seharusnya tidak ditangani oleh pengadilan karena rendahnya nilai klaim atau tantangan yurisdiksi litigasi lintas batas. Biasanya digunakan dalam kasus-kasus terkait e-commerce atau perselisihan berintensitas rendah lainnya, proses ODR sering kali dilakukan secara otomatis sebagian atau seluruhnya. Meskipun tidak ada definisi yang seragam, ODR dipandang sebagai penyelesaian sengketa pribadi yang didasarkan pada persetujuan para pihak, serupa dengan penyelesaian sengketa alternatif (ADR). Karena kedekatannya dengan ADR dan kritiknya terhadap praktik ruang sidang yang ada, ODR dianggap sebagai penyelesaian sengketa yang bersifat pribadi. sering diperiksa sebagai bagian dari doktrin ADR. ODR dapat disediakan oleh beberapa perantara yang berbeda, seperti platform e-commerce, penyedia ODR swasta, perusahaan kartu kredit, atau pelaku swasta yang menjalankan fungsi publik, seperti halnya ICANN.

Hal ini sejalan dengan sifat ODR sebagai penyelesaian sengketa pribadi yang perkembangannya tidak terbebani oleh proses legislatif yang lamban, tidak seperti inovasi teknologi ruang sidang; ODR juga tidak terikat oleh kriteria proses hukum seperti pengadilan, sehingga menimbulkan pertanyaan mengenai kualitas layanan tersebut. Peran teknologi digital dalam ODR seringkali lebih menonjol dibandingkan teknologi ruang sidang, terutama dalam prosedur yang sepenuhnya otomatis.

Namun, upaya regulasi perlahan-lahan mulai mengatasi ODR, dalam upaya untuk memastikan proses yang semestinya. Di UE, Peraturan ODR dan Petunjuk ADR membentuk platform ODR di seluruh serikat pekerja yang melaluinya perselisihan individu diarahkan ke entitas ADR nasional yang berlaku. Kerangka kerja UE difokuskan pada ODR yang tidak mengikat. Selain itu, Komisi PBB untuk Urusan ADR Hukum Perdagangan Internasional (UNCITRAL) telah berupaya merancang aturan prosedur yang seragam untuk ODR yang mengikat dan tidak mengikat. Namun pekerjaan tersebut dihentikan pada tahun 2016 setelah menghasilkan catatan teknis pada ODR.

Menariknya, ODR tidak pernah benar-benar memenuhi ekspektasi mengenai popularitasnya. Satu kejayaan telah disebutkan dan dirujuk berulang kali, yaitu eBay, yang memecahkan 60 juta kasus e-commerce per tahun melalui Pusat Resolusinya. Dalam menghadapi kesulitan yang semakin meningkat, banyak penyedia ODR beralih ke sektor publik dengan harapan mendapatkan investasi. Masih harus dilihat bagaimana kerja legislatif UE akan mempengaruhi lingkungan penyelesaian sengketa. Meskipun demikian, meskipun terdapat kekecewaan dan janji-janji baru, kemunculan ODR telah menandai babak penting dalam pengembangan teknologi penyelesaian sengketa.

Teknologi Hukum

Sekitar tahun 2015 istilah '*Teknologi Hukum*' menjadi nama umum untuk berbagai penerapan teknologi penyelesaian sengketa. Awalnya istilah baru ini mengacu pada perangkat lunak yang dikembangkan untuk firma hukum, seperti sistem penagihan elektronik, alat analisis alur kasus, dan portal klien. Baru-baru ini definisi tersebut menjadi lebih inklusif, mencakup perangkat lunak yang sebelumnya dipahami sebagai teknologi ruang sidang atau aplikasi ODR. Diskusi mengenai teknologi hukum sering kali berfokus pada perubahan dalam praktik hukum yang dimungkinkan oleh teknologi, dan menekankan pada gangguan pada pasar hukum.

Aturan Prosedur Perselisihan Teknologi

Selain teknologi ruang sidang, ODR, dan teknologi hukum, antarmuka lain dapat ditemukan dalam perselisihan mengenai teknologi, misalnya konflik hukum paten dan hak model utilitas. Aturan prosedural khusus telah dikembangkan untuk penyelesaian sengketa teknologi. Misalnya, UE telah mengeluarkan arahan mengenai penegakan hak kekayaan intelektual. Arahan ini mencakup peraturan bagi perantara seperti penyedia layanan Internet, tindakan pencegahan dan perintah pengadilan. Namun, antarmuka ini tidak termasuk dalam cakupan penelitian ini, karena pemeriksaan terhadap norma-norma substantif ini tidak berkontribusi pada analisis privatisasi penegakan hukum.

Pada bagian berikut, tema utama penelitian ini bagaimana teknologi digital meningkatkan privatisasi pemaksaan dan mempengaruhi pembenaran mendasar penyelesaian sengketa didekati dengan menjelaskan berbagai contoh bagaimana teknologi mempengaruhi penegakan keputusan yang diambil dalam berbagai model penyelesaian sengketa.

1.3 TEKNOLOGI DAN PENEGAKAN HUKUM

Meskipun ada perbedaan dalam penerapan teknologi, baik skema penyelesaian sengketa swasta maupun publik mempunyai kebutuhan yang sama untuk menyediakan mekanisme untuk melaksanakan keputusan yang diambil dalam prosedur penyelesaian. Kepatuhan secara sukarela seringkali menggagalkan perlunya penegakan hukum lebih lanjut, namun hal ini tidak cukup. Berfungsinya pasar mensyaratkan adanya model tata kelola yang berfungsi lengkap dengan mekanisme pemaksaan, baik yang bersifat privat maupun publik. Kebutuhan akan penegakan hukum menjadi nyata ketika ancaman pemaksaan tidak dengan sendirinya menghasilkan kepatuhan.

Namun, relevansi penegakan hukum dalam penyelesaian sengketa tidak dapat direduksi menjadi kepentingan praktisnya saja. Penegakan hukum juga memberikan keuntungan pada inti manajemen konflik dan praktik hukum, dimana sifat inheren sistem hukum dalam melegitimasi penggunaan kekerasan dalam masyarakat menjadi terlihat. Monopoli negara atas kekerasan sering kali diorganisir melalui pengadilan nasional dan lembaga penegak hukum swasta sering kali menentang monopoli ini. Titik temu antara penegakan hukum oleh pihak swasta dan pemerintah semakin diperparah oleh kemajuan teknologi yang memungkinkan meningkatnya privatisasi.

Pada bagian ini, saya menjelaskan tujuh contoh upaya mendorong atau memaksa kepatuhan dalam model penyelesaian sengketa swasta dan publik. Melalui contoh-contoh ini, saya memberikan gambaran tentang berbagai bentuk penegakan hukum dan menguraikan bagaimana bentuk-bentuk pemaksaan kepatuhan yang didorong oleh teknologi saling tumpang tindih, bekerja sama, dan menantang bentuk-bentuk penegakan hukum lama.

A. Titik Awal: Penyelesaian Sengketa Dan Penegakan Hukum Melalui Pengadilan Umum

Contoh pertama ini menggambarkan pendekatan penegakan hukum tradisional yang berfokus pada pengadilan, di mana utang yang belum dibayar ditagih dengan bantuan pengadilan nasional.

Seniman yang berbasis di Helsinki, Violetta, telah membeli amplifier hi-fi bekas dari perusahaan Bob, Sound Waves, yang berlokasi di Berlin, Jerman. Namun, setelah menerima barang tersebut Violetta menolak membayar harga yang disepakati sebesar Rp.1.000.000. Menurut Violetta, ada goresan pada amplifier yang tidak dia sadari saat membeli. Karena mereka tidak dapat mencapai penyelesaian di antara mereka sendiri, Bob mengajukan tuntutan atas nama perusahaannya di pengadilan negeri di Helsinki. Pengadilan menilai goresan yang relatif kecil tersebut tidak mempengaruhi harga dan dalam putusannya yang dapat dilaksanakan mewajibkan Violetta untuk melakukan pembayaran penuh ditambah bunga kepada Bob. Karena Violetta menolak untuk mematuinya, Bob menghubungi otoritas penegak hukum Finlandia yang menagih hutang dari gaji Violetta dan mentransfer seluruh jumlah kepada Bob.

Dalam contoh sederhana ini Bob mengandalkan sistem pengadilan umum untuk menegakkan posisi hukumnya. Prosedur tersebut mempunyai dua unsur: proses peradilan yang berakhir pada saat putusan dijatuhkan, dan prosedur pemulihan utang tambahan. Karena kedua fase tersebut berlangsung dalam sistem publik yang sama, transisi dari adjudikasi ke penegakan hukum sangatlah mudah. Selain itu, kedua belah pihak dapat mempercayai pengadilan untuk mengikuti kriteria proses hukum yang ditetapkan dalam undang-undang nasional.

Sisi negatifnya adalah dalam skenario terburuk, Bob mungkin harus menunggu bertahun-tahun untuk akhirnya menerima pembayaran, dan, tergantung pada penolakan Violetta terhadap keputusan tersebut, proses peradilan mungkin mahal karena biaya pengadilan dan biaya hukum untuk menggunakan pengacara. Selain itu, Bob telah membawa masalah ini ke pengadilan asing di tempat tinggal Violetta, sehingga menambah kerumitan masalah di pihak Bob. Pada kenyataannya, hambatan-hambatan ini dapat menyebabkan Bob mengevaluasi kembali situasinya atau bahkan memutuskan untuk tidak melanjutkan perkaranya. Di sisi lain, hubungan yang berfungsi dengan baik antara pihak yang mengadili dan penegak hukum mungkin meningkatkan keinginan untuk melakukan proses peradilan pengadilan umum. Lebih jauh lagi, penerapan teknologi pada berbagai tahap penyelesaian dan pemulihan utang dapat mengurangi pengeluaran uang dan waktu secara keseluruhan.

B. Arbitrase Swasta Dan Penegakan Hukum Publik Melalui Pengadilan

Dalam contoh kedua ini, sistem arbitrase internasional yang sudah mapan digunakan untuk menyelesaikan perselisihan, setelah itu penegakan hukum dilakukan melalui sistem

pengadilan. Pengalaman dengan Violetta masih segar dalam ingatannya, Bob setuju untuk memasang sound system lengkap di klub terbaru pemilik klub Jacqueline, The Peekaboo di Barcelona. Harga sebesar Rp.10.000.000 disepakati dan atas desakan Jacqueline, klausul arbitrase dimasukkan dalam kontrak antara dia dan perusahaan Bob. Namun terdapat masalah pada instalasi dan sound system tidak sesuai dengan spesifikasi teknis yang disepakati dalam kontrak. Bob menolak untuk mengganti kerugiannya dan Jacqueline membawa masalah tersebut ke prosedur arbitrase sesuai dengan klausul arbitrase. Setelah prosedur yang relatif cepat, pengadilan arbitrase memutuskan mendukung Jacqueline dan mewajibkan Bob untuk membayar kompensasi sebesar Rp.30.000.000. Ketika Bob menolak membayar, Jacqueline menghubungi pengadilan distrik di Berlin tempat perusahaan Bob masih berlokasi. Ia meminta pengadilan untuk menegakkan putusan arbitrase sesuai dengan Konvensi New York tentang Pengakuan dan Penegakan Putusan Arbitrase Asing. Pengadilan Jerman mengakui penghargaan tersebut dalam proses ringkasan dan setelah itu Jacqueline meminta penghargaan tersebut dilaksanakan melalui otoritas penegakan publik.

Dalam contoh ini, penyelesaian sengketa dilakukan oleh pengadilan arbitrase swasta dan penegakan hukum dilakukan oleh sistem publik. Hal ini mengikuti dasar pemikiran Konvensi New York yang mempercayakan penegakan penyelesaian sengketa pribadi kepada Negara-negara Peserta sesuai dengan aturan yang ditetapkan dalam instrumen Konvensi. Dengan memilih arbitrase dibandingkan pengadilan umum, Jacqueline menghemat waktu, meskipun biaya arbitrase mungkin melebihi biaya hukum di pengadilan. Konvensi ini menyediakan antarmuka yang berfungsi baik dengan mekanisme penegakan hukum publik yang membatasi waktu dan biaya prosedur pengakuan. Selain itu, kriteria proses hukum dalam prosedur arbitrase dievaluasi oleh pengadilan publik sebelum akses terhadap penegakan hukum publik diberikan. Artinya keputusan akhir mengenai penggunaan kekerasan masih berada di ranah publik. Ini berarti bahwa para pihak dapat menaruh kepercayaan mereka secara bersamaan pada keahlian majelis arbitrase dan kualitas prosedur pengakuan dan penagihan utang otoritas publik. Meskipun demikian, arbitrase skala penuh seringkali terlalu mahal untuk memberikan solusi bagi sengketa dengan intensitas rendah yang sering kali ditandai dengan nilai yang rendah.

C. Membujuk Kepatuhan Secara Online Tanpa Penegakan Hukum

Contoh ini menggambarkan penggunaan mekanisme alternatif seperti sistem reputasi yang sering digunakan secara online untuk memperbaiki kurangnya mekanisme penyelesaian sengketa dan penegakan hukum yang sebenarnya. Matthieu, warga Montreal, menelusuri situs e-commerce dengan harapan menemukan synthesizer modular dengan harga yang tepat. Dia menemukan perusahaan Bob, Sound Waves, dan hendak melakukan pemesanan sebelum menyadari bahwa produk tersebut dikirim dari Jerman. Dia memutuskan untuk membaca ulasan pengguna tentang pengalaman pembeli lain dengan Bob. Melihat Bob mendapat beberapa review yang mengeluhkan kerusakan produk selama pengiriman, Matthieu memutuskan untuk membeli synthesizer dari penjual lain.

Karena mekanisme ganti rugi yang dapat dipercaya mungkin tidak tersedia, kepercayaan konsumen terhadap keandalan e-commerce ditegakkan melalui cara lain untuk

mengarahkan perilaku. Di sini, situs e-niaga mengadopsi perspektif pencegahan konflik karena memberikan penghargaan terhadap perilaku yang pantas dengan menerbitkan ulasan positif dan memberikan sanksi terhadap perilaku yang tidak diinginkan melalui ulasan negatif dan cara lain yang memungkinkan, misalnya dengan menggunakan media sosial. melarang pengguna yang tidak diinginkan dari situs. Meskipun pencegahan konflik ini tidak mengatasi kebutuhan akan perselisihan yang sudah meningkat, fungsi-fungsi tersebut mendorong perilaku yang diinginkan di masa depan.

Selain itu, jika ada layanan ODR yang dimasukkan ke dalam situs, ketidakpatuhan pengguna terhadap keputusan ODR dapat dicantumkan secara publik untuk mendorong kepatuhan dan transparansi di masa depan. Namun, sistem ulasan pengguna juga dapat digunakan secara curang.

D. Penyelesaian Sengketa Dan Penegakan Hukum Melalui Penagihan Balik

Contoh keempat ini menggambarkan penggunaan proses penagihan balik oleh perusahaan kartu kredit yang terkadang dapat memberikan alternatif terhadap penyelesaian sengketa dan penegakan hukum. Konsumen Belanda, Pierre, memesan sequencer secara online dari perusahaan Bob dan melakukan pembayaran sebesar Rp.400.000 dengan kartu kreditnya. Namun, produk tersebut tidak pernah sampai dan Pierre tidak dapat mendiskusikan penyelesaiannya dengan Bob. Pierre kemudian menghubungi perusahaan kartu kredit yang menerbitkan kartunya dan meminta mereka untuk membatalkan pembayaran karena tidak terkirim. Perusahaan kartu kredit mempercayai deskripsi Pierre dan mengeluarkan tagihan balik yang mengganti pembayaran Pierre.

Dalam contoh ini penyelesaian dan penegakan sengketa diselenggarakan oleh pihak ketiga swasta, yaitu perusahaan kartu kredit. Sistem ini didanai oleh pembayaran yang dilakukan oleh penjual kepada perusahaan kartu kredit dan jumlah pembayaran bervariasi dari penjual ke penjual tergantung pada seberapa sering mereka terlibat dalam prosedur tagihan balik. Jadi, selain menyediakan mekanisme ganti rugi, tagihan balik juga dapat mengarahkan perilaku penjual di masa depan. Namun, prosedur penagihan balik hanya memungkinkan pembalikan pembayaran yang telah dilakukan dan prosedur tersebut tidak memberikan kompensasi apa pun atas kerusakan. Selain itu, ruang lingkup penerapannya terbatas pada situasi tertentu, dan konsumen belum tentu menyadari adanya prosedur tagihan balik. Masalah terakhir ini dapat diperbaiki dengan meningkatkan kesadaran konsumen. Jika perusahaan kartu kredit menolak tagihan balik tersebut, konsumen harus beralih ke layanan ganti rugi di luar pengadilan yang berhubungan dengan layanan keuangan.

E. Odr Dan Penegakan Hukum Swasta Pada Platform E-Commerce

Contoh kelima ini menjelaskan penyelesaian sengketa pribadi dan penegakan hukum yang dilakukan oleh platform Internet berdasarkan perjanjian pengguna platform tersebut. Pakar sistem suara Jerman, Bob, memesan beberapa kabel untuk synthesizer modular bukannya secara online dari perusahaan yang berbasis di AS, Oscillating Vibes. Kabel-kabelnya, meskipun berfungsi, tidak sesuai dengan keinginan Bob karena warnanya merah jambu dan bukan hitam seperti yang ia duga berdasarkan pada foto daftar. Ketika tidak ada penyelesaian yang dicapai antara Bob dan Oscillating Vibes dan perusahaan menolak untuk

mengembalikan dana, Bob memutuskan untuk menyelesaikan masalah tersebut melalui layanan ODR di situs e-commerce. Setelah foto yang diberikan oleh Bob dibandingkan dengan foto listingan, situs e-niaga memutuskan untuk mengembalikan biaya kabel dan biaya pengiriman kepada Bob. Berdasarkan perjanjian pengguna, Oscillating Vibes berkewajiban untuk mengganti jumlah tersebut ke situs e-commerce dan, jika perlu, jumlah tersebut kemudian secara otomatis dipotong dari rekening perusahaan di situs e-commerce.

Dalam contoh ini, penyelesaian sengketa dan penegakan hukum disediakan oleh situs e-niaga. Baik prosedur penyelesaian maupun tahap penegakan hukum dilakukan secara online dengan bantuan teknologi pada platform e-commerce yang sama tempat terjadinya transaksi sengketa. Hal ini memastikan ganti rugi yang efisien dan cepat dengan biaya rendah. Namun, opsi ini memerlukan kombinasi situs e-niaga dan platform pembayaran, yang berarti bahwa skema swasta semacam itu sebagian besar dapat dilakukan oleh para pemimpin pasar, seperti eBay dan PayPal. Mandat untuk menarik dana dari rekening bank penjual didasarkan pada perjanjian pengguna. Namun, tidak ada kepastian atau kontrol publik mengenai apakah penyedia layanan swasta mengikuti kriteria minimum proses hukum atau tidak.

F. Penyelesaian Sengketa Dan Penegakan Langsung Icann

Contoh keenam ini menggambarkan bentuk sui generis dari arbitrase tidak mengikat dan penegakan hukum swasta yang dikembangkan untuk kategori sengketa tertentu, sengketa nama domain. Pemilik klub Spanyol Jacqueline baru-baru ini mendapatkan ketenaran dengan band lamanya Black Vixens dari Luar Angkasa. Sebuah agen pemesanan menghubungi Jacqueline dan mengeluh karena tidak menemukan halaman beranda band tersebut meskipun halaman tersebut tetap menjadi blackvixensfromouterspace.com yang sama selama beberapa tahun. Rupanya Jacqueline lupa memperbarui registrasi nama domainnya.

Setelah itu Jacqueline mengetahui bahwa nama domain tersebut telah diklaim oleh dealer yang kemudian ingin menjualnya kembali ke band untuk mendapatkan keuntungan. Sekarang Jacqueline ingin mendapatkan kembali kepemilikan nama domain band tersebut dan menghubungi ICANN (Perusahaan Internet untuk Nama dan Nomor yang Ditugaskan) yang mengatur sistem nama domain global. ICANN mengalihkan klaim Jacqueline ke penyedia layanan penyelesaian sengketa yang disetujui yang menerapkan kebijakan khusus ICANN untuk menyelesaikan sengketa nama domain, UDRP (Uniform Dispute Resolusi Kebijakan). Karena keputusan diberikan untuk mendukung klaim Jacqueline, ICANN melaksanakan keputusan tersebut dengan mendaftarkan nama domain ke sistem nama domain.

Dalam contoh ini, penyelesaian sengketa nama domain dipercayakan kepada penyedia swasta dan keputusannya dilaksanakan oleh ICANN. Tidak diperlukan penegakan hukum secara terpisah. Meskipun peraturan UDRP tidak menghalangi para pihak untuk membawa perselisihan ke pengadilan, tidak jelas apakah dan seberapa sering proses pengadilan dimulai setelah proses khusus. Selain itu, ICANN juga dikritik karena kurangnya proses hukum serta tidak adanya pemantauan terhadap fungsi perusahaan swasta.

G. Penegakan Melalui Kontrak Pintar Yang Dijalankan Sendiri

Contoh terakhir ini menggambarkan penggunaan kontrak pintar berbasis blockchain, di mana Violetta, artis Finlandia dari contoh pertama kami, telah menggubah musik drone eksperimental yang sangat menarik. Alex dari Inggris adalah penggila musik dan ingin membeli karya baru Violetta untuk koleksi musik elektroniknya. Mereka setuju untuk menyelesaikan transaksi dengan menggunakan teknologi digital baru, sebuah platform untuk kontrak pintar yang dibangun di atas infrastruktur mata uang kripto. Alex menyusun program kontrak dan mentransfer uang ke dalamnya. Kontrak pintar akan secara otomatis mentransfer uang ke Violetta setelah barang tersebut diunduh ke komputer Alex. Kontrak memverifikasi bahwa pengunduhan telah terjadi dan menyelesaikan transaksi tanpa tindakan lebih lanjut dari para pihak.

Dalam contoh ini, tidak ada penyelesaian sengketa atau penegakan hukum, apalagi sengketa. Skenario ini juga tidak mengarahkan perilaku para pihak atau peserta di masa depan seperti yang terjadi pada Contoh C, yang mendorong kepatuhan melalui tinjauan pengguna. Namun, terdapat elemen pencegahan konflik di sini, karena instrumen kontrak otomatis tidak memungkinkan pemotongan dana atau perilaku penipuan lainnya. Contoh ini menggambarkan metode penyelesaian kontrak yang menjalankan sendiri kewajiban kontrak tanpa bergantung pada para pihak untuk saling mempercayai dalam menjalankan bisnis. Kepercayaan dialokasikan pada infrastruktur teknologi, bukan pada otoritas pengadilan, keahlian pengadilan arbitrase atau ICANN, atau pada mekanisme sanksi yang mengikat atau tidak mengikat dari perantara e-commerce. Meskipun tantangan dan potensi dari kontrak yang dilaksanakan secara mandiri perlu dikaji lebih lanjut, pada titik ini cukuplah kita menarik perhatian pada sifat pribadi dari penerapan pencegahan konflik ini.

Babak baru dalam tata kelola swasta

Penggunaan teknologi digital, bersama dengan munculnya model perilaku pengguna Internet, telah berkontribusi pada munculnya mekanisme penegakan hukum baru. Beberapa dari mekanisme ini memanfaatkan struktur yang ada dalam situasi baru (chargeback), ada pula yang lebih atau kurang baru (ICANN, penegakan langsung pada platform). Beberapa alternatif penegakan hukum menyoroti pencegahan konflik (sistem reputasi) dan di beberapa alternatif lain, pencegahan dan penyelesaiannya dilakukan secara bersamaan (kontrak pintar). Contoh-contoh ini menggambarkan penegakan hukum sebagai sebuah fenomena kompleks yang tidak dapat direduksi menjadi pemulihan utang yang berorientasi pada pengadilan.

Model penegakan tradisional melalui pengadilan dan proses arbitrase berjalan berdampingan dengan model kontrak seperti tagihan balik dan penegakan langsung pada platform e-commerce. Perbedaan antara kontrak asli, kewajiban kontrak, penyelesaian sengketa yang timbul dari transaksi, dan penegakan keputusan yang diambil dalam penyelesaian sengketa tidak lagi bersifat pasti. Batasan antara penyelesaian perselisihan dan pencegahan konflik semakin kabur. Selain itu, batasan antara pengaturan kontrak dan penyelesaian sengketa menjadi semakin ambigu.

Penagihan balik, penegakan hukum oleh pihak swasta terhadap situs e-commerce, penegakan hukum langsung terhadap ICANN, dan kontrak pintar yang dijalankan sendiri,

semuanya mengabaikan monopoli negara atas kekerasan, karena mekanisme swasta atau internal untuk memaksa kepatuhan sudah cukup dan tidak memerlukan antarmuka untuk penegakan hukum publik. Namun, pada saat yang sama, model penegakan hukum ini menantang monopoli tradisional negara terhadap kekerasan. Dari perspektif ini, tidaklah relevan apakah perluasan rezim swasta ke dalam penegakan hukum merupakan bagian dari agenda neo-liberal yang disengaja, atau sekadar solusi yang berkembang secara organik untuk situasi di mana model tata kelola publik belum mampu memberikan langkah-langkah penegakan hukum.

Tentu saja, tata kelola swasta sudah ada sebelum munculnya Internet. Misalnya, pakar hukum Amerika Lisa Bernstein telah meneliti rezim swasta yang sudah ada sebelum perkembangan teknologi saat ini. Ia membahas contoh-contoh pemesanan swasta dalam industri berlian dan kapas yang keduanya telah menciptakan sistem hukum privatnya sendiri, lengkap dengan lembaga penyelesaian dan penegakan sengketa. Kedua industri ini mengandalkan sistem hukum privat berbasis reputasi yang dianggap lebih unggul daripada sistem hukum publik oleh para anggota industri tersebut.

Contoh lain yang tak terhitung jumlahnya mengenai rezim swasta di masa lalu dapat ditemukan antara lain di *lex mercatoria* abad pertengahan dengan pengadilan pasarnya, di perusahaan perdagangan Eropa yang menjalankan kekuasaan kedaulatan di wilayah jajahan dan di Mafia Sisilia. Hal ini berarti bahwa fenomena tata kelola swasta bukanlah hal yang baru, baik di dalam maupun di luar sistem hukum. Penegakan hukum oleh pihak swasta memiliki banyak kesamaan dengan model tata kelola swasta yang lama, karena semuanya menjawab kebutuhan akan tata kelola dalam situasi di mana tata kelola publik tidak ada atau tidak bertindak.

Namun, terdapat perbedaan antara tata kelola swasta lama dan baru. Pertama, model-model baru tata kelola swasta tidak lagi terbatas pada koloni-koloni di luar negeri atau negara asing, namun meluas hingga mencakup wilayah-wilayah inti kedaulatan, hingga yurisdiksi teritorial suatu negara, dan hingga monopoli kekerasan di dalam wilayah negaranya sendiri. Dengan kata lain, penegakan hukum oleh swasta membawa pemain-pemain baru ke bidang yang sebelumnya sebagian besar dimiliki oleh lembaga-lembaga publik. Untuk perselisihan berintensitas rendah yang tidak memenuhi batasan biaya dan waktu untuk mengakses pengadilan umum, perintah dan penegakan hukum oleh pihak swasta menjadi pilihan utama, atau bahkan satu-satunya. Selain itu, penegakan hukum oleh swasta, karena menggunakan paksaan, melampaui model-model penyelesaian sengketa alternatif swasta sebelumnya yang bergantung pada penegakan hukum negara bila diperlukan. Oleh karena itu, bentuk pemerintahan swasta merumuskan kebijakan untuk transaksi online yang bersifat lintas batas negara dan bersifat global, tidak terbatas pada industri tertentu, dan mengabaikan monopoli negara atas kekerasan.

Kedua, cara pelaksanaan penegakan hukum swasta yang baru ini lebih inklusif dibandingkan bidang pemerintahan swasta sebelumnya. Penyelesaian dan penegakan sengketa swasta tidak terbatas pada komunitas yang erat atau industri sektor tertentu yang mengatur dirinya sendiri dan beroperasi berdasarkan sanksi reputasi. Model-model

pemerintahan mandiri yang lebih awal telah muncul dalam komunitas-komunitas homogen yang relatif kecil di mana sanksi secara efektif berarti pengecualian dari komunitas dan informasi tentang perilaku curang mengalir secara efisien dalam jaringan tersebut. Namun penegakan hukum swasta atas situs e-commerce atau sistem nama domain tidak berfungsi dalam komunitas kecil yang didasarkan pada kepercayaan. Mereka tidak terbatas pada praktisi profesional dalam industri tertentu namun mencakup konsumen dan dunia usaha yang sebelumnya tidak memiliki pintu masuk ke perdagangan lintas batas. Lebih lanjut, dapat dikatakan bahwa kebebasan memilih dalam rezim swasta baru ini terbatas; sebagian besar peserta mempunyai pilihan untuk berpartisipasi atau tidak, namun sering kali mereka mempunyai kemungkinan yang terbatas atau tidak ada sama sekali untuk menegosiasikan syarat-syarat partisipasi.

Sebaliknya, komunitas e-commerce tidak terdefinisi dengan jelas atau stabil dan mekanisme sanksi yang diterapkan mengarahkan kepercayaan peserta kepada perantara dan bukan kepada komunitas. Selain itu, distribusi informasi juga merupakan kebijaksanaan perantara tersebut, yang sifat pribadinya seringkali membuat mereka tidak dapat melakukan apa pun. penggunaan paksaan yang tidak terlihat. Singkatnya, penegakan hukum oleh pihak swasta mengubah pemahaman kita tentang siapa yang berhak menggunakan kekerasan, terhadap siapa, atas dasar apa, dan bagaimana pemaksaan ini terlihat, diawasi, dan dibenarkan.

1.4 MENUJU KRISIS NARASI PEMBENARAN

Contoh-contoh tersebut menunjukkan bahwa penegakan hukum berubah akibat teknologi digital, namun pertanyaannya tetap sama, apa dampak dari pemaksaan yang diprivatisasi terhadap hukum, masyarakat, dan penyelesaian sengketa? Tak perlu dikatakan, dampaknya beragam. Menambahkan alternatif pada penegakan hukum berbasis pengadilan akan memberdayakan pihak yang berselisih dan mengalihkan tanggung jawab penyelesaian sengketa di luar sistem pengadilan umum. Meskipun arbitrase masih bergantung pada sistem publik untuk menegakkan putusan arbitrase, solusi lain diadopsi untuk memenuhi kebutuhan penyelesaian dan penegakan sengketa swasta secara online. Berbeda dengan arbitrase, penegakan hukum swasta seringkali tersembunyi dari struktur hukum yang sudah mapan. Namun kita mendefinisikan penegakan hukum melalui hubungan antara hukum dan negara, yang contohnya adalah pengadilan umum, meskipun model ini tidak lagi cukup menjelaskan keragaman penegakan hukum.

Perkembangan ini menimbulkan krisis dalam membenarkan pemaksaan dalam suatu negara-bangsa. Maksud saya adalah bahwa dampak baru dari teknologi telah membawa fenomena baru seperti penegakan hukum oleh swasta, dan narasi membenaran tradisional tidak cukup menjelaskan fenomena ini. Dampaknya adalah narasi-narasi tersebut kehilangan kredibilitas dan kemampuan adaptasinya. Artinya krisis mempunyai konotasi negatif. Krisis membenaran mengacu pada ketidakpastian mengenai bagaimana penegakan hukum oleh pihak swasta harus dikonseptualisasikan, yang kemudian menyebabkan gangguan pada berfungsinya sistem hukum secara normal. Jika sistem hukum tidak menemukan cara untuk

bereaksi terhadap paksaan yang diprivatisasi, pembaharuan undang-undang tersebut akan terancam. Namun krisis tidak boleh direduksi hanya menjadi aspek negatifnya saja.

Sebaliknya, krisis juga dapat membawa perubahan dan pembangunan yang diperlukan dan mungkin berdampak positif. Oleh karena itu, klaim yang saya buat mengenai munculnya krisis pembenaran bersifat deskriptif. Daripada menyatakan bahwa kita harus mengubah narasi pembenaran yang ada karena adanya teknologi digital, saya memahami bahwa narasi tersebut akan berubah akibat adanya teknologi baru. Namun, ada unsur yang menentukan: demi koherensi sistem hukum di masa depan, gangguan tersebut perlu diselesaikan, hal-hal yang mengganggu harus dinetralkan, dan pembenaran terhadap pemaksaan harus dipulihkan.

Meskipun ketegangan antara konflik swasta dan publik bukanlah sesuatu yang baru, kemunculan teknologi digital telah meningkatkan ketegangan ini menjadi sebuah kesenjangan. Teknologi memiliki kekuatan transformatif, dan jika tidak ditangani, penerapan teknologi dalam penyelesaian sengketa dapat menimbulkan implikasi yang serius, karena penggunaan kekuatan yang tidak terlihat tidak dapat diprediksi dalam sistem hukum.

Perubahan dalam penegakan hukum yang disebabkan oleh teknologi digital memerlukan reaksi dalam sistem hukum. Komunitas hukum harus mengambil sikap tegas apakah penggunaan paksaan secara pribadi dapat diterima atau tidak dan apakah hal tersebut harus diatur secara lebih rinci atau tidak. Jika transformasi penegakan hukum tidak diakui dan penegakan hukum oleh pihak swasta tidak diserap ke dalam sistem hukum, krisis pembenaran akan semakin parah. Untuk menjawab tantangan yang ditimbulkan oleh penegakan hukum oleh pihak swasta, pertama-tama kita perlu memahami bagaimana pemaksaan publik dapat diterima, dengan kata lain bagaimana hal tersebut dibenarkan, dan kemudian mengevaluasi apakah hal yang sama berlaku untuk pemaksaan swasta. Titik awalnya adalah bahwa hukum menunjukkan dirinya sebagai kekerasan dalam penegakan hukum dan kekerasan ini perlu dibenarkan. Tujuan utama buku ini adalah untuk mendeskripsikan bagaimana penerapan teknologi digital dalam penyelesaian sengketa mendorong privatisasi penegakan hukum dan dengan demikian menantang pembenaran hukum sebagai bentuk kekerasan yang dilegitimasi.

Untuk mencapai tujuan ini, penting untuk mengkaji bagaimana kita harus memahami teknologi digital dalam konteks penyelesaian sengketa. Jawabannya dicari dari determinisme teknologi Marshall McLuhan, yang menyoroti disruptifnya teknologi, dan konstruksi sosial teknologi Raymond Williams, yang menekankan elemen sosial dalam penggunaan teknologi. Selain itu, saya membahas agensi teknologi dalam semangat karya Friedrich Kittler mengenai teori media.

Perlu juga dicatat bahwa doktrin hukum acara beroperasi berdasarkan perbedaan antara teknologi ruang sidang dan ODR. Namun, buku ini mengevaluasi kualitas disruptif dari teknologi penyelesaian sengketa tanpa melakukan perbedaan tersebut. Berdasarkan penekanan ini, terdapat kesan bahwa perbedaan doktrinal antara berbagai proses penyelesaian, misalnya prosedur pengadilan dan penyelesaian sengketa alternatif, tidak lagi kokoh. Karena penggunaan teknologi dalam proses-proses ini mengubah cara pengorganisasiannya, teknologi ruang sidang dan penerapan ODR secara perlahan mengalami

konvergensi, bahkan lebih dibandingkan teknologi adjudikasi dan ADR. Selain konvergensi ini, penerapan baru teknologi penyelesaian sengketa, yang disebut teknologi hukum, tidak termasuk dalam kategorisasi sebelumnya. Oleh karena itu, penelitian ini mengadopsi pendekatan bersama untuk mengkaji penerapan teknologi penyelesaian sengketa yang didanai pemerintah dan swasta. Ketika kita melihat implikasi teknologi digital dalam privatisasi paksaan, kita melihat mekanisme yang membenarkan penggunaan kekerasan di masyarakat. Pembeneran atas pemaksaan tidaklah mudah. Untuk mengatasi masalah ini, kita perlu mengenali argumentasi yang digunakan dalam sistem hukum untuk membenarkan berbagai bentuk penyelesaian sengketa dan penegakan hukum, dan setelah struktur argumentasi ini terlihat jelas, bandingkan dengan tantangan teknologi dan penegakan hukum swasta. . Saya beranggapan bahwa penyelesaian dan penegakan hukum perselisihan swasta perlu dibenarkan berdasarkan kriteria yang sama dengan penggunaan kekerasan oleh masyarakat karena semakin meningkatnya konvergensi yang disebabkan oleh teknologi.

Saya mendekati isu pembeneran dengan mengenali tiga narasi yang digunakan untuk membenarkan penggunaan kekerasan dalam penyelesaian sengketa: kedaulatan, otonomi swasta, dan akses terhadap keadilan. Penjelasan-penjelasan yang bersifat pembeneran ini tidak bersifat eksklusif, melainkan tumpang tindih dan saling berhubungan dalam beberapa hal. Selain itu, model pembeneran yang dipilih bervariasi pada waktu, masyarakat, dan keadaan yang berbeda. Oleh karena itu, gambaran yang saya lukiskan ini adalah kerangka kerja pembeneran, sebuah penyederhanaan teoretis yang bertujuan untuk membuka narasi pembeneran dan bukannya menyembunyikannya di balik topeng perbedaan doktrinal dan dogmatika hukum.

Narasi-naratif ini menggambarkan bahwa penggunaan teknologi dalam penyelesaian sengketa akan mempengaruhi cara hukum berfungsi dan cara hukum menetapkan batasannya sendiri. Teknologi mempunyai implikasi terhadap pembeneran mendasar atas intervensi negara dalam konflik swasta serta peran argumentatif yang diberikan kepada otonomi swasta dan akses terhadap keadilan. Perlu dicatat bahwa pada akhirnya, narasi pembeneran adalah argumentasi alat yang dapat digunakan untuk mempertahankan atau menentang penerimaan in casu terhadap suatu inovasi teknologi, serupa dengan teori Profesor Martti Koskenniemi tentang argumen naik dan turun dalam hukum internasional.

Narasi pembeneran pertama yang dikaji lebih dekat pada Bab 6 menggunakan konsep kedaulatan untuk menjelaskan kepentingan negara dalam penyelesaian sengketa dan bagaimana pembeneran diciptakan, ditafsirkan ulang, dan didasarkan pada perubahan lingkungan penyelesaian sengketa. Sebagai sumber pembeneran, kedaulatan membuat suatu keputusan dapat dilaksanakan ketika keputusan tersebut diambil melalui pengadilan publik. Narasi pertama ini berkaitan dengan perubahan sosial dan hukum yang lebih besar yang sering digambarkan melalui pluralisme hukum dan peningkatan peraturan hukum. Dalam doktrin prosedural tradisional, intervensi negara dilakukan dengan mengadopsi monopoli negara dalam penyelesaian sengketa sebagai titik awal teoritis. Oleh karena itu, kedaulatan memainkan peran penting sebagai prinsip pembeneran dalam narasi ini. Namun, kedaulatan,

yang dirumuskan sebagai monopoli negara dalam pengelolaan konflik, membawa cita-cita dan agenda politik negara-bangsa modern ke dalam penyelesaian sengketa.

Narasi kedua dieksplorasi di Bab 7 dengan menanyakan bagaimana persetujuan dipandang sebagai sumber pembenaran dalam hukum acara. Meskipun kedaulatan telah menjadi dasar pembenaran utama bagi monopoli negara dalam penyelesaian sengketa sejak terbentuknya negara-bangsa modern melalui Perjanjian Perdamaian Westphalia pada tahun 1648, monopoli negara menerima dan memberikan perlindungan terhadap kesepakatan para pihak dalam litigasi. Kesepakatan, yaitu persetujuan timbal balik, menjadi menonjol sebagai model pembenaran setelah ideologi ADR diperkenalkan pada tahun 1970an. Contoh persetujuan sebagai sumber pembenaran dapat ditemukan dalam klausul arbitrase yang mengalihkan yurisdiksi dari pengadilan negeri ke pengadilan arbitrase swasta. Penekanan pada kesepakatan bersama sebagai sumber pembenaran ini sebagian menantang tradisi lama dalam membangun legitimasi kedaulatan. Bentuk pemerintahan swasta yang ada saat ini semakin menantang monopoli negara dalam penyelesaian sengketa, dan mempertanyakan peran kedaulatan sebagai sumber pembenaran. Namun, persetujuan para pihak sebagai narasi pembenaran menyampaikan rasionalitas kebebasan kontrak dan liberalisme klasik dalam penyelesaian sengketa.

Narasi ketiga yang dikaji secara lebih rinci dalam Bab 8, Akses terhadap keadilan, memperoleh kekuatan pembenaran dari kualitas prosedur penyelesaian dan bukan dari otoritas eksternal negara atau pihak-pihak yang berkepentingan. Sebagai sumber pembenaran, hal ini berarti bahwa pelanggaran terhadap proses hukum akan menjadikan prosedur tersebut tidak adil, tidak ada, dan sia-sia. Atau, sebaliknya, tingkat proses penyelesaian yang tinggi membuat keputusan tersebut dapat dilaksanakan. Konseptualisasi pembenaran seperti itu juga akan sesuai dengan pendekatan gabungan yang memandang litigasi negara dan ODR secara bersamaan. Sebagai narasi pembenaran, akses terhadap keadilan adalah komunikasi etis mengenai penyelesaian sengketa. Dalam pengertian ini, konsep ini membatasi apa yang dianggap sebagai proses yang wajar dan apa yang tidak. Kekuatan justifikasinya diperoleh dari moralitas komunikasi serta otoritas lembaga-lembaga seperti Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (ECtHR), yang dibentuk oleh negara-negara berdaulat. Sebagai sumber pembenaran, akses terhadap keadilan mengubah pertanyaan tentang pembenaran menjadi isi dari satu prosedur penyelesaian. Secara umum, kita tidak akan mendapatkan referensi apa pun mengenai hak asasi manusia yang isinya hanya dapat diputuskan secara *in casu*. Jika ini merupakan jawaban terbaik kita terhadap pertanyaan mengenai pembenaran, apa yang dapat kita ketahui dari hal ini mengenai hukum?

Berdasarkan pemeriksaan ini, saya mengusulkan hal berikut: narasi pembenaran yang ada tidak memberikan jawaban untuk membenarkan bentuk-bentuk baru penegakan hukum oleh pihak swasta. Oleh karena itu, penting untuk mengevaluasi apakah narasi-narasi ini dapat diadaptasi untuk tugas ini melalui penafsiran ulang. Asumsi mendasar yang memotivasi penelitian ini adalah bahwa narasi pembenaran yang digunakan untuk membatasi penggunaan kekerasan yang diterima secara hukum tidak secara otomatis berlaku pada

bentuk penyelesaian dan penegakan sengketa baru yang dimungkinkan oleh teknologi digital, dan diperlukan evaluasi ulang dalam hal ini. untuk mengatasi potensi krisis pembenaran.

1.5 LINGKUP PENYELESAIAN SENGKETA

Penerapan penyelesaian sengketa yang berbeda-beda telah menjadi objek kajian beberapa sarjana. Karya Profesor Fredric Lederer telah membuka jalan bagi teknologi ruang sidang, dan Laboratorium Cyberjustice terus mengkaji penerapan teknologi di pengadilan. Selain itu, disertasi doktoral komprehensif Dory Reiling pada tahun 2009 telah menjelaskan banyak cara dalam dimana TI dapat membantu reformasi peradilan di masa depan. Reformasi legislatif nasional, serta penelitian internasional, telah menghasilkan informasi praktis yang penting mengenai teknologi ruang sidang, meskipun penelitian tersebut jarang membahas isu-isu pembenaran yang lebih abstrak.

ODR telah mendapat banyak perhatian ilmiah. Monograf awal mengenai ODR berfokus terutama pada pendefinisian ODR dan kegunaannya, serta mengadopsi peran advokasi. Sebagian besar penelitian mengenai ODR diterbitkan dalam artikel jurnal, dan tidak ada kerangka umum yang ditetapkan, sehingga menyebabkan penekanan yang kuat pada kasus-kasus tertentu. contoh dan penerapan pendekatan praktis. Kontribusi terhadap agenda penelitian yang lebih rumit mencakup buku tahun 2004 karya Gabrielle Kaufmann-Kohler dan Schultz serta kompilasi artikel yang diedit oleh Abdel Wahab, Katsh, dan Rainey pada tahun 2012 telah berkontribusi pada agenda penelitian ODR yang lebih rumit. Di Inggris, Profesor Julia Hörnle mengkaji standar proses hukum secara online, dengan alasan untuk model proses hukum yang proporsional, yang mana perlindungan proses hukum publik akan diintegrasikan ke dalam prosedur penyelesaian sengketa swasta. Profesor Pablo Cortés memberikan proposal rinci untuk kerangka hukum Eropa untuk konsumen ODR yang terdiri dari peraturan, meningkatkan kesadaran konsumen melalui akreditasi dan tanda kepercayaan yang seragam, memungkinkan klausul ODR wajib dan menetapkan standar hukum prosedural. Di negara-negara Nordik, ODR dibahas dalam disertasi Susan Schiavetta yang tidak dipublikasikan di Universitas Oslo pada tahun 2008 dan Tapio Disertasi Puurunen di Universitas Helsinki tahun 2005.

Terlepas dari semakin banyaknya penelitian yang dilakukan, penegakan hukum pada umumnya, dan penegakan hukum swasta pada khususnya, sebagian besar masih bersifat perifer. Cortés menyinggung mekanisme penegakan hukum mandiri yang dilakukan oleh penyedia ODR dan menyebutkan kurangnya penegakan hukum sebagai salah satu kemungkinan hambatan dalam pengembangan ODR. Ia juga menyatakan bahwa sistem penegakan hukum publik harus melengkapi mekanisme penegakan hukum mandiri. Thornburg menunjukkan bahwa ICANN telah menemukan solusi terhadap masalah penegakan hukum namun solusi ini tidak dapat diadopsi dalam bentuk ODR lainnya. Kaufmann-Kohler dan Schultz, tentang di sisi lain, bedakan antara penegakan diri secara tidak langsung dan langsung. Dalam definisinya, penegakan hukum secara tidak langsung mengacu pada tanda kepercayaan, sistem reputasi, pengecualian dari pasar dan cara-cara mengarahkan perilaku lainnya, sedangkan penegakan hukum secara langsung mencakup escrow, chargeback,

mekanisme asuransi dan 'dana penghakiman' yang dibentuk oleh penyedia ODR atau pihak ketiga. Mereka menganggap penerapan mandiri sebagai pilihan terbaik dalam pengambilan keputusan ODR jika kepatuhan secara sukarela bukanlah suatu pilihan. Meskipun pernyataan singkat ini, tidak ada pemeriksaan komprehensif terhadap penegakan hukum yang dimungkinkan oleh teknologi.

Meskipun penelitian mengenai dampak teknologi penyelesaian sengketa terhadap penegakan hukum masih langka, pembenaran, dalam satu atau lain cara, telah menjadi objek buku sebagian besar pakar hukum. Pada akhirnya, pertanyaan mengenai deskripsi hukum itu sendiri adalah pertanyaan mengenai pembenaran dan legitimasi. Munculnya rezim swasta telah dibahas dalam teori hukum oleh para sarjana hukum Jerman, Teubner dan Fischer-Lescano dan Calliess. Penelitian lebih lanjut mengenai tata kelola swasta dapat ditemukan di beberapa bidang hukum serta ekonomi, ilmu politik dan ilmu sosial. Diskusi-diskusi ini, meskipun mencerahkan dan relevan, memberikan dukungan terbatas terhadap tujuan penelitian spesifik dari buku ini untuk menguji implikasi teoretis dari privatisasi paksaan yang disebabkan oleh teknologi penyelesaian sengketa.

Penelitian ini bertujuan untuk memperbaiki kurangnya penelitian teoritis mengenai teknologi penyelesaian sengketa. Penyelidikan abstrak seperti ini diperlukan jika kita ingin memberikan kerangka kerja untuk menilai bagaimana penggunaan teknologi mengubah praktik hukum. Implikasi dari buku tersebut juga bersifat praktis, karena hasilnya memberikan informasi latar belakang yang sangat dibutuhkan untuk reformasi legislatif. Perspektif manajemen konflik, dan pada akhirnya perspektif akses terhadap keadilan, merupakan titik awal yang berguna untuk menilai dampak teknologi baru terhadap praktik hukum, karena struktur prosedural menentukan kerangka kerja hukum. Dalam beberapa hal, hal ini berarti bahwa tantangan teknologi menjadi lebih besar dalam pengelolaan konflik dan oleh karena itu hasil yang ditemukan dalam konteks ini dapat diekstrapolasi ke dalam sistem hukum secara keseluruhan.

Meskipun demikian, pengujian terhadap teknologi penyelesaian sengketa dan privatisasi paksaan yang dimungkinkan oleh penerapan-penerapan ini terkait dengan meningkatnya tuntutan akan efisiensi yang dihadapi banyak sistem peradilan sipil saat ini. Namun, efisiensi tidak boleh dipahami sebagai tujuan akhir, melainkan harus ditafsirkan sehubungan dengan nilai-nilai yang tercermin dalam sistem manajemen konflik. Peneliti Kanada Fabien Gélinas dkk. menekankan perlunya kerangka kerja berbasis nilai untuk reformasi peradilan dan menyatakan bahwa "efisiensi demi membebaskan sumber daya harus menjadi instrumen untuk mencapai tujuan lain, yang perlu diteliti dan diidentifikasi, bukan hanya sekedar tujuan akhir". Buku ini mengikuti jejak ini dengan memberikan wawasan kritis untuk membenarkan privatisasi atas paksaan dan sekaligus meletakkan dasar untuk mengatasi tantangan yang ditimbulkan oleh teknologi terhadap sistem hukum.

Kajian ini harus dibaca sebagai gabungan teori hukum yang diterapkan pada praktik manajemen konflik, yang memerlukan tingkat abstraksi yang relatif tinggi. Pilihan ini tidak termasuk pengujian sistematis terhadap sistem prosedur nasional serta Konvensi multilateral. Saya mengacu pada undang-undang nasional dan kasus hukum, serta rezim normatif berbasis

Konvensi hanya jika diperlukan untuk tujuan menguji narasi pembenaran pada tingkat umum. Privatisasi pemaksaan oleh teknologi merupakan tema global namun perspektif penulis dipengaruhi oleh tradisi hukum perdata Nordik, yang mungkin mempengaruhi argumentasinya. Meskipun pembenaran penegakan hukum oleh sektor swasta berkaitan erat dengan isu-isu tata kelola lainnya, tata kelola Internet dan aturan-aturan lain di dunia maya tidak termasuk dalam cakupan penelitian ini.

BAB 2

MEMAHAMI HUKUM DAN TEKNOLOGI

2.1 MEMAHAMI HUKUM SEBAGAI PEMAKSAAN YANG DILEGITIMASI

Buku ini mengkaji bagaimana teknologi penyelesaian sengketa dan khususnya pergeseran menuju peningkatan privatisasi yang diakibatkannya dalam penegakan hukum mempengaruhi hukum. Hampir dapat didefinisikan bahwa setiap perubahan dari cara-cara yang biasanya dilakukan akan memaksa kita untuk memutuskan bagaimana kita harus bereaksi terhadap perubahan tersebut dan mengapa. Hal ini berarti mempertanyakan apakah ada alasan yang baik untuk mempertahankan status quo atau apakah kita harus menerima perubahan tersebut. Dalam buku ini, inovasi teknologi mengubah organisasi penegakan hukum dengan memungkinkan bentuk-bentuk baru pemaksaan swasta yang mengabaikan dan menantang monopoli negara atas kekerasan. Perubahan ini menimbulkan pertanyaan tentang bagaimana penyelesaian dan penegakan sengketa, dan harus, diorganisir, oleh siapa, dan mengapa. Singkatnya, bagaimana model penegakan hukum yang diatur oleh negara saat ini dapat dibenarkan dan apakah penegakan hukum yang semakin diprivatisasi dapat dibenarkan pada tingkat yang sama?

Untuk mencapai tujuan ini, kita perlu mendefinisikan konsep-konsep kunci yang terlibat. Pertama, kita perlu memahami apa itu hukum dan teknologi, untuk bertanya bagaimana inovasi teknologi dalam bentuk peningkatan privatisasi dan paksaan mengubah peran hukum dalam masyarakat. Kedua, diperlukan suatu kerangka kerja untuk menjelaskan interaksi antara hukum dan teknologi: bagaimana teknologi memasuki operasional sistem hukum? Ketiga, kita perlu mengetahui justifikasi sistem hukum dan bagaimana sistem tersebut diciptakan untuk penyelesaian sengketa.

Pilihan mengenai definisi ini membuka jalan untuk memberikan jawaban yang masuk akal mengenai apakah privatisasi paksaan merupakan masalah dari perspektif sistem hukum. Dengan kata lain, diperlukan ontologi, cara untuk bertanya dan menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut.

Hal yang membuat penegakan hukum menarik untuk dianalisis secara teoretis adalah pembenarannya. Karena mengambil tindakan sendiri merugikan masyarakat secara keseluruhan dan oleh karena itu dilarang, penegakan hukum yang diatur secara hukum diperlukan demi stabilitas masyarakat. Dalam penegakan hukum, hukum menunjukkan dirinya sebagai bentuk kekerasan yang dilegitimasi. Perlu dicatat bahwa sifat hukum yang memaksa harus dibaca bukan sebagai suatu normatif tetapi sebagai klaim deskriptif. Kita bisa melangkah lebih jauh lagi dan menyatakan bahwa penyelesaian sengketa dan ancaman penegakan hukum adalah alat untuk memenuhi fungsi hukum dalam masyarakat. Hal yang menarik adalah bahwa doktrin hukum acara jarang menyentuh dimensi teoritis penyelesaian sengketa. Sebaliknya, pembenaran adalah struktur yang sulit dipahami dan tidak aktif yang jarang dibahas dan hanya dapat disimpulkan dengan membaca teks prosedur secara cermat. Hal ini tampak sebagai asumsi-asumsi dan nilai-nilai tersembunyi yang dianggap sudah jelas

dengan sendirinya. Menuntut untuk mengetahui bagaimana pemaksaan dapat diterima oleh sistem hukum dengan cepat membuka serangkaian pertanyaan lain tentang sejauh mana dan metode dari tindakan yang menciptakan pembenaran ini.

Dengan kata lain, persoalan kekerasan inheren hukum merupakan rumusan landasan ontologisnya: apa yang menjadi dasar hukum, atas dasar apa landasan tersebut dibangun? Adakah landasan normatif yang memisahkan kekuatan hukum yang dapat diterima dan diakui dari pemaksaan dengan kekerasan? Bagaimana pembedaan tersebut dilakukan dalam sistem hukum? Tiba-tiba penyelidikan terhadap penegakan hukum swasta ini menjadi pertanyaan tentang batas-batas hukum, yang tidak dapat diatasi oleh doktrin prosedural. Buku ini berupaya untuk memperbaiki kurangnya refleksi doktrinal melalui analisis teoretis tentang perubahan yang didorong oleh teknologi dalam membenarkan penegakan hukum.

Paradoksnya hukum, pada akhirnya, hanya bisa ditafsirkan sebagai kekerasan yang dilegitimasi. Namun, untuk menjamin stabilitas masyarakat, sifat hukum yang paradoks ini perlu disembunyikan. Untuk benar-benar memahami sifat meningkatnya privatisasi paksaan yang dimungkinkan oleh teknologi, kita perlu mengungkap sejenak paradoks tersebut dan menanyakan strategi apa yang kita miliki untuk menyembunyikannya lagi. Buku ini menggunakan teori sistem sosial untuk mencapai tujuan ini. Membuat sifat paradoks hukum sebagai kekerasan yang dilegitimasi terlihat adalah semacam langkah dekonstruktif yang memungkinkan evaluasi kemungkinan rekonstruksi, meminjam pemikiran sarjana hukum Jerman Günther Teubner tentang titik hubungan yang mengejutkan antara teori sistem sosiolog Jerman Niklas Luhmann dan dekonstruksi filsuf Perancis Jacques Derrida.

Mengapa pendekatan teori sistem memberikan wawasan tentang perubahan bentuk penegakan hukum oleh pihak swasta? Ada beberapa alasan pemilihan tersebut. Pertama, gagasan hukum sebagai suatu rangkaian sejarah tampaknya memberikan satu penjelasan yang mungkin mengenai bagaimana pembenaran penyelesaian sengketa telah dirumuskan dan diubah seiring berjalannya waktu melalui penafsiran ulang yang terus menerus. Tentu saja, gagasan hukum sebagai struktur masyarakat yang terbentuk secara historis tidak terbatas pada teori sistem dan kerangka teori lainnya akan memberikan titik masuk yang sama memuaskannya pada jenis pemeriksaan ini, yang membawa kita ke poin kedua. Kedua, teori sistem memandang fungsi sosial hukum adalah untuk menjunjung tinggi ekspektasi tanpa mepedulikan kekecewaan. Fungsi ini menyediakan alat untuk menegakkan normativitas hukum pada tingkat yang sangat mendasar tanpa menggunakan isi norma-norma materiil dalam peraturan perundang-undangan, kasus hukum atau doktrin. Dengan membuat klaim bahwa ekspektasi x adalah dan akan valid pada tingkat umum meskipun dalam kasus ekspektasi tersebut tidak terpenuhi menempatkan teori sistem di luar sekedar deskripsi, meskipun pada pandangan pertama teori sistem mungkin tampak hanya deskripsi tanpa klaim normatif. Namun, penafsiran ini tidak boleh dibaca sebagai perlawanan terhadap literatur teori Luhmann. Sebaliknya, hanya ditunjukkan bahwa fungsi hukum tidak bergantung pada hasil peraturan dan kasus hukum, bahwa sifat normatif hukum melampaui normativitas ucapan-ucapan tersebut.

Ketiga, pendekatan baru terhadap normativitas hukum ini memberikan sudut pandang yang berguna untuk mengevaluasi bagaimana pengaruh eksternal, seperti teknologi, memasuki dan mempengaruhi sistem hukum. Ini berarti bahwa teori sistem memungkinkan kita untuk berpegang pada perspektif internal sistem hukum sekaligus melihat melampaui batas-batas hukum. Kekuatan deskriptif teori tersebut berguna untuk menjelaskan bagaimana sistem hukum berinteraksi dengan sistem sosial lain dalam masyarakat. Dengan kata lain, teori ini menjelaskan hukum dan pada saat yang sama memberikan ruang untuk analisis kualitas teknologi yang disruptif. Dan yang terakhir, teori universal memberikan kerangka kerja yang luas untuk menguji keterkaitan antara rasionalitas hukum dan teknologi yang sangat berbeda. Selain itu, universalitas teori ini juga membuka peluang bagi kritik dan terdapat bahaya bahwa pengujian berdasarkan teori tersebut akan terpecah belah karena cakupannya yang semakin luas. Namun, analisis ini menggunakan perspektif kritik segera, yang tidak seperti kritik berbasis moralitas mendasar yang memberikan tantangan dari perspektif eksternal bersifat internal terhadap sistem hukum.

2.2 MENDEFINISIKAN HUKUM MELALUI TEORI SISTEM

Hukum Sebagai Sistem Sosial Yang Menjaga Stabilitas

Untuk menerapkan teori Luhmann pada pengujian privatisasi paksaan yang dilakukan di sini, perlu untuk menyajikan kepada pembaca gambaran singkat tentang konsep-konsep fokus dan ontologi yang disajikannya, karena teori tersebut memberikan model untuk memahami interaksi antara hukum, teknologi dan masyarakat. Karya Luhmann tidak dikenal karena sifatnya yang mudah dipahami karena sifatnya yang abstrak. Meskipun tingkat abstraksinya tinggi, premis teori sistem sosial relatif mudah. Inti dari teori ini adalah masyarakat yang terdiferensiasi secara fungsional, yang seiring berjalannya waktu terbagi menjadi beberapa subsistem untuk mempertahankan kompleksitas yang semakin meningkat. Bagi Luhmann, perbedaan antara suatu sistem dan lingkungannya merupakan unsur penentu tatanan sosial. Dengan demikian, klaim teori sistem yang paling konstitutif dapat dipersempit menjadi fakta bahwa sistem itu ada. Menariknya, Profesor Michael King dan Chris Thornhill dari Inggris berpendapat bahwa teori sistem sosial telah membentuk revolusi ilmiah Kuhnian, ketika Luhmann meninggalkan subjek manusia sebagai pusat pengamatan sosial untuk komunikasi. Teori Luhmann juga menentang positivisme hukum tradisional, karena perbedaan yang melekat pada teori tersebut. antara hukum dan moral tidak menimbulkan apa-apa selain paradoks yang secara bersamaan berpegang pada perbedaan antara keduanya dan tidak mampu mendamaikannya.

Teori Luhmann mencerminkan pemahaman tentang dunia yang dikonstruksi secara sosial melalui komunikasi, menjadikan komunikasi, transmisi informasi, sebagai konsep fokus yang melaluinya diferensiasi fungsional diwujudkan tercapai. Bagi Luhmann, masyarakat, seperti semua sistem sosial, terdiri dari komunikasi yang saling terkait yang semakin mengarah pada diferensiasi fungsional subsistem yang berbeda. Dengan membedakannya ke dalam subsistem-subsistem seperti hukum, ekonomi, dan politik, keseluruhan sistem mampu membuat koneksi yang lebih bervariasi melalui komunikasi yang saling terkait, yang pada

gilirannya menjamin keberadaan sistem tersebut. Jika koneksi ini dihentikan, sistem akan terhenti. Dengan demikian, Luhmann menempatkan komunikasi sebagai inti dari semua sistem sosial. Titik awal ini berguna untuk tujuan kami, yaitu untuk memahami bagaimana penggunaan teknologi informasi dan komunikasi mengubah penyelesaian dan penegakan sengketa. Teori sistem sosial Niklas Luhmann berusaha memberikan teori umum tentang masyarakat dan dalam teori sistem sosial keberadaan masyarakat, evolusi dan komunikasinya menyatu satu sama lain. Luhmann menggambarkan evolusi masyarakat sebagai hasil dari kompleksitas yang terus meningkat, dimana kompleksitas dikendalikan oleh komunikasi. Dengan kata lain, peningkatan spesialisasi, yaitu diferensiasi fungsional, membantu mengurangi dampak buruk yang mungkin ditimbulkan oleh peningkatan kompleksitas. Diferensiasi fungsional menjelaskan batasan antara berbagai fungsi dalam masyarakat, misalnya. hukum, politik dan ekonomi, dan komunikasi yang berkelanjutan menjunjung tinggi identitas subsistem yang terpisah ini. Diferensiasi fungsional memberikan sebuah model untuk mengkaji keterkaitan antara hukum, teknologi dan masyarakat sekaligus mempertahankan identitas sistem hukum yang berbeda dalam masyarakat.

Diferensiasi fungsional dicapai melalui komunikasi spesifik yang unik untuk setiap subsistem yang terdiferensiasi. Dengan mendelegasikan kompleksitas melalui diferensiasi fungsional ke subsistem, sistem dapat menambah kompleksitas keseluruhan di dalamnya. Diferensiasi fungsional yang berkelanjutan menggambarkan bagaimana sistem hukum menjadi semakin kompleks, terus menerus membuat pembedaan baru untuk memberikan komunikasi yang lebih bernuansa tentang apa itu hukum. Namun, kita tidak dapat menguji dampak dari subsistem yang terdiferensiasi secara fungsional tanpa menanyakan alasan mengapa sistem ini mengembangkan identitasnya sendiri dalam masyarakat. Sistem hukum yang menjadi objek kajian di sini memberikan stabilitas bagi masyarakat. Sistem hukum menjaga stabilitas ini dengan menciptakan dan memelihara ekspektasi normatif. Sederhananya, seseorang mungkin percaya bahwa hukum berpihak pada dirinya dan semakin sering harapan serupa dari orang lain dipenuhi oleh pengadilan, maka semakin kuat pula harapan seseorang terhadap perlindungan hukum. Harapan normatif berhubungan dengan sifat hukum sebagai pemaksaan yang dilegitimasi. Hal ini berarti bahwa seseorang dapat berharap untuk mendapatkan penegakan hukum dari masyarakat, namun harapan tersebut mempunyai kriteria lebih lanjut pertama, pengadilan harus mengambil keputusan yang menguntungkan pihak yang bersangkutan, mengakui harapan tersebut dan memberi label bahwa hal tersebut dapat diterima.

Namun apa yang terjadi bila harapan seseorang akan perlindungan hukum tidak terpenuhi; bagaimana jika pengadilan tidak memberikan akses terhadap penegakan hukum? Apa yang membuat teori sistem sosial menarik untuk dipelajari dalam bidang hukum adalah bahwa fungsi hukum dalam memelihara harapan tidak bergantung pada pemenuhannya. Sebaliknya, hukum mempertahankan ekspektasi tanpa mempedulikan kekecewaan. Artinya, meskipun perlindungan hukum saat ini ditolak, kita masih dapat mengandalkan perlindungan tersebut di masa depan. Meskipun teori Luhmann sering dikritik karena sifat deskriptifnya, fungsi hukum dalam menegakkan ekspektasi bahkan ketika ekspektasi tersebut dikecewakan

memiliki pendekatan normativitas yang sangat berbeda. Harapan adalah komunikasi normatif tentang masa depan. Ketika suatu harapan tetap ditegakkan meskipun ada kekecewaan, pemecatan tersebut sekaligus mengkomunikasikan bahwa harapan tersebut benar meskipun dalam kasus ini tidak benar. Sederhananya, pemecatan tersebut juga harus dibaca sebagai tuntutan bahwa suatu norma tertentu harus ditegakkan di masa depan meskipun kali ini norma tersebut tidak ditegakkan.

Pembuktian kontrafaktual atas relevansi norma di masa depan menempatkan teori Luhmann jauh dari penjelasan sederhana. Dapat dikatakan bahwa, jauh di lubuk hati, teori sistem sosial mempunyai komponen normatif karena ekspektasi bersifat normatif, namun fungsi normativitas ini berbeda dari yang biasanya dikaitkan dengan istilah tersebut, pada tingkat yang lebih mendasar. Jika kita ingin memahami hukum sebagai subsistem yang terdiferensiasi secara fungsional yang memberikan stabilitas dengan menjunjung tinggi ekspektasi, maka kita harus bertanya apa itu hukum dan bagaimana hukum itu diciptakan. Hal ini juga diperlukan untuk memahami bagaimana hukum berinteraksi dengan sistem lain dan bagaimana teknologi dapat mempengaruhi sistem hukum. Menurut Luhmann, hukum, seperti semua sistem sosial, adalah komunikasi: sistem hukum terdiri dari semua komunikasi sosial yang dirumuskan dengan mengacu pada hukum dan komunikasi ini membedakannya dari lingkungannya dan subsistem lainnya. Oleh karena itu, hukum menciptakan dirinya sendiri melalui aliran komunikasi hukum yang terus menerus, operasi komunikatif individu, yang mereproduksi dan memperbarui batas-batas sistem hukum dari waktu ke waktu dalam siklus produksi sendiri yang disebut *autopoiesis*. Luhmann mendefinisikan *autopoiesis* sebagai produksi sendiri suatu sistem di mana sistem memproduksi dirinya sendiri melalui operasi internalnya. Artinya hanya sistem hukum yang menentukan apa yang menjadi miliknya dan apa yang tidak, tidak ada komunikasi eksternal yang dapat langsung masuk ke dalam sistem hukum.

Bagaimana sistem yang terdiferensiasi secara fungsional mengenali komunikasi mana yang merupakan hasil produksinya sendiri? Hukum, dan juga semua subsistem lainnya, menjunjung tinggi identitas spesifiknya dengan menerapkan kode spesifik sistem untuk menguraikan komunikasi mana yang termasuk di dalamnya. Kode adalah media di mana semua komunikasi dalam suatu sistem berputar, kode tersebut mewakili semacam rasionalitas sistem. Kode selalu membedakan antara oposisi biner, dan diferensiasi fungsional dicapai melalui penerapannya. Tergantung pada kode khusus sistem yang diterapkan, operasi 'diberi kode' sebagai milik di dalam atau di luar sistem. Misalnya, uang (*Geld*) adalah media untuk sistem ekonomi, dan kode ekonomi membayar/tidak membayar menentukan operasi mana yang termasuk dalam sistem ekonomi. Sistem hukum, pada gilirannya, beroperasi melalui media hukum (*Recht*), dan penerapan kode hukum/ilegal mengatur operasi yang termasuk dalam sistem hukum atau di luarnya. Demikian pula kekuasaan (*Macht*) merupakan medium sistem politik yang menerapkan kode kekuasaan/oposisi. Sistem ilmu pengetahuan beroperasi berdasarkan media kebenaran (*Wahrheit*). Menurut Luhmann, medium itu sendiri tidak dapat diuraikan secara kognitif melainkan hanya bentuk yang mengikutinya. Dengan kata lain, kode etik itu sendiri hanya memberikan bentuk untuk membuat perbedaan namun

tidak menghasilkan informasi untuk pembedaan tersebut. Pada gilirannya, program, yang dapat dipahami sebagai struktur yang dirumuskan dari waktu ke waktu, mengatur sisi kode mana yang diterapkan pada suatu hal tertentu. operasi. Dalam sistem hukum, program seperti kasus hukum atau peraturan perundang-undangan menetapkan harapan mana yang harus ditegakkan. Pemrograman memberikan kelonggaran yang tidak dimiliki oleh pengkodean biner yang ketat, program menyeimbangkan kerasnya kode tersebut. Alat-alat ini, yaitu kode dan pemrograman, membantu menjelaskan bagaimana sistem hukum menjunjung batas-batasnya dengan sendirinya dan bagaimana pengaruh eksternal seperti penggunaan digital teknologi dalam penyelesaian sengketa mengembangkan identitas hukum secara khusus. Dengan demikian, sistem hukum merupakan subsistem sosial yang terdiferensiasi secara fungsional yang menghasilkan batas-batasnya dari lingkungannya serta identitasnya dengan menerapkan kode legal/ilegal pada seluruh operasionalnya. Produksi mandiri memberikan otonomi pada sistem dan sekaligus menutupnya dari pengaruh eksternal. Namun, penutupan operatif ini dilengkapi dengan keterbukaan kognitif, yang menjelaskan bagaimana referensi eksternal dapat memasuki sistem hukum dan memperkaya produksinya sendiri. Kombinasi antara ketertutupan dan keterbukaan ini merupakan elemen penting dalam kajian kami terhadap dampak teknologi terhadap salah satu struktur utama hukum, yaitu penyelesaian sengketa, karena hal ini menjelaskan bagaimana sistem hukum mempertahankan kendali atas batas-batasnya sekaligus tetap terbuka terhadap sistem lain.

Hukum tertutup dan terbuka serta mekanisme pengaruh eksternal

Kita sekarang telah menetapkan titik awal teori sistem: diferensiasi fungsional dan produksi mandiri sistem, yang keduanya dibangun melalui pengkodean khusus sistem. Hanya operasional sistem hukum yang mendefinisikan sistem hukum, sehingga menciptakan sistem yang tertutup secara operasional. Namun, tanpa memberikan ruang bagi pengaruh eksternal, sistem hukum tidak dapat menyesuaikan diri, tidak dapat berkembang, operasi berkelanjutannya perlahan-lahan akan melemah dan lingkaran referensial melingkar dari produksi sendiri pada akhirnya akan mengarah pada tautologi, yaitu ketidakmampuan untuk mempertahankan batas-batas dan keberadaan sistem. Sederhananya, sistem hukum harus terbuka terhadap pengaruh namun harus membatasi dampaknya, yang juga menjelaskan bagaimana hukum bereaksi terhadap kualitas teknologi digital yang mengganggu. Alih-alih keterbukaan penuh, Luhmann memecahkan kelemahan penutupan operatif ini dengan memutus lingkaran referensi diri dan membuka pengumpulan informasi sistem ke lingkungannya. Keterbukaan kognitif ini berarti bahwa sistem dapat memperkaya auto-poiesisnya dengan pengaruh-pengaruh eksternal sekaligus mengendalikan batas-batasnya secara mandiri, suatu interaksi halus antara keterbukaan dan penutupan. Namun, sistem mengatur bagaimana ia bereaksi terhadap impuls-impuls dari lingkungannya dan dengan mengendalikan impuls-impuls ini. sistem mengontrol dirinya sendiri.

Impuls dari lingkungan dan subsistem lainnya tidak dapat langsung dimasukkan ke dalam sistem hukum, karena sering kali mengikuti pengkodean yang berbeda dan sistem hukum hanya mengenal pengkodeannya sendiri. Keterbukaan kognitif dimungkinkan oleh dua mekanisme berbeda: interpenetrasi yang memungkinkan sistem meminjam sumber daya

komputasi dari sistem lain namun hanya memiliki nilai penghubung di dalam sistem tersebut, dan penggabungan struktural antara sistem sosial yang berbeda, di mana suatu operasi memiliki nilai di dalam kedua sistem meskipun sesuai dengan kode biner masing-masing sistem. Mekanisme-mekanisme ini penting untuk dibahas pada Bab 4, ketika kita mengkaji bagaimana pembenaran diciptakan dalam sistem hukum dan bagaimana teknologi menantang pembenaran ini dalam penegakan hukum di sektor swasta.

Interpenetrasi mengacu pada hubungan spesifik antara dua sistem terpisah yang telah berkembang bersama seiring berjalannya waktu. Dalam interpenetrasi, kedua sistem menawarkan kompleksitas internalnya agar sistem lain dapat digunakan dalam pembangunan sistemnya. Interpenetrasi meningkatkan independensi sistem dengan memperkenalkan kompleksitas lebih lanjut, atau bisa dikatakan kekuatan komputasi, namun secara bersamaan ketergantungan timbal balik sistem diperkuat. Sistem-sistem yang saling berpenetrasi ditentukan secara bersama-sama, namun tidak konvergen. Hal ini mengikuti interpretasi otonom yang diberikan kedua sistem terhadap peristiwa-peristiwa yang terjadi di dalamnya. Meskipun kejadiannya sama, kedua sistem memberikan makna yang berbeda dan hubungan yang dibuat dalam kedua sistem menimbulkan konsekuensi yang berbeda. Dengan demikian, interpenetrasi hanya mempunyai makna tersendiri pada masing-masing sistem. Ketika menjelaskan interpenetrasi, Luhmann sering memberikan contoh sistem psikis atau biologis: sel-sel saraf yang berbagi informasi antara otak dan kesadaran manusia atau kesadaran dan komunikasi. Namun, interpenetrasi juga mungkin terjadi antara sistem-sistem sosial yang berkembang bersama. Misalnya, dalam sistem hukum, motif dan kepentingan eksternal peraturan perundang-undangan sering kali memengaruhi penafsiran norma dalam pengambilan keputusan hukum. Namun, motif-motif ini disaring secara internal sebelum dimasukkan misalnya. Jika suatu undang-undang dihasilkan dari manuver politik, maka asal muasalnya biasanya tidak dibahas dalam keputusan hukum yang menerapkan undang-undang tersebut.

Mekanisme lain untuk menerima pengaruh eksternal terhadap sistem sosial adalah penggabungan struktural (*strukturelle Kopplung*) yang tidak memerlukan evolusi bersama. Sebaliknya, operasi yang digabungkan secara struktural secara bersamaan menyesuaikan dengan pengkodean dua sistem dan menjadi milik kedua sistem, masing-masing sistem menafsirkan operasi secara mandiri di sisinya. Penggabungan struktural menyampaikan pengaruh eksternal dan memperkaya *autopoiesis* sistem. Misalnya, kontrak dan properti merupakan penghubung struktural antara hukum dan perdagangan; konstitusi adalah perpaduan antara hukum dan politik. Dengan demikian, sebuah kontrak atau properti dapat dievaluasi sesuai dengan kode biner hukum/ilegal dan diakui oleh sistem hukum sebagai miliknya sebagai operasinya sendiri. Pada saat yang sama, suatu kontrak mematuhi kode etik membayar/tidak membayar dalam sistem ekonomi dan diakui dalam makna umum simbolisnya sebagai medium, yaitu uang. Sebagai perbandingan, sebuah konstitusi menerapkan kode biner dari sistem politik, yaitu kekuasaan/oposisi yang berfungsi melalui medium kekuasaan, di samping kode sistem hukum.

Interpenetrasi dan penggabungan struktural keduanya memberikan pengaruh eksternal untuk produksi mandiri suatu sistem dan dengan demikian menyeimbangkan efek penutupan operasional. Keterbukaan kognitif membawa faktor-faktor yang mengganggu dari lingkungan ke dalam sistem hukum dan upaya sistem hukum untuk memasukkan faktor-faktor tersebut ke dalam operasionalnya akan membuat sistem tersebut kebal terhadap ancaman eksternal. Teori sistem sosial Luhmann nampaknya memberikan alat yang berguna untuk menilai interaksi antara hukum dan teknologi sambil menjaga otonomi normatif hukum. Namun, penggunaan teknologi dalam praktik sosial seperti penyelesaian sengketa merupakan fenomena yang sangat beragam sehingga sulit dimasukkan ke dalam informasi eksternal, karena teknologi penyelesaian perselisihan dapat dijauhkan dari realitas artefak teknologi, mekanisme produksinya, dan makna budaya. penciptaan. Hal ini membawa kita mempertanyakan batasan teori sistem; Apakah gambaran yang diberikan teori terlalu abstrak sehingga melupakan realitas sosial?

Keterbatasan Teori Sistem dan Paradoks Hukum Proses Pencarian Keadilan, Mengapa Teori Sistem Diperlukan dalam Informasi

Meskipun teori sistem sosial Luhmann memberikan alat yang berguna untuk menilai keterkaitan antara keuntungan ekonomi, kekuasaan politik, wacana etika dan pengambilan keputusan hukum, teori ini telah dikritik karena berbagai alasan. Kurangnya alat untuk mengkaji hubungan kekuasaan, kurangnya konten normatif, dan fokus pada koherensi dibandingkan paradoks semuanya mendapat kritik. Kritik ini terfokus pada hubungan hukum dengan politik dan etika. Memahami bagaimana hukum berupaya menuju keadilan yang tidak dapat dicapai mengungkap keterbatasan teori sistem dan penting untuk diskusi di Bab 7 yang mengkaji bagaimana perspektif akses terhadap keadilan dapat digunakan untuk membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta.

Gagasan-gagasan ini bukanlah hal baru. Kontroversi Luhmann/Habermas yang terkenal berfokus pada sifat komunikatif teori Luhmann serta perbedaan kuat antara hukum dan politik. Sosiolog Jerman Habermas menganggap teori Luhmann merupakan sebuah kesalahan deskriptif, yaitu bentuk kesadaran teknokratis 'Hochform, yaitu "permintaan maaf" terhadap status quo, yang dimaksudkan untuk mempertahankan status quo. Dengan penerapan kode etik yang agak teknis, unsur-unsur politik dalam hukum sistem diremehkan. Seperti yang dirumuskan Thomas McCarthy, teori sistem kemudian 'mendorong depolitisasi ruang publik dengan mendefinisikan pertanyaan-pertanyaan praktis sejak awal sebagai pertanyaan-pertanyaan teknis'. Namun, argumen-argumen tandingan juga telah disuarakan dan pandangan teori sistem sosial tentang hukum saling melengkapi. Teubner telah mengatasi kekurangan teori sistem dalam memahami hubungan kekuasaan dengan mengembangkan apa yang disebutnya hukum refleksif, yang mana sistem hukum lebih terbuka terhadap interaksi dengan sistem lain sehingga lebih mampu menangani perilaku sosial, dan lebih rentan terhadap rekayasa sosial. Menurut konseptualisasi Teubner, hukum bergerak dari hukum formal ke hukum substantif dan kemudian ke hukum refleksif, yang memberlakukan pembatasan prosedural dan konstitutif terhadap perkembangan hukum. Artinya, hukum

refleksif tidak memberikan nilai material atau kriteria apa pun yang spesifik untuk hasil yang diinginkan.

Luhmann tidak setuju dengan visi Teubner yang memasukkan unsur-unsur refleksif dalam teori sistem, karena menurutnya pendekatan refleksif terlalu luas jangkauannya dalam mencari sintesis pendekatan emansipatoris kritis, dogmatika responsif, dan analisis sosiologis. Berdasarkan Teubner, Profesor John Paterson bertujuan untuk merekonsiliasi teori sistem dengan elemen refleksif dengan memperkenalkan skenario berbeda yang mungkin memperluas cakupan hubungan struktural antara hukum dan sistem lainnya. Namun, seperti yang ditunjukkan oleh Profesor King, pertanyaan tentang elemen refleksif dalam teori sistem, dan pada akhirnya pertanyaan tentang elemen refleksif dalam teori sistem, dan pada akhirnya adalah teori sistem. Keterbukaan sistem hukum, adalah pertanyaan tentang batasan teori tersebut. Sederhananya hukum hanya dapat memahami hukum dan hanya dapat mengatur apa yang dapat diatur oleh undang-undang karena adanya pengkodeannya. Namun, banyak bidang yang mungkin mempengaruhi pemenuhan tujuan peraturan masih belum tercakup dalam hukum.

King memandang Teubner dan Paterson berupaya meningkatkan kinerja sistem hukum dalam mengatur perilaku sosial, yang menurutnya tidak pernah diminati oleh Luhmann. Pembukaan yang diperluas melalui penyertaan elemen refleksif ini merugikan teori tersebut, yang menurut King paling baik digunakan sebagai 'cara untuk menekankan keterbatasan, penipuan diri sendiri, dan paradoks hukum dan politik dalam berbagai operasinya'.

Meskipun demikian, kekuatan teori sistem dalam menjelaskan cara kerja sistem hukum terletak pada kemampuannya memberikan kesan koherensi meskipun terdapat inkohherensi, fokus pada tampilan kontrol sambil menyembunyikan paradoks dasarnya. Dengan kata lain, hukum adalah kekerasan yang dilegitimasi dan sifat paradoks ini menjadi terlihat ketika paksaan digunakan dalam penegakan hukum. Di sini dikemukakan bahwa teknologi digital yang digunakan untuk penegakan hukum swasta mengungkap kekerasan yang melekat pada hukum sehingga paradoks mendasar ini tidak dapat disamarkan. Bagi Luhmann, semua deskripsi diri tentang sistem hukum didasarkan pada paradoks, tidak ada kriteria normatif yang mirip dengan Grundnorm Kelsen, atau bahkan konsep keadilan yang menjadi landasan hukum. Paradoks mendasar dihasilkan dari pengamatan diri terhadap sistem yang selalu berpartisipasi dalam pengoperasian sistem, mulai dari penerapan kode pada dirinya sendiri. Tanpa meremehkan atau mendeparadoks tautologi ini, paradoks mendasar ini akan menyebabkan kelumpuhan operasi sistem dan autopoiesis akan berhenti.

Melalui deparadoksifikasi, yaitu dengan memperkenalkan pembedaan baru, sistem dapat berpura-pura bahwa operasinya tidak didasarkan pada observasi diri. Michael King dan Chris Thornhill memberikan contoh deparadoksifikasi dalam sistem hukum melalui pembedaan antara kewajaran/ketidakwajaran dan konstitusional/inkonstitusional. yang dapat menggantikan permasalahan apakah hukum dapat dibenarkan oleh moralitas universal atau oleh hukum alam. Meskipun otopoiesis sistem hukum akan berhenti jika tidak ada deparadoksifikasi, paradoks-paradoks ini tampaknya mengungkap sisi lain dari sistem hukum,

yaitu konflik, kontradiksi dan krisis, yang merupakan sisi bawah hukum. Paradoks-paradoks ini juga melekat dan diperlukan bagi hukum, yang menjadi nyata ketika terjadi konflik.

Teubner mengangkat globalisasi sebagai contoh krisis yang mengawali 'pencarian yang sibuk atas dasar-dasar validitas normatif yang baru'. Perlombaan yang terus-menerus menuju evolusi, perubahan, rekonstruksi, pembaruan, dan seleksi baru sangat penting bagi keberadaan sistem. Jika sistem tidak dapat memperbaharui dirinya sendiri melalui autopoiesisnya, sistem kekebalan tubuh akan melemah dan pada akhirnya tidak ada lagi. Berdasarkan hal ini, Teubner menganggap kontradiksi diri, anomali dan paradoks penting untuk pembaharuan diri. Oleh karena itu, kebutuhan akan perubahan yang tidak perlu dipertanyakan lagi inilah yang membawa kita lebih dekat pada paradoks hukum, yang memaksa kita untuk bertanya apa yang melatarbelakanginya, terbuat dari apa hal tersebut. Mengungkap paradoks hukum mungkin berguna untuk mengkaji tantangan yang ditimbulkan oleh penegakan hukum swasta yang didorong oleh teknologi, karena mengidentifikasi kelemahan mekanisme deparadoksifikasi dapat memperjelas hubungan antara hukum dan teknologi.

Dalam studi ilmu pengetahuan dan teknologi, fokusnya sering kali pada interaksi antara berbagai praktik sosial. Misalnya, Profesor Sheila Jasanoff yang berkewarganegaraan Amerika menyatakan bahwa teknologi, sains, dan praktik sosial seperti hukum saling memproduksi. Menurut Jasanoff, 'pengetahuan dan perwujudan materialnya merupakan produk pekerjaan sosial sekaligus merupakan bentuk kehidupan sosial; masyarakat tidak dapat berfungsi tanpa pengetahuan, seperti halnya pengetahuan tidak dapat ada tanpa dukungan sosial yang memadai'. Serupa dengan hal ini, Friedrich Kittler, seorang ahli teori media Jerman yang terkenal dengan nuansa distopia dalam tulisannya, memandang bahwa teknologi media mendefinisikan interaksi manusia, hingga pada titik di mana teknologi media mendefinisikan interaksi manusia. 'yang tersisa dari masyarakat adalah apa yang dapat disimpan dan dikomunikasikan oleh media'. Sejarawan hukum Jerman Cornelia Vismann, sebaliknya, menekankan dampak bentuk tertulis, file (Akten), dalam membentuk praktik hukum sepanjang sejarah.

Tampaknya para ahli teori media fokus pada elemen interaktif antara hukum dan teknologi, yang kemudian menjadi saling terkait. Mempertimbangkan sudut pandang teori media ini dalam mengevaluasi hubungan antara hukum dan teknologi tidak serta merta bertentangan dengan penutupan subsistem masyarakat. Sebagai contoh, kita dapat melihat media mempunyai dampak terhadap fungsi internal subsistem, baik dengan memberikan rangsangan baru untuk dikelola oleh subsistem maupun dengan memberikan cerminan dari keseluruhan sistem yang diterapkan secara internal dalam subsistem tersebut. Selain itu, kita dapat menganggap tantangan teknologi penyelesaian sengketa sebagai kejahatan yang diperlukan dan mempunyai fungsi untuk mempercepat pembaharuan hukum. Alih-alih krisis, penyebab gangguan baru ini malah diubah menjadi sebuah kemungkinan. Daripada menyembunyikan paradoks ini, kita mungkin akan menerima kekuatan yang mengganggu dari hal tersebut. Ketika Luhmann berfokus pada deparadoksifikasi, teori sistem kritis yang dikemukakan oleh pakar hukum Jerman Andreas Fischer-Lescano berfokus pada

pengungkapan, bukan menyembunyikan paradoks mendasar hukum. Teori sistem kritis 'menganggap kontradiksi nyata sebagai mesin masyarakat' dan bertujuan untuk mengungkap misteri paradoks-paradoks ini. Dengan menerapkan unsur-unsur teori kritis ke dalam teori sistem, kita dapat mengungkap unsur-unsur politik secara dekonstruktif.

Selain penekanan pada paradoks, teori sistem kritis sensitif terhadap kontroversi politik dalam tatanan sosial, yang tampaknya menyiratkan bahwa melengkapi teori sistem sosial dengan wawasan kritis ini mungkin dapat mengatasi beberapa kekurangan yang terlihat. Fischer-Lescano mengenal dua jenis paradoks. Kritik yang dimungkinkan oleh teori sistem kritis yang relevan dengan hukum. Ini adalah kritik nilai dan kritik terhadap statisme. Melalui kritik nilai, teori ini mampu memahami bagaimana konflik sosial tersembunyi di balik nilai-nilai dan prinsip-prinsip sehingga tidak dapat dikenali. Pada gilirannya, kritik terhadap statisme memungkinkan teori tersebut mengakui perampas otonomi masyarakat selain politik. Kritik terhadap statisme yang berorientasi politik sangat berguna untuk mengkaji penegakan hukum swasta yang didorong oleh teknologi. Seperti yang dikatakan Fischer-Lescano, teori sistem kritis memberikan metode untuk memahami perjuangan masyarakat dari perspektif internal tanpa mengabaikan normativitas hukum. Dengan mengarahkan teori sistem ke arah pemahaman yang lebih sensitif terhadap perjuangan politik, teori sistem kritis mampu menjawab kritik Habermas. Dengan kata lain, perhatian diarahkan pada paradoks yang tanpa sikap kritis akan disembunyikan demi menjaga kelangsungan operasional.

Menurut pandangan ahli teori hukum Finlandia, Tuori, kritik imanen bertujuan untuk memperkenalkan 'kriteria substantif yang dapat diterima secara inter-subjektif' untuk validitas hukum. Seperti yang ditunjukkan Tuori, kritik mendasar yang menentang seluruh sifat hukum yang bersifat memaksa dan legitimasinya, misalnya, atas dasar Marxis atau anarkis, hanya mungkin terjadi di luar bidang hukum dan dengan demikian fundamentalisme menjadi batasan bagi kritik internal. Kritik imanen berpegang pada normativitas hukum, menilai batas-batas dan keabsahan hukum berdasarkan janjinya sendiri mengenai apa itu hukum dan apa yang seharusnya menjadi hukum. Persepsi kritik imanen ini mendekati pengamatan internal Luhmann. Menurut Luhmann, pengamat eksternal memandang hukum secara berbeda dan pengamatan internal lebih terbatas pada apa yang dikatakannya tentang hukum. Batasan-batasan ini memberikan stabilitas dan keamanan bagi sistem sekaligus membatasi apa yang dapat diamati secara internal. Selain itu, penelitian ini mengupayakan kritik normatif terhadap hukum yang bersifat imanen, yang harus dipisahkan dari kritik fundamental yang bertujuan untuk mencapai tujuan penghapusan rezim hukum.

Oleh karena itu, dalam upaya kritisnya, buku ini sekaligus menambah legitimasi hukum secara keseluruhan, memperbaiki normativitasnya, dan memperkuat pendiriannya sebagai praktik kemasyarakatan. Diskusi tentang bagaimana struktur pembenaran digunakan dalam kaitannya dengan teknologi penyelesaian sengketa menekankan pentingnya pembenaran hukum, dan kebutuhan hukum untuk memandang dirinya sebagai sesuatu yang koheren. Sebagaimana dinyatakan oleh pakar hukum asal Finlandia, Thomas Wilhelmsson, 'kritik mikro dapat mengarah pada legitimasi makro'. Oleh karena itu, mekanisme deparadoksifikasi, termasuk narasi pembenaran, yang menciptakan kesan kontrol dalam sistem hukum,

mengambil peran fungsional yang menentukan dalam pemeriksaan penegakan hukum yang didorong oleh teknologi swasta. Dalam semangat teori sistem kritis, pemeriksaan terhadap unsur-unsur deparadoks dalam narasi membenaran menjadi sebuah proyek kritis yang fokusnya adalah mengungkap paradoks, bukan menyembunyikannya.

2.3 TANTANGAN METODOLOGIS PENEGAKAN HUKUM SWASTA

Buku ini menggabungkan studi sosio-hukum dan teori sistem sosial khususnya untuk mengevaluasi teknologi penyelesaian sengketa dan khususnya bagaimana privatisasi pemaksaan yang dipercepat oleh teknologi mempengaruhi membenaran pemaksaan. Karena fokusnya pada penyelesaian sengketa, maka penelitian ini dapat diklaim membahas hukum acara. Namun penelitian ini tidak memanfaatkan dogma hukum, karena tujuan penelitiannya berada pada tataran yang lebih abstrak, yaitu pada struktur pembentukan doktrin. Dengan kata lain, penelitian ini berpartisipasi dalam diskusi doktrinal tentang hukum acara, namun pendekatan subjeknya dari sudut pandang teori hukum terapan yang agak tidak konvensional.

Di sini, tantangan teknologi digital dipahami sebagai gangguan eksternal dan kualitas disruptif yang memerlukan reaksi dari sistem hukum. Dengan kata lain, pertanyaan tentang membenaran penegakan hukum oleh pihak swasta membawa kita pada pertanyaan tentang hubungan antara hukum dan teknologi serta kemampuan hukum untuk mengakomodasi perubahan teknologi. Karena tantangan teknologi tidak dapat dipahami hanya secara internal dalam sistem hukum, pengaruh teori komunikasi dan sejarah teknologi dapat dimanfaatkan untuk memberikan gambaran teknologi yang lebih komprehensif. Oleh karena itu, penelitian ini dapat disebut sebagai 'studi teknologi hukum'. Karena teknologi penyelesaian sengketa yang relatif baru, jumlah kasus hukum dan peraturan perundang-undangan dalam berbagai penerapan masih terbatas. Karena kurangnya materi penafsiran dan tujuan penelitian ini, penelitian ini berfokus pada mengidentifikasi berbagai narasi membenaran dalam doktrin prosedural dan mengevaluasinya secara kritis terhadap tantangan penegakan hukum oleh pihak swasta yang didukung oleh teknologi. Narasi-narasi ini telah dirumuskan dan perlahan-lahan dimasukkan ke dalam deskripsi hukum dari waktu ke waktu, yang mana teori sistem sosial memberikan sudut pandang fungsionalnya. Dari sudut pandang teori sistem sosial, struktur dirumuskan dari waktu ke waktu melalui operasi yang berulang-ulang, dan walaupun struktur tersebut penting bagi operasional hukum, struktur tersebut tidak mendefinisikan identitas hukum. Hal ini berarti bahwa pemeriksaan atas unsur-unsur penyelesaian sengketa yang tidak lekang oleh waktu dan melampaui konteks ini menjadi hal yang paling penting. Pusat perhatian. Analisis tersebut mirip dengan buku antropologi hukum yang dilakukan oleh sosiolog Norwegia, Vilhelm Aubert, mengenai sejarah perkembangan manajemen konflik di berbagai komunitas suku dan kesamaan antara praktik-praktik tersebut. Misalnya, Aubert mengidentifikasi keterlibatan pihak ketiga eksternal dalam proses resolusi sebagai elemen penentu yang mengubah angka dua pihak-pihak yang berkonflik menjadi tiga serangkai.

Kami mengidentifikasi narasi membenaran dengan mengamati bagaimana pemahaman hukum berubah sebagai respons terhadap tantangan teknologi. Daripada mengevaluasi perubahan-perubahan ini secara langsung, kami mengevaluasi bagaimana

pemahaman doktrinal mampu bereaksi terhadap perubahan-perubahan ini, alat apa yang digunakan untuk mensistematisasikan teknologi, dan bagaimana rasionalitas yang berbeda dari subsistem lain mengarahkan reaksi-reaksi ini. Artinya, ada unsur dekonstruktif dalam analisis saya, meskipun saya tidak menggunakan dekonstruksi sebagai alat metodologis. Sebaliknya, kami menggunakan pengaruh dari teori sistem, dari pendirian kritis dan politis teori sistem kritis, konstruktivisme sosial, dan sosiologi teknologi untuk mengkaji bagaimana narasi pembenaran dapat digunakan untuk mensistematisasikan realitas sosial yang memiliki banyak segi. Mendefinisikan teknologi untuk kebutuhan sistem hukum tentu saja ikut serta dalam konstruksi makna sosial. Fisikawan dan filsuf sains Amerika, Thomas Kuhn, menyatakan bahwa kemunculan teknologi sering kali memainkan peran penting dalam menciptakan sains baru.

Inisiatif Kuhn terhadap perubahan epistemologis dalam praktik ilmiah juga membuka jalan bagi sosiologi pengetahuan ilmiah, yang mengkaji sains sebagai ilmu pengetahuan. sebuah aktivitas sosial di mana fluktuasi politik, budaya, dan ekonomi dapat menciptakan titik-titik konvergensi atau ambiguitas. Hal ini pada gilirannya sangat mempengaruhi studi ilmu pengetahuan dan teknologi pada tahun 1980an. Aspirasi interdisipliner untuk memahami teknologi di luar refleksinya dalam sistem hukum dimungkinkan melalui dua langkah. Pertama, ilmu hukum mempunyai kewarganegaraan ganda karena ia termasuk dalam sistem hukum yang beroperasi dengan kode legal/ilegal dan sistem ilmu pengetahuan, yang beroperasi melalui media kebenaran yang digeneralisasikan secara simbolis (*Wahrheit*). Kedua, teori sistem itu sendiri memungkinkan pengaruh disipliner, karena operasi dapat dibagi oleh beberapa sistem melalui penggabungan struktural.

Karena penerapan penegakan hukum swasta yang didorong oleh teknologi didefinisikan sebagai rezim swasta dan seringkali juga rezim global, maka tidak ada doktrin sumber tetap yang dapat diterapkan dalam penelitian ini, namun fokusnya adalah pada rezim swasta global yang memiliki produksi norma khusus mereka sendiri. Dengan tidak adanya hukum yang keras, hukum yang lunak mengambil peran yang signifikan dalam rezim-rezim yang bersifat privat namun normatif. Thomas Schultz membahas isu yang sama dari sudut pandang yang berbeda: ia berfokus pada proses transformasi struktur sosial menjadi sistem hukum privat. Menurut analisisnya, platform ICANN dan ODR dari situs e-commerce eBay didirikan dengan sendirinya. Konseptualisasi ini menunjukkan bahwa cara-cara di mana praktik sosial privat berubah menjadi rezim hukum menjadi sangat menarik pada titik pertemuan antara privat dan publik, yaitu dalam penyelesaian sengketa yang berubah akibat teknologi. Penekanan pada peran praktik-praktik tersebut dibandingkan dengan doktrin sumber mengarahkan pengamatan untuk mengidentifikasi rezim-rezim baru ini sebagai bagian dari sistem hukum meskipun asal-usulnya tidak konvensional. Dengan kata lain, kami mempertanyakan bagaimana rezim-rezim ini dipandang relevan secara hukum.

Pendekatan interdisipliner ini, bersama dengan kritik imanen internal, membuka narasi pembenaran yang teridentifikasi terhadap kritik nilai dan kritik terhadap statisme, yang dimungkinkan oleh sensitivitas teori sistem kritis terhadap kontroversi politik. Pembacaan kritis terhadap mekanisme deparadoksifikasi menggantikan doktrin sumber sebagai alat

metodologis dalam penelitian ini. Penafsiran narasi pembenaran ini mengungkap fungsi deparadoksifikasi mereka dan dengan demikian memungkinkan evaluasi kritis tentang bagaimana mereka beradaptasi terhadap tantangan teknologi. Meskipun mempunyai banyak kelebihan, teori sistem sosial Luhmann mempunyai kekurangan; teori ini tidak memberikan ruang bagi rekayasa sosial, juga tidak mengakomodasi analisis keseimbangan kekuasaan. Walaupun teori ini mengakui sifat hukum yang bersifat paradoks, hal ini disembunyikan melalui deparadoksifikasi. Oleh karena itu, kerangka teoritis ini dilengkapi dengan pengaruh dari teori sistem kritis yang berupaya menggabungkan teori sistem dengan teori kritis. Sudut pandang ini memungkinkan pengujian narasi pembenaran sebagai struktur sistem hukum yang dirumuskan secara historis. Namun sebelum itu, kita perlu memahami bagaimana teknologi berinteraksi dengan sistem hukum.

Kajian ini berangkat dari peralihan ke teknologi dalam ilmu-ilmu sosial pada tahun 1980an dan dari teori klasik ahli teori media Marshall McLuhan dan Raymond Williams, karena jejak determinisme teknologi McLuhan dan pembentukan teknologi sosial oleh Williams masih mempengaruhi konseptualisasi teknologi. Posisi-posisi ini kemudian dilengkapi dengan unsur-unsur dari badan teknologi Friedrich Kittler. Ada pendapat bahwa unsur sosial yang tertanam dalam penggunaan teknologi semakin menonjol dan teknologi itu sendiri telah menjadi objek sosial dalam komunikasi. Perkembangan ini pada gilirannya dapat menyebabkan munculnya sistem sosial lain, yaitu sistem sosial pemanfaatan TIK.

2.4 MEMAHAMI TEKNOLOGI DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Defisit Definisi Teknologi Penyelesaian Sengketa

Untuk menilai konsekuensi dari privatisasi paksaan yang didorong oleh teknologi, perlu dirumuskan gambaran umum tentang apa yang dimaksud dengan teknologi dalam konteks ini. Meskipun kita tergoda untuk memberikan definisi universal mengenai teknologi penyelesaian sengketa dan pandangan komprehensif mengenai penerimaannya, pendekatan seperti ini akan menyebabkan penyederhanaan yang berlebihan terhadap berbagai fungsi yang dilakukan oleh berbagai penerapan teknologi penyelesaian perselisihan. Kita harus puas dengan menilai dampak perubahan teknologi pada masyarakat tingkat makro dan melengkapi tinjauan ini dengan analisis kasus per kasus mengenai fungsi berbagai aplikasi. Meskipun terdengar terlalu jelas, teknologi legal atau bahkan teknologi penyelesaian sengketa tidak boleh dianggap baik atau buruk, karena generalisasi tersebut mengabaikan bagaimana teknologi digunakan dalam situasi tertentu dan implikasi penggunaannya.

Sebelum beralih ke teknologi penyelesaian sengketa, teknologi perlu ditempatkan dalam perkembangan masyarakat yang lebih luas yang disebut digitalisasi. Saat ini istilah 'digitalisasi' banyak digunakan untuk menggambarkan berbagai perubahan yang terjadi di masyarakat terkait dengan penggunaan teknologi informasi dan komunikasi modern. Terminologi ini tidak didefinisikan dengan baik; digitalisasi digunakan untuk menjelaskan perubahan dalam skala kecil dalam metode kerja dan model bisnis serta gangguan berskala besar terhadap seluruh industri dan masyarakat. Dalam arti terakhir ini, digitalisasi mengacu pada transformasi menuju masyarakat informasi pasca-industri, yang ditandai dengan

semakin pentingnya informasi secara sosio-ekonomi dan budaya dibandingkan dengan produksi massal di era sebelumnya. Penekanan pada implikasi sosial dari digitalisasi menciptakan jarak konseptual dari istilah yang berdekatan, 'digitalisasi', yang mengacu pada proses transformasi informasi ke dalam format digital yang memfasilitasi pemrosesan komputer.

Meskipun digitalisasi merupakan prasyarat bagi digitalisasi masyarakat, hubungan ini agak diremehkan karena suatu alasan. Studi ini berkisar pada perubahan teknologi dalam masyarakat yang diakibatkan oleh penggunaan teknologi digital dan berpendapat bahwa teknologi tersebut meningkatkan privatisasi atas paksaan. Oleh karena itu, kami terutama tertarik pada cara penggunaan perangkat teknologi dalam penegakan hukum dan apa implikasi penggunaan teknologi tersebut terhadap pengelolaan konflik secara keseluruhan. Klaim ini terkait erat dengan transformasi digitalisasi di masyarakat, namun hubungannya dengan transformasi format informasi digitalisasi hanya bersifat sekunder. Dalam arti aslinya, 'digital' menggambarkan pelaksanaan teknis transmisi sinyal: sinyal digital menyajikan informasi dalam format yang terputus-putus dan rahasia, dan dikontraskan dengan sinyal analog yang berkesinambungan. Perbedaan ini paling tidak relevan untuk mengkaji implikasi penggunaan teknologi seperti penegakan hukum oleh pihak swasta, dan yang paling buruk, membingungkan, karena sinyal dapat diterjemahkan dari analog ke digital. Sebaliknya, transformasi digitalisasi dalam masyarakat lebih akurat didefinisikan oleh besarnya peningkatan daya komputasi yang dimungkinkan oleh pemrosesan sinyal digital. Menariknya, komputasi itu sendiri tidak mensyaratkan pemrosesan informasi digital pada kenyataannya, peralatan mekanis telah digunakan untuk tujuan komputasi, mulai dari sempoa yang belum sempurna hingga desain canggih untuk komputer mekanis untuk keperluan umum yang diperkenalkan oleh matematikawan Inggris Charles Babbage sejak tahun 1837. Namun, kekuatan komputasi memungkinkan perluasan penggunaan komputasi di bidang-bidang baru, dan mengintensifkan otomatisasi pemrosesan informasi, yang berkontribusi pada transformasi digitalisasi masyarakat.

Artinya, terminologi 'teknologi digital' tidak memberikan gambaran yang berguna mengenai ruang lingkup penelitian ini. Namun, kami tidak membahas semua potensi teknologi, namun tertarik pada teknologi informasi dan komunikasi serta penggunaannya dalam penyelesaian perselisihan. Beberapa dari aplikasi TIK ini berbasis data, namun tidak semuanya, dan beberapa sangat bergantung pada otomatisasi, sementara yang lain memanfaatkan potensi Internet untuk menyediakan komunikasi instan tanpa memandang ruang dan waktu. Karena tidak ada satu pun kesamaan antara penerapan TIK yang berbeda dalam penyelesaian sengketa yang dapat ditemukan di luar ketergantungan mereka pada kekuatan komputasi, maka aplikasi-aplikasi tersebut di sini hanya disebut sebagai teknologi penyelesaian sengketa.

Yang mengejutkan, teknologi penyelesaian sengketa hanya mendapat sedikit perhatian, meskipun beberapa penerapannya dibahas dan dievaluasi secara ekstensif. Bahkan dokumen kebijakan perundang-undangan yang mengatur dan mengarahkan penggunaan teknologi dalam penyelesaian sengketa tidak memberikan banyak dukungan untuk

merumuskan gambaran umum tentang apa sebenarnya yang dimaksud dengan teknologi. Defisit definisi ini kemungkinan besar merupakan hasil dari orientasi yang lebih fungsional di mana penekanannya ditempatkan pada tugas-tugas yang dipercayakan kepada teknologi dibandingkan pada definisi formalnya. Misalnya, Peraturan ODR UE (524/2013) tidak memasukkan definisi ODR atau bahkan menyebutkan teknologi. Namun, dalam laporan tersebut, kurangnya sarana elektronik yang efisien untuk penyelesaian sengketa diakui dan diatasi dengan pembentukan platform ODR di seluruh UE, yang 'harus berbentuk situs web interaktif yang menawarkan satu titik masuk bagi konsumen dan pedagang yang mencari bantuan untuk menyelesaikan perselisihan di luar pengadilan yang timbul dari transaksi online'. Platform ini harus memberikan informasi mengenai penyelesaian di luar pengadilan yang timbul dari penjualan dan layanan online serta sarana untuk mengajukan klaim dalam semua bahasa resmi, mengarahkan klaim ke entitas penyelesaian sengketa alternatif nasional (ADR) yang kompeten, dan menyediakan alat manajemen kasus. Fungsi-fungsi ini dijelaskan secara lebih rinci dalam Pasal 5 Peraturan tersebut, yang juga menetapkan bahwa platform harus ramah pengguna. Singkatnya, Peraturan ini menjelaskan fungsi spesifik dan tujuan yang diinginkan dari platform ini, namun tidak disebutkan mengenai peran teknologi atau bagaimana teknologi tersebut harus diterapkan. Tentu saja, pemeriksaan semacam itu tidak dapat dianggap wajib bagi instrumen legislatif dan juga dapat menimbulkan komplikasi tambahan dalam penyederhanaannya. Pendekatan yang dipilih mengedepankan prinsip netralitas teknologi. Namun, peran teknologi, apa artinya dalam konteks Peraturan ini, dan implikasinya terhadap interaksi manusia dalam proses penyelesaian sengketa juga tidak dibahas dalam penilaian dampak yang menyertai Peraturan ini.

Pendekatan fungsionalis serupa juga diterapkan dalam dokumen kebijakan lainnya. Misalnya, kelompok kerja UNCITRAL mengenai ODR telah membahas definisi ODR dan teknologi dan sepakat bahwa definisi apa pun harus cukup inklusif agar tidak mengesampingkan perkembangan teknologi di masa depan. Kelompok kerja ini juga mengakui pentingnya menjaga prinsip netralitas teknologi. Ketika para pembuat kebijakan menghindari penetapan solusi teknologi tertentu karena alasan yang baik, efek samping yang disayangkan adalah defisit definisi teknologi penyelesaian sengketa tidak dapat diatasi dengan prinsip-prinsip tersebut. sumber yang otoritatif. Namun demikian, ada beberapa inisiatif yang bertujuan untuk menghasilkan informasi untuk penetapan kebijakan di masa depan. Di Inggris, Dewan Peradilan Sipil bertanggung jawab mengawasi dan mengoordinasikan modernisasi sistem peradilan sipil. Pada bulan Februari 2015, Kelompok Penasihat ODR Dewan menghasilkan laporan latar belakang yang mencakup contoh-contoh ODR, rekomendasi rinci, dan saran untuk uji coba ODR. Laporan ini mengakui empat bidang dimana perkembangan teknologi di masa depan akan lebih merevolusi penyelesaian sengketa: 1) sistem untuk membantu menganalisa permasalahan hukum, 2) sistem untuk membantu dalam negosiasi, 3) sistem untuk membantu dalam pengambilan keputusan, dan 4) sistem yang mengambil keputusan. Menurut laporan tersebut, kemajuan dalam kecerdasan buatan, data besar, komputasi afektif, crowdsourcing, pembelajaran mesin, analisis bagaimana-jika, dan ruang pertemuan virtual semuanya akan berkontribusi terhadap pengembangan ODR di

masa depan. Laporan ini juga memperkirakan bahwa penerapan hukum kecerdasan buatan akan berfungsi sebagai “agen cerdas bagi hakim” pada tahun 2020an, meskipun kelompok penasihat tersebut tidak mengantisipasi sistem AI menggantikan hakim manusia. Fungsi yang dibahas dalam laporan ini memberikan gambaran umum yang berguna mengenai penggunaan kecerdasan buatan. kasus untuk teknologi penyelesaian sengketa.

Literatur ODR juga menyajikan diskusi mengenai peran teknologi dalam penyelesaian sengketa, meskipun penilaian ini sering kali berfokus pada kesamaan antara penerapan ODR dan metode ADR. Titik awalnya sering kali adalah analogi Ethan Katsh dan Janet Rifkin mengenai teknologi sebagai pihak keempat dalam proses resolusi, di mana teknologi dipandang membantu pihak ketiga. Berdasarkan analogi pihak keempat, Profesor Arno R Lodder dan John Zeleznikow menganalisis berbagai jenis ODR dan membahas konvergensi pihak ketiga dan keempat ketika perangkat lunak digunakan untuk pengambilan keputusan. Selain itu, perubahan dalam komunikasi yang disebabkan oleh teknologi telah mendapat perhatian ilmiah, yang kemungkinan besar disebabkan oleh akar ideologi ODR dalam ADR dan pentingnya komunikasi dalam penyelesaian yang tidak mengikat.

Mekanismenya Profesor Cortés juga menganggap kurangnya komunikasi tatap muka (F2F) sebagai perbedaan utama antara ADR dan ODR. Karena mekanisme ADR sering menekankan pentingnya komunikasi semacam itu, Cortés menunjukkan bahwa jarak dan kurangnya interaksi fisik tidak selalu berarti kualitas yang lebih buruk, karena terkadang jarak mungkin bermanfaat dan pengganti F2F terus dikembangkan. Cortés menonjolkan peran teknologi, terutama dengan tidak adanya tempat pertemuan fisik. Gabrielle Kaufmann-Kohler dan Thomas Schultz menempatkan diskusi tentang persamaan dan kekurangan F2F dalam konteks yang lebih luas. Berdasarkan analisis mereka, ada dua pandangan yang berbeda mengenai isu keunikan ODR. Salah satu pandangan ini menyatakan bahwa ODR hanyalah ADR online dan harus mereplikasi komunikasi F2F semaksimal mungkin, sedangkan solusi lainnya menekankan peluang baru yang disediakan oleh teknologi dan menganggap ODR sebagai jenis penyelesaian sengketa sui generis.

Profesor Hörnle menonjolkan ‘kekuatan transformatif teknologi’ dalam penelitiannya terhadap berbagai teknologi yang digunakan dalam mediasi dan arbitrase online. Ia mengakui enam karakteristik kekuatan transformatif ini: 1) mengatasi jarak spasial dan temporal melalui teknologi komunikasi; 2) memberdayakan komunikasi melalui alat bantu visual dan akses terhadap sumber hukum; 3) menghemat biaya tenaga kerja manusia melalui kecerdasan buatan, seperti perangkat lunak terjemahan otomatis, sistem negosiasi, dan formulir online; 4) dampak psikologis teknologi, yaitu dampak negatif dan positif dari kurangnya komunikasi F2F; 5) mengatasi permasalahan yurisdiksi sengketa lintas batas melalui ODR yang bersifat ekstra-yudisial; dan 6) pemrosesan informasi yang lebih cepat yang dimungkinkan oleh teknologi. Serupa dengan hal ini, Profesor Richard Susskind telah mengidentifikasi ODR sebagai salah satu ‘teknologi disruptif’ yang secara mendasar menantang status quo yang ada.

Ringkasnya, kualitas teknologi penyelesaian sengketa yang mengganggu telah diakui secara luas, namun secara umum gangguan ini jarang dibahas secara spesifik. Teknologi ODR sering kali dianggap sebagai teknologi tambahan, sebagai alat bantu pihak ketiga yang netral,

yang mungkin disebabkan oleh relatif kurang berhasilnya penerapan teknologi tersebut, karena teknologi hukum baru saja mendapatkan momentumnya. Namun, kekuatan transformatif teknologi dan peran teknologi sebagai seperangkat alat baru memberikan perspektif yang sangat berbeda, bahkan bertentangan dalam teknologi penyelesaian sengketa. Jika kita ingin mencari implikasi teknologi penyelesaian sengketa, kita tidak bisa fokus pada seberapa baik alat-alat teknologi menjalankan tugasnya, namun kita perlu mengevaluasi bagaimana teknologi tersebut mencerminkan gangguan terhadap fitur ritualistik proses penyelesaian sengketa.

Pendekatan yang berbeda terhadap teknologi

Teknologi penyelesaian sengketa mencakup banyak alat yang berbeda, yang implikasinya hanya dapat dinilai secara kontekstual. Misalnya, konferensi video dan kamera dokumen memiliki dampak yang relatif lebih sedikit dibandingkan dengan alat pengambilan keputusan algoritmik. Sebelum membahas contoh-contoh tersebut secara lebih rinci, kita perlu menanyakan apa yang dimaksud dengan teknologi, untuk mengungkap kekuatan disruptif dari teknologi penyelesaian sengketa dengan menanyakan apa sebenarnya yang menyebabkan suatu teknologi menjadi disruptif. Penting untuk diingat bahwa pada tahun 1995 Bower dan Christensen menggunakan istilah 'teknologi disruptif' untuk menggambarkan pergeseran keseimbangan kekuatan di pasar yang diakibatkan oleh inovasi. Dalam hal ini, kekhususan inovasi teknologi hampir tidak ada lagi, karena fokusnya adalah pada pasar. mengubah. Oleh karena itu, teknologi bukan sekadar persoalan artefak atau pengetahuan teknologi, tetapi juga melibatkan struktur perancangan, manufaktur, pemasaran, dan penggunaan artefak-artefak tersebut singkatnya, praktik sosial masyarakat terjalin dengan teknologi.

Etimologi teknologi berasal dari kata Yunani kuno yang berarti keahlian atau seni (τέχνη) dan dari kata studi (-logia, aslinya légō, 'Saya berbicara'). Dengan demikian, penggunaan api, penemuan roda, dan pengembangan pertanian, yang mengarah pada Revolusi Neolitikum, semuanya merupakan teknologi dalam arti aslinya. Namun, dalam arti teknologi penyelesaian sengketa, kami mengacu pada teknik, praktik, dan perangkat yang dapat digunakan untuk tujuan informasi dan komunikasi tanpa pengetahuan pasti tentang cara kerjanya. Misalnya, penggunaan platform ODR Komisi UE tidak memerlukan pengetahuan apa pun tentang nama domain atau protokol hypertext. Oleh karena itu, pemeriksaan terhadap kualitas disruptif dari teknologi penyelesaian perselisihan berkaitan dengan interaksi sosial yang menciptakan makna bagi TIK baru. Inti dari TIK adalah kemampuan untuk memproses informasi dalam jumlah besar, yang pada gilirannya mengarah pada perebutan kekuasaan atas kendali informasi. antara negara, perusahaan dan aktor lainnya.

Cara pengendalian informasi juga berdampak pada pembentukan sistem hukum. Sebagai mekanisme kekuasaan yang dilembagakan, fungsi hukum sangat terkait dengan pengendalian dan pengelolaan informasi, yang pada gilirannya memerlukan perhatian terhadap perubahan bentuk penyimpanan dan penyimpanan informasi. Sejarawan hukum dan ahli teori media Jerman Cornelia Vismann membahas hubungan historis antara hukum

dan informasi dengan memeriksa arsip arsip hukum dan praktik hukum, yang menurutnya saling berkaitan satu sama lain. Dengan mengambil beberapa contoh sejarah dari Kekaisaran Romawi hingga pembentukan Prusia sebagai negara berdaulat dan penggalian arsip Stasi yang hancur pada tahun 1990an, Vismann menyimpulkan bahwa pencatatan dan penanganan arsip membentuk pembentukan prosedur hukum dan konseptualisasi fokus dari kebenaran, keadaan, dan subjek. File-file itu sendiri telah berubah seiring berjalannya waktu; dari sebagai alat administrasi hukum hingga dikelola oleh peraturan hukum tentang privasi, menurut silsilah Vismann. Ini berarti bahwa perubahan bentuk pencatatan dari file kertas lama menjadi ikon komputer merupakan perubahan dari media material ke penanganan data (bukan file) – sebuah perubahan yang memungkinkan kita mempertanyakan bagaimana perebutan kendali informasi terjadi.

Oleh karena itu, konseptualisasi teknologi secara bersamaan mengungkapkan dan menyembunyikan perspektif, serta berpartisipasi dalam perjuangan ideologis dan pembentukan proses sosial. Namun pertanyaannya tetap, apa hubungan antara penerapan teknologi dan penggunaannya? Jawaban awal atas pertanyaan ini digambarkan melalui dua pendekatan utama teori media, determinisme teknologi dari filsuf Kanada Marshall McLuhan dan pembentukan teknologi sosial yang dikemukakan oleh akademisi asal Wales, Raymond Williams. Perlu dicatat bahwa kontribusi besar McLuhan dan Williams terhadap studi media terjadi sebelum munculnya World Wide Web pada awal tahun 1990an, meskipun kedua pendekatan tersebut masih relevan.

Teori-teori tersebut berbeda dalam hal sejauh mana mereka menganggap teknologi media memiliki kemampuan mengubah masyarakat dan budaya. McLuhan menekankan perubahan mendasar yang dimungkinkan oleh teknologi, sedangkan Williams memandang teknologi mencerminkan stratifikasi sosial, kekayaan, dan kekuasaan yang ada. Determinisme teknologi McLuhan memandang artefak teknologi sebagai 'perpanjangan manusia', yang mana bentuk teknologi itu sendiri memiliki pengaruh yang lebih mendasar terhadap perilaku manusia dibandingkan pesan yang disampaikan melalui teknologi. Oleh karena itu, muncullah 'tesis perluasan', sebagaimana disebut dengan Lister dkk, bahwa McLuhan tidak membedakan antara istilah 'media' dan 'teknologi'; keduanya merupakan perpanjangan dari indera kita, alat di tangan kita. Dalam contoh yang terkenal, McLuhan menggambarkan bagaimana teknologi sederhana bola lampu telah mengubah masyarakat dengan menciptakan lingkungan baru, yaitu penggunaan waktu malam untuk beraktivitas, meskipun bola lampu itu sendiri kosong, namun hanyalah medianya. Demikian pula, ia mengklaim bahwa dampak televisi terhadap masyarakat tidak bergantung pada konten acara televisi, yaitu pengaruhnya tetap sama, terlepas dari apakah acara tersebut adalah acara anak-anak atau ilustrasi kekerasan. Kelebihan determinisme teknologi adalah bahwa hal tersebut membawa dampak buruk bagi masyarakat. elemen disruptif TIK ke depan dengan mempertimbangkan kemunculan media baru sebagai perubahan mendasar dalam masyarakat. Kelemahan determinisme teknologi disebabkan oleh kurangnya sensitivitas sosiologis. Posisi McLuhan tidak tertarik pada analisis sosiologis mengenai hubungan kekuasaan, kekayaan, dan norma-norma sosial yang ada dalam teknologi.

Oleh karena itu, kritik Williams sangat tepat ketika ia membawa perhatian pada nuansa reduksionis McLuhan yang menyatakan bahwa sejarah sosial media yang rumit direduksi menjadi dampaknya. Bertentangan dengan fokus determinis McLuhan yang sempit terhadap teknologi, Williams menekankan pada keagenan manusia dan meminta perhatian pada praktik sosial dan ideologis yang ia anggap relevan dengan dampak teknologi baru. Alih-alih melakukan perubahan mendasar, ia meremehkan sifat teknologi modern yang disruptif dan lebih memandang ideologi, kelas sosial, dan norma-norma sosial yang hegemonik dan sudah ada menentukan penerimaan dan penggunaan media dibandingkan bentuk teknologi apa pun. Dengan menanyakan mengapa dan bagaimana teknologi tertentu dicapai, Williams mampu membangun pendekatan yang lebih bernuansa dan lebih peka terhadap elemen ideologis yang terlibat dalam penerimaan teknologi. Namun, pada saat yang sama, teknologi menjadi perpanjangan dari praktik sosial yang sudah ada dan hanya memiliki sedikit nilai disruptif di luar cakupan ini.

Karena pendekatannya yang komprehensif secara sosiologis, teori Williams telah menjadi arus utama teori media dan komunikasi. Namun, pernyataan McLuhan yang lebih umum dan provokatif memiliki nilai tersendiri karena teorinya menekankan perubahan radikal yang dibawa oleh media baru. Belakangan, bidang studi sains dan teknologi (STS) multidisiplin telah mengadopsi pemahaman tentang teknologi, yang menggabungkan pendekatan konstruktivis William dengan elemen teori McLuhan. Dalam tradisi ini, filsuf Perancis Bruno Latour menggabungkan unsur-unsur dari kedua pendekatan tersebut dalam teori jaringan aktornya, yang memungkinkan agensi objek fisik sebagai bagian dari jaringan manusia dan objek. Bagaimanapun, karya McLuhan dan Williams tentang teori media telah membuka jalan bagi teori jaringan aktor. Cara untuk pengembangan teori media selanjutnya dan masih memberikan titik referensi untuk diskusi ini.

Misalnya, ahli teori media asal Jerman, Friedrich Kittler, memperluas determinisme McLuhan dengan menyatakan bahwa 'media menentukan situasi kita' namun menentang gagasan media sebagai perpanjangan tangan manusia dengan menyoroti otonomi dalam teknologi. Kittler memandang manusia sebagai perpanjangan tangan teknologi, di mana mesin memerlukan keterampilan untuk menghubungkan dan mengelola informasi tanpa mengacu pada kesadaran manusia. Dalam salah satu wawancaranya, Kittler membalikkan pentingnya Internet untuk mendorong interaksi manusia dengan menyatakan bahwa 'perkembangan teknologi internet lebih berkaitan dengan manusia yang menjadi cerminan teknologi mereka, lagipula, kitalah yang beradaptasi dengan mesin. Mesin tidak beradaptasi dengan kita. Otonomi teknologi Kittler, yang mengakui adanya disruptif teknologi bahkan lebih jauh dari McLuhan, menunjukkan bahwa hubungan antara bentuk teknologi, budaya, dan interaksi manusia bersifat multifaset dan timbal balik, jika perbedaan antara teknologi dan manusia bahkan mungkin dilakukan lagi.

Ringkasnya, konseptualisasi teknologi harus mencakup unsur-unsur pendekatan deterministik dan konstruktivis, namun hal ini tidak boleh dianggap menyeluruh. Fokus pada kualitas disruptif menekankan determinisme McLuhan, namun kualitas disruptif sering kali tercipta melalui interaksi antara teknologi, pasar, hukum, dan masyarakat. Pendekatan

konstruktivis memisahkan pemeriksaan dari artefak teknis ke implikasi sosialnya, yang sangat penting untuk pemeriksaan kita terhadap teknologi penyelesaian sengketa, karena kita tertarik pada cara teknologi ini mencerminkan dan mengubah ideologi yang ada yang tertanam dalam struktur pembenaran hukum. Menyoroti bahwa disruptifitas teknologi disebabkan oleh elemen sosialnya, dan bahwa penggunaan teknologi diciptakan melalui komunikasi, penting untuk memahami bagaimana teknologi menjadi relevan dalam sistem sosial seperti sistem hukum.

2.5 TEORI TEKNOLOGI DAN SISTEM

Bagaimana Teknologi Masuk Hukum

Yang mengejutkan, Luhmann membahas hubungan antara teknologi dan sistem sosial secara relatif singkat. Dalam *Realitas Media Massa* Luhmann memandang sistem media massa sebagai sistem sosial tersendiri yang beroperasi berdasarkan kode informasi/non informasi. Bagi Luhmann, media menyediakan sarana untuk menciptakan potret realitas yang kemudian dapat dimanfaatkan oleh sistem sosial lain tanpa kehilangan stabilitas internalnya; media mengadopsi peran memori, dengan cara berbicara. Namun, Luhmann melihat media massa sebagai hubungan sepihak antara pengirim dan penerima, di mana tidak ada interaksi nyata antara pengirim dan penerima. Sebagaimana dibahas pada bagian sebelumnya, gagasan seperti itu mengabaikan kompleksitas dan timbal balik antara teknologi dan masyarakat. Meskipun Luhmann meremehkan pentingnya teknologi dengan menganggapnya sebagai 'mesin yang tidak terlihat', ia mengakui bahwa teori masyarakat mana pun perlu memberikan tempat yang cukup untuk pengembangan teknologi lebih lanjut dan dampaknya terhadap masyarakat. Ketidakpastian yang diperlukan ini, ruang teoritis untuk teknologi masa depan, dapat ditemukan dalam hubungan struktural:

Jika kita bertanya apakah komputer adalah mesin yang bekerja secara analog dengan kesadaran dan dapat menggantikan atau bahkan mengalahkan sistem kesadaran, kita salah menempatkan masalahnya dan mungkin meremehkannya. Juga tidak relevan apakah operasi internal komputer dapat dipahami sebagai komunikasi. Kita mungkin harus mengesampingkan semua analogi semacam ini dan bertanya apa konsekuensi yang akan terjadi jika komputer dapat membangun hubungan struktural yang cukup independen antara realitas yang dapat mereka bangun dan sistem kesadaran atau komunikatif. Pertanyaan ini perlu mendapat perhatian lebih besar; saat ini tidak mungkin untuk menilai apa dampaknya terhadap evolusi lebih lanjut sistem masyarakat. Bagaimanapun juga, teori masyarakat mana pun harus mempunyai posisi yang tidak dapat ditentukan dalam permasalahan ini, dan konsep penggabungan struktural menawarkan kemungkinan seperti itu.

Kemungkinan menggunakan penggabungan struktural untuk mengamankan ketidakpastian tampaknya mengosongkan ruang dalam teori sistem sosial untuk masuknya teknologi di masa depan. Namun, masih belum jelas sistem mana yang akan memunculkan hubungan struktural ini. Sistem media massa tidak secara akurat menggambarkan kompleksitas sosial dari penggunaan teknologi selama beberapa dekade terakhir, karena perkembangan World Wide Web dan kebangkitan media sosial telah memisahkan produksi

informasi dari media massa yang sudah mapan. Bisakah jawabannya ditemukan dengan mengevaluasi teknologi sebagai sistem autopoietik, seperti yang disarankan oleh peneliti keberlanjutan Jerman, André Reichel? Reichel menerapkan teori sistem pada apa yang dianggapnya sebagai inti teknologi, yaitu artefak teknologi, yang kemudian dihubungkan dengan lingkungan fisik dan sosialnya serta dengan pengguna manusia. Ia mempertimbangkan tiga opsi untuk memasukkan teknologi ke dalam teori sistem: teknologi sebagai teori sistem sosial. sistem dengan pengkodean berhasil/gagal; teknologi sebagai bagian dari sistem lain; dan teknologi sebagai sistem autopoietik genesis sui. Ia memilih opsi ketiga, karena dua opsi pertama akan gagal mewujudkan potensi penuh dari teknologi. Teknologi sebagai suatu sistem yang memproduksi sendiri tetapi bukan sistem sosial akan berbeda dengan masyarakat dan manusia. Hal ini akan menggambarkan teknologi sebagai reproduksi non-fisik dan benda mati, sebagai 'teknologi' dan bukan sosial.

Meskipun menganggap teknologi sebagai sistem autopoietik sui generis mungkin menggoda, ada beberapa permasalahan yang menghambatnya. Sistem teknologi Reichel bukanlah sistem sosial dan karena itu tidak didasarkan pada komunikasi, melainkan beroperasi melalui informasi. Namun, ia tetap menghubungkan teknologi dengan sistem sosial dan sistem psikis melalui penggunaan bahasa, melalui makna dan komunikasi, yang hanya sistem sosial yang mampu melakukan hal tersebut. Penafsiran ini juga mengabaikan saling ketergantungan sosial antara artefak, pasar dan elemen budaya, dampak peraturan dan insentif keuangan yang semuanya saling mempengaruhi perkembangan teknologi. Jika kita memisahkan teknologi dari interaksi manusia, gambaran teknologi menjadi sepihak. Selain itu, tanpa elemen sosial, berbagai subsistem dalam masyarakat tidak dapat membentuk hubungan struktural dengan teknologi. Pilihan lainnya adalah mempertimbangkan praktik sosial yang berkaitan dengan teknologi, elemen sosial, sebagai program internal dari subsistem sosial. Namun penafsiran ini tidak sepenuhnya meyakinkan, karena hal ini berarti masing-masing subsistem akan mengelola program tersebut secara independen dari subsistem lain berdasarkan pengkodeannya sendiri, sehingga tidak dapat menjelaskan gangguan teknologi secara simultan pada beberapa sistem. Kemungkinan lain yang cocok untuk menjelaskan hubungan antara hukum dan teknologi adalah dengan mengkaji elemen sosial dari teknologi sebagai subsistem sosial yang baru. Jika operasi teknologi dihubungkan satu sama lain dalam jaringan yang berkesinambungan, yang kemudian menghasilkan sistem/lingkungan yang berbeda, maka penggunaan TIK mungkin dapat dianggap sebagai munculnya sistem sosial baru. Namun, interpretasi seperti itu mengharuskan kita untuk mengidentifikasi kandidat kode sistem dan media umumnya.

Penggunaan TIK Sebagai Sistem Sosial Yang Sedang Berkembang

Di sini disarankan agar implikasi sosial dan meningkatnya konvensi terkait penggunaan teknologi dapat diselaraskan dalam teori sistem dengan menafsirkan dimensi sosial ini sebagai sistem baru yang muncul. Penafsiran seperti ini akan memberikan alat untuk menganalisis bagaimana perkembangan dan penggunaan teknologi penyelesaian sengketa yang berkelanjutan memasuki sistem hukum sebagai suatu gangguan yang mengganggu, sekaligus tetap menghormati batasan teori tersebut. Fakta bahwa implikasi sosial ini tidak terbatas pada

satu subsistem saja dalam masyarakat nampaknya mendukung penafsiran penggunaan teknologi sebagai suatu sistem sosial. Sifat perubahan teknologi yang tersebar luas ini akan menyiratkan bahwa dimensi sosial dari teknologi melampaui peran program internal dan akan menjelaskan sejumlah besar isu penafsiran yang beragam namun terhubung yang timbul dari digitalisasi praktik masyarakat di berbagai subsistem. Dengan kata lain, penggunaan TIK telah membawa perubahan dalam metode, wacana dan praktik dalam berbagai bidang yang berbeda, dan telah menciptakan kebutuhan untuk bereaksi dalam beberapa cara ilmiah, politik, hukum dan ekonomi terhadap fenomena baru yang rumit.

Perubahan sosial yang meluas seiring dengan perkembangan teknologi baru bukanlah hal yang belum pernah terjadi sebelumnya. Misalnya, perkembangan, komersialisasi, dan penerapan mesin cetak menyebabkan Revolusi Percetakan pada abad ke-15 dan ke-16, yang mempunyai konsekuensi luas terhadap sirkulasi informasi, jurnalisme, dan demokratisasi pengetahuan. Namun, dibutuhkan waktu beberapa abad sebelum teknologi ini menyebar ke seluruh Eropa dan sebelum tindakan dari pengadilan dan undang-undang menjadi sangat diperlukan. Dibandingkan dengan hal tersebut, laju perubahan perkembangan teknologi informasi dan komunikasi jauh lebih cepat. Selain itu, teknologi yang kami tangani di sini berbeda dengan perubahan dalam proses manufaktur. Teknologi modern atau media baru yang interaktif secara digital mencakup kemungkinan-kemungkinan untuk menciptakan realitas sosial baru, karena manajemen informasi dan komunikasi merupakan inti dari fungsinya. Pecahnya penciptaan makna sosial inilah yang mengarah pada persepsi perubahan mendasar dan mengisyaratkan munculnya diferensiasi fungsional baru dalam masyarakat.

Tentu saja, penekanan pada elemen sosial dari teknologi modern hanya memberikan gambaran parsial karena pemeriksaan terhadap artefak teknologi tidak ada dalam konseptualisasi tersebut. Namun, artefak fisik dan elemen sosial dari teknologi tidak dapat diperiksa sebagai satu kesatuan dengan tetap mempertimbangkan kompleksitas kedua aspek tersebut. Fokus kami di sini adalah pada realitas sosial seputar penggunaan teknologi, namun artefak-artefak tersebut semakin terkait dengan dimensi sosial, sehingga keduanya menjadi mustahil untuk dibedakan, misalnya dalam aplikasi augmented reality atau kecerdasan buatan. Salah satu cara untuk mendamaikan perbedaan antara yang fisik dan yang sosial adalah dengan memahami teknologi melalui teori aktor-jaringan Bruno Latour, yang telah mendapatkan popularitas dalam studi sains dan teknologi. Teori aktor-jaringan menganggap objek fisik sebagai bagian dari jaringan sosial dan agen atribut baik kepada aktor manusia maupun non-manusia. Dengan demikian, peran artefak teknologi dapat dipertimbangkan melalui jaringan yang berpartisipasi dalam penciptaan makna sosial.

Namun, kohesi simultan antara dimensi sosial seputar penggunaan teknologi dan meningkatnya perbedaan antara elemen sosial dan teknologi masih berlangsung, yang menunjukkan bahwa kita sedang membicarakan sistem sosial yang sedang berkembang. Sistem sosial yang muncul dapat ditemukan dalam interaksi sosial yang komunikatif, dimana konteks penggunaan TIK menciptakan makna dan penggunaan relay komunikasi sebagai tindakan komunikatif. Sifat sosial yang muncul terkait dengan komunikasi teknologi ini dapat diatasi sebagai sistem penggunaan TIK, karena tidak adanya label yang lebih baik, untuk

memisahkannya dari teknologi non-komunikatif. Konseptualisasi ini menggambarkan penggunaan TIK sebagai sistem sosial yang muncul yang secara fungsional membedakan dari subsistem lain untuk membentuk autopoiesis tersendiri melalui komunikasi. Cara memahami TIK ini menjelaskan mengapa bentuk-bentuk teknologi sebelumnya tidak menimbulkan krisis serupa di masyarakat. Hal ini sekaligus menempatkan studi ini dan konsekuensi dari teknologi penyelesaian sengketa baru dalam konteks media baru. Selain itu, hal ini memungkinkan kita untuk mengatasi elemen komunikatif teknologi tanpa menggunakan deskripsi proyek percontohan atau tujuan kebijakan.

Munculnya sistem sosial baru ini menggambarkan mengapa penggunaan TIK juga memerlukan reaksi dalam sistem hukum. Sistem sosial memasuki sistem hukum melalui hubungan struktural dan digunakan dalam operasi dalam batas-batas hukum. Pada saat yang sama, elemen fisik dari teknologi, sisi non-komunikatif, dapat memasuki sistem hukum sebagai fakta kasar sederhana dari suatu kasus hukum (misalnya dalam perselisihan kontrak mengenai pengiriman teknologi) namun fakta-fakta ini bukanlah operasi dalam arti sistem sosial. Sisi teknologi dibiarkan berperan sebagai pengamat dalam sistem hukum, namun sisi sosial dari teknologi mengakumulasi peran yang lebih menonjol sebagai sistem sosial lain yang terdiferensiasi secara fungsional dan terhubung dengan sistem hukum melalui keterbukaan kognitifnya.

Kemunculan suatu sistem sosial yang baru memerlukan pengembangan pengkodean khusus sistem yang mendasari semua komunikasi di sekitar medium sistem yang digeneralisasikan secara simbolis dan dengan demikian menciptakan batas-batas antara sistem dan lingkungannya. Apa media dan kode penggunaan TIK ini? Dalam penafsirannya mengenai teknologi sebagai sistem otopoetik sui generis, Reichel menyarankan perbedaan antara berhasil/gagal sebagai sebuah kode. Luhmann, sebaliknya, menyarankan bahwa kode sistem media massa adalah informasi/non-informasi. Ketika menelaah dimensi sosial Dengan adanya TIK dan transfer data pada berbagai tingkat perangkat keras, pemrograman atau interaksi online, komunikasi dan informasi menjadi terjalin, atau bahkan menyatu. Tampaknya penggunaan TIK bahkan di luar konteks media massa beroperasi pada transmisi informasi, yang dapat menyarankan perbedaan antara transmisi dan non-transmisi sebagai kandidat yang memungkinkan untuk kode sistem. Pilihan lainnya adalah dengan melihat infrastruktur di sekitar transmisi ini, yang menciptakan kemungkinan terciptanya makna sosial. Dalam hal ini, media penggunaan TIK dapat terletak pada fungsionalitas, pengoperasian, penyampaian informasi, atau bahkan keanggunan solusi. Keanggunan infrastruktur kode mungkin dianggap sebagai elemen kunci dalam fungsionalitas sistem, karena keanggunan dapat membuatnya lebih mudah beradaptasi dengan lingkungannya. Namun, tidak ada jawaban pasti yang dapat ditemukan mengenai isi kode tersebut dengan memeriksa dimensi sosial seputar penggunaan TIK. Ambiguitas ini mungkin merupakan sisi lain dari sifat sistem yang muncul: kode dan medianya mungkin masih dalam proses, jika kohesi sistem tidak menghasilkan cara yang cukup ampuh untuk menetapkan batas-batas sistem. Faktanya, sulitnya menemukan kode tersebut dapat dibaca sebagai tanda kemunculannya. Hal ini juga dapat menjelaskan mengapa perbedaan antara sistem sosial penggunaan TIK dan teknologi non-sosial tidak selalu jelas.

Bagaimana konseptualisasi penggunaan TIK sebagai sebuah sistem baru dapat memfasilitasi tugas yang ada, yaitu menilai privatisasi yang didorong oleh teknologi dan bersifat paksaan? Pendekatan ini memungkinkan kita untuk melihat kualitas teknologi yang mengganggu dari sudut pandang internal sistem hukum, karena pendekatan ini memungkinkan kita untuk fokus pada dimensi sosial dari teknologi penyelesaian sengketa pada tingkat umum tanpa penyederhanaan yang berlebihan. Selain itu, hal ini juga akan memberikan penjelasan mengapa perubahan teknologi ini menimbulkan tantangan mendasar bagi hukum, sebuah gangguan yang harus diatasi oleh sistem hukum dalam operasionalnya. Singkatnya, hal ini memberikan kerangka yang lebih berbeda untuk menilai hubungan antara hukum dan teknologi pada tingkat makro tanpa menempatkan fokus pada penerapan teknologi individual.

Kesimpulan

Dalam bab ini saya telah memaparkan kerangka teoritis yang saya gunakan untuk menjawab bagaimana penerapan teknologi dalam penyelesaian sengketa menantang pembenaran hukum sebagai bentuk kekerasan yang dilegitimasi. Hukum adalah subsistem sosial masyarakat yang menciptakan stabilitas dan menjunjung tinggi ekspektasi normatif tanpa mempedulikan kekecewaan. Bagian sebelumnya membahas premis teoretis dari penelitian ini dan menetapkan hukum sebagai sistem sosial yang menciptakan stabilitas dan menjunjung ekspektasi normatif tanpa mempedulikan kekecewaan. Hukum mereproduksi dirinya sendiri secara independen dari sistem sosial lainnya melalui aliran komunikasi jaringan yang terus-menerus yang sesuai dengan kode spesifik sistem legal/ilegal, tata bahasa sistem hukum yang menjaga batas-batas dan identitasnya. Penutupan operatif ini, dimana sistem lain tidak dapat mengganggu operasional sistem hukum dan proses produksinya sendiri, diimbangi dengan keterbukaan kognitif, yang menjelaskan bagaimana referensi eksternal dapat memasuki operasional hukum. Salah satu mekanisme tersebut adalah kopling struktural yang mungkin muncul antara sistem yang berbeda ketika suatu operasi menerapkan kode dari dua sistem.

Di sini dikemukakan bahwa hubungan antara hukum dan teknologi dapat diartikan sebagai interaksi antara dua sistem berbeda yang berbagi operasi melalui keterbukaan kognitif. Klaim ini berangkat dari analisis hubungan timbal balik dan rumit antara artefak teknologi dan budaya di sekitar penggunaannya, yang menunjukkan bahwa dimensi sosial dari penggunaan teknologi dapat dianggap sebagai komunikasi. Berdasarkan sifat sosial dan disruptifnya, disarankan agar penggunaan TIK dilihat sebagai sistem sosial yang sedang berkembang. Bab berikutnya menanyakan bagaimana pentingnya teknologi secara sosial ini berhubungan dengan penyelesaian sengketa, bagaimana teknologi berkontribusi terhadap privatisasi yang bersifat paksaan dan dengan demikian menciptakan krisis pembenaran.

BAB 3

KRISIS YANG MUNCUL

3.1 TEKNOLOGI DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Contoh teknologi penyelesaian sengketa

Teknologi penyelesaian sengketa harus dipahami sebagai definisi inklusif dari penerapan TIK yang memfasilitasi berbagai aspek manajemen konflik. Aplikasi semacam itu dapat memudahkan akses terhadap bantuan hukum pada tingkat umum melalui undang-undang dan portal hukum kasus, alat diagnostik dan chatbots, atau mempercepat penyelesaian sengketa melalui sistem manajemen kasus, alat komunikasi dan portal pengguna, alat pendukung keputusan, konferensi video, dan masih banyak lagi. Beberapa. Selain fungsi-fungsi tersebut, desain hukum semakin menjadi salah satu aspek dalam perkembangan berbagai aplikasi ramah pengguna yang menempatkan pengalaman pengguna akhir hukum di atas pengalaman profesi hukum, sebuah tren yang terkait dengan biaya presentasi hukum yang seringkali tidak berkelanjutan dan peningkatan presentasi mandiri, serta semakin pentingnya pencegahan konflik, bukan resolusi konflik.

Teknologi penyelesaian sengketa mempunyai bidang yang beragam dan penerapan yang berbeda sering kali tumpang tindih, yang berarti bahwa perbedaan antara permohonan di pengadilan, teknologi hukum, dan ODR menjadi mustahil untuk dipertahankan. Selain itu, bidang ini terus berkembang dan deskripsi aplikasi canggih saat ini pasti akan ketinggalan jaman dalam beberapa tahun. Namun, perkembangan teknologi penyelesaian sengketa tidak berjalan linier atau mengalami kemajuan yang sama di berbagai negara. Sebaliknya, praktik pengadilan yang berbeda dan kebutuhan para pemangku kepentingan memerlukan solusi yang berbeda dan satu desain sistem tidak selalu mengikuti metode dan budaya kerja yang berbeda di negara lain.

Baru-baru ini, reformasi peradilan sipil telah memperkenalkan beberapa penerapan teknologi di pengadilan umum yang bertujuan untuk meningkatkan akses terhadap keadilan. Diluncurkan pada tahun 2014, portal Dutch Rechtswijzer merupakan salah satu cikal bakal teknologi penyelesaian sengketa publik. Platform online yang dirancang untuk menampilkan diri masyarakat awam yang menghadapi perceraian, pengangguran, perlindungan konsumen atau masalah hukum swasta lainnya menyediakan informasi dan alat diagnostik, rencana langkah demi langkah untuk resolusi konflik, alat negosiasi dan komunikasi, dan antarmuka ke sistem pembayaran dan identifikasi elektronik. Studi empiris menunjukkan bahwa pengguna umumnya menganggap pengalaman mereka dengan situs web positif dan informasi yang diberikan dapat dipercaya. Temuan ini menggarisbawahi pentingnya akses terhadap informasi karena sebagian besar pengunjung dalam kasus perceraian menyatakan perlunya bantuan yang berfokus pada masalah daripada bantuan emosional atau sosial. help. Jika inisiatif Belanda berfokus pada pengalaman pengguna akhir, maka reformasi peradilan di Finlandia yang diprakarsai AIPA pada tahun 2010 mengadopsi pendekatan yang lebih berbasis pengadilan untuk mendigitalkan metode kerja dalam sistem pengadilan sekaligus

menciptakan sistem manajemen kasus yang luas dengan alat pendukung pengambilan keputusan. Sistem manajemen kasus dirancang untuk semua kasus pengadilan mulai dari tindakan pencegahan dan petisi hingga prosedur pidana dan perdata. Sistem ini memiliki antarmuka dengan kantor bantuan hukum, pejabat penegakan hukum, dan jaksa penuntut untuk memungkinkan aliran kasus yang cepat dan di masa depan juga akan mencakup portal warga. Pada gilirannya, Pengadilan Resolusi Sipil di British Columbia menyediakan alat ODR yang didukung oleh masyarakat. sistem pengadilan bagi pihak-pihak yang berperkara dalam tuntutan kecil atau perselisihan strata. Pengadilan tersebut mengupayakan desain ODR awal yang berpusat pada pengguna untuk mengaktifkan masyarakat dalam menyelesaikan perselisihan mereka.

Teknologi penyelesaian sengketa juga dibahas di luar litigasi perdata. Di Kanada, denda dapat segera diperebutkan dan sengketa tiket parkir dapat diselesaikan melalui platform online. Namun, penerapan teknologi penyelesaian sengketa, terutama dalam kasus pidana, memiliki implikasi etis yang kuat terhadap penyelenggaraan peradilan, seiring dengan perdebatan baru-baru ini mengenai kelayakan sistem peradilan. alat pendukung keputusan yang ditunjukkan Northpointe Compass. Perangkat lunak yang menerapkan kecerdasan buatan untuk menemukan pola terbaru dalam sejumlah besar statistik digunakan di pengadilan di Wisconsin, AS, dalam menjatuhkan hukuman untuk menilai risiko residivisme terdakwa. Karena tidak jelas bagaimana perangkat lunak tersebut menghasilkan penilaian dan klaim dibuat atas dasar bias etnis, seorang terdakwa yang dijatuhi hukuman dengan algoritma tersebut mempertanyakan penggunaannya berdasarkan proses hukum. Namun, Mahkamah Agung Wisconsin menyatakan bahwa standar proses hukum tidak menghalangi pengadilan untuk mempertimbangkan penilaian perangkat lunak tersebut. Seperti yang ditunjukkan dalam contoh ini, penggunaan teknologi penyelesaian sengketa dapat memperkuat struktur kekuasaan dan bias yang ada serta membuat pengambilan keputusan menjadi kurang transparan.

Selain inisiatif yang berfokus pada pengadilan, beberapa perusahaan teknologi hukum menyediakan layanan bagi konsumen untuk membantu mereka mencapai hak-hak hukum mereka tanpa campur tangan pengacara atau pengadilan. Misalnya, konsumen dapat menggunakan aplikasi chatbot DoNotPay untuk menggugat tiket parkir mereka atau FlightRight untuk mengklaim kompensasi dari perusahaan penerbangan atas penundaan penerbangan yang menjadi hak mereka, berdasarkan Peraturan UE 261/2004. Aplikasi penyelesaian sengketa seperti ini dapat dianggap sebagai layanan akses, karena tujuannya adalah untuk menurunkan ambang batas bantuan hukum, dan tentu saja, mendapatkan keuntungan dari kasus-kasus penggunaan yang relatif kecil ini. Aspek lain dari layanan tersebut adalah akses terhadap informasi hukum dengan cara yang mudah dan ramah pengguna. Perundang-undangan online dan portal kasus hukum serta desain informasi dan media sosial berperan dalam menjadikan hukum lebih mudah diakses dan, terkadang, lebih transparan bagi masyarakat awam.

Hal yang menarik adalah bahwa meskipun beberapa penerapan teknologi penyelesaian sengketa berfokus pada peningkatan proses hukum dan memfasilitasi akses

melalui solusi yang relatif sederhana seperti chatbot, desain hukum, dan portal pengguna, aplikasi lain bereksperimen dengan kecerdasan buatan, pembelajaran mesin, dan analisis data menuju pengambilan keputusan algoritmik. membuat. Meskipun ada perbedaan dalam teknologi, sebagian besar aplikasi berupaya untuk mengotomatisasi pekerjaan hukum rutin, tugas-tugas yang tidak memerlukan pertimbangan in casu yang luas, kasus-kasus yang relatif mudah dan memiliki sedikit variasi. Firma hukum sedang bereksperimen dengan otomatisasi penelitian dan argumen hukum dengan bantuan aplikasi berbasis pembelajaran mesin seperti Lawyer Ross, perangkat lunak yang dapat disesuaikan dan dibangun pada sistem komputer IBM Watson yang dapat menjawab pertanyaan yang diajukan dalam bahasa alami.

Jika dibandingkan dengan perkembangan terkini, nampaknya penekanan pada teknologi penyelesaian sengketa telah bergeser dari ODR. Tentu saja, perubahan ini tidak meremehkan pentingnya penelitian awal ODR dalam mengembangkan bidang ini. Penerapan ODR awal mencakup platform komunikasi dan sistem manajemen pengaduan serta alat pendukung penyelesaian seperti sistem penawaran buta (*blind bidding*), di mana para pihak menyarankan jumlah penyelesaian moneter tanpa dilihat oleh pihak lain dan algoritme menghasilkan kesepakatan ketika keduanya memasuki kisaran yang dapat diterima. Platform ODR UE adalah contoh utama penerapan ODR saat ini. Platform ini mengarahkan klaim konsumen terhadap pedagang online ke entitas ADR nasional. Sejak bulan Februari 2016, lebih dari 46.000 pengaduan telah diajukan melalui platform ini jumlah yang sangat kecil mengingat Pasar Tunggal UE mencakup 500 juta konsumen dan 21 juta usaha kecil dan menengah (UKM). Hal lain yang sering dikutip Contoh keberhasilan ODR adalah Pusat Penyelesaian eBay, yang diklaim menangani sekitar 60 juta sengketa e-niaga setiap tahunnya. eBay adalah pasar online tempat penjual mendaftarkan barang untuk dijual dan pembeli dapat menawar barang tersebut dan dengan demikian mengadakan perjanjian yang mengikat dengan penjual untuk penjualan barang. Karena konflik mungkin timbul ketika pembayaran tidak dilakukan atau pembeli tidak menerima barang, eBay telah menyertakan proses ODR di situs webnya. Selain ODR, platform ini mencakup kemungkinan penegakan swasta yang dimungkinkan oleh koneksi antara eBay dan mekanisme pembayarannya, PayPal. Namun, sifat koersif dalam penyelesaian sengketa dan penegakan hukum oleh pihak swasta telah diremehkan dengan menyebut kedua hal tersebut sebagai Jaminan Uang Kembali.

Kurangnya keberhasilan sebagian besar penyedia ODR swasta berhubungan dengan pergeseran teknologi penyelesaian sengketa yang dijelaskan di atas. Alasannya bermacam-macam, namun yang paling mungkin adalah kesulitan dalam pendanaan ODR swasta, kurangnya opsi penegakan hukum di luar pemimpin pasar seperti eBay, kompleksitas opsi ganti rugi, dan rendahnya tingkat kesadaran konsumen. Semua ini berperan dalam hal ini. Karena kurangnya keberhasilan ODR swasta, reformasi peradilan sipil menjadi landasan penting bagi fungsi ODR. Skema ODR yang didanai publik juga mempunyai potensi untuk memperluas kegunaannya melalui antarmuka dengan mekanisme pembayaran, verifikasi identitas, pendaftaran tanah publik dan database publik lainnya. Kesimpulannya, bidang teknologi penyelesaian sengketa terus berkembang dan berbagai contoh menunjukkan sisi berbeda dari fenomena kompleks tersebut. Namun, contoh-contoh tersebut hanya

mengungkapkan sebagian kebenaran, karena kita sering kehilangan gambaran umum ketika berfokus pada fungsi tertentu.

Kemungkinan Taksonomi Untuk Teknologi Penyelesaian Sengketa

Karena perkembangan teknologi penyelesaian sengketa seringkali terfragmentasi, tumpang tindih, bergeser fokusnya dan memiliki banyak suara, penerapan yang berbeda-beda seringkali sulit untuk dikategorikan dan gambaran umum tidak ada. Namun demikian, taksonomi teknologi penyelesaian sengketa diperlukan untuk mengevaluasi konteks yang lebih luas di luar contoh-contoh individual, untuk melihat perubahan dalam penyelesaian sengketa yang disebabkan oleh teknologi, dan untuk mengkaji penegakan hukum oleh pihak swasta yang didorong oleh teknologi. Salah satu pilihan taksonomi adalah dengan mengikuti perbedaan doktrinal antara ODR dan teknologi ruang sidang, namun seiring dengan pergeseran dari ODR swasta dan potensi teknologi penyelesaian sengketa publik, perbedaan ini tampaknya tidak memberikan banyak manfaat untuk kategorisasi. Meskipun ketegangan antara model ODR swasta dan publik masih ada, kita mungkin juga bertanya apakah perbedaan antara model-model tersebut, pada kenyataannya, sama jelasnya dengan kesenjangan doktrinal akan membuat kita percaya. Pelestarian perbedaan doktrinal dalam perdebatan mengenai penyelesaian sengketa teknologi dapat menghambat analisis mendalam mengenai potensinya dalam kedua bentuk penyelesaian sengketa dan menyembunyikan titik-titik konvergensi dari pandangan. Meskipun ada perbedaan doktrinal, pengelolaan konflik baik di ranah publik maupun privat pada akhirnya mempunyai fungsi publik, mengutamakan keadilan dan memerlukan alat untuk mendorong digitalisasi penyelesaian sengketa yang berkelanjutan.

Sistem sosial penggunaan TIK yang muncul menyatukan cara-cara penggunaan berbagai model penyelesaian sengketa dan melemahkan perbedaan dalam hal peran teknologi dalam prosedurnya. Ketika teknologi ruang sidang dan ODR dibahas secara terpisah satu sama lain, hanya dalam kaitannya dengan persamaan tradisionalnya, peran teknologi menjadi berkurang. Hal ini dapat menimbulkan persepsi yang salah bahwa dampak teknologi terhadap penyelesaian sengketa sangatlah kecil, dan hal ini tidak mencerminkan gangguan teknologi yang telah mempengaruhi penyelesaian sengketa. Karena beberapa penerapan teknologi hukum (misalnya layanan akses) tidak mudah mengikuti perbedaan doktrinal ini, disarankan di sini agar kita meninggalkan terminologi teknologi ruang sidang dan ODR untuk teknologi penyelesaian sengketa guna menekankan tumpang tindih dan konvergensinya.

Keseimbangan antara reifikasi teknologi dan penerapan teknologi secara serius sulit dipertahankan. Bahaya penerapan hal-hal yang tidak berubah secara universal juga semakin besar, karena kita tergoda untuk mendefinisikan teknologi penyelesaian sengketa melalui generalisasi yang meremehkan kebutuhan akan analisis kasus per kasus. Daripada menggunakan teori yang mencakup semua hal mengenai dampak teknologi terhadap penyelesaian sengketa, kita perlu puas dengan gambaran umum perkembangan saat ini dan juga analisis in casu yang lebih rinci.

Pilihan lainnya adalah dengan mengkategorikan teknologi penyelesaian sengketa berdasarkan tren dan perkembangan bidang tersebut selama beberapa dekade terakhir.

Karena kategorisasi kronologis seperti itu akan menyediakan lebih banyak alat untuk evaluasi berbasis konteks dan membantu dalam memahami aplikasi individual sebagai bagian dari sebuah kontinum sejarah, strategi kategorisasi ini disarankan di sini. Hal ini berarti membagi berbagai fungsi teknologi penyelesaian sengketa ke dalam tiga kategori berbeda berdasarkan peran teknologi dan waktu penerapannya. Fase pertama, fase preparadigmatis dalam teknologi penyelesaian sengketa berlangsung dari tahun 1960an hingga akhir tahun 1980an, fase kedua ditandai dengan diperkenalkannya World Wide Web yang mempopulerkan Internet dari awal tahun 1990an hingga akhir tahun 2000an, dan fase ketiga didefinisikan oleh kemajuan pesat teknologi sejak tahun 2010an dan seterusnya.

Fase preparadigmatis pertama dari teknologi penyelesaian sengketa berkaitan dengan meningkatnya otomatisasi pemrosesan data yang dihasilkan dari terobosan teknologi komputer dan komersialisasinya. Ketika komputer mainframe menjadi standar untuk memproses data dalam jumlah besar, para sarjana hukum melihat keuntungan yang bisa diperoleh dari teknologi baru ini, terutama untuk penelitian dan analisis kasus hukum. Menjelang akhir tahun 1980-an, perbaikan dalam pemrosesan kata, serta diperkenalkannya video deposisi dan dalam beberapa kasus terminal elektronik di gedung pengadilan untuk e-filing, menandakan dimulainya teknologi penyelesaian sengketa. Pada fase pertama ini, teknologi sebagian besar bersifat tambahan untuk proses hukum, dan sebagian besar potensinya dalam mempermudah pemrosesan data.

Pada fase kedua, kemungkinan-kemungkinan yang baru ditemukan dalam dunia maya menandakan tantangan dan kemungkinan bagi sistem hukum nasional. World Wide Web memungkinkan database online untuk informasi hukum, sedangkan email dan teknologi konferensi video kemudian memunculkan penerapan ODR awal. Layanan hukum berbasis internet muncul untuk memberikan bantuan bagi masyarakat awam yang membutuhkan dokumen hukum tanpa pengacara dan berkontribusi pada pertumbuhan tuntutan yang disuarakan oleh gerakan ADR untuk menjadikan hukum lebih mudah diakses. Pada fase kedua, peran teknologi menjadi lebih jelas, namun sebagian besar aplikasi masih ada untuk membantu pengacara. Pada fase ketiga yang kita jalani saat ini, perubahan teknologi yang pesat semakin dirasakan sebagai tekanan untuk mendesain ulang layanan hukum dan mengevaluasi kembali peran profesi hukum. Penerapan kecerdasan buatan, pembelajaran mesin, dan data besar semuanya berkontribusi pada pengambilan keputusan otomatis. Sedangkan pengenalan pola berdasarkan jaringan saraf menyediakan alat baru untuk prediksi dan penilaian risiko, otomatisasi kontrak, manajemen praktik, dan kepatuhan menantang praktik hukum tradisional. Masih harus dilihat apa saja penerapan arsitektur blockchain di balik mata uang kripto, yang menyediakan alat untuk transaksi tanpa kepercayaan yang terdesentralisasi secara umum dan untuk kontrak pintar yang dijalankan sendiri pada khususnya, secara hukum, karena hal ini berpotensi menghilangkan kebutuhan untuk menaruh kepercayaan pada mata uang kripto. perantara mana pun baik itu situs e-commerce, perusahaan kartu kredit, layanan escrow, atau pengadilan umum.²² Seiring dengan kemajuan teknologi yang membuat pengambilan keputusan otomatis menjadi lebih bersifat ilmiah dan lebih sedikit fiksi baik dalam kasus-kasus rutin maupun pada titik tertentu juga dalam kasus-

kasus sulit, peran teknologi menjadi semakin otonom, sehingga memunculkan prosedur yang sepenuhnya otomatis dan praktik hukum baru.

Taksonomi kronologis ini memberikan gambaran umum mengenai teknologi penyelesaian sengketa, yang mana pengembangan berkelanjutan telah mengarah dari pemrosesan data awal hingga pengambilan keputusan secara otonom, memanfaatkan kecerdasan buatan dan rantai blok. Karena peran teknologi juga terus berubah dalam sistem hukum, menjadi jelas bahwa tidak ada definisi universal mengenai teknologi penyelesaian sengketa, seperti halnya tidak ada penjelasan yang lugas dan sederhana mengenai konsekuensinya terhadap profesi hukum.

Masalah Analogi Pihak Keempat

Pada titik ini, analogi terkenal mengenai teknologi sebagai pihak keempat dalam penyelesaian sengketa menjadi penting, karena konseptualisasi ini sangat berpengaruh dalam literatur ODR. Meskipun analogi ini memberikan konseptualisasi yang mudah dipahami dan bahkan elegan, analogi ini terlalu menyederhanakan beragam teknologi penyelesaian sengketa yang dijelaskan di atas. Analogi pihak keempat adalah permainan kata, dimana konfigurasi penyelesaian sengketa, triad pihak dan pihak ketiga yang netral, hakim atau arbiter, dilengkapi dengan pihak keempat tambahan, yaitu teknologi. Awalnya Katsh dan Rifkin menganggap pihak keempat adalah pihak keempat. Pihak dalam konteks perselisihan online lintas batas, dimana teknologi akan bekerja sama dan membantu pihak ketiga yang netral. Analogi ini didasarkan pada determinisme McLuhan, yang mana penggunaan teknologi secara mendasar berdampak pada penggunaannya, dalam hal ini proses penyelesaian perselisihan.

Kekurangan analogi ini menjadi jelas ketika mempertimbangkan kritik Williams terhadap dimensi sosial yang terabaikan dalam determinisme teknologi McLuhan. Fokus Williamsite pada dimensi sosial teknologi memberikan titik tandingan penting untuk mengevaluasi pendekatan determinis. Bagi Williams, konseptualisasi determinisme mengenai dampak utama medium terhadap penerimaannya medium adalah pesannya menghadirkan objektifikasi praktik-praktik sosial yang esensial. Meminjam teori Marxis, objektivisasi atau reifikasi ini mereduksi hubungan sosial menjadi hubungan antara objek-objek yang diperdagangkan, yang mengarah pada transformasi objek-objek tersebut menjadi subjek dan, sebaliknya, menjadikan subjek manusia menjadi objek pasif.

Kritik tersebut mengungkap bagaimana pendekatan determinis terhadap teknologi mempunyai sifat universalis dan bagaimana argumen universalis mengenai teknologi dapat mengarah pada pengaitan keagenan dengan teknologi yang sebenarnya tidak ada. Hal ini fikasi teknologi dan objektifikasi orang mengambil bentuk analogi pihak keempat dalam literatur ODR. Klaim yang digeneralisasi mengenai dampak teknologi penyelesaian sengketa, pada gilirannya, akan membingungkan teknologi, menjauhkan penggunaan dan fungsinya dari praktik nyata penyelesaian sengketa, lebih menyoroti daripada meremehkan perannya, dan pada saat yang sama mengesampingkan analisis lebih lanjut mengenai berbagai konsekuensinya. Alih-alih melakukan analisis kontekstual terhadap kasus penggunaan

individual, teknologi penyelesaian sengketa menjadi elemen penentu dalam keseluruhan proses.

Jika kita ingin memahami teknologi sebagai pihak keempat, maka pengguna teknologi akan menjadi partisipan dalam proses resolusi, yang secara bahasa setara dengan partisipan lain namun tidak mampu memenuhi harapan lembaga tersebut. Dengan demikian, kita memiliki prosedur yang memiliki beberapa peran peserta, namun salah satunya dikosongkan secara permanen. Dengan pendirian seperti itu, teknologi penyelesaian sengketa direifikasi menjadi subjektivitas, dan akibatnya tindakan dan peran aktif dialokasikan pada teknologi, bukan para pihak. Dengan melekatnya keagenan pada teknologi, proses penyelesaian menjadi teralienasi dari hubungan sosial sebenarnya antara para pihak. Dengan kata lain, keagenan berpindah dari peserta ke teknologi, sehingga menyulitkan untuk menilai faktor-faktor sosial yang juga relevan dengan proses penyelesaian sengketa, misalnya. ketidakseimbangan kekuasaan atau kurangnya akses.

Peringatan serupa mengenai teknologi yang membingungkan juga telah disuarakan oleh akademisi Amerika Lawrence Lessig, yang menekankan bahwa teknologi tidak boleh dijadikan dogmatis. Lessig berpendapat bahwa teknologi dapat dibuat ulang dan fungsinya dapat diubah dengan menulis ulang kodenya. Aspek ini sering kali diabaikan oleh retorika dunia maya yang menekankan sifat alami teknologi yang menolak regulasi. Terlepas dari kelemahan objektifikasi dan dogmatisme ini, kita perlu mempertimbangkan kelayakan analogi pihak keempat untuk menggambarkan perubahan otonomi teknologi penyelesaian sengketa serta perannya sebagai metafora untuk mengungkap struktur jaringan di balik penerapannya. Meskipun wawasan ini tidak mengikuti konseptualisasi asli Katsh dan Rifkin, wawasan ini mungkin mengungkapkan kemungkinan pengembangan teori di masa depan.

Jika kita menerapkan saran yang tertanam dalam analogi pihak keempat bahwa teknologi memiliki peran aktif dan otonom dalam penyelesaian sengketa pada taksonomi yang dijelaskan di bagian sebelumnya, kita melihat bahwa peran yang dikaitkan dengan teknologi telah berubah secara signifikan sejak pemrosesan data hingga aplikasi pada tahun 1960an. kecerdasan buatan hukum pada tahun 2010an. Meskipun keagenan teknologi tidak dapat diterapkan pada generasi pertama dan banyak penerapan teknologi resolusi perselisihan generasi kedua, hal ini mungkin tidak berlaku untuk pengambilan keputusan otonom yang menggunakan pembelajaran mesin dan jaringan saraf. Bagaimanapun, aplikasi generasi ketiga memiliki tingkat otonomi yang lebih tinggi dibandingkan teknologi penyelesaian sengketa generasi pertama. Namun, ada perbedaan antara otonomi dan agensi. Berbeda dengan otonomi, agensi menyarankan kemampuan untuk berinteraksi dalam struktur sosial. Meskipun teknologi penyelesaian sengketa generasi ketiga mungkin memberikan kesan adanya interaksi sosial, mampu menciptakan respon sosial, namun hal ini tidak serta merta berarti adanya interaksi sosial. Saat ini, penggambaran interaksi bukan merupakan pengakuan timbal balik atas subjektivitas pihak lain, yang merupakan esensi mendasar dari komunikasi. Meskipun terdapat kemajuan dalam jaringan syaraf dan pengenalan pola, kecerdasan umum buatan yang mampu mencapai kesadaran masih belum terwujud hal ini sangat melegakan bagi mereka yang khawatir akan singularitas.

Kemungkinan kegunaan lain dari analogi pihak keempat adalah kemampuannya untuk menggambarkan jaringan yang tertanam dalam penerapannya. Misalnya, Lodder dan Zeleznikow telah mengembangkan analogi ini lebih lanjut dengan menambahkan pihak kelima, yaitu penyedia layanan. Jika kita mempertimbangkan posisi subjek lain yang ada dalam teknologi penyelesaian sengketa, kita dapat memasukkan pemrogram di belakang kode tersebut ke dalam analogi tersebut sebagai pemrogram yang berada di belakang kode tersebut. Pihak keenam, atau penyedia layanan Internet. Ditafsirkan seperti ini, analogi pihak keempat mungkin membantu dalam mengkonseptualisasikan niat manusia yang selalu ada dalam pemrograman. Teori lebih lanjut tersebut mengacu pada teori jaringan aktor dari sosiolog Perancis, Bruno Latour, yang menyatakan bahwa dunia sosial diciptakan oleh interaksi jaringan antara aktor manusia dan non-manusia, seperti konsep, ide, proses, dan artefak.

Menggabungkan elemen-elemen ini dengan analogi pihak keempat dapat memberikan solusi untuk mempertahankan analogi tersebut sekaligus mengatasi kritik terhadap pembentukan sosial terhadap teknologi. Dalam semangat ini, keagenan akan tercipta dalam jaringan aktor manusia dan non-manusia sehingga akan ada cukup ruang untuk mendiskusikan tindakan sosial yang diciptakan oleh jaringan tersebut tanpa menghubungkan keagenan dengan teknologi itu sendiri. Namun, masih belum jelas apakah penerapan teori tersebut benar-benar sesuai dengan makna asli analogi tersebut atau memberikan nilai tambah yang cukup untuk membenarkan analogi tersebut. Selain itu, mengkonseptualisasikan kompleksitas tersebut melalui metafora partai akan mengaitkan pemeriksaan tersebut dengan proses penyelesaian perselisihan yang sebenarnya, sehingga membatasi penerapannya.

Sebagai kesimpulan, analogi ini dibebani dengan ambiguitas tertentu dan kebutuhan untuk membuat perbedaan lebih lanjut, yang sering kali menimbulkan masalah antara berbagai penggunaan teknologi, sehingga analogi tersebut tidak memberikan ruang untuk itu. Berdasarkan hal ini, tampaknya teori teknologi sebagai pihak keempat atau kelima tidak cukup untuk menggambarkan kompleksitasnya. Teknologi bukanlah bagian dari prosedur resolusi, namun sebuah struktur yang membingkai proses tersebut. Meskipun metafora pihak keempat atau kelima cukup menarik, hal ini merupakan penyederhanaan berlebihan yang menyembunyikan kompleksitas teknologi penyelesaian sengketa. Daripada menggunakan analogi tersebut, pendekatan yang lebih berorientasi pada konteks diperlukan untuk menciptakan gambaran yang lebih bernuansa mengenai teknologi penyelesaian sengketa dengan kekuatan penjelasan tambahan.

Selain itu, analogi pihak keempat berfokus pada proses penyelesaian, yang berarti bahwa perubahan penegakan hukum yang didorong oleh teknologi dan pergeseran yang menarik secara teori ke arah privatisasi dengan paksaan masih jarang ditemukan dalam literatur mengenai teknologi penyelesaian sengketa. Dengan tetap berpegang pada tinjauan perubahan teknologi dan pendekatan kontekstual terhadap berbagai fungsi yang berbeda, perkembangan privatisasi ini menjadi contoh perpecahan yang disebabkan oleh teknologi penyelesaian sengketa.

3.2 REFLEKSI PERPECAHAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Munculnya rezim swasta

Sebagaimana disarankan oleh pendekatan kontekstual yang dianjurkan pada bagian sebelumnya, dampak teknologi penyelesaian sengketa harus dievaluasi berdasarkan perubahan yang ditimbulkan oleh penerapannya dalam sistem hukum. Salah satu konsekuensinya adalah pengenalan teknologi penyelesaian sengketa mempercepat munculnya rezim swasta, seperti halnya ODR swasta seperti Pusat Penyelesaian eBay atau prosedur penagihan balik perusahaan kartu kredit, yang keduanya menyediakan mekanisme ganti rugi. Mekanisme ganti rugi dan penegakan hukum alternatif seperti ini menjadi penting ketika sistem hukum nasional tidak mampu memberikan penegakan hukum publik berbasis pengadilan untuk perselisihan yang intensitasnya rendah. Munculnya rezim swasta dan hubungannya dengan semakin pentingnya teknologi menjadi latar belakang untuk mengevaluasi penegakan hukum oleh swasta.

Alasan mengapa rezim swasta mampu memberikan ganti rugi sementara sistem publik tidak bisa melakukannya adalah karena rezim swasta tidak terikat pada negara-bangsa seperti yang didefinisikan oleh sistem pengadilan nasional. Hal ini berarti bahwa rezim swasta memperoleh momentum yang lebih besar dibandingkan dengan rezim publik. Ketegangan antara privat dan publik, serta kontradiksi-kontradiksi lainnya, tertanam dalam hukum, yang sama sekali bukan merupakan sistem yang harmonis – fungsi sistem hukum dalam menjunjung tinggi harapan-harapan normatif bahkan ketika harapan-harapan mendasar tersebut dikecewakan membuktikan hal ini. Kadang-kadang, ketegangan antara publik dan swasta meningkat menjadi konflik dan perselisihan, dan perebutan hegemoni menjadi nyata. Mengaktifkan, menjaga, dan menafsirkan kembali ketegangan-ketegangan yang tertanam dalam bidang hukum ini merupakan bagian utama dari cara kerja hukum, dan merupakan cara untuk mencapai *autopoiesis*.

Profesor Thomas Schultz membahas pluralisme hukum dengan mengkaji bagaimana rezim Internet privat menjadi sistem hukum privat dengan mencapai normativitas. Sistem hukum otonom muncul ketika sistem tersebut memperoleh kewenangan yurisdiksi otonom dalam menentukan, mengadili, dan menegakkan hukum, yang memungkinkan lembaga hukum formal untuk mengakuinya. Dengan mengevaluasi lembaga-lembaga yang menentukan, mengadili, dan menegakkan ICANN dan Pusat Resolusi eBay, ia berpendapat bahwa lembaga-lembaga tersebut harus diakui sebagai sistem hukum privat yang otonom meskipun teori hukum modern sangat erat hubungannya dengan konsep kedaulatan politik. Penelitian Schultz menjelaskan bagaimana ketegangan antara lembaga-lembaga swasta dan swasta sangat erat kaitannya dengan konsep kedaulatan politik dan masyarakat tertanam dalam pemahaman kita tentang hukum hanya dalam kaitannya dengan negara-bangsa dan bagaimana munculnya Internet berkontribusi terhadap ketegangan ini.

Demikian pula, pakar hukum Jerman Günther Teubner membahas dominasi konseptual negara-bangsa dalam kaitannya dengan perdebatan mengenai sifat hukum *lex mercatoria*, yaitu badan hukum komersial abad pertengahan yang berlaku di seluruh Eropa.³⁰ Teubner mengklaim bahwa *lex mercatoria* sebagai hukum yang muncul secara privat Sistem

ini menantang hubungan erat antara hukum dan negara dengan memungkinkan terbentuknya tatanan hukum privat tanpa campur tangan negara. Selain tantangan utama terhadap kekuasaan preskriptif negara, *lex mercatoria*, dengan menjadi transnasional secara *de facto*, juga meningkatkan cakupan regional negara-bangsa dan metode tradisional dalam merumuskan peraturan lintas batas dalam politik internasional. Menurut Teubner, *lex mercatoria* menempatkan dirinya di pinggiran hukum dan dengan demikian menemukan stabilitas dinamisnya melalui cara lain selain dengan mendirikan pusat, yang biasanya merupakan praktik perundang-undangan nasional. Perbedaan antara rezim swasta dan sistem hukum nasional tidak selalu berarti cacat; itu hanyalah perbedaan.

Selain itu, Teubner membahas benturan antara hukum dan teknologi yang diakibatkan oleh perbedaan dalam cakupan penerapannya; hukum yang kita pahami terkait erat dengan sistem politik suatu negara, sedangkan teknologi membentuk sistem global. Subsistem masyarakat yang memproduksi sendiri, seperti teknologi, bersaing dengan politik negara-bangsa dalam perumusan masyarakat otonom global. Interpretasi ini menjelaskan mengapa semakin meningkatnya privatisasi dan paksaan yang diakibatkan oleh penggunaan teknologi penyelesaian sengketa. bermasalah dari sudut pandang sistem hukum, karena kedua sistem tersebut tidak sejalan, ketegangan antara swasta dan publik, global dan regional, tidak dapat didamaikan. Implikasi sosial dari privatisasi hukum tidak mudah untuk diprediksi, seperti yang ditunjukkan oleh profesor hukum Amerika Elizabeth Thornburg dalam penilaiannya terhadap berbagai bentuk privatisasi. Dengan memeriksa ICANN, pemberitahuan dan penghapusan situs web, pengelolaan hak digital, dan arbitrase B2C wajib, ia menunjukkan bahwa privatisasi tidak secara otomatis menghambat hak-hak salah satu pihak.

Namun, ia menemukan bahwa sistem yang diprivatisasi memang mengalihkan keuntungan prosedural kepada satu pihak dan 'mengabaikan perlindungan proses hukum yang berarti yang tersirat di pengadilan'. Analisis Thornburg tampaknya menunjukkan bahwa perspektif penyelesaian sengketa dan bukan hukum materiil mungkin terbukti memberikan keuntungan prosedural kepada satu pihak. menjadi titik pandang yang bermanfaat untuk mengevaluasi ketegangan antara rezim swasta dan sistem hukum publik.

Mengapa Penegakan Hukum Penting Dalam Penyelesaian Sengketa

Mengapa kita harus melakukan pendekatan terhadap teknologi penyelesaian sengketa melalui ketegangan antara swasta dan publik, melalui privatisasi paksaan? Karena penegakan hukum merupakan inti dari kekuasaan berdaulat dan privatisasinya bertentangan dari sudut pandang hukum negara, maka privatisasi yang bersifat paksaan dapat mengungkap inti dari perubahan teknologi. Penegakan hukum swasta yang didorong oleh teknologi memerlukan perhatian pada perubahan praktik hukum dan bagaimana perubahan ini berdampak pada pemahaman kita tentang hukum. Singkatnya, penggunaan kekuatan adalah jendela untuk mengamati kualitas teknologi penyelesaian sengketa yang mengganggu.

Kamus Oxford mendefinisikan penegakan hukum sebagai tindakan pemaksaan untuk mematuhi atau mematuhi hukum, aturan, atau kewajiban. Definisi ini menyoroti elemen penegakan yang paling menarik, yaitu kepatuhan yang memaksa. Dalam istilah awam, penegakan hukum dapat merujuk pada penegakan hukum dan penegakan keputusan atau

hak. Dari sudut pandang internal sistem hukum, penegakan hukum dapat dilihat sebagai implementasi teknis dari sebuah keputusan, dimana proses penyelesaiannya lebih berbobot dibandingkan dengan proses setelahnya. Karena kemungkinan adanya pemaksaan merupakan bagian penting dalam sistem hukum, maka penegakan hukum sudah menjadi bagian dari doktrin tersebut hingga pada titik di mana definisi pastinya jarang dibahas atau dipermasalahkan. Dalam rekomendasinya mengenai penegakan hukum, Komite Menteri Dewan Eropa menyimpulkan definisi umum penegakan hukum sebagai berikut:

Penegakan berarti pemberlakuan keputusan-keputusan pengadilan, dan juga hak-hak lain yang dapat dilaksanakan secara hukum atau non-peradilan sesuai dengan hukum yang memaksa terdakwa untuk melakukan, tidak melakukan atau membayar apa yang telah diputuskan. Dalam penelitian ini yang dimaksud dengan penegakan dalam arti umum adalah memperoleh dana secara sah berdasarkan suatu keputusan hukum yang sudah ada. Dengan kata lain, pemeriksaan ini menyorot bidang inti penegakan hukum, dimana penggunaan sistem hukum memberikan legitimasi terhadap penggunaan paksaan. Hal yang menarik adalah bahwa cara tidak langsung untuk mendorong kepatuhan mungkin melibatkan penggunaan paksaan yang serupa dengan penegakan hukum yang diatur oleh negara. Tekanan sosial dari komunitas suku dan sanksi sosial berikut ini, yang telah dipelajari oleh sosiolog Norwegia, Vilhelm Aubert juga merupakan metode untuk memaksa kepatuhan, dan dengan demikian hal ini dapat dilihat sebagai alternatif dari penegakan hukum.

Karena kepatuhan merupakan harapan masyarakat, maka penegakan hukum merupakan sebuah pengecualian. Sebagian besar keputusan yang diambil baik dalam prosedur litigasi maupun ADR dilakukan secara sukarela dan tidak diperlukan tindakan koersif. Dari sudut pandang ini, penegakan hukum selalu merupakan sebuah kesalahan dalam sistem, meskipun merupakan sebuah kesalahan yang perlu dilakukan, karena tindakan ekonomi memerlukan katup pengaman dalam penegakan hukum. Artinya, pentingnya penegakan hukum tidak berkurang karena keistimewaannya. Selain itu, penegakan hukum oleh pihak swasta melambangkan ketegangan antara pihak swasta dan pemerintah dan memberikan peluang bagi ruang mesin hukum, seiring dengan semakin jelasnya kesulitan dalam membenarkan pemaksaan pihak swasta melalui undang-undang yang terikat dengan negara. Kekerasan yang melekat pada hukum tidak dapat disembunyikan ketika keputusan diambil dengan paksaan. Dengan demikian, penegakan hukum mengungkapkan sesuatu yang relevan tentang hukum pada tingkat linguistik, sebuah isu yang telah diangkat oleh filsuf Perancis, Jacques Derrida. Seperti yang ditunjukkan oleh Derrida, idiom bahasa Inggris tentang 'menegakkan hukum' dan kaitannya dengan 'kemampuan untuk ditegakkan' tidak menyembunyikan penggunaan kekuatan dalam menerapkan hukum, tidak seperti padanan bahasa Perancis 'appliquer la loi'. Derrida menyatakan bahwa Kata kemampuan untuk ditegakkan mengingatkan kita bahwa tidak ada hal seperti hukum (droit) yang tidak secara apriori, dalam struktur analitis konsepnya, menyiratkan kemungkinan untuk "ditegakkan", diterapkan dengan paksaan. Memang ada hukum yang tidak ditegakkan, namun tidak ada hukum yang tidak ditegakkan.

kemampuan, dan tidak ada penerapan atau keberlakuan hukum tanpa adanya paksaan, baik secara langsung maupun tidak langsung, secara fisik atau simbolis, secara lahiriah atau batiniah, secara brutal atau secara halus diskursif dan hermeneutik, bersifat memaksa atau mengatur, dan sebagainya. Artinya, dalam penegakan hukum, hukum tidak bisa menyembunyikan kekerasan yang ada di dalamnya. Kita dapat mengklaim bahwa hukum tidak lagi menjadi hukum jika unsur pemaksaan yang memberikan harapan normatif dihilangkan. Karena paradoks ini tidak dapat diremehkan, kita menghadapi jurang kekuatan dekonstruktif yang dimilikinya. Sederhananya, kekerasan harus dibenarkan namun pada saat yang sama tidak bisa dibenarkan. Dalam kesenjangan ini kami menyesuaikan struktur membenaran dan berharap struktur tersebut berfungsi sebagai mekanisme deparadoksifikasi.

Penegakan hukum relevan untuk mencari membenaran penyelesaian sengketa karena dua alasan. Pertama, penegakan hukum merupakan bagian penting dalam pengambilan keputusan hukum. Hal ini tidak melemahkan penekanan ADR pada kepatuhan sukarela terhadap keputusan tersebut, karena ideologi ADR menekankan kebutuhan untuk memenuhi kebutuhan aktual para pihak, yang kemudian membuat penegakan hukum menjadi tidak relevan. Namun, dampak dan signifikansi suatu keputusan bergantung pada aktualisasi keputusan tersebut pada akhirnya. Jika debitur tidak membayar utangnya dengan sukarela, maka kreditur berhak mendapatkan uang yang dipinjamkannya. Dia mungkin menyadari haknya dengan menggunakan kekerasan yang dilembagakan oleh mesin negara sebagai upaya terakhir. Jika konsumen membeli pemutar piringan hitam dari toko pojok tetapi pemutar tersebut tidak berfungsi seperti yang dijanjikan, dia berhak membatalkan kesepakatan, mengembalikan pemutar tersebut, dan meminta uangnya dikembalikan. Ia dapat melibatkan pengadilan distrik dan kantor penegakan hukum jika diperlukan. Jika seseorang secara tidak sengaja membayar tagihan bulanan sebanyak dua kali, ia berhak mendapatkan penggantian atas pembayaran tambahan tersebut dan dapat meminta penyelesaian perselisihan dan penegakan hukum untuk mencapai hasil ini.

Pertanyaan 'jika' dalam melakukan pembayaran sukarela adalah yang menggarisbawahi perlunya penegakan hukum. Tidak ada penyelesaian sengketa tanpa kemungkinan mewujudkan hasilnya. Yurisdiksi yang berbeda memiliki aturan yang berbeda mengenai siapa dan kasus mana yang berhak mengakses penegakan hukum. Namun, pemaksaan, kekerasan, dan konsekuensi dari ketidakpatuhan dialami oleh sebagian besar orang karena hal-hal tersebut merupakan elemen konstitutif dari hukum. Hukum adalah penggunaan kekerasan, seperti yang terlihat dalam penegakan hukum. Penyelesaian perselisihan adalah hukum, hukum adalah penggunaan kekerasan dan penggunaan kekerasan harus dibenarkan.

Kedua, diskusi yang sama memperoleh signifikansi dalam kaitannya dengan lingkungan online. Secara online, jika pembeli tidak menerima kursi kantor yang dibelinya di pasar e-commerce, melainkan kursi dapur, maka ia harus memiliki akses untuk mendapatkan ganti rugi. Dia harus memiliki kemungkinan untuk membatalkan transaksi, mendapatkan kembali uangnya dan mengembalikan kursi dapur yang tidak diinginkan. Jika mekanisme negara tidak tersedia, timbul pertanyaan, sistem alternatif apa yang bisa diterapkan? Hal ini menyebabkan munculnya ODR, penegakan hukum swasta, dan alternatifnya seperti escrow, tagihan balik,

dan sistem reputasi. Mekanisme-mekanisme ini tidak bisa dianggap hanya sebagai isu kontrak karena mekanisme-mekanisme ini berhubungan dengan sisi lain dari penyelesaian sengketa – yaitu kekerasan. Hal yang menarik adalah bahwa retorika tersebut tidak dimulai dari pernyataan bahwa tidak boleh ada penggunaan paksaan dalam situasi ini. Yang menjadi pertanyaan adalah, paksaan siapa dan dengan cara apa? Lapisan lain ditambahkan tetapi paradoks itu sendiri tidak hilang.

Untuk pengambilan keputusan di ranah privat, yang terjadi justru sebaliknya. Secara tradisional, prosedur ADR mendorong akses yang mudah terhadap penyelesaian konflik, yang dijamin dengan biaya yang relatif rendah dan struktur proses yang ringan serta fokus pada kepentingan partai dan bukan hukum hitam. Namun, keputusan ADR sulit untuk mengakses penegakan hukum jika keputusan tersebut tidak diikuti secara sukarela. Secara tradisional, keputusan-keputusan ADR harus bergantung pada mekanisme penegakan hukum negara, yang berarti bahwa keputusan-keputusan tersebut berada di bawah kendali proses hukum sebelum ditegakkan. Interaksi aneh antara pihak swasta dan publik ini terjadi dalam penegakan hukum, dalam mengakses penegakan hukum. Namun, khususnya pada tahap inilah penegakan hukum oleh pihak swasta muncul dan mengubah keadaan.

Privatisasi penegakan hukum membuat kekerasan yang melekat pada hukum terlihat jelas, mengungkap paradoks hukum yang mendasarinya, menjadikannya titik pandang yang baik untuk mengkaji kualitas teknologi yang mengganggu. Privatisasi pemaksaan berhubungan dengan pembenaran, karena mekanisme penegakan hukum swasta mengabaikan monopoli negara atas kekerasan, yang menjadi dasar sistem peradilan nasional serta konsep utama bagi pemahaman hukum modern. Mekanisme penegakan hukum internal swasta tidak didasarkan pada Konvensi internasional atau undang-undang nasional, melainkan mengarahkan yurisdiksinya berdasarkan perjanjian pengguna dan model konsensus lainnya. Kalau begitu, mengapa kita mengkaji penegakan hukum oleh pihak swasta sebagai persoalan prosedural dan teoritis dan bukan sekadar persoalan syarat-syarat kontrak yang dapat diterima? Ada dua alasan untuk ini. Pertama, penegakan hukum yang diprivatisasi tetap merupakan penggunaan kekerasan, meskipun kita menyebutnya dengan nama lain, dan penggunaan kekerasan harus dibenarkan. Kedua, karena tidak adanya mekanisme penegakan hukum publik yang efisien, maka tidak ada pilihan lain selain menggunakan mekanisme swasta yang ditawarkan, sehingga menimbulkan pertanyaan seberapa konsensual mekanisme tersebut sebenarnya. Hal ini tidak berarti bahwa ada pertanyaan tentang hukum kontrak yang ada di dalamnya. ODR, namun otonomi swasta juga merupakan bagian dari ODR, seperti yang akan dibahas pada bab-bab berikutnya.

Daripada mengklaim bahwa penegakan hukum oleh pihak swasta adalah salah satunya, lebih masuk akal untuk menyatakan bahwa kedua perspektif tersebut dapat digunakan, namun keduanya menghasilkan jenis informasi yang berbeda. Argumen mengenai pentingnya norma material, *pacta sunt servanda*, atau kebebasan berkontrak, tidak dapat dibantah namun mengungkapkan sisi lain dari realitas e-commerce. Dari sudut pandang ini, perlindungan terhadap pihak yang lemah dijamin oleh norma-norma material peraturan perundang-undangan nasional mengenai penjualan barang. Dari sudut pandang hukum acara,

perlindungan terhadap pihak yang lebih lemah memerlukan pengamanan prosedural, yang tidak dapat secara memadai diatur dalam norma-norma material berdasarkan syarat-syarat kontrak yang sah. Apabila suatu kontrak baku memuat norma-norma tentang cara penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan kegiatan yang timbul dari kontrak tersebut, maka terdapat unsur prosedural. Selain unsur prosedural, terdapat juga persyaratan untuk akses terhadap keadilan. Jika ada mekanisme penegakan hukum swasta, maka akan ada penggunaan kekuatan, yang secara tradisional merupakan milik negara. Jika negara-bangsa diabaikan, kita perlu bertanya siapa yang menyediakan akses terhadap keadilan.

Perspektif kontrak mungkin menyatakan bahwa tanggung jawab perusahaan merupakan alat yang memadai untuk memberikan perlindungan prosedural. Akses terhadap keadilan dapat dijamin melalui dampak horizontal hak asasi manusia, yang mengharuskan perusahaan mengambil peran dalam melindungi realisasi hak asasi manusia secara efektif bersama negara dan individu. Pengacara kontrak memiliki poin menarik di sini, namun tidak meyakinkan bagi peneliti prosedural.

Argumennya berasal dari argumen liberalis yang menyatakan bahwa tindakan individu dalam melindungi kepentingannya sendiri akan menguntungkan komunitas yang lebih luas. Klaim tersebut mengandaikan bahwa pasar yang beroperasi secara bebas memberikan manfaat bagi masyarakat secara keseluruhan dan, mengikuti alur pemikiran ini, standar industri ODR akan menjaga akses terhadap keadilan tanpa memerlukan intervensi negara di luar norma-norma material. Argumen ini menggunakan metafora tangan tak kasat mata (*invisible hand*), namun hal ini tidak cukup sebagai perlindungan dari sudut pandang prosedural. Karena penegakan hukum oleh swasta merupakan persoalan infrastruktur teknologi namun juga memiliki fungsi hukum prosedural, maka norma-norma material tidak dapat menjawab perluasan kendali negara di luar lingkup teritorialnya hingga ke Internet.

Mekanisme Penegakan Hukum Swasta Dan Alternatifnya

Setelah menetapkan bahwa penegakan hukum oleh pihak swasta melampaui ketentuan kontrak meskipun berdasarkan yurisdiksi berdasarkan persetujuan dan otonomi swasta, maka diperlukan tinjauan mengenai mekanisme penegakan hukum oleh pihak swasta yang ada. Namun mekanisme-mekanisme swasta ini harus dievaluasi berdasarkan kerangka kerja yang sudah ada dalam memberikan akses terhadap penegakan hukum publik atas keputusan-keputusan swasta.

Meskipun tidak jelas apakah Konvensi New York 1958 tentang Pengakuan dan Penegakan Putusan Arbitrase Asing akan berlaku pada keputusan ODR, mekanisme tersebut menunjukkan bagaimana antarmuka antara penyelesaian sengketa swasta dan penegakan hukum publik diatur oleh Konvensi multilateral tanpa mengabaikan kendali negara. Konvensi ini ditujukan untuk arbitrase komersial internasional, di mana kasus-kasus seringkali bernilai tinggi, sehingga mempengaruhi organisasi prosedural pengakuan. Biaya pengadilan untuk mengakui suatu putusan dalam prosedur *exequatur* di negara tempat pelaksanaannya bukan merupakan ambang batas yang signifikan untuk putusan bernilai jutaan dolar, namun mungkin merupakan ambang batas yang tidak dapat diatasi untuk kasus-kasus berintensitas

rendah, sehingga membuat mekanisme penghubung yang sudah ada ini tidak cocok untuk sebagian besar kasus-kasus tersebut.

Prosedur penagihan balik telah diusulkan sebagai fungsi penegakan hukum lainnya, terutama untuk transaksi B2C di AS. Tagihan Balik berarti bahwa perusahaan kartu kredit memikul tanggung jawab untuk mengalokasikan uang setelah keputusan diambil dalam prosedur ODR. Perusahaan kartu kredit secara paksa membatalkan pembayaran yang telah dilakukan dan mengembalikan uang tersebut kepada pembeli jika keputusan ODR menganggap bahwa penjual tidak melaksanakan tanggung jawab kontraknya. Sistem ini didanai melalui biaya penagihan kembali yang dilakukan oleh bisnis yang melakukan penjualan. Barang harus membayar untuk menerima pembayaran yang dilakukan melalui metode pembayaran. Besarnya biaya ini bergantung pada rekam jejak bisnis dan jumlahnya akan bertambah jika penjual berulang kali melakukan tagihan balik atas transaksinya.

Tagihan balik adalah solusi yang menarik untuk perselisihan yang timbul dari perdagangan elektronik, terutama untuk perselisihan penjualan barang lintas negara yang umumnya bernilai kecil. Seperti yang dinyatakan oleh Ichiro Kobayashi, perselisihan seperti ini sulit diprediksi dan ditegakkan, sehingga menghasilkan model bisnis yang unik dibandingkan dengan penjualan barang secara tradisional. Oleh karena itu, 'rekayasa biaya' merupakan inti dari model bisnis e-commerce. Menurut Kobayashi, dalam hubungan B2C, targetnya adalah menurunkan biaya ex post penegakan hukum. Berdasarkan hal ini, jelas bahwa model chargeback sesuai dengan logika pasar, dengan rasionalitas e-commerce, karena model tersebut mensubsidi biaya dalam situasi perselisihan. Namun, masih belum jelas apakah cakupan tagihan balik dapat diperluas melebihi penggunaannya saat ini.

Selain penagihan balik, berbagai jenis sistem reputasi telah disarankan untuk memenuhi kebutuhan kepatuhan terhadap aturan pasar dan kebutuhan untuk meningkatkan kepercayaan pelanggan terhadap pasar. Sistem umpan balik adalah salah satu pilihannya, dan sistem ini disertakan dalam sebagian besar platform pasar e-niaga. Setelah transaksi selesai, kedua belah pihak, penjual dan pembeli, memiliki kemungkinan untuk meninggalkan umpan balik positif atau negatif. Idennya adalah bahwa penjual dengan peringkat pengguna terbaik akan melakukan lebih banyak transaksi di masa depan dan penjual dengan ulasan buruk terpaksa memperbaiki perilaku mereka atau menghentikan aktivitas mereka. Ada beberapa kesulitan dalam sistem umpan balik, namun efektivitasnya mungkin dipertanyakan karena umpan balik negatif tidak serta merta menggambarkan permasalahan sebenarnya dalam transaksi tersebut. Dinyatakan bahwa umpan balik negatif dapat dibiarkan begitu saja atau umpan balik positif dapat dimanipulasi. Namun, permasalahan utama dalam sistem umpan balik adalah bahwa sistem umpan balik tersebut tidak memberikan ganti rugi untuk kasus-kasus individual namun mencoba mempengaruhi perilaku pasar di masa depan.

Bentuk lain dari sistem reputasi mencoba memberikan tanda kepercayaan bagi pasar-pasar yang memiliki sistem ODR yang berfungsi dan mengikuti kriteria akses terhadap keadilan tertentu. Ponte menyarankan agar tanda kepercayaan ini diberikan oleh otoritas transnasional, yang akan dibentuk melalui kerja sama lembaga-lembaga pemerintah. Tanda kepercayaan tersebut akan mencakup fungsi penegakan hukum serta kriteria minimum untuk

proses hukum. Tanda kepercayaan akan diberikan kepada bisnis yang mengikuti aturan Konvensi internasional tersebut. Ketidakpatuhan terhadap keputusan ODR akan menyebabkan hilangnya tanda kepercayaan untuk sementara atau permanen. Namun, ada beberapa kesulitan dalam menciptakan sistem tanda kepercayaan. Jika tujuannya adalah untuk menciptakan sistem transnasional serupa dengan Konvensi New York, diperlukan tindakan pemerintah. Hingga saat ini, keberhasilan dalam melibatkan berbagai negara dalam mengembangkan standar ODR masih rendah. Selain itu, ada masalah terkait tata kelola Internet. Ponte menyarankan bahwa pedagang yang tidak patuh akan dilarang melakukan e-commerce sama sekali sebuah tugas yang bukan merupakan pilihan nyata ketika mempertimbangkan infrastruktur Internet yang tidak harmonis. Terlepas dari itu, tanda kepercayaan (trust mark) mempunyai masalah yang serupa dengan sistem umpan balik: tanda tersebut mengatur perilaku di masa depan, namun di luar Konvensi dalam hal penegakan hukum, tanda tersebut tidak banyak membantu dalam kasus tertentu.

Namun, teknologi juga memungkinkan cara yang lebih menyeluruh untuk memaksakan kepatuhan dibandingkan sistem reputasi, yaitu penegakan hukum mandiri secara langsung. Mekanisme penegakan eBay dimungkinkan karena aksesnya yang mudah ke mekanisme pembayaran, namun aplikasi lain juga ada, seperti supremasi ICANN atas sistem nama domain dan blockchain yang dapat dijalankan sendiri.

Misalnya, prosedur penyelesaian sengketa ICANN muncul dari kebutuhan untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari infrastruktur global baru sistem nama domain. ICANN bertanggung jawab atas distribusi dan pemeliharaan global sistem nama domain. ICANN telah membentuk Kebijakan Penyelesaian Sengketa yang Seragam (UDRP) bekerja sama dengan Organisasi Kekayaan Intelektual Dunia (WIPO) untuk menyelesaikan sengketa nama domain. Perselisihan seperti itu dapat muncul ketika pengaduan diajukan bahwa seseorang dengan itikad buruk telah mendaftarkan nama domain yang mirip dengan merek dagang milik pengadu (juga dikenal di AS sebagai cybersquatting). UDRP mengatur proses administratif wajib dalam sengketa nama domain. ICANN juga menjunjung tinggi daftar penyedia resolusi UDRP yang disetujui. Pada saat penulisan artikel ini, lembaga-lembaga tersebut adalah Asian Domain Name Centre, National Arbitration Forum, WIPO, Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes, dan Arab Centre for Domain Name Dispute Resolusi. Panitia tidak ikut campur dalam pekerjaan panel administratif dan proses penyelesaian UDRP tidak menghalangi para pihak untuk mengakses pengadilan yurisdiksi. Namun, jika keputusan panel diberikan dan tidak ada dokumentasi tentang permulaan proses pengadilan yang ditampilkan dalam waktu 10 hari, ICANN akan menerapkan keputusan tersebut ke sistem nama domain.

ICANN memberlakukan putusan arbitrase yang diberikan dalam sengketa nama domain melalui otoritasnya atas sistem nama domain, sedangkan aplikasi mata uang kripto blockchain menimbulkan kontrak pintar yang dapat diprogram dan dapat diprogram, di mana kontrak tersebut menjalankan kewajiban kontrak, misalnya. mengalokasikan uang, setelah persyaratan kontrak dipenuhi. Semua model penegakan hukum swasta ini mempunyai

konsekuensi yang luas terhadap sistem hukum, karena model-model tersebut memberikan cara-cara pemaksaan baru yang tidak bergantung pada monopoli negara atas kekerasan.

Kesulitan dengan tagihan balik, tanda kepercayaan, dan sistem umpan balik adalah bahwa sistem tersebut tidak sesuai dengan hukum. Sebaliknya mereka mengikuti rasionalitas pasar. Dari segi teori sistem, operasi tersebut dikenali melalui pengkodean sistem ekonomi yaitu bayar/tidak bayar, namun tidak sesuai dengan pengkodean sistem hukum. Tagihan balik merupakan pembalikan transaksi sebelumnya dan memberikan ganti rugi atas perselisihan individu. Namun, tagihan balik jarang mencakup pertanyaan tentang kerusakan. Selain itu, tanda kepercayaan dan umpan balik merupakan komunikasi sistem ekonomi. Kekuatan mereka yang menentukan dalam bidang hukum tidak meyakinkan peneliti prosedural, meskipun terdapat manfaat dalam tindakan tambahan. Kurangnya kredibilitas ini dapat dijelaskan dengan pengkodean. Peserta dalam sistem hukum tidak mengakui mekanisme ganti rugi yang menggunakan pengkodean sistem ekonomi.

Meskipun tagihan balik, tanda kepercayaan, dan sistem umpan balik berkomunikasi tentang hukum, tentang alternatif penegakan hukum, sistem hukum tidak mengakui hal-hal tersebut sebagai hal yang sah, sebagai milik mereka sendiri. Paradoks hukum, paksaan yang disembunyikannya, tidak ada dalam alternatif-alternatif ini. Mereka berkomunikasi tentang hukum tetapi mereka tidak menghasilkan hukum. Transaksi-transaksi tersebut mungkin masuk ke dalam sistem hukum sebagai fakta (fakta bahwa pembayaran dibatalkan melalui penagihan balik mempunyai arti bagi prosedur hukum selanjutnya) namun transaksi-transaksi tersebut bukan merupakan operasi independen dalam sistem. Sistem umpan balik atau tanda kepercayaan multilateral dapat memfasilitasi perdagangan dan meningkatkan kepercayaan dan bahkan menciptakan praktik bisnis yang lebih baik, namun pada akhirnya hal-hal tersebut tidak setara dengan penerapan paksaan hukum. Mereka mengikuti rasionalitas yang berbeda dari kekerasan hukum yang melekat. Penagihan balik adalah yang paling mendekati, karena pembalikan pembayaran memang mengembalikan uang kepada pembeli. Namun tergantung pada isi tagihan baliknya, sistem ini bisa menimbulkan masalah serupa dengan penegakan hukum swasta, yaitu masalah pembuatan keputusan normatif dan penagakannya tanpa kendali *ex post* terhadap proses hukum, atau masalah tersebut direduksi menjadi mekanisme pembayaran dengan biaya tambahan untuk jenis perilaku tertentu.

Berbeda dengan alternatif lainnya, opsi untuk menegakkan keputusan ODR sebagai putusan arbitrase dan mekanisme penegakan hukum swasta merupakan hal yang menarik bagi sistem hukum. Kedua model ini menggunakan kode etik yang lazim digunakan oleh sistem hukum untuk mengakui hal-hal tersebut sebagai bagian dari lingkungannya. Meskipun kedua opsi tersebut merupakan fenomena yang relatif baru, sebagian besar tidak diatur, sistem hukum mengakui unsur yang membuat operasi ini berkomunikasi tentang hukum. Kedua model ini merupakan komunikasi tentang hukum namun juga menghasilkan komunikasi yang menarik secara hukum. Prinsip-prinsip tersebut bertujuan untuk menjunjung tinggi ekspektasi, terlepas dari apa yang diputuskan oleh sistem hukum terhadap ekspektasi tersebut. Dengan kata lain, hal ini merupakan fenomena hukum dan tidak menjadi masalah apakah kita sampai pada kesimpulan bahwa ODR adalah arbitrase atau bukan, atau apakah penegakan hukum

swasta diperbolehkan atau tidak. Bahkan jika program-program dalam sistem hukum memutuskan bahwa sisi 'ilegal' akan diterapkan pada program-program tersebut, yaitu komunikasi yang relevan tentang hukum. Mereka adalah orang-orang yang menjengkelkan, impulsif, pemberontak yang menuntut tindakan dari sistem hukum. Dalam bahasa Luhmann, hal-hal yang mengganggu tersebut sangat penting bagi perkembangan sistem hukum di masa depan, karena hal-hal tersebut membawa unsur-unsur baru bagi autopoiesis. Sistem hukum menghadapi dua pilihan. Entah virus tersebut mampu mengatasi iritasi dan meningkatkan sistem kekebalan tubuh dengan memenuhi tuntutan tersebut, atau penyakit tersebut akan punah.

Ekskursi 1: Kasus Perjanjian Pengguna Ebay

Mekanisme penegakan hukum swasta didasarkan yurisdiksinya pada persetujuan para pihak, yang sering kali diberikan melalui penerimaan perjanjian pengguna. Penerimaan persyaratan kontrak standar adalah syarat untuk menggunakan layanan ini. Dalam kasus eBay, baik penjual maupun pembeli diharuskan menerima perjanjian pengguna dan mematuhi aturan penegakan hukum swasta sebelum memulai perdagangan di pasar. Menariknya, Pusat Penyelesaian eBay, yang memberikan keputusan mengenai perselisihan yang timbul di pasar, diubah namanya menjadi Jaminan Uang Kembali sekitar tahun 2014. Meskipun ada perubahan dalam perjanjian pengguna, Pusat Penyelesaian eBay masih ada dan mengambil keputusan mengenai Jaminan Uang Kembali, meskipun Pusat Resolusi tidak lagi disebutkan dalam ketentuan kontrak. Oleh karena itu, Jaminan Uang Kembali sesuai dengan mekanisme penegakan internal Pusat Resolusi.

Perlu dicatat bahwa eBay bukan sekadar pasar dengan Pusat Resolusi/Jaminan Uang Kembali tambahan untuk perlindungan pembeli. Selain menyediakan platform e-niaga bagi penjual dan pembeli, eBay memiliki akses ke perusahaan pembayaran Internet terbesar di dunia, PayPal, yang telah menjadi anak perusahaan eBay sejak tahun 2002. Kombinasi akses terhadap metode pembayaran dan prosedur penyelesaian perselisihan internal adalah diperlukan untuk menghasilkan mekanisme penegakan hukum swasta yang efektif.

Dengan persetujuan pengguna terhadap perjanjian pengguna tanggal 1 November 2017, eBay memiliki izin pengguna untuk membuat keputusan akhir mengenai apakah pembeli akan mendapat penggantian atau tidak dalam suatu perselisihan. Persyaratan kontrak memberi eBay hak untuk meminta PayPal mengeluarkan dana dari rekening penjual atau membebaskan jumlah yang diganti kepada pembeli berdasarkan keputusan eBay dari metode pembayaran penjual. Selain itu, penjual harus menyetujui eBay menggunakan mekanisme pengumpulan lain seperti sebagai agen penagihan jika mereka tidak dapat memperoleh penggantian secara langsung. Berdasarkan permintaan eBay.com, PayPal dapat memutuskan untuk membatasi dana pengguna sesuai dengan kebijakan PayPal. Kebijakan pembatasan PayPal ini telah dikritik karena kesewenang-wenangannya dan sifatnya yang kontroversial.

Mekanisme penegakan hukum swasta ini ditujukan terhadap penjual. Hubungan kontraktual diatur dalam perjanjian pengguna, yang memberikan eBay akses ke akun PayPal penjual. Dengan demikian, ketentuan kontrak memungkinkan penegakan keputusan akhir

atas transaksi antara penjual dan pembeli yang dilakukan eBay melalui Pusat Resolusi. Keputusan akhir dibuat di Pusat Resolusi eBay melalui prosedur ODR otomatis. Artinya, kemungkinan klaim yang dapat diajukan pada fase ODR terbatas pada isu-isu umum yang berkaitan dengan e-commerce; pembeli tidak menerima barang atau menerima barang tidak sesuai deskripsi, penjual tidak menerima pembayaran atau perlu membatalkan transaksi. Selain itu, beberapa permasalahan lainnya dapat diselesaikan melalui Pusat Resolusi. Patut dicatat bahwa otomatisasi merupakan bagian integral dari mekanisme tersebut, yang juga menjelaskan banyaknya jumlah kasus yang diselesaikan setiap tahunnya.

Seperti yang sudah jelas di atas, mekanisme penegakan hukum swasta di eBay dan PayPal tidak dapat disangkal merupakan mekanisme ekonomi yang diciptakan untuk melindungi kepercayaan konsumen di pasar e-commerce. Hal ini sesuai dengan rasionalitas pasar dan kami dapat melihat ODR yang berfungsi dengan baik dengan cara yang mirip dengan iklan atau ulasan pengguna. Hal ini semakin dipertegas dengan penggunaan kata-kata biasa dalam prosedur ODR, yang meremehkan unsur paksaan yang terdapat dalam mekanisme tersebut. Namun, ini bukan satu-satunya fungsi Pusat Resolusi dan Jaminan Uang Kembali.

Karena memungkinkan penggunaan kekerasan, Jaminan Uang Kembali sesuai dengan logika sistem hukum. Jika keputusan akhir terhadap penjual diberikan oleh Pusat Resolusi, maka eBay dapat meminta transfer uang dari rekening PayPal penjual. Di sini, eBay memberikan keputusan akhir dan juga memotong uang secara *de facto*, berdasarkan ketentuan dalam perjanjian pengguna. Alih-alih menggarisbawahi hal ini sebagai penegakan hukum, yang akan berbahaya dari sudut pandang pemisahan kekuasaan, hal ini diutarakan ulang sebagai 'alokasi tanggung jawab', sebuah masalah kontrak antara penjual dan eBay, yang harus mengganti biaya pembeli melalui Jaminan Uang Kembali. Namun klaim ini tidak dapat dipercaya karena fungsi hukum acara mau tidak mau dimasukkan dalam keputusan pembagian tanggung jawab. Jika kita menganggap ODR dan penegakan hukum swasta hanya sebagai masalah hukum kontrak, kita menghadapi bahaya menjadikannya wilayah abu-abu, wilayah hukum tak bertuan, di mana satu-satunya pilihan untuk mendapatkan ganti rugi adalah dengan meninjau materi perundang-undangan ODR tempat domisili penyedia. Karena biaya ganti rugi yang diberikan kepada pengadilan negara akan sangat mahal, maka argumen tersebut tidak dapat diharapkan. Ganti rugi berdasarkan peraturan perundang-undangan yang bersifat material akan mudah menjadi khayalan jika tidak ada mekanisme ganti rugi secara *de facto*.

Contoh mekanisme penegakan hukum langsung yang dilakukan eBay tampaknya menantang cara kita dalam mengkonseptualisasikan penegakan hukum hanya dalam kaitannya dengan hukum negara-bangsa, dan monopoli negara-bangsa terhadap kekerasan. Oleh karena itu, ketegangan antara sektor swasta dan pemerintah menjadi semakin penting, dan kebutuhan untuk menemukan pembenaran bagi pemaksaan yang dilakukan oleh sektor privatisasi menjadi semakin penting.

3.3 BEREAKSI MELALUI PEMBENARAN

Lalu, bagaimana sistem hukum membenarkan penggunaan paksaan, yang menjadi dasar kewenangannya? Bagaimana otoritas ini berubah akibat perubahan praktik sosial? Gélinas dkk. membahas peran ritual dan arsitektur peradilan dalam melegitimasi penyelesaian sengketa. Melalui analisis yang berorientasi sejarah, mereka menggambarkan bagaimana simbol-simbol keadilan yang terlihat, yaitu gedung pengadilan, telah bertransformasi dari pertemuan awal di luar ruangan menjadi katedral sekuler dan simbol-simbol kekuasaan. Otoritas keadilan tercermin melalui simbol-simbol lahiriah berikut:

Seiring berjalannya waktu, masyarakat telah menciptakan dan menciptakan kembali praktik-praktik sosial, termasuk ritual yang didasarkan pada pemahaman bahwa kekuatan ritual berasal dari Negara, masyarakat, leluhur, Tuhan, atau sumber eksternal lainnya. Misalnya, kewenangan negara dan konstitusilah yang membuat masyarakat bangkit saat hakim memasuki ruang sidang. Orang-orang melakukan hal tersebut bukan karena mereka menginginkannya atau karena mereka sangat menghormati seorang hakim, melainkan karena mereka mengakui kewenangan yang diberikan kepada sosok hakim tersebut. Oleh karena itu, ritual peradilan dapat berubah karena kekuatan normatifnya dipandang sebagai fungsi pertimbangan budaya eksternal, dan bukan berdasarkan faktor internal atau melekat dalam bentuk ritual tertentu itu sendiri.

Ketika tuntutan akan efisiensi proses peradilan semakin meningkat, Gélinas dkk. menarik perhatian pada kemungkinan dampak legitimasi. Mereka berpendapat bahwa efisiensi dapat mengurangi peran ritual peradilan dan arsitektur peradilan, yang secara tradisional berkontribusi terhadap kepercayaan masyarakat terhadap peradilan sipil. Namun, landasan legitimasi tidaklah mudah. Berbeda dengan penyelesaian sengketa publik, proses arbitrase biasanya kurang menekankan pada ritual dan lebih fokus pada partisipasi aktif para pihak. Dengan demikian, partisipasi aktif, perasaan didengarkan, yang mana studi penting yang dilakukan oleh Lind dan Tyler telah terbukti penting dalam keadilan keadilan dalam upaya hukum, mengkompensasi kurangnya ritual dan memulihkan legitimasi. Berdasarkan contoh arbitrase, Gélinas dkk. menyarankan bahwa legitimasi lembaga peradilan dapat didasarkan pada landasan yang sebagian bertolak belakang, yaitu ritual dan partisipasi para pihak.

Seperti yang digambarkan dalam contoh ini, perubahan dalam praktik sosial berdampak pada membenaran hukum, dan hukum tidak bisa bersikap acuh tak acuh terhadap perpecahan masyarakat. Pada titik ini, kita dapat menggambarkan gambaran mengenai tantangan yang ditimbulkan oleh penegakan hukum oleh pihak swasta yang didorong oleh teknologi dan bagaimana kemunculannya meningkatkan ketegangan antara pihak swasta dan pemerintah. Ketika penegakan hukum oleh swasta menantang batas-batas hukum yang terikat pada negara, kebutuhan untuk membenarkan penggunaan paksaan oleh pihak swasta dan ketidakmampuan untuk melakukan hal tersebut akan mengarah pada krisis membenaran.

Dari perspektif Luhmannian yang diadopsi dalam penelitian ini, pengenalan sistem teknologi sosial yang baru, yang mengacu pada penggunaan TIK sebagai operasi komunikatif (bukan teknologi sebagai kombinasi artefak fisik dan elemen sosial), merupakan titik krisis. .

Sistem sosial baru ini terletak di masyarakat, di lingkungan sistem sosial lain yang sudah mapan dan terdiferensiasi secara fungsional, seperti sistem hukum, politik, dan ekonomi. Sistem sosial teknologi berdampak pada subsistem lainnya. Program muncul dari sistem baru dan berfungsi sebagai pengganggu sistem lain. Sistem politik berbicara tentang pengawasan dan teknologi dalam kaitannya dengan kekuasaan, seperti yang terlihat dari diskusi NSA pada tahun 2015. Sistem ekonomi membahas kemungkinan-kemungkinan untuk menghasilkan uang dari inovasi teknologi. Bahkan pertanyaan tentang menemukan gairah melalui kencan online adalah sebuah contoh bagaimana sistem yang ada sistem sosial, dalam hal ini sistem cinta, berkomunikasi dengan hal-hal yang mengganggu dari sistem sosial penggunaan TIK.

Munculnya sistem sosial teknologi telah menyebabkan perpecahan, yang mempengaruhi sebagian besar, jika tidak semua, subsistem masyarakat. Inovasi teknologi menyebabkan refleksi dalam masyarakat, kebutuhan untuk beradaptasi. Jika suatu sistem sosial tidak mampu bereaksi dan mengimunisasi dirinya terhadap gangguan baru, maka ia menghadapi bahaya autopoiesis yang stagnan dan hilangnya perbedaan sistem/lingkungan yang mendasari keberadaannya. Dengan kata lain, sistem sosial yang terkena dampak penggunaan TIK perlu beradaptasi untuk mempertahankan identitas mereka.

Untuk mengatasi tantangan ini, subsistem perlu memasukkan tema, program dan operasi yang mengatasi gangguan tersebut. Namun adaptasi membutuhkan waktu. Sistem yang berbeda mempunyai cara yang berbeda untuk melibatkan sistem kekebalannya, yang dapat mengakibatkan perbedaan waktu reaksi. Sistem hukum, yang dicirikan oleh lambatnya perubahan untuk mempertahankan tujuannya dalam menjaga ekspektasi, tidak beradaptasi dengan cepat. Namun, sistem perekonomian mungkin lebih rentan untuk meningkatkan efisiensi secara keseluruhan dengan bereaksi secara cepat terhadap kemungkinan-kemungkinan baru. Namun, sistem yang terkena dampak bertujuan untuk menjawab perpecahan masyarakat. Jika dibiarkan sendiri, perpecahan yang disebabkan oleh teknologi akan menimbulkan risiko besar terhadap kohesi masyarakat secara keseluruhan, yang kemudian mengancam masyarakat sosial. Sistem yang terkena dampak tidak mempunyai pilihan, namun mereka harus mempertahankan diri. Dengan kata lain, mereka perlu diimunisasi, diubah dan diadaptasi untuk melestarikan identitas mereka yang berbeda, untuk menjunjung perbedaan sistem/lingkungan mereka.

Oleh karena itu, sistem hukum juga menerima dampak buruk dan perlu merespons gangguan dari sistem sosial teknologi. Seiring dengan berubahnya cara kerja hukum, komunikasi mengenai penerapan kode etik, hal ini juga tercermin dalam ilmu hukum. Ilmu hukum ikut serta baik dalam sistem hukum maupun sistem ilmu pengetahuan secara bersamaan, namun terjadi perubahan pada objek kajiannya, misal: komunikasi tentang kode, diterjemahkan ke dalam permintaan untuk menemukan jawaban pada tingkat teori. Iritasi tersebut masuk ke dalam sistem hukum dengan cara yang berbeda-beda, namun dalam hukum acara hal ini menyebabkan munculnya ODR dan penegakan hukum swasta. Dalam penelitian hukum acara, kesenjangan teknologi ini telah membawa kita pada persoalan pembenaran penyelesaian sengketa.

Pembenaran adalah reaksi logis terhadap gangguan baru. Hukum, seperti halnya sistem sosial lainnya, harus menyediakan narasi tentang keberadaannya untuk memvalidasi cara kerjanya, untuk menemukan akar rasionalitasnya. Dalam sistem hukum, cerita ini berkaitan dengan persoalan keadilan, transendensi hukum, dan persoalan legitimasi dan pembenaran. Pembenaran tersebut berupa asal usul mitos dan kebutuhan akan validasi diambil dalam sistem hukum. Dengan mendambakan pembenaran, sistem hukum bereaksi terhadap hal yang mengganggu dan mencoba mengakomodasi pengaruh-pengaruh baru tersebut sesuai dengan rasionalitasnya. Tentu saja, sistem hukum (seperti sistem lainnya) harus bereaksi terhadap krisis teknologi dengan cara yang sesuai dengan rasionalitas internalnya. Inilah titik penghubung di mana justifikasi muncul sebagai metode sistem hukum dalam bereaksi terhadap perubahan. Dalam konteks inilah pencarian hukum untuk mendapatkan pembenaran dimulai. Inilah krisis dan tantangan yang perlu dihadapi dan dijawab oleh sistem hukum.

Kesimpulan

Bab ini menyimpulkan bagian pertama dari penelitian ini, yang berfokus pada teori-teori mengenai hukum, teknologi dan perubahan sosial yang semuanya berinteraksi dalam teknologi penyelesaian sengketa. Laporan ini menyajikan gambaran umum mengenai perkembangan yang mendorong penegakan hukum oleh pihak swasta yang didorong oleh teknologi dan mengarah pada krisis pembenaran, yang akan dibahas secara lebih rinci di bagian kedua buku ini. Bagian pertama bab ini berfokus pada contoh-contoh teknologi penyelesaian sengketa, sedangkan bagian kedua membahas implikasi teoretis dari meningkatnya privatisasi atas paksaan yang dimungkinkan oleh penggunaan teknologi penyelesaian sengketa. Pada bagian pertama, contoh penerapan yang berbeda-beda menggambarkan keragaman teknologi penyelesaian sengketa, sedangkan kategorisasi kronologis perkembangannya selama beberapa dekade terakhir memberikan wawasan tentang bagaimana peran teknologi berubah menuju peningkatan otonomi. Pada bagian kedua, pembahasan mengenai teknologi penyelesaian sengketa dipadukan dengan teori-teori mengenai munculnya rezim swasta yang mengacaukan konsepsi modern tentang hukum sebagai sebuah sistem hukum terhubung dengan negara-bangsa. Ketegangan antara sektor publik dan swasta, serta ketidakmampuan hukum untuk melepaskan diri dari negara, menjadi terlihat terutama dalam penegakan hukum oleh pihak swasta, karena pembenaran penggunaan paksaan menunjukkan dasar dari otoritas hukum. Dengan demikian, upaya untuk membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta memberikan sudut pandang yang menguntungkan untuk menilai perubahan sosial yang disebabkan oleh penggunaan TIK.

BAB 4

MENUJU PEMBENARAN

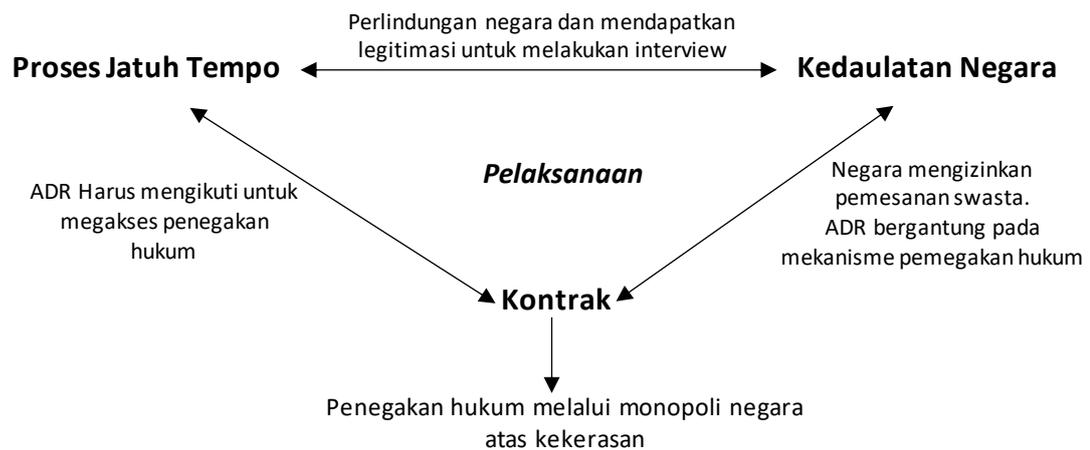
4.1 TITIK PUNCAK KONSENSUS

Model ideal tradisional dan perselisihan lintas batas

Secara tradisional, pengadilan merupakan satu-satunya jalur akses resmi menuju monopoli negara atas kekerasan dan melalui pengadilan merupakan metode utama untuk mengakses penegakan hukum. Yang mengejutkan, keadaan ini tidak berubah secara signifikan setelah diperkenalkannya ADR pada tahun 1980an. Sebaliknya, metode ADR telah dimasukkan ke dalam model tradisional yang memahami negara sebagai penjaga gerbang penegakan hukum, sehingga menciptakan sistem kerja sama yang rumit antara mekanisme penyelesaian sengketa swasta dan publik. Munculnya negara-bangsa setelah Perang Tiga Puluh Tahun juga merupakan tonggak sejarah penyelesaian sengketa di pengadilan nasional. Perdamaian Westphalia pada tahun 1648 memperkenalkan penghormatan terhadap batas-batas negara dan prinsip non-intervensi dalam urusan dalam negeri. Namun, dari perspektif penyelesaian sengketa, ketentuan yang paling signifikan adalah yurisdiksi teritorial. Yurisdiksi teritorial merumuskan dasar hukum acara internasional hingga saat ini dan mengedepankan agenda negara dalam penyelesaian sengketa. Monopoli atas kekerasan adalah penanda yurisdiksi negara yang paling nyata.

Kemudian, pada tahun 1980an, muncullah gerakan ADR dan pembenaran penyelesaian sengketa harus ditinjau kembali. Alih-alih yurisdiksi teritorial, ADR mendasarkan pendiriannya pada kesepakatan para pihak, dengan kata lain, prinsip kebebasan kontrak. Perbedaan-perbedaan tersebut didamaikan dengan menerima hidup berdampingan antara litigasi dan ADR. Rekonsiliasi ini mempertahankan peran utama negara, setidaknya secara teori. Koeksistensi ini berarti bahwa, dari sudut pandang negara, ADR ditoleransi sebagai pendelegasian kekuasaan, dan perannya bersifat tambahan untuk membantu mengatasi beban kasus yang dihadapi oleh pengadilan umum. Namun, elemen kunci dari yurisdiksi teritorial tetap menjadi domain pengadilan. Keputusan-keputusan pengadilan negeri mempunyai akses langsung untuk ditegakkan, namun keputusan-keputusan ADR tidak diberikan akses yang mudah. Sebaliknya mereka tunduk pada pemeriksaan oleh pengadilan umum sebelum mengakses penegakan hukum. Karena tidak ada mekanisme penegakan hukum lainnya, prosedur ADR masih perlu menggunakan mekanisme penegakan hukum negara, yang menempatkan negara di bawah kendali negara sebelum memberikan akses kepada negara untuk memonopoli kekerasan.

Perubahan peran negara pasca rekonsiliasi dapat digambarkan sebagai berikut (Gambar 4.1):



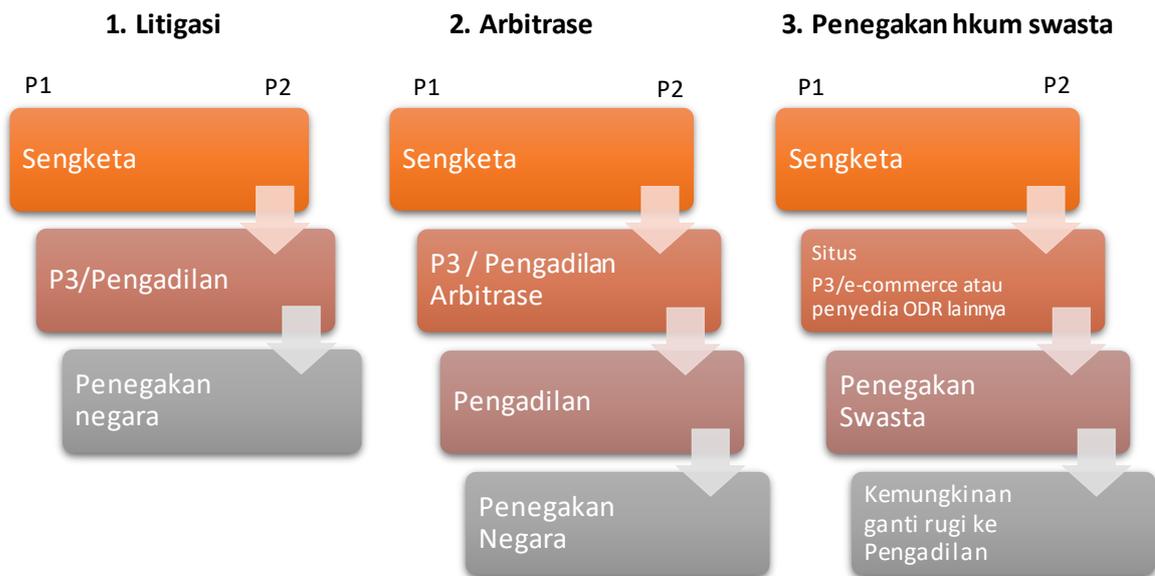
Gambar 4.1 Model Ideal Tradisional

Struktur argumen dalam interaksi ini menarik. Negara berdaulat menerima kontrak ADR oleh pihak ketiga yang netral jika dan ketika kontrol negara diaktifkan sebelum keputusan tersebut memanfaatkan monopoli negara atas kekerasan. Untuk memungkinkan penegakan hukum pada tahap selanjutnya, permohonan ADR harus mengikuti persyaratan proses tertentu. Selain agenda politik suatu negara untuk memperluas kekuasaannya, kendali negara terhadap proses hukum dipertahankan dengan mengacu pada tanggung jawab negara terhadap warganya. Melalui manuver ini, negara-bangsa modern telah mampu menghindari potensi krisis yang mungkin diakibatkan oleh munculnya gerakan ADR. Dengan menyoroti hubungan antara negara-bangsa dan perlindungan individu di satu sisi dan kemungkinan hidup berdampingan antara litigasi dan ADR di sisi lain, potensi evaluasi ulang dapat dihindari. Dengan kata lain, kemunculan ADR pada tahun 1980an merupakan sebuah gangguan terhadap sistem hukum, namun penerapan hukum membuat sistem tersebut kebal dan memasukkan fenomena tersebut ke dalam komunikasinya.

Meskipun demikian, model tradisional menggambarkan bagaimana pembenaran dapat diteorikan dalam doktrin hukum acara yang ada saat ini. Pertanyaannya adalah apakah penyelesaian sengketa dapat menerapkan argumen pembenaran serupa terhadap penegakan hukum di sektor swasta. Dalam penegakan hukum swasta, interaksi antara kedaulatan negara dan penyedia layanan penyelesaian sengketa swasta berubah.

Perubahan ini terjadi pada kendali negara yang menjadi sasaran pengambilan keputusan ADR sebelum akses terhadap penegakan hukum diberikan. Penegakan hukum swasta menghilangkan fase pencarian pengakuan di pengadilan umum. Hal ini berarti bahwa keputusan yang diambil melalui prosedur penyelesaian sengketa privat mempunyai akses langsung terhadap penegakan hukum seperti halnya keputusan pengadilan negeri terhadap penegakan hukum publik.

Hal ini dapat digambarkan sebagai berikut (Gambar 4.2), dimana perselisihan antar pihak (P1 dan P2) diselesaikan oleh pihak ketiga yang netral (P3) dan kemudian dilaksanakan:



Gambar 4.2 Perubahan Dalam Penegakan Hukum

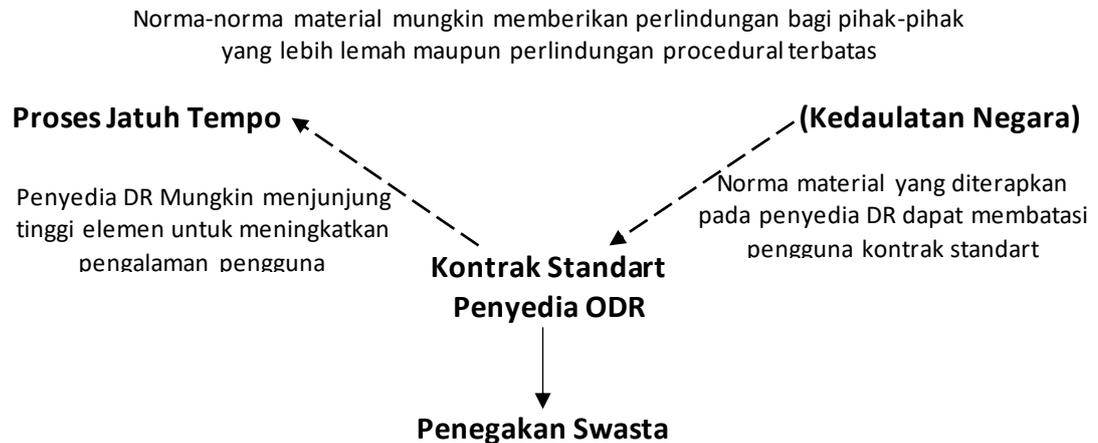
Tentu saja, beberapa perselisihan yang melalui proses penyelesaian pribadi dapat dibawa ke pengadilan umum di kemudian hari. Pilihan ini mungkin terbatas dalam beberapa situasi, misalnya ketika terdapat klausul arbitrase. Dalam kasus apa pun, kemungkinan untuk membawa perselisihan ke pengadilan umum hampir tidak ada dalam banyak kasus dengan intensitas rendah.

Ketika keputusan dilaksanakan melalui penegakan hukum swasta, tidak ada kendali negara atas proses hukum sebelum penegakan hukum. Prosedur pengakuan seperti itu tidak ada gunanya jika keputusan dapat ditegakkan secara efektif tanpa mekanisme penegakan hukum dari negara. Sebaliknya, keputusan penyelesaian sengketa online (ODR) dapat ditegakkan tanpa menggunakan monopoli negara atas kekerasan jika penyedia ODR memiliki mekanisme terintegrasi untuk memaksa kepatuhan. Pada saat yang sama, monopoli negara atas pemaksaan juga terancam ketika muncul pertanyaan apakah masih ada monopoli negara atas kekerasan.

Perlu dicatat bahwa kelemahan model ideal tradisional muncul terutama dalam konteks kasus-kasus lintas batas negara. Namun hal ini tidak berarti bahwa model tradisional tidak menimbulkan masalah di tingkat nasional karena penegakan hukum oleh swasta juga mengabaikan kendali negara dalam penegakan hukum dalam kasus-kasus domestik. Namun, gambaran ini tidak terlalu suram bagi agenda politik negara karena hal ini akan membuat kita percaya. Setidaknya pada saat ini, sebagian besar penyedia ODR yang memiliki sarana untuk menciptakan mekanisme penegakan hukum swasta berada dalam yurisdiksi teritorial suatu negara bagian. Artinya, mereka adalah badan hukum yang wajib mengikuti norma-norma materiil di tempat kedudukannya. Namun, perlindungan yang diberikan melalui norma-norma material pada tingkat umum tidak sebanding dengan perlindungan in casu yang diberikan oleh kontrol negara. Kontrol negara bersifat ex post karena negara mengevaluasi kualitas prosedur pengambilan keputusan. Dengan kata lain, pengendalian dilakukan setelah perselisihan terselesaikan. Pada saat yang sama, kontrol negara ini bersifat ex ante, yaitu sebelum

mengakses penegakan hukum. Sebagaimana dibahas dalam Bab 3, argumen mengenai kontraktualisasi penyelesaian sengketa tidak masuk akal.

Perubahan peran negara dapat dilihat pada grafik berikut (Gambar 4.3):



Gambar 4.3 Model penegakan hukum swasta lintas batas negara

Selain itu, penyedia ODR tidak perlu mengikuti standar proses hukum minimum hanya untuk mengakses penegakan hukum. Hal ini tidak berarti bahwa tidak ada motivasi lain untuk menjadikan proses ODR adil. Penggunaan suatu platform mungkin bergantung pada seberapa baik prosedur penyelesaiannya diatur. Karena adanya persaingan di pasar, mekanisme ganti rugi yang tidak berfungsi dengan baik dapat mendorong penjual dan pembeli ke platform lain. Hal ini terkait dengan sistem reputasi independen dan instrumen hukum lunak untuk tanggung jawab perusahaan. Namun, peran negara dalam penegakan hukum swasta berbeda dengan peran dalam model tradisional, terlepas dari alasan-alasan berbasis pasar dalam menerapkan proses hukum.

Grafik tersebut menggambarkan perubahan peran negara dalam kaitannya dengan penegakan hukum oleh swasta. Negara-bangsa kehilangan kemungkinan untuk memperluas pengaruhnya melalui pemaksaan yang digunakan untuk memaksa kepatuhan terhadap keputusan-keputusan pribadi. Singkatnya, model tradisional gagal diterapkan pada penegakan hukum swasta. Hal ini berarti bahwa mekanisme yang digunakan untuk merekonsiliasi kesenjangan antara yurisdiksi teritorial dan gerakan ADR tidak dapat digunakan untuk merekonsiliasi penegakan hukum oleh swasta dengan kontrol negara. Karena rasionalitas di balik penegakan hukum oleh sektor swasta tidak sejalan dengan logika yang diterapkan pada model tradisional, jelas bahwa hukum menghadapi tantangan baru. Metode yang digunakan untuk mengatasi tantangan ADR, yaitu dengan memperluas model tradisional menuju kerja sama, tidak dapat digunakan untuk meremehkan perpecahan yang diakibatkan oleh ADR dan oleh penegakan swasta. Namun, imunisasi diperlukan karena tanpa mengatasi tantangan tersebut, paradoks hukum akan mulai terkuak. Dengan kata lain, penegakan hukum oleh pihak swasta, terutama jika digabungkan dengan rendahnya ambang batas masuk yang

lazim di ODR, menantang monopoli atas kekerasan yang dilakukan oleh pengadilan negara. Ada pemaksaan yang perlu dibenarkan, dan hal ini perlu diselesaikan melalui cara lain selain penafsiran ulang model ideal tradisional. Namun, jika krisis pembenaran dapat diselesaikan dengan baik, ODR dapat menciptakan perbaikan serupa dalam sistem kekebalan hukum seperti yang dilakukan ADR.

Dengan kata lain: penyelesaian sengketa dan penggunaan TIK, terutama ketika penerapan TIK untuk penyelesaian sengketa menimbulkan penegakan hukum oleh pihak swasta, merupakan tindakan yang memberontak di bidang hukum, sedangkan pembenaran adalah moral pasukan. Jika semangat kerja tidak dapat dipertahankan melalui imunisasi, penyakit ini mungkin akan menyebar dan dalam skenario terburuk, unit tersebut tidak akan berfungsi lagi. Kecil kemungkinan hukum akan hilang jika status penegakan hukum swasta yang tidak jelas tidak diselaraskan. Meskipun demikian, tanpa imunisasi, kurangnya justifikasi dapat mempengaruhi fungsi hukum dan koherensi pelaksanaannya. Singkatnya, hukum menghadapi kesenjangan yang harus diatasi.

Kita dapat membantah klaim mengenai kesenjangan yang muncul dengan menunjukkan bahwa ODR didukung secara luas oleh agenda negara dan penetapan kebijakan publik. Berdasarkan alur pemikiran tersebut, dukungan negara terhadap ODR menunjukkan bahwa model ideal tradisional masih berlaku dan bagaimana supremasi negara tetap bertahan. Berdasarkan posisi ini, negara menjalankan agendanya sendiri terhadap ODR dan mengklaimnya sebagai miliknya. Dengan demikian, ODR hanyalah perpanjangan kekuasaan negara, sebuah delegasi yurisdiksi. Gagasan tentang delegasi ini akan dibahas secara lebih rinci di Bab 6. Namun, penting untuk dicatat di sini bahwa penegakan hukum oleh pihak swasta tidak sesuai dengan pandangan ini, karena pelestarian model ideal tradisional akan memerlukan kontrol in casu atas upaya perlindungan prosedural sebelum mengakses layanan. pelaksanaan.

Implikasi Multifaset Dari Privatisasi Yang Bersifat Paksaan

Kami telah membuktikan bahwa model ideal tradisional, yang mencerminkan doktrin hukum acara saat ini, ditantang oleh penegakan hukum oleh pihak swasta. Namun, implikasi privatisasi keadilan tidak bisa direduksi hanya menjadi penegakan hukum oleh pihak swasta. Sebaliknya, penegakan hukum oleh pihak swasta hanyalah salah satu, meskipun mungkin merupakan implikasi yang paling nyata, dari menurunnya model tradisional secara bertahap. Karakteristik lain dari privatisasi juga berkontribusi terhadap tantangan pembenaran: kurangnya preseden publik dan meningkatnya jumlah kasus yang tidak ditangani oleh pengadilan umum karena berbagai alasan. Fenomena ini bukanlah hal baru dan telah diatasi setelah ADR. Pada bagian ini, isu-isu tersebut dibahas secara singkat untuk menguraikan kompleksitas krisis justifikasi dan untuk menunjukkan bagaimana penegakan hukum oleh pihak swasta hanyalah babak terakhir dalam kisah privatisasi. Dengan kata lain, penerapan TIK dalam penyelesaian sengketa juga meningkatkan kesenjangan yang ada. Beragamnya krisis pembenaran ini berarti bahwa revisi sederhana terhadap model tradisional saja tidak cukup untuk mengatasi krisis pembenaran.

Pertama, kurangnya preseden relevan dengan pembenaran penyelesaian sengketa. Model penyelesaian sengketa privat menghasilkan keputusan yang tidak memberikan preseden yudisial seperti halnya keputusan pengadilan negara. Ini adalah persoalan pembaharuan diri hukum yang terus-menerus serta persoalan nilai-nilai kemasyarakatan. Bagaimana kita bisa memberikan perlakuan yang sama di hadapan hukum jika prosedur dan hasil prosedurnya tidak dipublikasikan dan tidak memberikan kontribusi terhadap pembaharuan hukum? Apakah kurangnya preseden ini menjadi alasan untuk membatasi metode penyelesaian swasta atau apakah kekurangan ini dapat diperbaiki?

Karena penyelesaian sengketa pribadi seringkali dilakukan di luar pengadilan, pengadilan tertinggi di tingkat nasional jarang mampu memandu proses ini melalui preseden. Namun, preseden dapat diberikan ketika keputusan yang diambil dalam penyelesaian sengketa pribadi diajukan ke pengadilan untuk mendapatkan penegakan hukum. Namun, proses non-adjudikatif seperti mediasi tidak selalu berupaya untuk menghasilkan keputusan yang dapat dilaksanakan, namun berfokus pada penyelesaian perselisihan secara damai. Namun, ada beberapa argumen yang membantah klaim bahwa penyelesaian sengketa perdata tidak menghasilkan preseden. Dalam komunitas arbitrase, kasus hukum pengadilan arbitrase telah dianggap sebagai bidang hukum acaranya sendiri dan keputusan-keputusan sebelumnya dirujuk dalam kasus-kasus di masa depan dalam bidang yang sama. seolah-olah hal tersebut merupakan preseden. Argumen yang menentang kurangnya preseden dalam penyelesaian sengketa perdata adalah klaim bahwa preseden tidak perlu ada dalam sistem peradilan berbasis pengadilan agar menjadi efektif dan mendorong autopoiesis. Argumen bahwa preseden bukanlah satu-satunya cara untuk mencapai autopoiesis juga terdapat dalam rumusan terkenal Mnookin dan Kornhauser, yang mengakui bahwa penyelesaian pribadi terjadi “di bawah bayang-bayang hukum”, menirukan keputusan hukum hingga ke detailnya. Struktur argumen kedua ini berbeda dengan argumen pertama, karena argumen ini menyatakan bahwa penyelesaian sengketa privat merupakan bayangan dari sistem publik, perubahan yang tidak ada isinya.

Contoh meningkatnya pelembagaan arbitrase menunjukkan bahwa preseden peradilan tidak penting bagi kelanjutan autopoiesis hukum, karena komunikasi yang berkelanjutan juga dapat dicapai dengan cara lain. Artinya, preseden publik belum tentu penting bagi keberadaan hukum jika tersedia teknik penggantinya. Namun, permasalahan ini mempunyai implikasi lain. Misalnya, diskusi mengenai transparansi dan nilai-nilai lain dalam masyarakat demokratis, fungsi hukum dalam menegakkan harapan, dan efisiensi penetapan kebijakan seperti perlindungan konsumen juga dibahas terkait dengan preseden publik. Kurangnya preseden publik memiliki relevansi dekonstruktif, seperti yang digambarkan oleh perdebatan tentang hilangnya persidangan, namun isu ini tidak berhubungan dengan keberadaan hukum atau penegakan batasan sistem/lingkungan. Hal ini menjelaskan mengapa munculnya ADR pada tahun 1980an tidak menciptakan perlunya evaluasi ulang secara menyeluruh namun dapat diselaraskan melalui model ideal tradisional. Hal ini tidak menunjukkan bahwa nilai-nilai yang dikaitkan dengan preseden publik mempunyai peran penting dalam fungsi hukum. Selain itu, masih ada pertanyaan apakah peningkatan jumlah

keputusan ODR non-publik menimbulkan masalah baru dan memerlukan pemikiran lebih lanjut.

Kedua, perubahan teknologi menciptakan banyak kasus, yang tidak sesuai dengan sistem hukum yang terutama menerapkan konsep yurisdiksi berbasis negara-bangsa. Misalnya, kasus-kasus berintensitas rendah yang biasanya muncul dari e-commerce sering kali tidak masuk dalam ambang batas litigasi karena beberapa alasan. Salah satu alasannya adalah risiko biaya hukum, karena biaya hukum kemungkinan besar melebihi nilai sengketa. Ketika perselisihan ini terjadi dalam konteks lintas batas, kompleksitas litigasi menjadi meningkat. Bahkan memutuskan pengadilan yurisdiksi saja bisa menjadi tantangan dan memakan waktu, sehingga membawa perselisihan ke pengadilan umum mungkin bukan merupakan pilihan yang sebenarnya. Kami bahkan dapat berargumen bahwa kategori perselisihan baru ini menimbulkan tantangan bagi sistem hukum nasional.

Namun, Pollicino dan Bassini mengklaim bahwa permasalahan kasus Internet lintas batas hanyalah permasalahan lokalisasi. Kasus-kasus lintas batas negara yang timbul dari Internet telah diadili dan diputuskan di pengadilan negara hingga saat ini, meskipun kadang-kadang beberapa pengadilan telah mengumumkan yurisdiksi atas masalah yang sama, namun munculnya alat geo-lokalisasi memungkinkan untuk menguraikan lokasi teritorial sengketa dan dengan demikian menghilangkan sengketa tersebut. Tantangan-tantangan sebelumnya terhadap yurisdiksi teritorial. Argumen ini ada benarnya, namun alat untuk geo-lokalisasi tidak cukup untuk menyelesaikan tantangan terhadap yurisdiksi teritorial. Pollicino dan Bassini juga menggunakan pendekatan kasus per kasus. Kasus-kasus dengan intensitas rendah yang bersifat lintas negara menciptakan perbedaan dalam penerapan yurisdiksi teritorial, karena beberapa pengadilan dapat mengklaim yurisdiksi secara bersamaan atau kasus-kasus individual dapat dibiarkan tanpa pengadilan yurisdiksi. Munculnya kasus-kasus seperti ini dapat mengancam fungsi penegakan harapan, karena tidak jelas di mana perselisihan tersebut harus diselesaikan.

Tantangan privatisasi melalui teknologi terwujud dalam fungsi hukum untuk menjunjung tinggi harapan, namun, selain itu, tantangan tersebut juga meluas hingga ke struktur hukum, hingga gagasan kedaulatan negara sebagai sumber penyelesaian sengketa. Model ideal tradisional tidak memberikan solusi untuk memutuskan yurisdiksi pengadilan, juga tidak memberikan akses ke pengadilan untuk kasus-kasus berintensitas rendah yang timbul dari Internet. Model tradisional hanya berlaku ketika keputusan ditegakkan melalui monopoli negara. Kesulitannya di sini adalah bahwa isi dari proses hukum bergantung pada keputusan mengenai yurisdiksi: dua posisi dalam segitiga, kedaulatan (negara bagian yang mana?) dan proses hukum (standar siapa?) bergantung pada negara bagian mana, jika ada, yang mengklaim yurisdiksi tersebut.

Ketiga, mekanisme penegakan hukum oleh pihak swasta menjadikan penegakan keputusan berdasarkan kontrak hanya sekedar masalah infrastruktur teknologi dan hubungan kontrak, tanpa menggunakan kekerasan otoritatif yang dilakukan oleh negara. Sebagaimana dinyatakan, penegakan hukum swasta menentang monopoli kekerasan yang diberikan kepada negara-bangsa. Elemen penegakan hukum swasta yang mengganggu dapat diremehkan

dengan menganggapnya sebagai masalah kontrak. Penegakan hukum, apapun tindakannya, mendapatkan pembenaran atas penggunaan paksaan dari keputusan itu sendiri. Penegakan hukum secara swasta bisa dianggap dikenai sanksi dengan adanya suatu keputusan, hanya dengan bentuk keputusannya saja, faktanya ada keputusan yang akan ditegakkan, dibandingkan dengan penggunaan kekerasan semata tanpa bentuk. Namun argumen ini tidak tepat karena berarti menggambarkan penegakan hukum oleh pihak swasta sebagai sebuah kesepakatan forum sui generis. Namun penafsiran ini akan menimbulkan banyak masalah lanjutan.

Penegakan hukum swasta memiliki makna dekonstruktif dalam ranah hukum. Signifikansi ini tidak dapat diremehkan oleh model ideal tradisional, seperti yang ditunjukkan sebelumnya. Pollicino dan Bassini juga mengakui bahwa penegakan hukum merupakan masalah bagi hukum transnasional karena keterbatasan strukturalnya. Oleh karena itu, penegakan hukum swasta menantang konsep kedaulatan negara dengan cara yang sama seperti disintegrasi yurisdiksi teritorial, yang diharapkan terjadi karena kedua fenomena tersebut saling bertentangan. terhubung erat. Pada akhirnya, permasalahan di balik semua tantangan penafsiran baru dalam penyelesaian sengketa ini adalah masalah regulasi. Haruskah kita menyediakan kerangka peraturan untuk ODR atau penegakan hukum swasta, atau haruskah kita melarangnya? Jika kita ingin membatasi penggunaannya atau mengembalikannya ke dalam peraturan keluarga, bagaimana kita akan melembagakan rezim peraturan seperti itu? Langkah ini membawa kita keluar dari panggorengan ke dalam api. Dengan menanyakan tentang pengaturan penegakan hukum di sektor swasta, kita berada pada posisi yang berbahaya, karena pertanyaan mengenai proses hukum dalam penyelesaian sengketa swasta tiba-tiba menjadi pertanyaan tentang legitimasi penyelesaian sengketa apa pun. Kita tidak lagi mempertanyakan apa yang menjadikan prosedur penyelesaian sengketa yang baik melalui teknologi, namun kita malah mencari sumber dari proses hukum, landasan penyelesaian sengketa. Namun, kita tidak dapat menghindari pertanyaan ini, karena sumber dan otoritas proses hukum perlu ditetapkan sebelum menanyakan apa saja kriterianya. Sebaliknya, kita menghadapi permasalahan mengenai apa yang dimaksud dengan pembenaran, dan apakah implikasi privatisasi ini dapat dibenarkan dalam sistem hukum atau tidak.

4.2 APA PEMBENARAN SISTEM HUKUM?

Tiga Pilihan Interpretasi

Tantangan yang ditimbulkan oleh privatisasi peradilan secara umum dan dipercepat dengan penerapan TIK tidak sejalan dengan pemahaman doktrinal tentang kerja sama antara pengadilan dan penyedia layanan penyelesaian sengketa swasta. Tampaknya berkembangnya penegakan hukum oleh pihak swasta berpotensi semakin meningkatkan ketegangan antara tata kelola swasta dan pemerintah. Dengan kata lain, penegakan hukum oleh pihak swasta mempunyai arti untuk membenarkan penyelesaian sengketa. Lalu, apa pembenaran sistem hukum tersebut? Sebagaimana telah dibahas, pembenaran dihasilkan oleh berjalannya sistem hukum, yang membentuk struktur yang bertahan lama melalui pengulangan dan pembaruan

yang terus menerus. Oleh karena itu, justifikasi harus ditafsirkan sebagai hal yang bersifat internal dalam sistem hukum. Karena justifikasi terbentuk secara perlahan dan seiring berjalannya waktu, kami melihat pada jaringan operasi yang sudah mapan.

Hal ini mengarahkan fokus pemeriksaan kami pada berbagai struktur dalam sistem hukum. Apakah membenaran, yang merupakan dasar fundamental dari pemaksaan, harus dipahami sebagai program hukum, yang memandu penerapan kode etik hukum? Liar? Sebagai program hukum, justifikasi akan mengatur pengalokasian kode etik tersebut dengan mendefinisikan landasan dan dasar pelaksanaannya. Misalnya, Luhmann menggambarkan legislasi atau doktrin preseden sebagai pemrograman. Tanpa pemrograman, penerapan kode etik tersebut tidak dapat ditentukan. Dengan kata lain, justifikasi sebagai sebuah program akan membatasi batas antara sistem hukum dan lingkungannya.

Pilihan lain yang serupa dengan mempertimbangkan membenaran sebagai program hukum adalah dengan menafsirkannya sebagai autopoiesis hukum. Apakah rasionalitas di balik penyelesaian perselisihan merupakan persoalan produksi sendiri? Pilihan ini berarti mempertimbangkan membenaran sebagai suatu proses internal yang berkesinambungan dalam sistem hukum untuk memproduksi dirinya sendiri.

Produksi sendiri dapat mencakup gangguan dari luar sistem hukum terhadap operasionalnya sendiri. Meskipun demikian, keterbukaan melalui autopoiesis hanya mempunyai nilai penghubung dalam sistem hukum; membentengi perbedaan sistem/lingkungan sebagai unsur konstitusional hukum. Sebagai autopoiesis, membenaran kemudian akan diserahkan pada peran referensi internal. Namun, tidak akan ada dampak eksternal dari membenaran, yang akan mempengaruhi subsistem masyarakat lainnya. Namun, membenaran sebagai autopoiesis dapat mencakup informasi eksternal pada sistem hukum. Kedua penafsiran tersebut, membenaran sebagai suatu program dan autopoiesis, menempatkan membenaran dalam sistem hukum. Namun pilihan penafsiran lainnya akan menekankan interaksi hukum dengan lingkungannya. Jika membenaran dihasilkan oleh penggabungan struktural hukum dengan sistem lain, maka tindakan yang memperbaharui membenaran dalam sistem hukum juga mempunyai arti dalam sistem yang digabungkan tersebut. Lalu, apa hubungan antara kopling struktural dan autopoiesis? Bagaimana produksi mandiri berhubungan dengan gangguan dari lingkungan sistem? Jelas bahwa penggabungan struktural diperlukan untuk evolusi suatu sistem dan juga untuk autopoiesis karena mereka membantu mengimunisasi batas-batas sistem dan menyumbangkan fakta-fakta baru. Karenanya, baik autopoiesis maupun kopling struktural antar sistem adalah kopling operatif. Kopling operatif hanya mengacu pada koneksi antar operasi. Karena autopoiesis mengacu pada penggabungan antara operasi dalam suatu sistem, penggabungan struktural menghubungkan operasi dari satu sistem dengan operasi sistem lainnya.

Ada kemungkinan penafsiran keempat mengenai peran justifikasi dalam sistem hukum. Justifikasi juga dapat dipahami sebagai hasil dari interpenetrasi, yaitu dua sistem yang berevolusi bersama dapat saling meminjam kekuatan komputasi satu sama lain. Namun, Luhmann mencontohkan interpenetrasi dengan koneksi antara sistem komunikasi sosial dan sistem kesadaran psikis, yang dihubungkan melalui penggunaan bahasa. Interpenetrasi adalah

jenis penggandengan struktural yang khusus namun memerlukan koeksistensi yang saling bergantung dari sistem-sistem yang saling menembus. Ini berarti bahwa sistem-sistem yang saling menembus adalah dibentuk oleh evolusi konvergen. Namun, pilihan untuk mempertimbangkan pembenaran sebagai interpenetrasi tidak mungkin dilakukan, karena sistem hukum belum berevolusi bersama dengan subsistem sosial lainnya setelah diferensiasi fungsionalnya. Oleh karena itu saya membuang pilihan penafsiran ini.

Patut dicatat bahwa pada akhirnya semua bentuk interaksi yang berbeda ini berkontribusi pada autopoiesis sistem hukum. Kemungkinan penafsiran ini bervariasi sampai batas tertentu tergantung pada peran yang dimainkannya terhadap sistem hukum dan masyarakat pada umumnya. Jika justifikasi sebagai program hukum atau autopoiesis mengarahkan pandangan kita ke dalam sistem hukum, maka justifikasi sebagai interpenetrasi atau penggandengan struktural akan menekankan masukan terhadap berjalannya hukum dari luar sistem hukum. Singkatnya, hanya ada sedikit perbedaan penekanan, tergantung interpretasi yang dipilih.

Justifikasi Sebagai Program Hukum?

Jika pembenaran merupakan persoalan program hukum, apa maksudnya? Untuk memahami peran program, kita harus kembali ke pengkodean sistem hukum. Sistem hukum memisahkan diri dari lingkungannya melalui penerapan pengkodean legal/ilegal, yang menghasilkan normativitas dan identitasnya. Pada gilirannya, program internal hukum menentukan bagaimana operasional hukum menghadapi situasi tersebut. Dengan kata lain, program memutuskan sisi mana dari kode yang diterapkan. Misalnya, pemrograman memutuskan apakah suatu situasi termasuk dalam hukum perdata atau hukum pidana. Kode ini keras karena bersifat absolut dan tidak kenal kompromi: kode ini tidak mengizinkan sistem untuk bereaksi terhadap lingkungannya. Namun, reaksi sangat penting untuk autopoiesis, dan dengan demikian kode menghasilkan struktur untuk memutuskan bagaimana kode dialokasikan, benar atau salah. Program menyeimbangkan kerasnya kode.

Sistem hukum tidak berjalan dalam ruang hampa, melainkan terhubung dengan masyarakat sekitar. Kode ini khusus untuk sistem hukum dan tidak dapat diterapkan oleh sistem lain. Namun, hukum perlu selaras dengan masyarakat, perlu diintegrasikan. Kode ini tidak cukup untuk tugas integrasi ini. Sebaliknya, tingkat pemrogramannya menyeimbangkan kode etik dan menghubungkan kembali sistem hukum dengan masyarakat. Dalam hal ini, menurut Luhmann, tingkat pemrograman mengadopsi peran yang sebelumnya dikaitkan dengan hukum alam dalam masyarakat pra-modern. Sebelum adanya teori kontrak sosial dan Era Pencerahan, referensi terhadap alam merupakan cara untuk membawa kebenaran eksternal ke dalam sistem hukum. Misalnya, stratifikasi sosial dimasukkan ke dalam aturan hukum positif namun didasarkan pada sifat manusia dan kebutuhan alami. Demikian pula, program hukum memasukkan unsur-unsur ke dalam sistem hukum, sehingga menciptakan lingkungan yang 'berlaku' di dalamnya, di mana sistem tersebut dapat terhubung kembali dengan masyarakat tanpa perlu kehilangan penutupan referensial dirinya.

Luhmann membedakan antara program yang bertujuan khusus dan program bersyarat. Program-program hukum selalu bersifat kondisional: program-program tersebut

menetapkan kondisi-kondisi yang menentukan alokasi legal atau ilegal. Misalnya, suatu bentuk silogisme logis mengikuti pemrograman kondisional. Keputusan hukum dirumuskan melalui silogisme dimana penerapan suatu aturan umum (seperti 'penggugat menanggung beban pembuktian dan menanggung akibat jika tidak memenuhinya') terhadap fakta-fakta masa lalu yang tunggal ('X tidak memenuhi beban pembuktian') memberikan kesimpulan ('X harus menanggung akibatnya, yaitu kasusnya tidak diputuskan menguntungkannya'). Namun, argumentasi silogistik sering kali disertai dengan kekeliruan, karena pengaturan premis umum dan premis tunggalnya rumit. Namun, bentuk silogisme dan ketertarikan sistem hukum terhadapnya menggambarkan bagaimana program bersyarat beroperasi. Program bersyarat memungkinkan keputusan hukum dituangkan ke dalam bentuk silogisme; bentuknya, pada gilirannya, memberikan kesan legitimasi. Perlu dicatat bahwa program bersyarat terutama melihat pada peristiwa masa lalu, fakta yang telah menjadi kenyataan.

Hal ini berkaitan dengan tujuan sistem hukum untuk menjaga ekspektasi, karena sistem hukum bertujuan untuk menstabilkan ekspektasi tersebut. Penyelesaian konflik dilakukan dengan mengambil keputusan mengenai sisi mana dari kode etik yang akan diterapkan dalam suatu kasus, dimana harapan para pihak berasal dari premis umum dan penerapannya diarahkan pada peristiwa di masa lalu. Luhmann menegaskan bahwa terkadang hakim mengambil peran yang berbeda. Misalnya, kepentingan terbaik anak dalam kasus hak asuh tidak hanya melihat perilaku di masa lalu namun juga membuat asumsi mengenai kejadian di masa depan. Selain itu, hakim juga dapat mengambil peran terapeutik dalam kasus-kasus yang berkaitan dengan kenakalan remaja atau dalam kasus-kasus restrukturisasi utang atau dalam situasi keadilan transformatif. Situasi ini melampaui peristiwa masa lalu dan melihat fakta di masa depan. Sebenarnya, program-program hukum yang memiliki tujuan khusus tersebut tidak lagi dijalankan di dalam sistem hukum, melainkan di luar sistem hukum. Seperti yang diungkapkan Luhmann, 'program-program seperti itu akan menghadapi masalah yang sama, yaitu di masa depan tidak akan ada jawaban yang memuaskan terhadap pertanyaan apakah saat ini sesuatu itu legal atau ilegal'. Di sini, Luhmann memberikan pernyataan menarik yang mempunyai makna bagi perdebatan doktrinal antara litigasi dan ADR. Keputusan-keputusan ADR seringkali melampaui batas-batas litigasi tradisional, yang mengukur kompensasi atas kerugian dalam bentuk uang dan mengabaikan pentingnya permintaan maaf karena dianggap tidak relevan. Sebaliknya, mediasi dan konsiliasi berfokus pada solusi yang memiliki banyak aspek dan disesuaikan secara individual. Jika diinterpretasikan menurut Luhmann, resolusi-resolusi tersebut tidak serta merta merupakan operasi hukum namun berada di luar sistem hukum dan bersifat ekstra-legal. Dalam hal ini, posisi Luhmann nampaknya koheren. Prosedur-prosedur tersebut mempunyai unsur-unsur yang mengarah pada sistem hukum dan kode etiknya, namun juga mencakup unsur-unsur dari sistem lain.

Demikian pula beberapa sistem yang bertemu dalam ODR, yaitu titik penghubung antara hukum (penyelesaian sengketa hukum mengenai kewajiban kontrak), ekonomi (konteks pasar dan pembayaran barang), politik (kekuasaan untuk menegakkan), dan teknologi (perselisihan otomatis). platform resolusi dan pengoperasiannya). Dalam konteks

ini, pembenaran penyelesaian sengketa tidak lagi hanya berkaitan dengan undang-undang namun juga mempunyai implikasi di luar undang-undang. Tampaknya Luhmann menganggap pembenaran adalah persoalan program hukum. Program bersyarat mengarahkan sisi mana dari kode yang diterapkan dan memberikan legitimasi formal untuk pilihan tersebut.

Hal ini membawa kita untuk mengikuti. Dalam sistem hukum, justifikasi mungkin mempunyai implikasi yang mirip dengan program undang-undang, namun justifikasi tidak terbatas pada hal ini saja. Persoalan pembenaran penyelesaian sengketa perlu dijawab melalui sistem hukum, karena penyelesaian sengketa jelas merupakan suatu operasi hukum. Namun, jawaban terhadap krisis pembenaran dalam undang-undang juga mempunyai implikasi terhadap sistem sosial lain yang muncul bersamaan ketika TIK diterapkan untuk penyelesaian perselisihan. Meskipun pembenaran bersifat internal dalam sistem hukum, operasi yang memberikan pembenaran secara internal juga harus mampu mematuhi rasionalitas-rasionalitas lainnya. Sederhananya, justifikasi sebagai program hukum tidak memberikan penjelasan yang memadai mengenai penggunaan TIK dalam penyelesaian sengketa.

Justifikasi Sebagai Autopoiesis?

Kami telah membuang kemungkinan untuk mempertimbangkan pembenaran sebagai program hukum, karena hal ini hanya akan menjadikan pembenaran penyelesaian sengketa sebagai metode internal yang mengaitkan kode etik tersebut dengan operasi dan hal ini akan memberikan gambaran yang tidak memadai untuk memahami teknologi penyelesaian perselisihan. Berikutnya, langkah logisnya adalah bertanya, apa pentingnya pembenaran bagi sistem hukum yang dibuat sendiri? Mungkinkah pembenaran merupakan persoalan autopoiesis?

Mempertimbangkan peran justifikasi dalam sistem hukum sebagai autopoiesis mengikuti pilihan sebelumnya yaitu justifikasi sebagai program hukum. Faktanya, keduanya pilihan penafsiran keduanya menempatkan pembenaran dalam sistem hukum. Dengan kata lain, penafsiran justifikasi sebagai program berarti bahwa justifikasi dihasilkan oleh autopoiesis sistem hukum. Perbedaan antara justifikasi sebagai program hukum dan justifikasi sebagai autopoiesis terletak pada lokasi tepatnya di dalam sistem hukum. Pilihan pembenaran sebagai program memberikan peran untuk mengarahkan penerapan kode etik, sedangkan penafsiran pembenaran sebagai autopoiesis akan menempatkannya secara lebih umum dalam penutupan operasional sistem hukum. Sebagai autopoiesis, pembenaran akan dihasilkan sebagai produk sampingan dari penerapan undang-undang tersebut, melalui operasi internal hukum. Meskipun demikian, kedua penafsiran ini memberikan perspektif mengenai implikasi pembenaran terhadap sistem hukum. Implikasi-implikasi ini tidak dapat diabaikan; membenarkan penggunaan paksaan tidak diragukan lagi merupakan operasi dalam sistem hukum. Namun, pertanyaannya adalah apakah pembenaran hanya terbatas pada implikasi internal saja.

Ahli teori hukum Emilios Christodoulidis menyinggung interpretasi pembenaran sebagai autopoiesis dalam artikelnya tentang penghasutan. Ia mengkaji kritik fundamentalis terhadap anggota Brigade Merah selama persidangan mereka pada tahun 1970an, di mana

kaum revolusioner menentang kekuasaan pengadilan untuk memerintah. Alih-alih mengaku bersalah atau tidak atas dakwaan yang didakwa, para terdakwa mempertanyakan arti kata-kata dan penggunaan bahasa resmi, yang kemudian menimbulkan rasa frustrasi dan tuntutan jawaban langsung dari jaksa dan hakim. Para aktivis menyebut pengadilan sebagai bentuk keadilan kelas, kekerasan mesin negara fasis terhadap rakyat. Seperti yang dikatakan Christodoulidis, tindakan diskursif seperti itu tetap tidak dapat dipahami oleh sistem hukum, sama halnya dengan bahasa di ruang sidang yang tidak masuk akal bagi wacana aksi revolusioner. Christodoulidis mengkaji bagaimana pengecualian terhadap hasutan dibenarkan dalam sistem hukum. Ia berpendapat bahwa tindakan pembungkaman seperti itu hanya bisa dibenarkan jika mereka yang dibungkam dimasukkan ke dalam penciptaan norma melalui proses demokrasi.

Christodoulidis berargumentasi bahwa hasutan 'menandai ambang batas dimana hukum tidak dapat menerima perkataan sebagai sesuatu yang bersifat politis'. Artinya, setelah titik ini sistem hukum tidak lagi mampu menandai tindak tutur tersebut sebagai tuturan politik dan dikecualikan dari rujukan diri. Menurut Christodoulidis, sumber membenaran eksternal, seperti otoritas, menimbulkan ketidakpastian. Argumennya menyatakan bahwa membenaran diciptakan secara internal melalui proses produksi sendiri oleh sistem hukum. Apa yang tidak dimasukkan oleh sistem hukum dalam otopoiesisnya tetap berada di luar, seperti keberatan yang tidak dapat didengarkan.

Pemeriksaan Christodoulidis tentang membenaran tindakan pembungkaman cukup meyakinkan. Namun, konteks di mana ia menyampaikan klaimnya sangat berbeda dengan konteks yang ada. Penegakan hukum oleh pihak swasta, ODR, atau penerapan TIK untuk penyelesaian sengketa tidak mewakili kritik mendasar terhadap sistem hukum seperti halnya penghasutan Christodoulidis. Namun, argumennya tentang ketidakpastian yang ditimbulkan oleh referensi eksternal mempunyai bobot dalam konteks ini. Apakah argumen tersebut benar dalam konteks ini perlu didiskusikan lebih lanjut sehubungan dengan narasi membenaran individu. Pada titik ini cukuplah dikatakan bahwa masuknya Christodoulidis dalam penciptaan norma dapat dipahami melalui hubungan sistem hukum dengan sistem politik dalam peraturan perundang-undangan. Seperti yang diilustrasikan oleh penafsiran membenaran sebagai program hukum dan autopoiesis, membenaran adalah persoalan sistem hukum. Namun, penerapan penggunaan TIK untuk penyelesaian sengketa menimbulkan pertanyaan apakah membenaran terhadap prosedur baru ini hanya terbatas pada sistem hukum. Pilihan lainnya adalah mengakui bahwa rasionalitas subsistem sosial lainnya muncul bersamaan dalam bentuk penyelesaian perselisihan yang baru ini. Hal ini akan menjelaskan bagaimana kesenjangan antara penyelesaian sengketa publik dan swasta tidak meningkat menjadi konflik sebelum penerapan TIK. Penegakan hukum swasta menyesuaikan diri dengan rasionalitas beberapa sistem secara bersamaan dan tidak dapat direduksi hanya menjadi implikasinya dalam sistem hukum. Rasionalitas hukum mempunyai kendala yang tidak menjelaskan mandat penegakan hukum oleh swasta, yang memisahkan diri dari negara. Sederhananya, sistem hukum memahami krisis ini namun perlu bereaksi terhadapnya. Sistem hukum saja tidak mempunyai data yang cukup untuk melakukan tugas ini.

Undang-undang tersebut perlu melampaui batasannya sendiri dan memasukkan referensi eksternal ke dalam operasinya (setelah mengkodekannya) untuk menyediakan bahan bakar bagi produksinya sendiri, atau undang-undang tersebut perlu menjawab seruan transendensi dengan menjalin hubungan jangka panjang dengan sistem lain. Kopliling autopoiesis dan struktural keduanya merupakan kopliling operasional dalam arti bahwa keduanya menghubungkan operasi satu sama lain. Jika autopoiesis menghubungkan operasi-operasi di dalam sistem, kopliling struktural menghubungkan operasi-operasi di antara sistem-sistem yang berbeda.

Teknologi penyelesaian sengketa tentu saja menghubungkan operasi-operasi dalam sistem hukum, namun hal ini tampaknya tidak menjelaskan mengapa hukum tidak dapat memberi kita pemahaman yang meyakinkan mengenai penegakan hukum oleh pihak swasta. Ada hal lain selain hukum yang terjadi dalam persamaan ini. Seperti yang diilustrasikan oleh banyak contoh masyarakat dunia yang mengglobal dan munculnya rezim swasta, hubungan erat antara sistem hukum dan sistem politik negara-bangsa terbukti bermasalah. ODR dapat dipahami sebagai rezim yang spesifik bagi sektor swasta, namun juga merupakan bagian dari sistem hukum. Untuk menjelaskan hubungan yang rumit antara hukum, negara, dan rezim swasta serta untuk memperluas tuntutan akses terhadap keadilan di bidang ini, kita perlu melangkah lebih jauh dari sekedar operasi internal hukum. Oleh karena itu, menganggap pembenaran hanya sebagai autopoiesis hukum tidak memberikan argumen yang meyakinkan dalam konteks teknologi penyelesaian sengketa.

Justifikasi Sebagai Penghubung Struktural?

Pada bagian sebelumnya, dikemukakan bahwa pembenaran diciptakan melalui operasi internal sistem hukum, namun operasi ini juga mempunyai implikasi di luar sistem hukum. Mengingat pembenaran sebagai program hukum atau sebagai autopoiesisnya, kami tidak dapat menjelaskan rasionalitas eksternal yang terdapat dalam narasi pembenaran. Kami juga telah membuktikan bahwa penerapan TIK dalam penyelesaian sengketa mempunyai arti dalam beberapa bidang berbeda, yang mempunyai rasionalitas tersendiri. Kami telah mengidentifikasi sistem-sistem ini sebagai sistem hukum, politik, ekonomi dan penggunaan TIK. Hal ini berarti penerapan TIK dalam penyelesaian sengketa akan menciptakan lingkungan operasional (bukan dalam pengertian Luhmannian) yang melibatkan beberapa sistem. Bagi sistem hukum, penyelesaian sengketa privat yang dimungkinkan melalui penggunaan TIK adalah sebuah metode untuk menyelesaikan konflik berdasarkan ekspektasi kontrak, mengenai hak-hak hukum berdasarkan kewajiban-kewajiban tersebut. Untuk bidang ekonomi, kode pembayaran/non-pembayaran ditentukan berdasarkan keputusan dan setelah pemberlakuan. Bagi sistem politik, persoalan kekuasaanlah yang berujung pada penggunaan kekuatan, khususnya dalam penegakan hukum. Dengan kata lain, sistem politik berkepentingan untuk mempertahankan monopolinya atas kekerasan. Untuk sistem penggunaan TIK, penyelesaian dan penegakan perselisihan swasta merupakan masalah penyampaian informasi. Sederhananya, penyelesaian perselisihan dan penggunaan TIK memperhatikan rasionalitas beberapa sistem sosial secara bersamaan.

Pluralitas sistem ini mencerminkan pembenaran. Tantangan penegakan hukum oleh pihak swasta menjadi sangat berat. Tantangan yang dihadapi sistem hukum menunjukkan bahwa model tradisional selama ini adalah model negara-bangsa. Kami menyadari bahwa bahasa hukum, tanpa mengacu pada negara, bukan saja tidak mampu mengatasi tantangan ini namun juga tidak mampu memahaminya. Daripada bertanya bagaimana kita menetapkan persyaratan proses hukum untuk penyelesaian sengketa swasta, kita malah bertanya bagaimana kita menerapkan proses hukum dalam pemesanan swasta tanpa mengacu pada negara. Pertanyaan ini mungkin menemui jalan buntu. Seperti yang telah disebutkan, ODR tidak pernah mencapai potensinya dengan menjadi solusi umum terhadap perselisihan online. Ada banyak alasan mengapa ODR tidak populer, namun kurangnya kepercayaan adalah salah satu alasan yang telah diakui dalam literatur. Untuk mengatasi hal ini, disarankan untuk menggunakan tanda kepercayaan (*trust mark*) yang dikeluarkan oleh negara. Selain itu, permohonan ODR semakin sering dihubungkan dengan sistem pengadilan publik, karena permohonan yang sepenuhnya bersifat pribadi sebagian besar telah gagal meskipun ada model yang terintegrasi dengan pasar seperti eBay. Salah satu alasan kegagalan dan kembalinya sistem publik secara tiba-tiba mungkin adalah kurangnya tatanan hukum yang berfungsi tanpa mengacu pada negara. Karena penegakan hukum swasta menghancurkan hubungan antara hukum dan politik, kita tiba-tiba melihat langsung struktur sistem hukum. Apakah kita akan menemukan jalan ke depan masih belum jelas. Yang menjadi persoalan adalah memahami sumber pembenaran dalam sistem hukum, namun pada saat yang sama juga menyadari hubungannya dengan negara sebagai landasan tradisional sistem hukum tersebut.

Oleh karena itu, pembenaran teknologi penyelesaian sengketa menjadi suatu permasalahan yang rumit. Perlu dicatat bahwa pembenaran dan tuntutan atas proses hukum merupakan tuntutan terhadap sistem hukum. Namun, sistem hukum tampaknya tidak mampu menjawab pertanyaan-pertanyaan ini tanpa referensi eksternal. Di sini disarankan bahwa upaya hukum untuk menemukan pembenaran dapat dijelaskan melalui hubungan struktural. Hukum menciptakan pembenaran bagi penyelesaian sengketa dengan memungkinkan operasinya terhubung dengan operasi sistem lain. Melalui acuan ini sistem hukum mampu mempertahankan identitasnya yang diciptakan melalui perbedaan sistem/lingkungan tersebut sekaligus meminjam rasionalitas sistem lain untuk menghasilkan transendensi dirinya. Dengan kata lain, sistem hukum secara bersamaan melampaui hukum dan tetap berada dalam batas-batasnya.

Penafsiran ini tidaklah terlalu mengada-ada seperti yang dibayangkan. Kopling struktural antar sistem adalah jenis kopling operasional khusus yang juga mencakup kopling operasional yang dikenal sebagai *autopoiesis*. Perbedaan antara *autopoiesis* dan kopling struktural terletak pada pengaruh suatu operasi di luar sistem utamanya. Jika pembenaran pada dasarnya merupakan operasi *otopoesis* internal, maka pembenaran tersebut dapat mempunyai referensi eksternal, namun dampaknya akan terbatas dalam sistem hukum. Pembenaran sebagai penggabungan struktural akan berdampak pada semua sistem yang terkait dengannya, namun operasi ini akan diinterpretasikan secara berbeda di semua sistem

melalui penerapan kode sistem. Dengan demikian, dampaknya akan berbeda dan tidak dapat dibandingkan antar sistem. Justifikasi adalah sesuatu yang dipahami secara konseptual oleh sistem hukum. Pembeneran yang kita bicarakan sehubungan dengan teknologi penyelesaian sengketa jelas merupakan sesuatu yang legal, meskipun sistem lain mungkin memiliki konsepnya sendiri yang secara fungsional mirip dengan pembeneran. Dengan penegakan swasta, sistem hukum menghadapi operasi yang menjadi miliknya tetapi juga mengandung unsur-unsur yang tidak dapat dipahami. Pembeneran tetap berada dalam hukum namun mendapat kekuatan dari sistem lain untuk memahami penyelesaian sengketa dan penggunaan TIK.

Artinya pembeneran dihasilkan secara internal dalam sistem hukum melalui operasi yang juga dilakukan oleh subsistem lain. Meskipun pihak lain dari penggandengan ini mengambil bagian dalam autopoiesis sistem-sistem lain tersebut, pembenerannya tetap berada dalam sistem hukum. Dengan kata lain, kopleng struktural menurut definisinya bersifat timbal balik. Penerapan konkrit dari penggandengan struktural adalah bahwa suatu operasi dapat diinterpretasikan secara bersamaan oleh dua sistem sosial yang berbeda sesuai dengan kode unik masing-masing sistem. Semua sistem sosial memerlukan narasi rasionalitasnya, mitos asal usulnya, atau alasan keberadaannya. Mereka perlu menyatakan dan memperbarui alasan mengapa perbedaan sistem/lingkungan itu muncul. Narasi-narasi ini bukanlah hak eksklusif sistem hukum. Dalam sistem hukum, narasi ini berbentuk pembeneran. Di sistem lain, narasinya ditampilkan secara berbeda. Namun narasinya harus selalu berpegang pada rasionalitas sistem itu sendiri.

Dari perspektif sistem hukum, pembeneran merupakan hasil dari bekerjanya kopleng struktural. Untuk sistem lain di ujung lain dari penggandengan, narasinya tidak serta merta dihasilkan dari penggandengan itu sendiri. Namun, hubungan strukturalnya bersifat timbal balik. Operasi yang dilakukan oleh sistem hukum yang menggunakan hubungan struktural sebagai sumber pembeneran ditafsirkan oleh sistem yang direferensikan sesuai dengan kodenya sendiri, sebagai operasi yang termasuk dalam sistem tersebut. Operasi yang menghasilkan sumber pembeneran bagi sistem hukum belum tentu menjadi sumber narasi bagi sistem hukum lainnya. Dalam kasus apa pun, pengoperasiannya berdampak pada kedua sistem dan sebagai produk sampingannya, sistem hukum juga menciptakan pembeneran. Pembeneran hukum tidak hanya dibiarkan dalam sistem hukum tetapi diterjemahkan melalui penggabungan struktural ke dalam bahasa sistem lain. Sistem 'penerima' tidak perlu memahami operasi bersama sebagai pembeneran, atau bahkan sebagai sebuah narasi asal usul, namun agar ada keterkaitan, sistem tersebut perlu memahami operasi tersebut sebagai hal yang relevan di dalam dirinya sendiri.

Dengan menggambarkan pembeneran sebagai akibat dari penggandengan struktural, saya memperluas konsep penggandengan struktural. Sebagai metode untuk menciptakan justifikasi dalam sistem hukum, operasi yang dilakukan melalui penggabungan struktural mempunyai peran sentral dalam sistem hukum. Konseptualisasi ini lebih abstrak dibandingkan kesan Luhmann tentang penggandengan struktural. Faktanya, Luhmann menjelaskan kopleng struktural secara singkat dan sebagian besar dalam istilah dan contoh konkret. Di sini, yang

saya maksud adalah tingkat ikatan struktural yang berbeda dari kontrak sederhana, yang dapat dibaca oleh sistem hukum dan ekonomi. Di sini, kopleng struktural diberi kekuatan lebih. Yang saya maksud adalah penggandengan struktural dalam arti nilai-nilai bersama dan konseptualisasi abstrak. Hal ini dapat dicontohkan dengan kedaulatan dan kontrak, yang keduanya akan saya bahas lebih lengkap pada bab-bab berikutnya. Luhmann menggunakan konstitusi yang dibuat dalam proses legislatif demokratis sebagai contoh penggabungan struktural antara sistem politik dan hukum. Ketika membahas kedaulatan sebagai gabungan struktural antara sistem-sistem yang sama, yang saya maksud bukanlah undang-undang atau dokumennya, namun pada konsep kedaulatan, nilai, dan abstraksinya. Demikian pula, saya merujuk pada kontrak sebagai suatu penggandengan struktural, namun alih-alih tindakan hukum/ekonomi sederhana berupa penjualan atau pembelian, saya merujuk pada prinsip otonomi swasta, yang merupakan abstraksi.

Dengan demikian, timbal balik dari penggandengan struktural terjadi pada tingkat nilai, prinsip konstitutif, dan konseptualisasi fundamental. Ketika sistem hukum mencari pembenaran dari sistem politik, prinsip kedaulatan dipahami oleh kedua sistem tersebut, meskipun melalui kode etik mereka sendiri. Sistem politik mengakui pentingnya prinsip tersebut melalui bahasa kekuasaannya, dan kedaulatan menjadi persoalan memaksimalkan kekuasaan politik, agenda negara. Demikian pula, sistem ekonomi memahami makna otonomi swasta, kontraktualitas, dan persetujuan, sebagai persoalan membangun pasar dan memaksimalkan efisiensi alokasi sumber daya. Bagi sistem hukum, otonomi swasta dan pentingnya persetujuan memainkan peran yang berbeda dalam konteks yang berbeda, namun hal ini juga merupakan sumber pembenaran dalam konteks penyelesaian sengketa. Dengan kata lain, prinsip-prinsip tersebut membentuk titik hubungan jangka panjang antar sistem, namun makna sebenarnya bergantung pada perspektif, konteks, waktu dan tempat. Namun, unsur timbal balik yang paling penting tetap ada.

4.3 PENCARIAN PEMBENARAN

Kami telah membuktikan bahwa teknologi penyelesaian sengketa menantang konsep hukum modern yang berhubungan dengan negara-bangsa dan dengan demikian menciptakan kebutuhan akan dasar pembenaran yang baru. Kebutuhan akan pembenaran ini menjadi nyata dalam privatisasi pemaksaan bersamaan dengan kesulitan untuk melampaui hubungan antara hukum dan negara untuk menemukannya. Pada gilirannya, kesulitan-kesulitan ini berkaitan dengan perkembangan globalisasi yang lebih luas dan munculnya rezim swasta yang menjadikan konsep hukum yang terikat pada negara dipertanyakan. Seperti yang diungkapkan Luhmann, kesulitan dalam menemukan pembenaran diakibatkan oleh diferensiasi yang berlebihan dalam situasi di mana kebutuhan akan saling ketergantungan tidak terpenuhi.

Untuk tujuan mengkaji cara-cara potensial dalam membangun legitimasi penegakan hukum swasta, kita harus memahami justifikasi sebagai penggandengan struktural, sebuah konseptualisasi yang mengalihkan perhatian kita ke sistem lain yang terkait dengan teknologi penyelesaian sengketa. Dalam sistem hukum, penggabungan justifikasi dengan sistem lain ini berbentuk alat argumentasi yang menjelaskan landasan hukum secara internal. Dengan

demikian, pasangan struktural yang berfungsi sebagai sumber pembenaran dalam sistem hukum adalah narasi pembenaran. Pada bab-bab berikutnya, berbagai narasi pembenaran akan dikaji lebih lanjut, namun sebelum itu perlu diketahui ketergandengan mana yang muncul dalam sistem hukum untuk membenarkan penggunaan paksaan dan batasan-batasan apa saja yang muncul dari pengujian teoretisnya.

Karena sambungan struktural merupakan struktur yang tahan lama untuk sementara waktu, pembuatannya memerlukan pengoperasian yang berulang-ulang seiring berjalannya waktu. Oleh karena itu, sebagian besar narasi pembenaran datang dari sejarah, yang merupakan alasan mengapa hubungan erat dengan sistem hukum dan sistem politik negara-bangsa memberi kita titik awal yang jelas. Mengikat sistem hukum dengan mesin negara mempunyai akar sejarah dalam konseptualisasi awal kedaulatan dan pembentukan yurisdiksi teritorial dalam Perjanjian Damai Westphalia tahun 1648 yang mengakhiri Perang Tiga Puluh Tahun di Eropa. Kedaulatan masih menjadi dasar hukum acara internasional yang berorientasi pada Konvensi. Luhmann menganggap konstitusi sebagai contoh sempurna dari penggabungan struktural antara sistem hukum dan politik, di mana sistem politik mengakui pelaksanaannya melalui pengkodean kekuasaan/oposisi dan kekuasaan. sistem hukum melalui sistemnya sendiri. Dalam penyelesaian sengketa, narasi pembenaran berhubungan dengan keunggulan litigasi yang diatur oleh negara, yang juga menjelaskan kelemahannya dalam membenarkan pemaksaan yang diprivatisasi dan tidak dapat ditentukan lokasinya secara geografis. Dalam bab-bab berikutnya, hubungan justifikasi antara hukum dan politik disebut sebagai kedaulatan.

Karena keterbatasan hukum yang berorientasi pada negara telah menyebabkan krisis pembenaran terhadap penegakan hukum oleh pihak swasta, langkah logis berikutnya adalah mengevaluasi apakah struktur alternatif yang digunakan untuk membenarkan interaksi antara bentuk penyelesaian sengketa swasta dan swasta dapat memberikan jalan ke depan. Munculnya ADR pada tahun 1980an telah memberikan hukum acara struktur baru untuk mencari pembenaran dalam otonomi swasta, meskipun pembagian kerja antara litigasi negara dan penyelesaian sengketa di luar pengadilan bergantung pada kendali negara atas penegakan hukum. Di ADR, sumber yurisdiksinya adalah kontrak para pihak, mis. klausul arbitrase. Pertemuan pikiran untuk menyepakati sesuatu, logika kesepakatan, kontrak, menekankan pada persetujuan dari individu yang kompeten secara hukum dan rasional yang mempertimbangkan kepentingan terbaiknya sebelum menandatangani kontrak. Rasionalitas ini mengikuti rasionalitas perdagangan, sistem ekonomi. Di sini, sistem hukum dan ekonomi sama-sama memahami hubungan struktural di antara keduanya, yaitu kontrak, melalui kode-kodenya masing-masing.

Kontestan lain yang memberikan justifikasi dalam konteks penyelesaian sengketa adalah wacana hak asasi manusia, yang memperoleh momentum signifikan pada abad ke-20. Sebagai sumber pembenaran, wacana ini, yang di sini disebut sebagai akses terhadap keadilan, dapat direduksi menjadi gagasan bahwa keadilan prosedur dapat dibenarkan. Struktur pembenaran yang ketiga ini nampaknya berasal dari bentuk yang lebih baru dan belum sepenuhnya terbentuk. Hal ini dapat terjadi setelah Perang Dunia Kedua ketika

kebangkitan kembali hak asasi manusia di Eropa diwujudkan dalam Piagam Hak-Hak Fundamental Uni Eropa dan kumpulan kasus hukum ECtHR yang berkembang pesat. Wacana hak asasi manusia tampaknya mencerminkan jenis rasionalitas lain selain struktur konstitutif kedaulatan dan kontrak. Wacana ini sangat berbeda dengan narasi konstitutif mengenai kedaulatan dan otonomi swasta. Alih-alih menyebutkan sumber yang berwenang, struktur ini tampaknya memerlukan definisi yang lebih kualitatif, yang menunjukkan adanya hubungan etis.

Oleh karena itu, narasi membenaran yang dikaji dalam kaitannya dengan penegakan hukum oleh pihak swasta adalah kedaulatan, persetujuan, dan akses terhadap keadilan, karena hal-hal tersebut dapat ditemukan dalam latar belakang teori penyelesaian sengketa. Sebagai struktur dalam sistem hukum, narasi-narasi ini terbentuk seiring berjalannya waktu melalui proses produksi hukum yang dilakukan secara terus-menerus. Artinya membenaran dihasilkan secara internal dalam sistem hukum. Namun, operasi yang membentuk narasi membenaran merupakan operasi bersama antara beberapa subsistem masyarakat. Penafsiran ini menjelaskan kompleksitas membenaran, karena strukturnya mencerminkan rasionalitas sistem yang saling berhubungan. Namun, struktur membenaran tersebut merupakan kerangka beku yang menggambarkan mekanisme membenaran penggunaan kekerasan dalam penegakan hukum. Dalam praktik hukum, hal-hal tersebut jarang muncul dalam bentuk yang murni seperti pemeriksaan teoretis, melainkan sering kali terjalin satu sama lain atau sekadar diandaikan. Seperti yang sering terjadi pada prinsip-prinsip yang digunakan sebagai membenaran, prinsip-prinsip tersebut jarang disuarakan. Demi argumen, mereka digambarkan di sini sebagai kategori yang berbeda dan terpisah.

Selanjutnya, membenaran disebut sebagai struktur membenaran yang berbentuk narasi dalam sistem hukum, yang menekankan sedimentasi historis dan stabilitas temporal dari hubungan struktural sebagai sumber membenaran. Sedimentasi sejarah dalam pengertian ini mengacu pada proses empiris dan sejarah dimana landasan-landasan yang berbeda menjadi nilai-nilai dasar dan prinsip-prinsip dasar struktur hukum. Mereka memberi tahu kita sesuatu yang aksiomatik tentang hukum modern. Stabilitas temporal berarti bahwa membenaran diperbarui dan diinterpretasikan ulang berkali-kali melalui hubungan struktural.

Seiring berjalannya waktu, operasi yang dilakukan pada beberapa sistem telah diulangi hingga menciptakan struktur yang memiliki sifat lebih tahan lama dibandingkan operasi individual. Untuk memberikan sumber membenaran bagi sistem hukum, satu peristiwa yang tidak berulang (operasi yang membentuk penggabungan struktural yang tidak berulang antara dua sistem) tidaklah cukup. Sebaliknya, operasi yang berulang-ulang dan menjadi stabil ketika struktur memberikan reflektivitas dan stabilitas yang diperlukan untuk kebutuhan sistem hukum.

Perlu dicatat bahwa membenaran jarang dapat dipahami 'dalam bentuk murni'. Hal ini berarti bahwa struktur-struktur membenaran yang berbeda dapat digunakan secara bersamaan dan bekerjasama satu sama lain. Misalnya, litigasi negara dapat dibenarkan berdasarkan kedaulatan negara dan persetujuan para pihak. Namun, membedakan narasi membenaran diperlukan untuk mengevaluasi kemampuan mereka dalam mengatasi

pemaksaan yang diprivatisasi. Penyederhanaan pembenaran ini berhubungan dengan persepsi Luhmann dalam mengamati komunikasi. Karena komunikasi bersifat berkesinambungan, pengamatan terhadap elemen komunikatif individu memerlukan penyederhanaan. Ini berarti bahwa kita hanya dapat memahami dan mengkonseptualisasikan komunikasi sebagai hal yang asimetris (siapa mengkomunikasikan apa kepada siapa) jika kita membekukannya sebagai tindakan. Asimetri seperti ini diperlukan untuk deskripsi diri suatu sistem, karena hanya dengan cara itulah produksi mandiri dapat diarahkan dan elemen-elemen sistem dapat dihubungkan dengan konsekuensinya. Melalui proses mengubah simetri komunikasi menjadi asimetri, komunikasi individu menjadi lebih sederhana dan lebih mudah dipahami. Kerangka tindakan yang asimetris ini adalah elemen terakhir dari sistem tersebut.²⁸ Seperti semua komunikasi dalam sistem hukum, penetapan pembenaran terdiri dari berbagai operasi yang saling terkait. Agar dapat berfungsi sebagai sumber pembenaran, sistem hukum harus terus menerus mereproduksi pembenaran. Karena kita tidak dapat mengakses aliran komunikasi yang berkelanjutan, kita terbatas pada pengamatan tindakan. Dengan kata lain, kita hanya dapat melihat pembenaran melalui penyederhanaan yang berlebihan.

Kesimpulan

Bab ini dimulai dengan kajian tentang bagaimana interaksi antara penyelesaian sengketa publik dan swasta diorganisasikan melalui pembagian kerja yang bergantung pada kontrol negara terhadap penegakan hukum publik. Pelestarian monopoli negara atas kekerasan terlihat jelas dalam model ideal tradisional, yang tidak selalu mencerminkan kenyataan namun mencerminkan aspirasi teoritis. Setelah itu, ada argumen bahwa model ini tidak lagi memberikan penjelasan yang masuk akal mengenai ketegangan antara swasta dan publik, karena tidak ada kontrol negara dalam hal penegakan hukum oleh swasta. Pertanyaan tentang cara-cara alternatif untuk membenarkan penggunaan paksaan yang diprivatisasi menimbulkan pertanyaan apa yang dimaksud dengan pembenaran. Pembenaran terletak di dalam sistem hukum, namun seperti yang digambarkan dalam model ideal tradisional, penggunaan paksaan dan otoritas hukum sering kali dijelaskan oleh referensi eksternal, seperti halnya kontrol negara terhadap penegakan hukum. Ada pendapat bahwa pembenaran harus ditafsirkan sebagai penggantian struktural yang berbentuk narasi dalam sistem hukum. Narasi yang sudah ada dan tersimpan secara historis yang digunakan dalam konteks penyelesaian sengketa diakui sebagai kedaulatan, otonomi swasta, dan hak asasi manusia.

BAB 5

KEDAULATAN DAN AGENDA NEGARA

5.1 MENEMUKAN KEDAULATAN

Konflik Siapakah Yang Dimaksud?

Milik siapa konflik? Permasalahan yang muncul di antara manusia, baik secara alami maupun hukum, berkembang menjadi perselisihan dan kemudian diselesaikan, dengan bantuan hakim atau pihak netral lainnya. Jelas bahwa mereka bukan milik pihak-pihak yang berselisih, karena tindakan main hakim sendiri sering kali dikriminalisasi. Para pihak tidak mempunyai pilihan untuk mengakses hak-hak hukum mereka selain bersepakat di antara merek sendiri atau beralih ke pihak ketiga. Dengan mengkriminalisasi tindakan main hakim sendiri, kekuasaan atas konflik dialihkan dari pihak-pihak yang terlibat kepada pihak ketiga yang netral, yang dapat berupa pihak swasta atau pemerintah yang memberikan layanan resolusi. Namun, konflik juga bukan milik pihak ketiga, karena wewenangnya bergantung pada permulaan prosedur, yang hanya dapat dilakukan oleh satu atau lebih pihak. Keputusan hukum mempunyai dampak yang lebih luas dibandingkan hanya terhadap kehidupan para pihak, meskipun hal ini sering kali merupakan dampak yang paling menonjol. Keputusan dapat membentuk sekumpulan kasus hukum atau menjadi preseden yang mengikat yang memberikan harapan hukum yang lebih beralasan bagi pihak lain. Perselisihan pribadi menguntungkan masyarakat luas. Apakah ini berarti konflik adalah milik kita semua? Atau kepada negara sebagai wakil rakyat?

Menjadi jelas bahwa ada beberapa klaim atas kepemilikan konflik dan, yang lebih penting, konflik dan penyelesaiannya merupakan hal yang penting. Namun, seperti anak-anak dalam puisi Gibran, konflik cenderung menghindari kepemilikan. Beberapa posisi dapat diperdebatkan di sini. Pihak-pihak yang terlibat sangat peduli terhadap penyelesaian konflik mereka, namun negara, dan bahkan pasar, juga ingin mempunyai pendapat. Kita dapat berargumen untuk mendukung peningkatan otonomi partai sehingga pihak-pihak yang berselisih mempunyai hak tunggal untuk memutuskan bagaimana konflik mereka diselesaikan, secara pribadi atau publik, menurut hukum atau kriteria lain, dengan menggunakan kekerasan atau dengan solusi damai. Namun, solusi seperti itu dipandang mengarah pada tindakan main hakim sendiri dan balas dendam, yang kemudian mengancam stabilitas masyarakat.

Untuk menjaga perdamaian dan ketertiban dalam hubungan sosial, kita dapat menyatakan bahwa konflik melepaskan diri dari pihak-pihak yang terlibat. Mereka menjadi sesuatu yang terpisah dari asal muasalnya, mereka muncul melalui partai-partai tetapi bukan dari partai-partai. Konflik menjadi praktik sosial. Itu adalah sesuatu yang perlu diselesaikan oleh pihak luar agar kita dapat memisahkan kekuasaan dan hukum satu sama lain. Konflik kemudian akan menjadi masalah publik yang memiliki relevansi sosial yang nyata. Mereka akan menjalankan fungsi sosial dan menjadi milik masyarakat secara keseluruhan, yang akan menyoroti pentingnya mereka dalam menciptakan preseden hukum dan dalam memberikan

kesinambungan harapan dan interaksi di masa depan. Negara mempunyai peran penting dalam menjaga ketertiban dan stabilitas sosial, sehingga kita dapat mengklaim bahwa baik negara maupun seluruh masyarakat mempunyai hak suara dalam konflik.

Namun, sebagai pengganti pembangunan sosial dan diferensiasi fungsional masyarakat, penyelesaian perselisihan juga menjadi sebuah pasar. Layanan penyelesaian sengketa semakin sering disediakan oleh badan swasta yang mengambil peran sebagai pihak ketiga yang netral. Karena kebebasan untuk terlibat dalam aktivitas komersial merupakan hak mendasar yang diatur dalam beberapa Konvensi hak asasi manusia, klaim bahwa konflik hanya merupakan tanggung jawab negara sulit untuk dipertahankan secara absolut. Jadi yang menjadi sasaran konflik adalah para pihak, pihak ketiga yang netral, pelaku pasar ekonomi, serta negara dan masyarakat luas. Jadi, siapa yang mempunyai, atau seharusnya, mempunyai suara dalam penyelesaian konflik? Dan yang paling penting, pendapat siapa yang paling berbobot? Jawaban terhadap pertanyaan siapa yang kita percayai mempunyai implikasi terhadap membenaran. Perspektif yang berbeda berhubungan dengan kepentingan dan nilai yang berbeda dan pemilihan perspektif akan mempengaruhi peran yang kita berikan kepada para pihak dan negara untuk menentukan penyelesaian sengketa yang seharusnya.

Tergantung pada arah mana yang kita ambil, apakah kita menonjolkan pentingnya perspektif partai dan kebutuhan mereka untuk menemukan penyelesaian cepat atau apakah kita lebih mementingkan kepentingan publik, hal ini akan mempengaruhi cara kita memandang membenaran. Konsepsi mengenai fungsi publik dalam sengketa inilah yang digunakan untuk mendorong tindakan negara dalam penyelesaian sengketa. Sebaliknya, kita dapat menentang peran negara dengan menekankan perspektif pasar (dan kepentingan penyedia solusi swasta). Mengambil perspektif partai akan mengarah pada klaim bahwa penyedia penyelesaian sengketa tidak penting selama para pihak puas dengan solusinya. Posisi-posisi ini mempengaruhi sumber membenaran mana yang kita anggap menentukan. Namun, narasi-narasi membenaran sering kali terjalin dan muncul secara bersamaan. Kita akan kehilangan satu poin jika kita menyangkal bahwa semua kepentingan partai, pasar, negara, dan masyarakat relevan dengan penyelesaian sengketa dan membenaran lahir dari semua ini. Namun, akan menjadi penyederhanaan yang berlebihan jika kita berpegang pada gagasan bahwa suatu kelompok mungkin mempunyai hak prinsip prima nocta atas kepemilikan konflik. Kita dapat mengklaim bahwa semua pengelolaan konflik, baik melalui model penyelesaian sengketa swasta maupun publik, menjalankan fungsi publik dengan mencegah eskalasi konflik, dan dengan demikian melindungi perdamaian dan ketertiban dalam masyarakat. Seperti yang dinyatakan oleh Hörnle, bahkan arbitrase, yang sering kali diidentifikasi sebagai bersifat rahasia dan pribadi, tidak sepenuhnya bersifat pribadi; pada kenyataannya, ia memenuhi fungsi publik yang mirip dengan litigasi. Menurut argumennya yang kuat, hal ini disebabkan karena arbitrase melayani kepentingan publik sehingga peraturan hukumnya bersifat mengikat dan putusan arbitrase diberikan akses terhadap penegakan publik. Pernyataan yang sama mengenai interaksi antara penyelesaian sengketa privat dan publik telah dibuat bahkan lebih awal. Klaim bahwa model penyelesaian sengketa privat dan publik berbeda dapat dipertanyakan dengan mengacu pada pernyataan Mnookin dan Kornhauser bahwa

penyelesaian sengketa privat sama sekali tidak mengabaikan proses litigasi; sebaliknya, hal ini dapat dilihat sebagai “perundingan di bawah bayang-bayang hukum”, dimana hukum juga menciptakan konteks penyelesaian privat di luar pengadilan. Namun, pandangan ini dapat dikritik dengan menyatakan bahwa, pada akhirnya, pengaruh litigasi terhadap penyelesaian sengketa pribadi sulit diukur dan bahkan mungkin tidak ada.

Untuk memahami bagaimana pembenaran tercipta melalui interaksi antara hukum dan negara, kita perlu mengingat fungsi sosial dari konflik. Secara tradisional, kami menekankan pentingnya fungsi sosial ini. Dalam doktrin hukum acara, penekanan ini berarti menghubungkan penyelesaian sengketa dengan negara-bangsa. Hal ini dilakukan dengan memberikan hak tunggal kepada negara untuk mengatur bagaimana konflik diselesaikan, guna memenuhi fungsi sosial tersebut. Untuk tujuan ini, peran kekuasaan berdaulat disebut sebagai monopoli negara dalam penyelesaian sengketa.

5.2 KONSEP KEDAULATAN

Konsep kedaulatan sulit untuk didefinisikan, karena konsep tersebut sarat dengan sejarah dan perdebatan filosofis. Seperti yang ditunjukkan oleh Mutanen, mustahil untuk memberikan studi komprehensif tentang karya filosofis mengenai kedaulatan atau bahkan gambaran umum, karena luasnya cakupan negara-negara di dunia. Kedaulatan telah mendapat perhatian dalam literatur. Menurut *Encyclopaedia Britannica*, kedaulatan adalah 'pengawas, atau otoritas tertinggi, dalam proses pengambilan keputusan negara dan dalam pemeliharaan ketertiban dan terkait erat dengan konsep yang sulit tentang negara dan pemerintahan serta konsep kemerdekaan dan demokrasi'. Sejak abad kedelapan belas, teori konstitusional sebagian besar menganggap kedaulatan dan kekuasaan negara saling terkait, karena keduanya bermuara pada monopoli kekerasan. Dalam konteks ini Dalam kajian ini, tidaklah mungkin atau bahkan bermanfaat untuk menggambarkan secara rinci perubahan-perubahan yang terjadi dalam konsep kedaulatan atau dalam masyarakat sekitar, subsistem hukum, politik atau ekonomi, sejak abad kedelapan belas. Setelah revolusi Perancis dan Amerika pada abad kedelapan belas, kedaulatan terkadang dianggap berasal dari rakyat, dalam tradisi kedaulatan rakyat. Meskipun persepsi ini saat ini dapat ditafsirkan sesuai dengan prinsip demokrasi, pada abad kedelapan belas kedaulatan dikaitkan dengan absolutisme. Seperti yang sering terjadi pada prinsip-prinsip ideal tersebut, kedaulatan dapat dirancang untuk mencapai berbagai tujuan dan bahkan tujuan yang berbeda-beda. Ketidakstabilan dan ambiguitas gagasan ini mungkin menjadi alasan mengapa kedaulatan dan negara-bangsa telah terbukti menjadi landasan fundamental yang berumur panjang. konsep dalam hukum konstitusional dan internasional, seperti yang disarankan oleh Mutanen.

Konsep kedaulatan, karena merupakan penghubung antara hukum dan politik, terlibat dalam wacana kekuasaan dan kekerasan, konsep itu sendiri merupakan produk dari praktik-praktik diskursif ini, seperti yang ditunjukkan oleh Foucault. Meskipun studi komprehensif tentang kedaulatan tidak bisa dipungkiri lagi. ruang lingkup buku ini, diperlukan uraian singkat tentang akar filosofisnya.

Mendekonstruksi Asal Muasal Monopoli Negara

Konsep kedaulatan secara resmi diperkenalkan oleh filsuf politik Perancis Jean Bodin dalam bukunya *Les Six livres de la République* pada tahun 1576. Bagi Bodin, kedaulatan adalah 'kekuasaan republik yang absolut dan abadi', yang mencakup semua kekuasaan legislatif yang tidak dapat dibagi-bagi. Namun, kedaulatan Bodin mengacu pada kesatuan kekuasaan tertinggi, puncak piramida otoritas, seperti yang telah ditunjukkan oleh profesor Stéphane Beaulac. Konsep tersebut awalnya dimaksudkan untuk menggambarkan perlunya kekuasaan raja yang terpusat, yaitu dalam urusan internal suatu negara. Belakangan, perspektif eksternalitas ditambahkan ke dalam konsep tersebut, sebagaimana dijelaskan oleh Beaulac. Bersamaan dengan penambahan efek eksternal, konsep ini telah meluas melampaui batas-batas negara berdaulat hingga ke dalam konteks hukum suatu bangsa.

Kedaulatan Bodin berperan dalam peralihan kekuasaan dari penguasa feodal ke raja, ke sistem pemerintahan yang lebih terpusat yang menandai transformasi dari feodalisme ke nasionalisme awal. Setelah teori awal Bodin, prinsip kedaulatan melekat pada konsep negara setelah Perjanjian Perdamaian Westphalia yang mengakhiri perang tiga puluh tahun. Konsep kedaulatan Westphalia jelas merupakan asal mula negara teritorial, yang melaluinya para penguasa sekuler menegaskan kembali kekuasaan atas wilayah mereka sendiri. Oleh karena itu, lahirnya negara teritorial terjadi di bawah bayang-bayang perebutan kekuasaan antara pemimpin sekuler dan kanonik, penjaran antara penguasa teritorial dan otoritas Paus. Yang paling penting, konsep ini menciptakan batas-batas dan yurisdiksi teritorial di sampingnya, yang masih menjadi konsep utama hukum acara. Tujuan model Westphalia adalah untuk membangun sistem hukum internasional untuk mengoordinasikan penyelesaian konflik teritorial antar negara berdaulat. Namun, meskipun sistem seperti itu tidak muncul, model negara teritorial berdaulat Westphalia tetap menjadi model kerja sama internasional bagi negara-negara Eropa.

Pada abad ketujuh belas konsep kedaulatan dievaluasi melalui teori kontrak sosial. Dalam teori kontrak sosial, otoritas kedaulatan negara diciptakan oleh persetujuan individu yang, dengan menyerahkan kebebasannya (seperti yang ada dalam keadaan alami), mendapatkan perlindungan dari kedaulatan. Konsep keadaan alamiah, yang mendahului penciptaan kekuasaan berdaulat, dan konsep kontrak sosial, yang merupakan instrumen transfer kekuasaan, merupakan hal yang penting dalam teori kontrak sosial. Dua karya paling berpengaruh mengenai pembentukan negara berdaulat melalui kontrak sosial adalah *Leviathan* (1651) karya Thomas Hobbes, yang sering digambarkan menganjurkan absolutisme bagi penguasa yang berdaulat, dan *Two Treatises of Government* (1689) karya John Locke, yang menempatkan batas kekuasaan penguasa.

Pertanyaan yang membedakan teori Hobbes dan Locke adalah apakah pembatasan berlaku terhadap kekuasaan negara atau tidak. Namun, baik Locke maupun Hobbes menganggap bahwa kewenangan pidana dan monopoli penyelesaian sengketa diserahkan kepada kedaulatan melalui kontrak sosial.

Kedaulatan absolut Hobbes

Keadaan alamiah Hobbes didefinisikan sebagai 'perang semua melawan semua', di mana secara teori, setiap individu mempunyai kebebasan yang tidak dibatasi. Dalam praktiknya, kebebasan ini dibatasi oleh ancaman serangan terus-menerus dari individu lain. Tidak ada pelanggaran ringan atau kewajiban yang harus dihukum, karena tidak ada otoritas hukuman dalam sifat alami Hobbes. Ia mendefinisikan hukuman hanya dalam kaitannya dengan Yang Berdaulat, mengikuti kontrak sosial yang menetapkan otoritas tersebut: Suatu Hukuman, adalah suatu Kejahatan yang dilakukan oleh Penguasa publik, terhadap orang yang telah melakukan, atau menghilangkan apa yang Dinilai oleh Penguasa yang sama sebagai Pelanggaran Hukum; dengan tujuan agar kehendak manusia dapat lebih diarahkan pada ketaatan.

Menurut Kingsbury dan Straumann, 'tidak ada, tidak ada kemungkinan pelanggaran yang dapat memicu hak untuk menghukum' dalam kondisi alamiah Hobbes. Hobbes menganggap penyerahan otonomi individu sebagai ganti perdamaian sebagai hal yang mutlak; hanya hak untuk mempertahankan diri yang tersisa dalam otonomi individu. Setelah menegakkan kedaulatan melalui akuisisi atau institusi, kedaulatan mempunyai hak untuk mengadili dalam semua kasus hukum dan faktual. Menurut pembacaan Stanlick terhadap Hobbes, negara mempunyai kewajiban untuk mempertahankan kedaulatannya, dan melemahkan kedaulatan tersebut dengan menyerahkan sebagian kekuasaannya kepada negara lain, yaitu dengan menciptakan sistem hukum internasional antara negara-negara berdaulat dengan norma-norma hukum yang mengikat, berarti negara tersebut bertindak bertentangan dengan tujuan fundamentalnya dan prinsip pelestarian diri.

Tarlton bahkan melangkah lebih jauh lagi dengan menyatakan bahwa pemeliharaan tatanan politik kedaulatan bergantung pada keefektifan mekanisme kontrol kedaulatan, yaitu seberapa efektif kedaulatan dapat mencegah individu saling menyerang. Lebih lanjut, Kingsbury dan Straumann menjelaskan tugas kedaulatan untuk melindungi negara. rakyatnya mempunyai fungsi ganda, yang bekerja baik di dalam negara maupun di luar wilayahnya dalam kaitannya dengan negara-negara lain: di satu sisi, negara menyelesaikan konflik-konflik internal dan, di sisi lain, menjamin perlindungan terhadap serangan eksternal. Dengan demikian, Interpretasi Hobbes menunjukkan bahwa penyelesaian sengketa yang efisien merupakan bagian dari tanggung jawab negara, dan mengubah hak negara menjadi kewajiban.

Katup pengaman Lockean 'objektif'

Meskipun Hobbes dapat dipandang mendukung monarki absolut, teori kontrak sosial Locke umumnya dipandang mendukung demokrasi mayoritas. Dalam kondisi alami Locke, otoritas pidana adalah milik semua individu, yang bertindak sebagai hakim dan penegak hukum dalam pelanggaran terhadap diri mereka sendiri; namun, bias mereka yang nyata menyebabkan mereka bertindak berdasarkan emosi dan balas dendam, bukan berdasarkan keadilan dan objektivitas. Bagi Locke, hukum alam memang ada dalam keadaan alamiah; namun demikian, penegakan hukum tersebut kurang baik karena semua individu mempunyai hak untuk menerapkannya. Konsekuensinya, kekuasaan kedaulatan diberikan kepada

mayoritas komunal melalui persetujuan, untuk menjaga hak individu atas properti dan bertindak demi kebaikan masyarakat. Dalam teori Locke, kekuasaan yang diserahkan kepada penguasa bersifat mutlak namun terbatas pada tujuan pembentukannya, yaitu demi kebaikan masyarakat. Karena pembatasan ruang lingkup hak prerogatifnya, kita mungkin bertanya apakah konsep Locke tentang ruang lingkup kekuasaan berdaulat berbeda dengan konsep Hobbes. Namun, Hobbes dan Locke mendefinisikan kedaulatan melalui tujuan kontrak sosial: keberadaan kedaulatan didasarkan pada kemampuannya untuk melindungi dan memelihara perdamaian.

Mengenai hubungan antar negara, Locke mengkaji kemungkinan persemakmuran global yang muncul dari keadaan alamiah internasional. Dalam keadaan alami ini, kebebasan setiap negara dibatasi oleh kebebasan negara lain. Menurut Cox, kondisi global Locke 'memberikan sedikit ruang bagi pilihan mengenai apakah suatu pemerintah akan atau tidak terlibat dalam persaingan umum untuk mendapatkan kekuasaan dan keuntungan'. Secara alamiah, kebijakan luar negeri suatu negara bertujuan untuk memaksimalkan kekuatan militernya. dan kekuatan ekonomi dalam kaitannya dengan negara-negara lain, yang mengakibatkan perlombaan untuk mendominasi. Hal ini mengarah pada insentif untuk membangun persemakmuran global. Terlepas dari insentif ini, penciptaan persemakmuran global mungkin gagal karena kurangnya kesamaan latar belakang budaya dan nasional. Namun, seperti yang dikemukakan Cox, filosofi politik Locke sebenarnya tidak mencakup teori hubungan internasional, meskipun jelas bahwa ia tidak menganjurkan negara dunia global.

5.3 KEDAULATAN DAN GLOBALISASI

Berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh Locke dan Rousseau, persepsi absolutis mengenai kedaulatan kemudian diterjemahkan menjadi kedaulatan rakyat pada abad kedelapan belas. Gagasan kedaulatan rakyat ini memandang rakyat sebagai sumber kekuasaan berdaulat. Penafsiran ini kemudian dimasukkan ke dalam konstitusi revolusioner Amerika dan Perancis pada akhir abad itu. Meskipun teori kontrak sosial telah berkembang dalam kondisi sosial yang sangat berbeda, sisa-sisa teori tersebut masih ada dalam pemahaman kita saat ini tentang hubungan antara masyarakat, hukum, pemerintahan, dan persetujuan orang yang diperintah. Akar ini dapat ditemukan, misalnya, pada peran utama prinsip demokrasi, yang berakar pada kedaulatan rakyat. Persetujuan dari rakyat yang diperintah ini, yang menariknya juga merupakan dasar dari hubungan kontraktual, merupakan hal yang penting dalam pembenaran demokratis atas penciptaan peraturan, dalam yurisdiksi, di mana 'kita' menyampaikan hukum kepada kita.

Beberapa pakar telah membahas masa depan kedaulatan di dunia yang terglobalisasi, di mana integrasi Eropa dan globalisasi pasar dan komunikasi telah menciptakan persaingan otoritas di samping supremasi tradisional negara-bangsa. Castells telah menganalisis perubahan negara-bangsa yang disebabkan oleh globalisasi pada umumnya dan munculnya teknologi baru pada khususnya. Ketika kejahatan, pasar keuangan dan teknologi semakin terlepas dari negara, kedaulatan semakin banyak dimiliki oleh banyak pemangku kepentingan selain negara. Menurut Castells, kita sedang menyaksikan 'erosi sistemik kekuasaan [negara-

bangsa'] mereka sebagai imbalan atas ketahanan mereka'. Alih-alih kehancuran negara-bangsa, Castells menyarankan munculnya negara jaringan, di mana negara-negara akan menjadi simpul dalam jaringan kekuasaan. Alih-alih menjunjung tinggi konsep kedaulatan absolut Bodin, Castells justru mengklaim bahwa sebagian dari kedaulatan justru beralih ke luar negara dan negara-negara menjadi semakin bergantung satu sama lain dan kepada pemain lain dalam jaringan kekuasaan.

Mutanen mengkaji peran dan penafsiran kedaulatan dalam konteks integrasi Eropa dan UE dan menanyakan apa yang berubah mengenai kedaulatan negara karena negara-negara anggota telah mengalihkan sebagian kekuasaan kedaulatan mereka ke UE. Analisis komparatifnya tentang bagaimana kedaulatan diinterpretasikan dan dirasakan di berbagai negara anggota UE menggambarkan bagaimana perubahan yang disebabkan oleh integrasi diakui dalam pemahaman konstitusional nasional. Sifat paradoks dalam menggabungkan teori kedaulatan dengan praktik konstitusional saat ini menimbulkan pertanyaan mengenai ruang lingkup fleksibilitas konsep tersebut. Mutanen menilai konsep kedaulatan masih relevan dalam hukum ketatanegaraan dan, dengan reinterpretasi, teori tersebut dapat diakomodasi pada pluralisme konstitusional modern, yang ia anjurkan sebagai solusinya. Terbukti, konsep kedaulatan telah menghadapi beberapa perubahan masyarakat dan banyak kritik. Meskipun demikian, baik teori negara-bangsa maupun teori kedaulatan telah membuktikan konsep yang kuat. Meskipun terdapat kritik yang mendasar dan keras, kedua konsep tersebut masih menjadi titik awal teorisasi hubungan kekuasaan di dunia global. Mutanen menganggap bertahannya perdebatan mengenai kedaulatan sebagai tanda bahwa konsep tersebut belum kehilangan signifikansinya. Menurut Mutanen, kegigihan ini setidaknya sebagian dapat dijelaskan oleh ambiguitas dan sifat kontekstual dari konsep itu sendiri, karena fleksibilitas interpretasi memungkinkan kemampuan beradaptasi terhadap perubahan lingkungan masyarakat.

Pertanyaan yang saya ajukan berangkat dari sini. Apakah fleksibilitas penafsiran kedaulatan cukup dapat disesuaikan agar sesuai dengan konsep kedaulatan dengan perubahan lingkungan penyelesaian sengketa? Adakah penafsiran kedaulatan yang dapat menjunjung posisinya sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa? Jika kita mengubah konteks dari integrasi Eropa ke teknologi penyelesaian sengketa global, apa peran negara dan ruang lingkup kekuasaan kedaulatannya?

5.4 KEDAULATAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Kedaulatan sebagai monopoli negara dalam penyelesaian sengketa

Kita telah mencapai titik di mana pertanyaan tentang kepemilikan suatu konflik bertabrakan dengan pertanyaan mengenai pembenaran, yang kemudian muncul lagi karena konsekuensi penerapan teknologi terhadap penyelesaian perselisihan. Unsur sosial dalam konflik telah mengarahkan doktrin tersebut pada kedaulatan negara sebagai prinsip konstitutif yang menjadi dasar pembenaran. Setelah itu, saya mendemonstrasikan bagaimana konsep kedaulatan muncul, diinterpretasikan, dan ditafsir ulang selama berabad-abad setelah Perjanjian Westphalia. Selanjutnya, pertanyaan tentang kedaulatan perlu dibingkai ulang

dalam konteks teknologi penyelesaian sengketa dan sebagai sumber pembenaran, sebelum membahas apakah fleksibilitas prinsip kedaulatan memungkinkan kita untuk menafsirkan ulang prinsip tersebut untuk mengakomodasi kebutuhan pembenaran di era perselisihan. teknologi resolusi.

Hal ini membawa kita mempertanyakan apa arti kedaulatan negara dalam penyelesaian sengketa. Karena politik negara jarang mengambil sikap dalam proses penyelesaian individual, hubungan erat antara hukum dan negara diwujudkan melalui undang-undang dan sistem peradilan yang diatur oleh negara. Referensi langsung terhadap kedaulatan negara jarang disebutkan, namun prinsip tersebut disaring melalui doktrin sebagai monopoli negara dalam penyelesaian sengketa. Untuk mengkaji kedaulatan negara sebagai sumber pembenaran, sebagai penghubung struktural antara sistem hukum dan sistem politik, kita perlu mendefinisikan monopoli negara ini, bagaimana negara bereaksi terhadap tantangan baru yang menantanginya, dan di mana negara tersebut memperoleh kekuasaannya. Perubahan posisi negara terkait dengan munculnya beragam fenomena seperti globalisasi, penegakan hukum oleh swasta, pengenalan teknologi dan munculnya Internet. Namun, tujuan buku ini bukan untuk mengambil sikap yang mendukung atau menentang kedaulatan, namun untuk menjelaskan bagaimana kedaulatan digunakan sebagai sumber pembenaran. Terdapat banyak koleksi penelitian yang dikhususkan untuk analisis kedaulatan di era informasi, namun pendekatan yang digunakan di sini adalah penyelesaian sengketa. Oleh karena itu, pembahasannya dibatasi untuk mencapai tujuan ini, meskipun beberapa teori lain memerlukan analisis yang tepat berdasarkan manfaatnya.

Pada titik ini, cukuplah menggambarkan kedaulatan sebagai supremasi suatu otoritas tunggal atas wilayah teritorial tertentu. Namun supremasi ini terus-menerus mendapat serangan akibat globalisasi pasar, keuangan, politik dan teknologi. Dalam bahasa politik, kedaulatan didefinisikan dalam istilah kekuasaan dan pengaruh, meningkatnya saling ketergantungan antar negara di arena global. Dalam sistem hukum, prinsip kedaulatan dikodekan dalam bahasa legal/ilegal, dengan dorongan transendental. untuk membenarkan penggunaan kekerasan. Dalam kedaulatan, sistem politik dan hukum saling tumpang tindih. Ini berarti bahwa operasi tersebut dilakukan bersama oleh pengkodean kedua sistem. Dalam sistem politik, kedaulatan mengikuti bahasa politik, yaitu medium kekuasaan yang digeneralisasikan yang membedakan antara kekuasaan dan oposisi. Kedaulatan merupakan struktur yang dibentuk oleh operasi bersama dan diberi bentuk konstitusi. Penggabungan struktural konstitusi juga menjelaskan mengapa sistem hukum menyatukan konsep kedaulatan, pentingnya negara-bangsa, dan mandat pengadilan umum dalam penyelesaian sengketa. Secara tradisional, ketiga fenomena ini mempunyai keterkaitan yang erat, meskipun hal ini tidak lagi berlaku dalam perspektif sistem politik.

Luhmann mengidentifikasi penggandengan struktural antara sistem politik dan sistem hukum sebagai konstitusi suatu negara, yang mentransformasikan bahasa kekuasaan dan hukum. Sistem hukum secara tidak sengaja menyederhanakan bahasa kekuasaan, karena nuansa wacana kekuasaan tidak relevan dengan sisi hukum dari kopleng struktural. Kekuasaan politik untuk membuat undang-undang dibaca sebagai sumber perundang-undangan oleh

sistem hukum. Tentu saja, kekuasaan perundang-undangan bukanlah satu-satunya sumber hukum namun tetap menempati posisi utama dari sudut pandang sistem. Dapat dipertanyakan apakah sistem hukum mampu memahami bahasa kekuasaan (politik) hanya jika sistem tersebut digabungkan dengan kekuasaan legislatif, karena hal ini memberikan bahan bakar bagi penerapan kode etik oleh sistem tersebut, untuk *autopoiesis*nya.

Sistem hukum sangat erat kaitannya dengan wilayah teritorial suatu negara-bangsa. Hal ini juga menjelaskan mengapa sistem hukum mengalami kesulitan dalam beradaptasi terhadap isu-isu hukum yang muncul dalam sub-sistem ekonomi, politik, teknologi, atau rezim swasta yang mengglobal. Munculnya rezim-rezim swasta tidak menentang hubungan antara hukum dan negara-bangsa, namun lebih tepatnya rezim-rezim tersebut mengungkapkan keberadaan hubungan ini dan menantang kegunaannya. Pertanyaannya adalah apakah mungkin hukum memahami kekuasaan berdaulat tanpa adanya hubungan dengan negara, atau memahami kekuasaan dalam konteks saling ketergantungan. Jika ya, bagaimana bahasa kekuasaan diterjemahkan ke dalam bahasa hukum? Melalui penggabungan struktural baru, melalui pendefinisian ulang kedaulatan, atau dengan mengesampingkan kedaulatan dan mencari hal lain? Jika tidak, apakah sistem hukum akan mengalami nasib yang sama seperti negara-bangsa, yakni berada di bawah semakin terkekangnya sistem global, yang membatasi ruang lingkup kekuasaannya? Jika sistem hukum tidak dapat melepaskan diri dari hubungannya dengan negara-bangsa, bagaimana sistem tersebut dapat menegakkan harapan (terlepas dari kekecewaannya) dalam masyarakat global?

Inilah pertanyaan mendasar terkait kedaulatan sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa. Di akhir bab ini saya akan memberikan beberapa jawaban awal atas pertanyaan-pertanyaan tersebut. Sebelum itu, kita perlu memahami cara-cara konkret di mana kedaulatan mempengaruhi operasional sistem hukum dan menemukan fungsi mendasar di balik penerapan prinsip ini sebagai konsep justifikasi konstitutif. Contoh nyata kedaulatan dalam penyelesaian sengketa ini berkaitan dengan yurisdiksi teritorial sebagai dasar hukum acara internasional dan monopoli negara atas kekerasan, yang merupakan asal mula monopoli negara dalam penyelesaian sengketa. Dengan adanya tindakan nyata ini, sifat menjengkelkan dari teknologi sekali lagi menjadi nyata.

Konsep yurisdiksi teritorial yang pada akhirnya bertumpu pada kedaulatan merupakan konsep dasar hukum acara. Berdasarkan prinsip ini, negara mempunyai kekuasaan yang hampir tidak terbatas di negaranya sendiri, namun pengaruh sistem hukum suatu negara sangat terbatas di negara lain. Meskipun konseptualisasi ini menjaga kepentingan negara yang berdaulat, hal ini juga menimbulkan hambatan bagi berfungsinya hukum ketika dua atau lebih sistem hukum negara saling tumpang tindih. Untuk meningkatkan perdagangan dan interaksi, diperlukan solusi kerja sama yang efektif. Namun, berdasarkan kedaulatan, suatu negara dapat memperluas pengaruhnya ke luar wilayahnya hanya dengan persetujuan negara di wilayah mana pengaruh tersebut terjadi. Dengan memberikan persetujuan terhadap tindakan prosedural negara asing, suatu negara memperluas kedaulatannya sendiri di luar wilayahnya. Hal ini terjadi secara timbal balik. Trade-off ini menuntut diperbolehkannya tindakan serupa yang dilakukan oleh negara lain di wilayah negara bagian pertama.

Hukum acara internasional telah mengikuti prinsip kedaulatan ini, karena pemberian pengaruh terhadap keputusan asing paling sering dibuat oleh Konvensi multilateral internasional. Konvensi semacam itu telah dirancang untuk semua tahap litigasi, mulai dari pengakuan dokumen asing dan penyerahan dokumen hingga pengambilan bukti. Bantuan hukum bagi orang asing dan acara perdata.

Hal ini berhubungan dengan keadaan alamiah Hobbesian dan pertanyaan tentang keadaan alamiah antara negara-negara yang berdaulat. Bagi Hobbes, keadaan alamiah antara negara-negara berdaulat yang berbeda diterjemahkan menjadi kekosongan kekuasaan yang koheren, sebuah wilayah tak bertuan yang normatif, di mana tidak ada kekuasaan yang dapat dijangkau oleh satu negara pun. Aspek internal kedaulatan, yaitu tanggung jawab untuk memberikan penyelesaian sengketa yang efektif bagi warga negaranya, hingga saat ini telah cukup disediakan oleh metode teritorial lokal dan metode berbasis persetujuan yang relatif tidak signifikan seperti *lex mercatoria* untuk situasi lintas batas. Namun, di era penyelesaian sengketa online (ODR), warga negara secara individu semakin banyak orang yang mengakses ruang normatif eksternal ini melalui e-commerce dan tindakan komunikasi lintas batas lainnya, yang secara tiba-tiba mengubah tanggung jawab negara. Untuk melaksanakan tanggung jawab internalnya dan untuk menegakkan kedaulatan internal dalam hubungannya dengan warga negaranya, penguasa harus dapat memperluas kekuasaannya ke luar, namun hal ini akan melanggar kedaulatan negara lain. Tanpa kerja sama yang efektif, negara-negara yang berdaulat akan gagal menjalankan tugas internal mereka, karena tindakan individu tidak akan terikat pada negara-bangsanya, namun penyelesaian sengketa atas perselisihan yang timbul dari tindakan-tindakan tersebut akan terikat.

Tampak jelas bahwa ada beberapa kaitan antara kedaulatan Hobbesian dan cara penafsiran kedaulatan negara dalam hukum acara lintas batas. Keduanya memandang kedaulatan sebagai konsep biner, yang mencakup aspek eksternal dan internal. Kedaulatan eksternal melindungi negara dari intervensi negara lain dan sekaligus membatasi tindakan negara terhadap negara lain. Dalam hubungan eksternal, ruang lingkup kekuasaan negara terbatas pada tidak adanya tindakan. Namun, belum ada instrumen hukum acara yang diciptakan untuk menjawab perselisihan jenis baru yang muncul secara online. Sebaliknya, skema ODR dipromosikan oleh operator swasta dan semakin banyak menerima dukungan publik, misalnya, dari UE dan UNCITRAL. Meskipun terdapat dukungan publik dan legislatif terhadap ODR dan isu ini telah ada selama 20 tahun, mekanisme konvensional (!) belum diterapkan untuk mengatasi kesulitan sengketa online.

Sengketa internet sangatlah sulit karena biasanya didasarkan pada transaksi online bernilai rendah antara pihak-pihak yang berjauhan secara geografis, yang sebelumnya tidak saling mengenal satu sama lain. Dapat dikatakan bahwa ODR berpotensi menggantikan litigasi negara sebagai arus utama. Namun, meningkatnya minat negara dalam mengatur perselisihan online dapat mengarah pada konvergensi litigasi negara dan ODR, yang dapat menjadi solusi bagi krisis pembenaran yang disebabkan oleh penegakan hukum oleh pihak swasta. Sebelum menanyakan apa peran negara dalam teknologi penyelesaian sengketa di masa depan, kita perlu memahami hubungan antara litigasi yang diatur oleh negara dan pembenaran. Sistem

hukum secara historis mendapatkan pembenaran atas fungsinya dari mesin negara, dari sistem politik.

Pembenaran ini mempunyai dua bentuk dalam penyelesaian sengketa. Pertama, hubungan antara hukum dan politik menjadi dasar yurisdiksi teritorial. Ini adalah landasan kerja sama internal yang terjadi dalam Konvensi multilateral. Kedua, agenda negara dalam sistem hukum ditopang oleh konsep monopoli negara dalam penyelesaian sengketa. Ini adalah sisi lain dari yurisdiksi teritorial sekaligus perwujudan monopoli negara atas kekerasan. Karena yurisdiksi teritorial diarahkan secara eksternal terhadap negara lain untuk menghindari intervensi dari mereka, maka monopoli negara dalam penyelesaian sengketa berdampak pada warga negaranya sendiri. Monopoli negara berarti bahwa negara mengatur akses terhadap penegakan hukum dan memberikannya hanya pada keputusan yang disahkan oleh pengadilan negara. Dalam hal ini, monopoli negara dalam penyelesaian sengketa hanyalah salah satu aspek dari monopoli negara dalam hal kekerasan. Untuk mempertahankan basis kekuasaannya yang berupa hak eksklusif atas kekerasan, negara menyediakan dan pada gilirannya harus menyediakan sarana penyelesaian sengketa yang efektif.

Baik aspek eksternal maupun internal terkait dengan tanggung jawab negara untuk memberikan perlindungan sebagai alasan utamanya. Monopoli eksternal negara melindungi warga negara dari kesewenang-wenangan undang-undang asing dan yurisdiksi yang mementingkan diri sendiri, sedangkan monopoli internal mencegah main hakim sendiri. Untuk mempertahankan monopoli atas kekerasan, negara harus menjalankan tugasnya memberikan perlindungan hukum secara efektif yaitu, negara harus menyediakan model penyelesaian sengketa yang efektif terhadap perselisihan warga negaranya. Kegagalan untuk menyediakan model-model tersebut dapat menyebabkan hilangnya stabilitas dan koherensi dalam penyelesaian sengketa. Hal ini karena pelarangan tindakan main hakim sendiri tidak lagi efektif dan menjadi tidak jelas perselisihan mana yang akan diberikan akses terhadap penyelesaian perselisihan dan berdasarkan standar apa perselisihan tersebut akan diselesaikan.

Perlu dicatat bahwa monopoli ini tidak bersifat historis dan tidak mencerminkan realitas penyelesaian sengketa. Sebaliknya, monopoli adalah praktik konseptual dan doktrinal yang melaluinya kita menjaga hubungan antara hukum dan politik. Namun, hubungan ini mengalami beberapa kesulitan teknis. Kedua bentuk kedaulatan dalam penyelesaian sengketa ini telah menyebabkan negara tidak mampu menyelesaikan permasalahan ODR secara efisien. Hal ini sejalan dengan realitas aktivitas online, yang seringkali berupa penjualan barang dalam skala kecil, seringkali melintasi batas negara. Elemen e-commerce yang bersifat lintas batas, bervolume tinggi, dan bernilai rendah telah menjadikan ambang batas litigasi lintas batas terlalu tinggi untuk dilewati oleh sebagian besar konsumen. Hal ini merupakan akibat dari yurisdiksi teritorial dan monopoli negara yang masih menjadi landasan doktrin hukum acara. Petunjuk geografis mengenai batas-batas negara sulit untuk digambarkan secara online. Karena sengketa Internet tidak dapat dilokalisasi pada yurisdiksi teritorial negara mana pun,

maka tidak akan ada monopoli negara dan jika satu negara mengklaim yurisdiksinya, maka negara tersebut melanggar hak yurisdiksi negara lain karena kebutuhan.

Jadi, jika monopoli negara merupakan sebuah praktik konseptual namun tidak sesuai dengan realitas konflik historis, mengapa hal tersebut berhenti berfungsi pada saat ini? Apakah selalu ada penyelesaian konflik di bawah bayang-bayang negara? Dan jika ya, mengapa ODR bisa membuat perbedaan? Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan ini, monopoli negara harus dipahami sebagai penjelasan mengenai penyelenggaraan penyelesaian sengketa melalui negara.

Perlu ditekankan bahwa saya tidak mengklaim penyelesaian sengketa pribadi sebagai pemecah masalah kedaulatan. Secara historis, tatanan swasta telah ada sepanjang pembentukan negara-bangsa, terlepas dari adanya negara-bangsa. Meskipun negara modern yang tersentralisasi memperluas kekuasaannya melalui pemberlakuan monopoli negara dalam penyelesaian konflik, terdapat contoh metode pengelolaan konflik informal berbasis masyarakat, perundingan penyelesaian dan pengadilan tiruan yang berfungsi di luar sistem penyelesaian sengketa publik dengan atau tanpa sepengetahuan pemerintah pusat. dapat ditemukan di sebagian besar negara modern. Kadang-kadang model pengelolaan konflik informal juga didorong oleh pemerintah.

Penyelesaian sengketa swasta bukanlah hal yang baru, namun ada dua perkembangan lain yang menjadikan model penegakan hukum tradisional yang berbasis negara tidak berfungsi lagi. Pertama, jumlah kasus yang berada di luar lingkup litigasi telah meningkat secara signifikan akibat aktivitas Internet. Kedua, penerapan teknologi telah mengubah isi pelaksanaan hukum, karena kontrol negara sebelum penegakan hukum dapat dilewati melalui penegakan hukum oleh pihak swasta. Akibatnya, yang terjadi bukan sekadar perubahan penyelesaian sengketa dari offline ke online, atau peningkatan beban kasus, atau kegagalan pengaturan ODR, atau penerapan inovasi teknologi, namun kombinasi dari beberapa faktor yang menjadi tantangan bagi penyelesaian sengketa. monopoli negara sebagai penjelasan doktrinal atas realitas perselisihan.

Dimana kita dapat menemukan kedaulatan dalam penyelesaian sengketa?

Kami telah menetapkan bahwa prinsip kedaulatan (dan penerapannya, monopoli negara dalam penyelesaian sengketa) merupakan konsep dasar kerja sama internasional dalam hukum acara. Namun prinsip-prinsip tersebut jarang ditemukan dalam kasus hukum Konvensi internasional. Artinya, yang dipertanyakan bukan keberadaannya, melainkan hakikatnya sebagai kebenaran yang terbukti dengan sendirinya. Namun, jejak kedaulatan dapat ditemukan dalam pembukaan, pasal-pasal konvensi mengenai ruang lingkup dan reservasi yang dibuat terhadap konvensi-konvensi tersebut serta dalam beberapa bentuk kasus hukum.

Pada bagian ini saya mencoba menemukan jejak-jejak tersebut dengan menggunakan undang-undang nasional Finlandia sebagai contoh. Perundang-undangan nasional sangat terikat dengan batas wilayah negara. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa hal ini bukanlah contoh yang representatif dalam menetapkan klaim kedaulatan sebagai sumber pembenaran. Argumen ini bukannya tidak berdasar, karena ruang lingkup penelitian ini adalah sengketa

perdata lintas batas dan klaim yang saya buat adalah mengenai penegakan hukum oleh pihak swasta yang merupakan disintegrasi kedaulatan dalam membenarkan penyelesaian sengketa. Namun, hal-hal inilah yang menjadi alasan mengapa diperlukan contoh peraturan perundang-undangan nasional.

Pertama, menggambarkan bagaimana pemahaman diri terhadap doktrin prosedural masih berangkat dari negara-bangsa, baik secara konkrit maupun abstrak. Konkritnya, undang-undang nasional menetapkan syarat-syarat yang menjadi dasar yurisdiksi pengadilan nasional, yaitu dapat menjalankan kekuasaannya sesuai mandat monopoli negara atas kekerasan. Secara abstrak, sumber otorisasi ini juga membentuk pemahaman tentang hubungan antara pengadilan dan negara. Pemahaman ini belum tentu merupakan pemahaman yang disadari; Bisa jadi ini merupakan asumsi bawaan dan tidak perlu dipertanyakan lagi bahwa penyelesaian sengketa harus diselenggarakan oleh negara berdasarkan ketentuan hukum konstitusi yang pasti.

Kedua, rujukan pada perundang-undangan nasional masih menjelaskan kerangka kerja pengadilan. Kerangka kerja serupa juga terdapat di sebagian besar yurisdiksi, meskipun mungkin terdapat perbedaan karena taktik legislatif atau budaya hukum. Namun, terdapat sedikit kemungkinan untuk mengubah tema utama, karena peraturan nasional cenderung menyelesaikan tugas yang relatif sederhana yaitu memberikan mandat kepada pengadilan nasional. Hal ini lebih lanjut diilustrasikan oleh kesederhanaan peraturan nasional. Meskipun terdapat perbedaan nyata baik dalam hukum konstitusional maupun hukum acara antar negara bagian, contoh sistem nasional berbicara lebih keras dibandingkan batas wilayah yang membatasi penerapannya.

Ketiga, peraturan perundang-undangan nasional semakin sering dilengkapi dengan instrumen hukum multinasional. Misalnya, ketika undang-undang UE berlaku, maka undang-undang tersebut akan diutamakan dan undang-undang nasional hanya diterapkan sebagai langkah kedua. Demikian pula, kasus hukum ECtHR diikuti dengan ketat, dan sebagian besar Negara Anggota Dewan Eropa mematuhi keputusan pengadilan. Oleh karena itu, ada kemungkinan bahwa peran undang-undang nasional dalam hukum acara berubah sebagai hasil dari kerja sama tersebut dan instrumen-instrumen ini berkontribusi pada konseptualisasi bersama di Eropa mengenai peradilan yang adil dan metode penyelesaian sengketa lintas batas yang efisien. Namun, perlu dicatat bahwa hukum acara bukanlah cikal bakal Eropaisasi atau internasionalisasi hukum. Asas *lex fori* yang berarti apapun hukum materiil yang berlaku, pengadilan selalu menerapkan aturan acaranya sendiri, diakui dan diterapkan secara luas. Selain itu, instrumen hukum acara UE memiliki cakupan terbatas dan tidak mencakup semua sektor dan kasus. Oleh karena itu, pencarian kedaulatan dalam penyelesaian sengketa akan menjadi tidak efektif jika instrumen nasional diabaikan. Dua contoh pekerjaan UNCITRAL dibahas. Yang pertama adalah Konvensi New York tahun 1958 yang dinegosiasikan melalui UNCITRAL, yang mempunyai 159 negara pihak, menetapkan kasus hukum, dan diakui serta dihormati secara luas. Contoh kedua menceritakan kisah yang berbeda. Sejak tahun 2010, Kelompok Kerja III UNCITRAL berfokus pada penyusunan aturan prosedur yang seragam untuk ODR, namun kemajuannya sangat sedikit.

Legislasi Nasional

Di Finlandia, pemisahan kekuasaan antara badan legislatif dan yudikatif diatur dalam Konstitusi Finlandia (731/1999). Bagian ini terletak tepat setelah bagian demokrasi dan supremasi hukum, yang menekankan bahwa kekuasaan negara berada di tangan rakyat yang diwakili oleh Parlemen, dan menetapkan bahwa pelaksanaan kekuasaan publik harus didasarkan pada hukum. Bagian tersebut diikuti oleh bagian di wilayah Finlandia. Menurut bagian 3: (1) Kekuasaan legislatif dilaksanakan oleh Parlemen yang juga memutus keuangan negara. (2) Kekuasaan pemerintahan dilaksanakan oleh Presiden Republik dan Pemerintah, yang anggotanya mendapat kepercayaan dari Parlemen. (3) Kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh pengadilan yang independen, dengan Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung Tata Usaha Negara sebagai instansi tertinggi.

Bagian 3 Konstitusi Finlandia adalah ketentuan tertinggi dalam undang-undang nasional mengenai pendelegasian kekuasaan antara berbagai cabang pemerintahan. Selain ketentuan mengenai prinsip-prinsip organisasi ini, hak dasar atas peradilan yang adil diatur dalam bagian, yang berjudul 'Perlindungan berdasarkan hukum': (1) Setiap orang berhak agar perkaranya diselesaikan dengan baik dan tanpa penundaan yang tidak semestinya oleh pengadilan atau badan lain yang berwenang secara hukum, serta berhak atas peninjauan kembali putusan mengenai hak atau kewajibannya oleh pengadilan. hukum atau badan independen lainnya untuk penyelenggaraan peradilan. (2) Ketentuan-ketentuan mengenai publisitas persidangan, hak untuk didengarkan, hak untuk menerima keputusan yang masuk akal dan hak untuk mengajukan banding, serta jaminan-jaminan lain atas peradilan yang adil dan pemerintahan yang baik, diatur oleh suatu Bertindak.

Pemisahan antara organisasi peradilan dan hak atas peradilan yang adil bukanlah hal yang aneh. Tidak ada satupun dari ketentuan yang dikutip ini yang mengejutkan, juga tidak mengungkapkan makna tersembunyi jika diamati lebih dekat. Apa yang membuat pemeriksaan mereka bermanfaat sudah terlihat jelas: kekuasaan kehakiman adalah bagian dari fungsi pemerintah. Pasal 3 memberikan mandat kekuasaan kehakiman kepada pengadilan yang dibentuk dengan undang-undang. Selain itu, instansi tertinggi juga disebutkan, satu untuk peradilan umum dan satu lagi untuk peradilan tata usaha negara. Kekuasaan untuk menyelesaikan konflik diberikan kepada peradilan melalui kekuasaan konstitusi. Konstitusi itu sendiri memperoleh legitimasi dari tatanan legislatif demokratis, yang telah melakukan reformasi berdasarkan mandat yang diberikan oleh instrumen konstitusi sebelumnya. Oleh karena itu, prosedur legislatif demokratislah yang memberikan yurisdiksi kepada pengadilan dan menciptakan tatanan peradilan antara lembaga-lembaga yang lebih rendah. dan pengadilan yang lebih tinggi. Fungsi peradilan, kekuasaan untuk menyelesaikan perselisihan, berasal dari keterkaitan antara sistem hukum dan sistem politik, dari konstitusi yang dapat dipahami oleh bahasa kedua sistem tersebut.

Selain amanat pasal 3, konstitusi menjamin kualitas penyelesaian sengketa tertentu. Menurut pasal 21, setiap orang berhak mengakses pengadilan. Akses ini dapat diberikan oleh beberapa 'otoritas lain' selain dari pengadilan, dan peninjauan kembali dapat dilakukan oleh 'badan independen untuk administrasi peradilan'. Hak untuk mengajukan banding adalah

bagian dari peradilan yang adil. Perselisihan tersebut harus diselesaikan 'dengan cara yang tepat dan tanpa penundaan yang tidak semestinya'. Aspek-aspek lain dari akses terhadap keadilan, seperti publisitas proses persidangan, hak untuk didengarkan, hak untuk mengajukan banding dan prinsip-prinsip peradilan yang adil dijabarkan lebih lanjut di bagian lain undang-undang. Di Finlandia, ketentuan rinci ini dimasukkan dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Perdata.

Jika dibaca bersama-sama, kedua bagian konstitusi ini memberikan gambaran yang jelas tentang penyelesaian sengketa apa yang seharusnya dilakukan di wilayah Finlandia. Ini adalah fungsi kemasyarakatan, bagian dari pemerintah bersama dengan cabang eksekutif dan legislatif. Hal ini dikelola oleh pengadilan yang dibentuk oleh hukum nasional dan mengikuti hukum nasional ketika mereka menjalankan tugasnya. Tugas tersebut dapat dilimpahkan kepada kewenangan lain namun hak dasar konstitusional tetap berlaku. Struktur serupa dapat ditemukan untuk urusan administratif. Ada lembaga penyelesaian sengketa swasta, namun mandat mereka seringkali berasal dari undang-undang sektoral tertentu, seperti halnya dengan Badan Sengketa Konsumen. Tidak ada pasar penyelesaian sengketa seperti itu di Finlandia pada saat penulisan artikel ini, dan ADR telah dibentuk dan didukung oleh berbagai proyek aktor publik. Hal ini menjelaskan mengapa gambaran penyelesaian sengketa terfokus pada pengadilan dan mandat publik yang diberikan oleh konstitusi.

Konvensi New York

Konvensi tentang Pengakuan dan Penegakan Penghargaan Asing, paling dikenal sebagai Konvensi New York, disepakati pada tanggal 10 Juni 1958. Dengan 159 Pihak, Konvensi ini merupakan instrumen multilateral yang berfungsi dengan baik dan sering diterapkan untuk memfasilitasi pergerakan putusan arbitrase di seluruh dunia. perbatasan. Signifikansinya diakui secara luas dan dipertimbangkan ketika membuat instrumen lintas batas lainnya. Konvensi ini membentuk kerangka globalnya sendiri untuk arbitrase, namun penerapannya terkait erat dengan pengadilan nasional. Hubungan antara instrumen lintas batas negara dan penerapannya melalui pengadilan negara merupakan hal yang menarik, karena instrumen ini menggambarkan contoh pengaturan penyelesaian sengketa privat yang mengaitkannya dengan monopoli negara atas kekerasan. Misalnya, Pasal 1 Konvensi New York tentang penegakan putusan arbitrase menyatakan bahwa:

Konvensi ini berlaku terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase yang dilakukan di wilayah suatu Negara selain Negara di mana pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut diminta, dan yang timbul karena adanya perbedaan antar orang, baik secara fisik maupun hukum. Hal ini juga berlaku terhadap putusan arbitrase yang tidak dianggap sebagai putusan domestik di Negara di mana pengakuan dan pelaksanaan putusan tersebut diminta.

Sebagaimana ditunjukkan dalam Pasal 1, instrumen Konvensi membedakan antara putusan arbitrase dalam negeri dan luar negeri. Penghargaan dalam negeri dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan nasional, namun penegakan penghargaan luar negeri memerlukan instrumen multilateral antara negara tempat penghargaan diberikan dan negara tempat penghargaan akan dilaksanakan. Hal yang menarik adalah bahwa referensi

terhadap negara-bangsa sudah dimasukkan ke dalam definisi 'domestik' dan 'asing'. Oleh karena itu, negara merupakan aktor dibalik pembuatan instrumen-instrumen Konvensi dan memikul tanggung jawab yang timbul dari instrumen-instrumen tersebut. Status ini didasarkan pada kekuasaan kedaulatan negara-negara tersebut untuk menyepakati batasan yurisdiksi teritorial mereka dengan memberikan dampak hukum terhadap penghargaan asing dan sekaligus memperluas dampak penghargaan dalam negeri melintasi perbatasan negara mereka.

Menurut Pasal 3 Konvensi New York:

Masing-masing Negara Peserta akan mengakui putusan arbitrase sebagai sesuatu yang mengikat dan melaksanakannya sesuai dengan aturan prosedur di wilayah di mana putusan tersebut didasarkan, berdasarkan ketentuan yang ditetapkan dalam pasal-pasal berikut. Tidak boleh dikenakan ketentuan-ketentuan yang jauh lebih memberatkan atau biaya atau tuntutan yang lebih tinggi atas pengakuan atau pelaksanaan putusan arbitrase yang menjadi dasar Konvensi ini dibandingkan dengan yang dikenakan terhadap pengakuan atau pelaksanaan putusan arbitrase dalam negeri. Pasal 1 dan 3 menggambarkan bahwa penegakan putusan arbitrase dalam kerangka Konvensi NY memerlukan kerja sama antara Konvensi dan sistem nasional. Pihak berwenang yang mengakui putusan tersebut dapat dilaksanakan adalah pengadilan yurisdiksi nasional di negara bagian di mana penegakan hukum diminta. Penafsiran yang seragam atas Konvensi dan hubungannya dengan berbagai sistem hukum nasional difasilitasi dengan mengumpulkan kasus hukum yang relevan dalam penerapannya.

Konvensi NY dimaksudkan sebagai dokumen yang relatif sederhana dan lugas untuk meningkatkan penegakan putusan arbitrase lintas batas. Alasan di balik hal ini adalah untuk memfasilitasi penerapannya di yurisdiksi yang berbeda dan penerapan ketentuan-ketentuannya di Negara-negara Peserta. Metode paling sederhana untuk meningkatkan penegakan hukum adalah dengan menggunakan infrastruktur pengadilan yang ada di Negara-negara Pihak.

Dengan demikian, pihak-pihak dalam Konvensi ini adalah negara-negara yang telah menjalankan kekuasaan kedaulatannya dengan ikut serta dalam mekanisme penegakan putusan arbitrase multilateral. Instrumen ini dipraktikkan melalui sistem pengadilan di masing-masing Negara pihak pada Persetujuan. Pengadilan masing-masing negara yang menerapkan putusan membuat keputusan antara mengakui putusan tersebut atau menolak mengakuinya berdasarkan alasan eksklusif yang diatur dalam Pasal 5 Konvensi. Pelanggaran terhadap kebijakan publik di negara yang memberlakukannya merupakan dasar penolakan, yang mengaitkan dasar tersebut dengan prinsip-prinsip dasar peraturan perundang-undangan nasional.

Melalui dua contoh ini, infrastruktur hukum acara nasional dan multilateral menjadi jelas. Pengadilan nasional memperoleh yurisdiksi eksklusifnya dari konstitusi, dari hubungan antara hukum dan politik. Instrumen multilateral, yang diperlukan untuk melintasi hambatan yurisdiksi teritorial, juga didasarkan pada Konvensi antara negara-negara yang berdaulat dan diterapkan melalui sistem pengadilan mereka. Interaksi ini dipandang sebagai salah satu alasan di balik keberhasilan Konvensi NY.

Kaitan erat antara yurisdiksi dan kedaulatan yang dapat ditemukan baik dalam konstitusi nasional maupun dalam kerangka Konvensi NY menggambarkan pemahaman tradisional tentang hukum acara. Konseptualisasi pembenaran sebagai interaksi antara hukum dan politik memiliki kelebihan, karena akses terhadap penegakan hukum hanya diberikan setelah peninjauan kembali di pengadilan, dan dengan demikian memberikan perlindungan bagi proses hukum. Berdasarkan solusi sederhana dengan menggunakan pengadilan negara untuk menegakkan penyelesaian sengketa pribadi, Konvensi NY dapat dengan mudah diterapkan, sehingga memungkinkan penerimaannya secara luas.

Tampaknya penggunaan hubungan antara hukum dan negara sebagai sumber pembenaran telah menciptakan instrumen transaksi lintas batas yang dapat bertahan lama dan layak. Menurut Fali S Nariman, yang mengkaji ulang tahun ke-50 Konvensi NY, 'warisan genetik' kedaulatan negara masih bertahan dan keberhasilan Konvensi adalah hasil dari pertimbangan tersebut. Namun apakah ada kaitannya dengan hal ini? bagi negara apakah masih merupakan pilihan yang layak untuk mencari pembenaran bagi teknologi penyelesaian sengketa? Apakah logika Konvensi NY juga dapat diterapkan pada ODR?

Aturan prosedural yang seragam untuk ODR

Upaya telah dilakukan ke arah ini, untuk menciptakan instrumen lintas batas untuk ODR. Selain memfasilitasi arbitrase internasional, sejak tahun 2010 UNCITRAL fokus pada penyusunan aturan prosedur yang seragam untuk ODR. Fokus Kelompok Kerja III adalah pada transaksi perdagangan elektronik lintas batas, dimana belum ada peraturan lintas batas dan tidak ada pengaturan mandiri yang konsisten terhadap situs lelang atau pedagang. Karena tujuan UNCITRAL adalah untuk memajukan penyatuan undang-undang perdagangan internasional dan melayani kebutuhan perdagangan internasional di bawah mandat Majelis Umum PBB, timbul kebutuhan mendesak untuk menyediakan aturan-aturan terpadu mengenai proses hukum bagi perusahaan-perusahaan yang bernilai rendah dan bernilai tinggi. perselisihan volume e-commerce. ODR digunakan sebagai solusi terhadap perselisihan ini, yang tidak dapat diselesaikan dengan menggunakan mekanisme penyelesaian tradisional. Berbeda dengan keberhasilan Konvensi NY, pekerjaan UNCITRAL mengenai ODR masih belum mencapai banyak hal yang diharapkan, karena hanya sedikit kemajuan yang dicapai dan, akhirnya, pekerjaan tersebut dihentikan pada tahun 2016 sehingga menghasilkan catatan teknis mengenai ODR, artinya dan sifatnya agak tidak jelas. Namun, penelitian UNCITRAL menyoroti kesulitan penyusunan instrumen Konvensi lintas batas untuk ODR dan dengan demikian menunjukkan kelemahan model berbasis negara dalam mengatur teknologi penyelesaian sengketa.

Sejak awal, pada tahun 2010, upaya kelompok kerja ini mencakup perselisihan bisnis ke bisnis (B2B) dan bisnis ke konsumen (B2C). Pada saat proyek unifikasi yang ambisius dimulai, sudah menjadi jelas bahwa salah satu permasalahan utama yang dihadapi adalah perbedaan kebijakan antara negara-negara yang menerima arbitrase konsumen pra-sengketa dan negara-negara yang tidak menerima arbitrase konsumen pra-sengketa. Namun, disepakati bahwa arbitrase adalah bagian penting dari ODR, meskipun kasus-kasus pada dasarnya harus diselesaikan tanpa fase arbitrase. Penerimaan atau penolakan arbitrase yang

mengikat pra-sengketa dalam kasus B2C mencerminkan realitas pasar online. Di AS, tempat para pemimpin pasar e-niaga seperti eBay dan Amazon.com berada, arbitrase konsumen diterima dan tagihan balik sering kali digunakan sebagai alternatif penegakan hukum. Sebaliknya, undang-undang nasional di Negara-negara Anggota UE pada umumnya tidak memperbolehkan arbitrase konsumen sebelum sengketa, dan karena UE menetapkan kerangka peraturannya sendiri untuk ODR berdasarkan penolakan ini, perbedaan antar yurisdiksi semakin ditekankan.

Kemudian, upaya dilakukan untuk mendamaikan perbedaan pendapat ini dengan membentuk sistem dua jalur, dimana dua perangkat peraturan yang berbeda akan dikembangkan untuk memenuhi kebutuhan yang berbeda mengenai penegakan hukum. Sistem dua jalur diperkenalkan pada bulan November 2012. Sistem ini menyelesaikan ketegangan antara posisi pro dan kontra-arbitrase dengan memisahkan aturan ODR yang tidak mengikat dan mengikat menjadi dua jalur berbeda. Jalur arbitrase yang mengikat akan berlaku untuk sengketa B2B, dan untuk sengketa B2C di yurisdiksi yang menerima arbitrase pra-sengketa yang mengikat. Dengan demikian, pada jalur 1 para pihak akan sepakat pada saat pembelian bahwa setiap perselisihan akan diselesaikan melalui prosedur ODR yang akan berakhir dengan putusan arbitrase yang mengikat. Keputusan tersebut, pada gilirannya, mungkin dapat ditegakkan melalui Konvensi NY, meskipun hal ini masih belum jelas. Hanya diperlukan satu klik, klik yang sekaligus menyelesaikan pembelian dan menyetujui klausul arbitrase yang mengikat. Pada jalur 2, arbitrase yang mengikat masih dapat dilakukan, namun hanya jika konsumen menerimanya setelah perselisihan timbul. Jadi, kedua jalur tersebut akan dimulai dengan negosiasi yang difasilitasi, namun perbedaannya adalah adanya klik kedua bagi para pihak di yurisdiksi kontra-arbitrase: klik untuk ikut serta dalam arbitrase yang mengikat setelah mereka gagal mencapai solusi damai sebelumnya.

Namun, sistem dua jalur ini mempunyai kekurangannya sendiri, seperti kesulitan dalam menentukan jalur mana yang termasuk dalam sengketa dan apa yang menjadi titik acuan untuk menentukan apakah suatu sengketa B2C berada dalam yurisdiksi non-arbitrase. Seperti yang sering terjadi dalam hukum perdata internasional, persoalan pengalokasian yurisdiksi memiliki banyak solusi: yurisdiksi dapat ditentukan berdasarkan kewarganegaraan, berdasarkan tempat tinggal, berdasarkan tempat pembelian atau kriteria lainnya, yang kesemuanya mempunyai pilihan yang tidak sama. -definisi sederhana. Menentukan yurisdiksi menjadi lebih sulit dalam kaitannya dengan e-commerce, karena platform e-commerce asing mudah diakses dari beberapa negara, pembelian dapat dilakukan saat mengunjungi negara lain, dan lalu lintas jaringan dapat dialihkan. Selain itu, permasalahan mendasar dalam mempertahankan sistem dua jalur adalah 'pertanyaan tambahan': siapa yang akan membuat dan mengelola daftar negara berdasarkan jalur sehingga penyedia ODR dapat menentukan perangkat aturan mana yang akan diterapkan?

Karena permasalahan yang melekat dalam mempertahankan sistem dua jalur, model tersebut dikesampingkan pada bulan Oktober 2014. Keputusan tersebut diambil setelah beberapa delegasi menunjukkan bahwa arbitrase tidak akan memberikan perlindungan konsumen yang memadai dan bahwa aturan arbitrase yang disederhanakan akan

melemahkan prosedur arbitrase tradisional. Beberapa delegasi menyatakan bahwa peraturan yang tidak mengikat akan mampu mengakomodasi semua yurisdiksi dan pengaruh praktis dari arbitrase ODR akan rendah, dan keberlakuan putusan arbitrase akan tetap tidak berpengaruh karena menegakkan putusan arbitrase akan terlalu mahal dan memakan waktu untuk arbitrase bernilai rendah. perselisihan. Oleh karena itu, pekerjaan tersebut tampaknya terhenti. Pada bulan Februari 2015, diskusi beralih ke pertanyaan apakah pekerjaan tersebut harus dihentikan karena kurangnya kemajuan. Pembahasan ini bermula langsung dari permasalahan model dasarnya, yaitu apakah klausul arbitrase pra-sengketa mengikat konsumen atau apakah arbitrase hanya diperbolehkan setelah konsumen memberikan persetujuannya selama sengketa berlangsung. Di satu sisi, ada banyak pihak yang menganggap jurang fundamental ini terlalu lebar untuk diatasi, namun di sisi lain, ada pula yang menganggap perlunya kompromi, bahkan kompromi yang lemah, lebih mendesak dibandingkan alternatif *laissez-être*. Pada bulan Juli 2015, Komisi UNCITRAL menetapkan lebih lanjut mandat Kelompok Kerja untuk fokus pada 'elemen proses ODR, yang merupakan elemen yang sebelumnya telah disepakati oleh Kelompok Kerja'. Pada saat yang sama, komisi memutuskan bahwa kelompok kerja tersebut akan dilanjutkan selama satu tahun hingga musim panas 2016, setelah itu kelompok kerja tersebut akan diberhentikan terlepas dari hasilnya.

Pada bulan Maret 2016, Kelompok Kerja menyusun dokumen akhir, yang berupa catatan teknis tidak mengikat mengenai ODR. Menurut dokumen akhir, tujuan dari Catatan Teknis deskriptif 'adalah untuk mendorong pengembangan ODR dan untuk membantu administrator ODR, platform ODR, pihak netral, dan pihak-pihak yang terlibat dalam proses ODR'. Catatan ini mencerminkan nilai-nilai proses yang wajar seperti ketidakberpihakan, keadilan dan transparansi, namun sebagai instrumen yang tidak mengikat, dampak dari dokumen ini masih belum jelas. Terlepas dari ketidakjelasan ini, dokumen ini mencerminkan dorongan UNCITRAL untuk meningkatkan penggunaan ODR. Ketika pekerjaan UNCITRAL mengenai ODR berakhir dengan diadopsinya catatan teknis, Negara-negara Anggota UNCITRAL dibiarkan sendiri untuk mengatasi permasalahan prosedural e-commerce lintas batas dan regulasi ODR. Kurangnya instrumen yang lebih ambisius mungkin akan lebih sulit bagi negara-negara berkembang, sementara dampaknya akan lebih kecil terhadap rezim ODR yang sudah mapan di Uni Eropa dan Amerika Serikat, dimana model chargeback biasanya digunakan. Hasil yang dicapai kelompok kerja ini masih jauh dari harapan tinggi terhadap pekerjaannya. Dapat dimengerti bahwa catatan teknis berbasis konsensus tidak mengambil sikap terhadap pertanyaan satu-dua klik, yang mana isu tersebut memperkuat perbedaan pendapat mengenai finalitas keputusan ODR. Kurangnya konsensus mengenai finalitas belum terselesaikan di tingkat lintas batas dan jika nanti ada upaya lain untuk mengatur ODR melalui Konvensi internasional, masalah ini masih harus diselesaikan pada saat itu.

Oleh karena itu, penelitian UNCITRAL mengenai ODR memberi tahu kita sesuatu. Karena upaya berkelanjutan kelompok kerja selama enam tahun hanya memberikan catatan teknis mengenai kegunaan yang tidak pasti, kemungkinan terbentuknya rezim ODR global tampaknya sangat kecil kemungkinannya. Namun, penelitian ini masih memberikan wawasan

berharga mengenai permasalahan yang ada di antara aspirasi dan realisasi rezim tersebut. Seperti yang diilustrasikan oleh contoh kerja UNCITRAL mengenai ODR, kecil kemungkinannya bahwa kerangka kerja berbasis kedaulatan dapat dibuat untuk ODR, setidaknya untuk saat ini. Ada banyak alasan untuk hal ini. Pertama, pasar penyelesaian sengketa telah berubah secara signifikan sejak diadopsinya instrumen UNCITRAL yang paling sukses, Konvensi New York. Kasus ODR pada umumnya bukanlah sengketa bisnis yang bernilai tinggi, sehingga arbitrase komersial internasional dan penegakan hukum melalui pengadilan negara merupakan model penyelesaian yang lebih disukai. Sengketa e-commerce dapat melibatkan konsumen dan perlindungan konsumen perlu dipertimbangkan. Pada saat yang sama, kasus-kasus e-commerce pada umumnya adalah perselisihan dengan intensitas rendah dan jarang melebihi ambang batas litigasi. Menegakkan hasil dari perselisihan tersebut melalui pengadilan negara tidak akan menghilangkan alasan mengapa kasus-kasus ini tidak diajukan ke pengadilan melalui prosedur perdata lintas batas yang berpotensi memakan waktu dan mahal. Alih-alih mengurangi atau menghilangkan ambang batas litigasi, penegakan ODR melalui pengadilan negara justru akan menggeser ambang batas dari perspektif akses terhadap pengadilan ke dalam fase penegakan hukum. Agar dapat berfungsi serupa dengan putusan arbitrase asing, akses terhadap penegakan hukum melalui pengadilan negara mengharuskan batasan waktu dan biaya diturunkan. Namun, menjadikan sistem pengadilan lebih efisien tanpa menurunkan standar proses hukum bukanlah hal yang mudah.

Kedua, kasus-kasus e-commerce pada umumnya menggali lebih dalam lingkup perundang-undangan dalam negeri dibandingkan dengan arbitrase komersial, karena peraturan perlindungan konsumen sangat bervariasi antar yurisdiksi. Sifat nasional dari perlindungan konsumen dan perlunya menegakkan ganti rugi yang memadai sebagai cara untuk mencapai tujuan ini berarti bahwa kita tidak dapat membiarkan ODR swasta begitu saja tanpa mengatur proses dan penegakan hukum, karena ODR mungkin merupakan satu-satunya mekanisme ganti rugi yang tersedia. Ketiga, peran dan konsekuensi dari mekanisme penegakan hukum swasta belum dibahas sama sekali dalam konteks ini. Tidak jelas apakah dan bagaimana penegakan hukum lintas batas negara dapat diatur, namun semakin jelas bahwa cara memahami penegakan hukum dan instrumen tradisional yang ada saat ini tidak memberikan jawabannya.

Oleh karena itu, kita sampai pada jalan buntu lainnya. Upaya untuk menciptakan instrumen peraturan multilateral tidak membuahkan hasil, karena negara-negara berdaulat belum menemukan kompromi. Tidak jelas bagaimana instrumen-instrumen tersebut akan terbentuk, dan sejauh mana instrumen-instrumen tersebut akan diterapkan bahkan jika kompromi yang dapat diterima dapat ditemukan. Peraturan nasional atau regional merupakan pilihan yang masuk akal namun cakupannya terlalu terbatas untuk menyelesaikan kesulitan yang timbul dari transaksi lintas batas, karena terbatas pada wilayah negara. Membiarkan ODR tidak diatur berarti bahwa hanya norma-norma material nasional dari situs e-commerce yang akan memberikan perlindungan kepada individu dalam prosedur ODR dan hal ini akan mengabaikan elemen prosedural dari fungsi penyelesaian perselisihan mereka. Kita harus mengakui bahwa mengatur bidang penyelesaian sengketa yang baru dan penting ini terlalu

sulit. Jalan buntu ini mengungkapkan sesuatu yang penting. Cara tradisional memahami penyelesaian sengketa melalui kedaulatan tidak mampu menjawab tantangan yang ditimbulkan oleh ODR dan mekanisme penegakan hukum swasta.

Apa Yang Salah Dengan Kedaulatan?

Konsep kedaulatan adalah bisnis yang berisiko. Konsep ini terbukti berumur panjang, inklusif hingga kehilangan kekuatan deskriptifnya dan terus mengalami penafsiran ulang. Prinsip ini mendapat banyak kritik tetapi masih menjadi dasar pemahaman kita tentang hukum dan masyarakat. Pertanyaan yang perlu diajukan adalah, sejauh mana kita dapat memahami berbagai jenis penegakan hukum, penggunaan kekuatan, melalui konsep kedaulatan. Kedaulatan berfungsi sebagai penghubung antara hukum dan politik suatu negara, sehingga menjadi dasar pemahaman litigasi. Oleh karena itu, hal ini membenarkan cara penegakan hukum dilakukan melalui monopoli negara atas kekerasan.

Selain itu, kepatuhan sukarela terhadap suatu keputusan, yaitu ketika pihak yang kalah melakukan pembayaran sukarela, tidak menggunakan kekerasan sama sekali. Kepatuhan secara sukarela tidak berarti memonopoli kekerasan, dan karena itu hal ini sebagian berada di luar logika penegakan hukum. Hal ini juga berarti bahwa kepatuhan terhadap suatu keputusan bukanlah suatu paksaan dan oleh karena itu tidak bertentangan dengan monopoli penegakan hukum yang dilakukan oleh negara. Sebaliknya, kepatuhan sukarela dipandang sebagai bagian dari kebebasan berkontrak individu, dan merupakan wilayah yang berada di luar kepentingan negara selama tidak ada unsur kecurangan di dalamnya. Oleh karena itu, kedaulatan sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa tidak menjelaskan unsur koersif dalam memaksa kepatuhan secara sukarela dan juga tidak diperlukan penjelasan seperti itu. Kepatuhan secara sukarela memenuhi syarat berdasarkan kebebasan berkontrak dan karenanya tidak menimbulkan tantangan atau ancaman.

Namun, model penegakan hukum lainnya tidak serta merta masuk dalam logika kedaulatan. Namun, bisakah permasalahan ini diselesaikan berdasarkan logika kedaulatan dengan cara yang sama, seperti halnya kepatuhan sukarela? Tagihan balik yang diberikan oleh perusahaan kartu kredit, penegakan langsung melalui ICANN, penegakan hukum internal swasta pada situs e-commerce seperti eBay dan mekanisme penegakan lainnya juga dapat dikualifikasikan sebagai bagian dari lingkup otonomi swasta karena pada dasarnya merupakan hubungan kontrak atau jaringan dari hubungan tersebut. . Namun, hal ini sangat berbeda dengan kepatuhan sukarela, karena adanya penggunaan kekerasan. Mengabaikan cara-cara penegakan hukum alternatif berdasarkan kualifikasi kontrak bukanlah solusi yang kredibel, karena cara-cara tersebut memanfaatkan kekerasan dan penggunaan kekerasan perlu dibenarkan dari sudut pandang sistem hukum.

Saat ini, negara-negara belum mampu mencapai konsensus mengenai pengendalian ODR. Ketidakmampuan untuk membentuk Konvensi multilateral yang baru bukan merupakan kegagalan kedaulatan sebagai sumber pembenaran. Sebaliknya, pertanyaannya adalah, apa arti kedaulatan sebagai sumber pembenaran jika negara-bangsa tidak mampu memperluas kendali mereka terhadap penyelesaian sengketa swasta lintas batas negara? Tanpa kemungkinan nyata untuk memberikan ganti rugi yang memadai, kedaulatan akan mulai

kehilangan dampaknya dan hal ini pada gilirannya akan mengurangi kekuatan pembenarannya.

Hal ini membuka serangkaian pertanyaan lain, yaitu apakah otonomi swasta merupakan sumber pembenaran yang lebih kredibel dibandingkan kedaulatan, yang akan dibahas pada bab berikutnya. Namun, kelayakan kedaulatan sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa bergantung pada kemungkinan konsep tersebut untuk memahami dan mengkategorikan penggunaan kekuatan selain yang digunakan oleh pengadilan negara. Jadi, pertanyaannya adalah, apakah kedaulatan sebagai sumber pembenaran dapat memberi kita cara lain untuk memahami tantangan yang dihadapi oleh model-model tersebut dibandingkan hanya mengkuifikasikannya sebagai bagian dari otonomi swasta? Seberapa fleksibelkah konsep kedaulatan?

Sebagaimana dikemukakan di atas, asal muasal kedaulatan dapat ditemukan dalam tulisan Bodin pada abad keenam belas, yang kemudian ditemukan dalam konsep kedaulatan Westphalia, dijabarkan lebih lanjut dengan teori kontrak sosial, perbedaan antara internal dan eksternal, *de facto* dan *de jure* dll. dibuat untuk mengkontekstualisasikan isi konsep. Awalnya, kedaulatan mengacu pada pribadi penguasa yang berdaulat – sebuah konteks yang sangat berbeda dengan penggunaannya saat ini. Konsep kedaulatan kemudian dialihkan dari raja yang berdaulat kepada rakyat, hingga persetujuan dari yang diperintah, namun tidak menerima konsekuensi internasional seperti kedaulatan absolut sebelumnya. Oleh karena itu, menurut Henkin, kedaulatan sebagai aksioma normatif mendasar dalam hukum internasional tidak boleh lagi dianggap demikian.

Ada pula yang menyuarakan pendapat serupa atas dasar berbagai alasan, mulai dari empirisme hingga filsafat. Koskeniemi membagi kritik tersebut ke dalam tiga kategori. Kritik sosiologis menekankan bahwa tidak ada negara yang benar-benar bisa berdiri sendiri secara otonom seperti yang dikemukakan oleh teori kedaulatan. Menurut kritik moral, konsep kedaulatan mencerminkan egoisme negara, yang menjadi penyebab terjadinya beberapa bencana politik pada abad sebelumnya. Menurut kritik logika-sistemik, kedaulatan tidak akan memiliki makna independen tanpa merujuk kembali pada pertanyaan mendasar mengenai hubungan antara hukum konstitusional dan hukum internasional. Dua pakar hukum asal Finlandia, Tuori dan Syrjänen, berpendapat bahwa disintegrasi kedaulatan negara dapat memberikan jalan keluar. Mereka berdua berpendapat bahwa kedaulatan sebagai kerangka interpretasi hukum sudah kuno dan sudah tidak berguna lagi. Syrjänen menyatakan bahwa menganggap perdamaian masyarakat sebagai produk kedaulatan negara menyesatkan kita, karena di masyarakat modern akhir tidak ada kekuasaan berdaulat yang tidak dibatasi oleh batasan internasional atau nasional, seperti hak asasi manusia. Syrjänen menyarankan bahwa, alih-alih memandang hukum dan keadilan dalam konteks negara, kita harus mengkajinya sesuai dengan teori sistem Niklas Luhmann, sebagai bagian dari sistem sosial dan interaksinya, sebagai hukum masyarakat.

Dari perspektif teori sistem, ketidakmampuan hukum acara untuk menyelesaikan sengketa perdata lintas batas secara efektif merupakan akibat dari eratnya hubungan antara hukum dan negara-bangsa. Meskipun subsistem perdagangan dan teknologi bersifat global

dan menimbulkan perselisihan, kesenjangan antar sistem pun terjadi. Dengan kata lain, peraturan hukum ditetapkan oleh proses legislatif nasional dan diatur oleh pengadilan nasional yang memberikan konten in casu pada norma-norma tersebut, sehingga konflik dapat terjadi. Lingkungan yang coba direduksi oleh undang-undang nasional menjadi sebuah kode normatif bersifat global, sehingga tidak dapat disederhanakan menjadi sebuah kode normatif. Namun, dalam masyarakat berbasis informasi, terdapat kebutuhan untuk mengembangkan instrumen hukum lintas batas untuk mengatasi perselisihan tersebut, dan hal ini hanya dapat dicapai dengan mengatasi batasan-batasan yang tertanam dalam konsep kedaulatan negara. Meskipun demikian, kedaulatan negara mungkin menghambat akses terhadap penyelesaian sengketa, namun kedaulatan negara juga tetap mempunyai tugas untuk menyediakan proses hukum dengan menjaga akses terhadap penegakan hukum.

Diskusi mengenai penegakan hukum swasta menunjukkan bahwa negara-bangsa yang berdaulat kehilangan sebagian kekuatannya karena kekuatan teknologi yang mengganggu. Namun, perubahan peran negara ini tidak terjadi secara langsung, sebagaimana dikemukakan oleh Castells. Implikasi dari perubahan ini terhadap penyelesaian sengketa terlihat jelas dalam krisis pembenaran yang disebabkan oleh teknologi penyelesaian sengketa. Monopoli negara tampaknya tidak sejalan dengan sengketa e-commerce dan penegakan hukum oleh pihak swasta tampaknya juga mengabaikan monopoli negara dalam hal kekerasan. Namun, negara-bangsa teritorial telah terbukti menjadi fenomena yang bertahan lama dalam sejarah dan masih menjadi penyedia utama kekuasaan dan administrasi. Tidak ada proyek norma lain yang mampu membangun dirinya sekuat negara-bangsa, meskipun potensinya semakin meningkat. Dengan kata lain, akibat globalisasi ekonomi, negara-bangsa telah kehilangan sebagian kekuatannya, namun tidak kehilangan pengaruhnya.

Tampaknya kita tidak dapat melepaskan diri dari kedaulatan, meskipun perannya sebagai sumber pembenaran bagi teknologi penyelesaian sengketa dapat ditentang dengan alasan yang kuat. Sebagaimana disebutkan di awal bab ini, konflik melibatkan beragam kepentingan pihak-pihak, masyarakat, pelaku pasar, dan negara. Jika kita mengabaikan negara berdaulat sebagai sumber utama pembenaran, apa perannya? Bisakah kita tetap menekankan peran negara, tapi mencoba menafsirkan ulang isinya? Akankah upaya seperti ini memberikan cara untuk memahami cara-cara penegakan hukum alternatif, dan memungkinkan dipertahankannya konsep kedaulatan sebagai sumber pembenaran?

Kemungkinan untuk menafsirkan kembali kedaulatan merupakan hal yang diinginkan, karena hal ini akan menyelamatkan kita dari kesulitan mencari sumber pembenaran lain. Misalnya, kita dapat menguji apakah pemahaman kedaulatan sebagai delegasi akan berfungsi, atau apakah kedaulatan sebagai saling ketergantungan negara akan memberikan solusi. Ada beberapa pilihan untuk menafsirkan kembali kedaulatan. Pilihan penafsiran ulang yang pertama adalah dengan mempertimbangkan penegakan hukum oleh pihak swasta sebagai sebuah delegasi kekuasaan. Melihat penegakan hukum swasta sebagai pelimpahan kekuasaan dari pemerintah ke situs e-commerce akan menjadi gambaran teoritis yang kuat dan akan mematuhi kedaulatan Hobbesian. Model ini diterapkan untuk memahami hubungan antara litigasi negara dan ADR sekaligus berpegang pada titik awal konstitutif kedaulatan. Namun,

gambaran tersebut tidak sepenuhnya akurat, karena penegakan hukum oleh pihak swasta lebih disebabkan oleh kelambanan negara berdaulat dibandingkan dengan pengalihan kekuasaan yang proaktif dan sadar. Selain itu, teori Hobbes juga tidak sesuai dengan realitas dunia yang terglobalisasi, karena teori ini membuat hubungan erat antara pribadi yang berdaulat dan wilayah suatu negara tanpa berfokus secara luas pada hubungan antar negara dalam skala global. Tidak jelas sejauh mana munculnya mekanisme penegakan hukum alternatif dapat dianggap sebagai pelimpahan kekuasaan negara dan seberapa besar keberadaan mekanisme tersebut berkat kreativitas dalam melewati ambang batas litigasi.

Pilihan kedua untuk melakukan penafsiran ulang adalah memandang kedaulatan sebagai saling ketergantungan antar negara. Rijgersberg menyarankan sebuah model untuk menafsirkan kedaulatan dalam konteks lingkungan hukum global, di mana kedaulatan dan kewajiban konstitusional dianggap sebagai saling ketergantungan negara-negara yang saling terhubung dan operator swasta akan menyediakan arsitektur organisasi untuk hal ini dengan berpartisipasi melalui Internet. Bagi Rijgersberg, negara mempunyai tanggung jawab untuk menyediakan keamanan publik, menjamin kesejahteraan dan melindungi hak milik. Pernyataan Rijgersberg bahwa, dari perspektif globalisasi, tanggung jawab konstitusional dapat diartikan sebagai saling ketergantungan memberikan kita wawasan yang berguna. Namun, masih belum jelas bagaimana penafsiran ulang tersebut akan memberi kita nilai tambah dalam menjelaskan peran negara dalam membenarkan teknologi penyelesaian sengketa. Kedaulatan sebagai saling ketergantungan dapat membantu kita memasukkan mekanisme penegakan hukum alternatif, namun apa yang dimaksud dengan solusi ini masih belum jelas. Kedaulatan yang saling bergantung dapat membantu memperluas pemangku kepentingan dalam penegakan hukum, namun masih ada beberapa pertanyaan yang belum terjawab. Misalnya, apa hubungan antara penegakan hukum swasta dan negara-bangsa yang saling bergantung dan bagaimana infrastruktur organisasi berhubungan dengan prinsip demokrasi?

Pilihan ketiga untuk melakukan reinterpretasi adalah memandang kedaulatan sebagai interaksi berbagai konstruksi pembenaran. Dengan demikian, kedaulatan akan masuk kembali ke dalam diskusi ini karena sifatnya sebagai persetujuan dari yang diperintah atau sebagai penjaga akses terhadap keadilan. Misalnya, yurisdiksi pengadilan negara akan diperoleh dari persetujuan masyarakat yang diwakili oleh sistem pemerintahannya, berdasarkan prinsip demokrasi. Oleh karena itu, yang akan menjadi pembenaran penyelesaian sengketa adalah persetujuan rakyat dan bukan kepentingan kedaulatan negara.⁷⁰ Contoh lainnya adalah dengan mendapatkan pembenaran dari hak fundamental atas akses terhadap keadilan, yang terutama diberikan dan diidentifikasi sehubungan dengan hak asasi manusia dengan negara.

Namun, kesulitan dari solusi ini adalah bahwa solusi ini akan mempertahankan istilah tersebut namun mentransfer maknanya ke konstruksi lain. Pada akhirnya, langkah strategis tersebut tidak akan memberikan peran baru bagi kedaulatan, namun justru akan mengubah sumber pembenaran dari keterkaitan struktural antara hukum dan politik ke hal lain. Strategi ini akan menghilangkan disfungsi kedaulatan di tingkat permukaan, namun hanya akan menyembunyikan permasalahannya. Kita perlu mempertimbangkan penerapan

persetujuan dan akses terhadap keadilan sebagai sumber pembenaran dan bukan sebagai sisi lain dari kedaulatan.

Runtuhnya negara-bangsa yang disebabkan oleh teknologi juga diakui terkait dengan ancaman siber. Argumen dalam perdebatan tersebut serupa dengan apa yang telah dikaitkan di sini mengenai penyelesaian sengketa: kemunculan teknologi telah menciptakan kemungkinan ancaman siber. yang mempunyai konsekuensi berbeda dari kejahatan, terorisme dan perang di luar dunia maya dan ancaman-ancaman ini tidak dapat diatasi dalam kerangka negara-bangsa yang ada saat ini. Menurut Brenner, ancaman dunia maya ini tidak dapat diklasifikasikan sebagai ancaman internal (seperti kejahatan atau terorisme yang disebabkan oleh individu) atau ancaman eksternal (perang antar negara yang berdaulat) terhadap tatanan masyarakat, karena dunia maya memperkenalkan elemen baru dalam mendefinisikan dan mengevaluasi ancaman-ancaman dunia maya ini. tindakan.

Penegakan hukum juga mengambil peran yang menentukan dalam kaitannya dengan kejahatan dunia maya. Brenner menggambarkan agenda negara untuk mengatasi ancaman internal dan eksternal ada dua hal, yaitu pembendungan ancaman eksternal oleh tentara tetap dan pembendungan ancaman internal oleh penegak hukum dan peradilan didasarkan pada monopoli kekerasan. Namun, perbedaan antara peperangan dan kejahatan individu menjadi semakin sulit untuk dipertahankan, karena pengakuan tidak lagi sesederhana itu, dan kedua kategori tersebut mungkin juga bertemu. Selain itu, risiko tertangkap, dituntut, dan ditahan juga relatif rendah. dikenakan sanksi atas tindakan kriminal transnasional online berkontribusi terhadap peningkatan ancaman dunia maya.

Analisis Brenner menunjukkan bahwa kesulitan dalam mengatasi ancaman dunia maya disebabkan oleh aspek-aspek yang sama dalam negara-bangsa dengan aspek dalam menangani penegakan hukum swasta, yaitu yurisdiksi teritorial, monopoli atas kekerasan, kurangnya instrumen lintas batas yang dapat diandalkan, dan penegakan hukum yang tidak efisien.

5.5 MASA DEPAN KEDAULATAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA?

Salah satu model fungsionalnya adalah menghadirkan teknologi ODR ke pengadilan, seperti yang dikemukakan oleh laporan Kelompok Penasihat ODR dari Dewan Peradilan Sipil di Inggris. Pergeseran menuju konvergensi ODR dan teknologi ruang sidang juga telah disarankan oleh Benykhef dan Vermeys. Penerapan teknologi dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan tetap memungkinkan penggunaan kedaulatan sebagai sumber pembenaran yang menentukan. Seperti yang telah dibahas sebelumnya dalam bab ini, kedaulatan memberikan sumber pembenaran yang stabil atas perselisihan dalam negeri yang diselesaikan melalui litigasi negara meskipun terdapat kekurangan dalam konteks lintas batas. Menghubungkan ODR dengan pengadilan akan berfungsi serupa dalam konteks nasional dan meringankan tantangan akses terhadap keadilan. Namun, masalah justifikasi berbasis kedaulatan masih akan muncul dalam konteks lintas batas negara.

Terlepas dari hal ini, penegakan hukum oleh swasta, baik dalam konteks domestik maupun lintas batas, masih mengabaikan kendali negara. Artinya, krisis pembenaran tidak

hanya terbatas pada konteks lintas batas negara, namun juga merambah ke konteks nasional. Pada awal bab ini saya menjelaskan pendekatan konvensional dan modern terhadap kedaulatan dan menunjukkan bagaimana konsep tersebut terbukti mudah disesuaikan dengan perubahan kondisi masyarakat. Dalam konteks penyelesaian sengketa, kedaulatan menyamar sebagai monopoli negara dalam penyelesaian sengketa, yang telah menjadi medan pertempuran untuk negosiasi dan penafsiran ulang, seiring dengan semakin menjauhnya konsep monopoli negara secara *de jure* dan tata kelola sengketa yang sebenarnya secara *de facto*. dari satu orang ke orang lainnya. Diskusi mengenai berbagai kemungkinan untuk menyelaraskan prinsip kedaulatan dengan perubahan dalam lingkungan penyelesaian sengketa terbukti tidak membuahkan hasil. Hal ini menunjukkan bahwa kita perlu meninggalkan kedaulatan negara sebagai sumber pembenaran konstitutif untuk penyelesaian sengketa (dan teknologi). Pertanyaannya adalah, apa peran agenda negara dalam penyelesaian sengketa jika kedaulatan kehilangan peran utamanya sebagai sumber pembenaran?

Mengabaikan kedaulatan sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa tidak berarti kita harus mengabaikan prinsip itu sendiri. Seperti yang dinyatakan oleh Mutanen, istilah-istilah lain dalam teori konstitusional, seperti otonomi atau independensi, mempunyai kesulitan dan penafsiran ulang kedaulatan yang berbeda-beda, karena pluralisme konstitusional adalah pilihan yang lebih tepat untuk hukum konstitusional. Namun, maksud yang saya sampaikan di sini bukanlah tentang teori, sejarah, penerapan atau dominasi asas sebagai gambaran keadaan baik *de jure* maupun *de facto* dari sudut pandang internal atau eksternal. Sebaliknya, tuntutan untuk mengabaikan kedaulatan secara kontekstual jauh lebih terbatas di sini.

Menemukan pembenaran penyelesaian sengketa dalam kedaulatan negara selama ini merupakan praktik yang diam-diam dan hubungannya sulit ditemukan dalam teks konstitusi atau bahkan hukum acara perdata. Keheningan kerja legislatif bukan berarti tidak ada, sebagaimana telah saya kemukakan sebelumnya. Praktik yang membenarkan penyelesaian sengketa dengan mengacu pada sistem politik inilah yang menjadi permasalahan. Namun, hal ini tidak berarti bahwa negara berdaulat tidak mempunyai kepentingan atau urusan dalam penyelesaian sengketa. Sederhananya, sumber pembenaran perlu dievaluasi ulang dalam konteks negara dan pemangku kepentingan lainnya, keterbatasan konteks lintas batas, dan tujuan menyediakan mekanisme ganti rugi yang efisien.

Seperti yang dikemukakan oleh Castells dan Mutanen, negara-bangsa atau konsep kedaulatan tidak hilang atau kehilangan pengaruhnya. Fungsi publik dari penyelesaian sengketa juga tidak memberikan prediktabilitas keputusan hukum, transparansi, kesetaraan dan stabilitas masyarakat. Pentingnya fungsi publik ini perlu ditekankan: peran negara sebagai salah satu fondasi dasar masyarakat demokratis dan komunitas global terutama terkait dengan tujuan-tujuan tersebut. Penegakan hukum swasta, yang mengabaikan kendali negara, menantang doktrin tradisional hukum acara lintas batas. Meski begitu, penegakan hukum oleh pihak swasta saat ini masih merupakan fenomena yang relatif kecil, meskipun sudah mulai berkembang. Namun, penegakan hukum oleh pihak swasta menantang dan melemahkan

monopoli negara atas kekerasan. Pertanyaannya adalah bagaimana menyelaraskan kepentingan negara dalam menegakkan fungsi publik dalam penyelesaian sengketa sekaligus menyediakan mekanisme penegakan hukum yang efisien, baik publik maupun swasta.

Kedaulatan saja tidak memberikan pembenaran teoritis yang memadai untuk penyelesaian sengketa, dan kerangka praktis yang dihasilkan dari kedaulatan tersebut juga tidak memberikan sarana yang cukup untuk bereaksi terhadap fenomena penegakan hukum oleh pihak swasta. Dengan kata lain, kedaulatan saja tidak cukup, namun negara yang berdaulat mempunyai dampak baik dari segi pembenaran maupun praktiknya. Masih harus dilihat apakah dampak ini benar-benar dimanfaatkan dan diubah menjadi standar peraturan untuk penegakan hukum oleh pihak swasta. Mengingat kegagalan Kelompok Kerja UNCITRAL, menjadi semakin jelas bahwa jaringan negara saja tidak dapat menyediakan alat yang memadai, namun menciptakan standar untuk penegakan hukum oleh swasta perlu melibatkan seluruh pemangku kepentingan.

Kesimpulan

Bab ini membahas kedaulatan, yang dalam penyelesaian sengketa disajikan sebagai monopoli fiktif negara dalam penyelesaian sengketa, sebagai sumber pembenaran bagi penegakan hukum oleh swasta. Berdasarkan konseptualisasi teori kontrak sosial Hobbes dan Locke, kedaulatan dipahami sebagai mandat untuk memberikan perlindungan bagi rakyat, dan gagasan ini juga muncul dalam peran pengadilan umum sebagai penjaga penegakan hukum. Kelemahan kedaulatan dalam membenarkan penegakan hukum oleh swasta terlihat jelas dalam kesulitan yang tampaknya tidak dapat diatasi dalam upaya mempertahankan monopoli negara dengan menciptakan mekanisme regulasi transnasional yang berorientasi negara ODR. Singkatnya, kedaulatan hanya memberikan sebuah model untuk membenarkan monopoli negara atas kekerasan. Oleh karena itu, upaya untuk menemukan pembenaran atas penegakan hukum oleh pihak swasta tidak dapat diselesaikan dengan penafsiran ulang terhadap hubungan antara hukum dan negara, melainkan kita perlu menilai kemungkinan untuk menemukan pembenaran dari narasi lain. Narasi-narasi ini, yaitu otonomi swasta dan akses terhadap keadilan, keduanya mengkompensasi kekurangan dalam narasi kedaulatan dan memberikan fleksibilitas dalam penyelesaian sengketa.

BAB 6

PERSETUJUAN DAN OTONOMI SWASTA

Asal usul otonomi swasta sebagai sumber pembenaran penyelesaian sengketa dapat ditelusuri kembali ke hukum Romawi dan kembalinya minat terhadap kontrak pada abad kedelapan belas. Namun, pentingnya persetujuan dalam membenarkan penyelesaian sengketa mulai meningkat pada tahun 1960an, ketika gerakan ADR menganjurkan penggunaan kesepakatan para pihak sebagai dasar yurisdiksi untuk memungkinkan model penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Seperti halnya kedaulatan, kemungkinan otonomi swasta dalam membenarkan penegakan hukum oleh swasta dievaluasi dan kelemahannya ditemukan pada kurangnya kesadaran akan ketidakseimbangan kekuasaan dan tantangan dalam menciptakan mekanisme ganti rugi yang memadai. Namun, potensi otonomi swasta hanya dibahas dalam kaitannya dengan kelemahan narasi kedaulatan; perhatiannya diarahkan pada pertanyaan apakah narasi persetujuan dapat mengkompensasi keterbatasan yang timbul dari hubungan antara hukum dan negara dan mengisi kekosongan pembenaran atas penegakan hukum oleh pihak swasta.

6.1 MENDAPATKAN PERSETUJUAN

Perspektif para pihak

Jika kedaulatan terfokus pada hubungan antara hukum dan negara, maka persetujuan (consent) memerlukan perhatian pada hubungan antar individu. Meskipun penyelesaian perselisihan adalah mengenai komunikasi antarpribadi, kebutuhan untuk mempertahankan monopoli negara dalam penyelesaian perselisihan telah meremehkan pentingnya persetujuan. Hal ini tidak berarti bahwa model konsensual merupakan suatu hal yang baru meskipun formulasi persetujuan yang ada saat ini sebagai yurisdiksi alternatif adalah hal yang baru. Seringkali persetujuan tidak dianggap sebagai satu-satunya sumber legitimasi, melainkan dibarengi dengan kendali negara. Ketika teknologi menawarkan cara-cara penegakan hukum alternatif tanpa kendali negara, penerimaan persetujuan sebagai narasi pembenaran berubah menjadi pertanyaan tentang batas-batas persetujuan. Bisakah kita memberikan persetujuan untuk melepaskan peran negara sebagai penjaga penegakan hukum? Bisakah kita menolak pemisahan kekuasaan Montesquieu? Bisakah kita menyetujui demokratisasi kekerasan dan penegakan hukum oleh pihak swasta? Kriteria apa yang kita tempatkan pada persetujuan untuk memastikan bahwa persetujuan tersebut dapat diterima dan 'benar', dari sudut pandang mana batasan-batasan ini diberlakukan, atau apakah kebenaran persetujuan ini hanya fiksi belaka?

Otonomi swasta, yaitu pentingnya persetujuan, atau kebebasan berkontrak adalah penggabungan struktural antara sistem hukum dan ekonomi. Kontrak menggunakan kode biner dari kedua sistem secara bersamaan, hukum legal/ilegal dan ekonomi membayar/tidak membayar. Namun, definisi, batasan dan penerapan persetujuan tidak jelas. Sebagaimana tercantum dalam Bab 5, kepatuhan sukarela terhadap suatu keputusan dipahami sebagai kontrak, persetujuan para pihak, dan tidak ada penggunaan kekerasan. Jika kedaulatan

sebagai pembenaran mengarahkan perhatian pada kepentingan negara dalam penyelesaian sengketa, perspektif yang tertanam dalam otonomi swasta mengalihkan fokusnya pada pihak-pihak yang berselisih. Dari perspektif kedaulatan, penggunaan kekuatan, yang merupakan kode biner kekuasaan/oposisi, merupakan faktor penentu dalam mengalokasikan kepatuhan sukarela ke dalam lingkup kebebasan berkontrak. Namun dari sudut pandang otonomi swasta, dapatkah kita memperluas cakupannya dengan memasukkan penggunaan paksaan? Apakah ini tidak bertentangan?

Sebagaimana dibahas dalam kaitannya dengan kedaulatan, kepemilikan atas konflik adalah sebuah konsep yang sulit dipahami. Konflik hukum mempunyai fungsi publik dalam memberikan stabilitas dan prediktabilitas, namun konsekuensi langsung dari konflik berdampak pada pihak-pihak yang berselisih terlebih dahulu. Batasan antara fungsi publik dan kepentingan para pihak semakin dilengkapi dengan perspektif pasar. Baik pasar e-commerce maupun pasar penyelesaian sengketa mempengaruhi keberhasilan berbagai metode pengelolaan konflik. Namun, konflik dimulai dan diakhiri oleh para pihak, ketidaksepakatan mereka adalah elemen dasar dari semua penyelesaian sengketa, bahan bakar untuk penafsiran ulang dan pengembangan hukum, kesenjangan transaksi bisnis, merupakan aset berharga bagi pasar penyelesaian sengketa.

Kepemilikan konflik adalah pertanyaan yang tidak bisa dijawab begitu saja; namun, perspektif yang berbeda mengungkapkan aspek penyelesaian sengketa yang berbeda. Pemeriksaan kedaulatan sebagai sumber pembenaran memberikan wawasan mengenai kepentingan negara-bangsa dalam pengelolaan konflik. Melalui penggabungan struktural antara hukum dan politik, kita melihat penyelesaian sengketa dalam kaitannya dengan kekuasaan dan kerangka internal sistem hukum. Melihat penyelesaian sengketa melalui kaca mata otonomi swasta akan menyoroti kepentingan para pihak dan pasar. Keterpaduan struktural antara sistem hukum dan perekonomian membawa perhatian pada alokasi sumber daya dalam penyelesaian sengketa. Dengan menekankan pentingnya otonomi swasta, yang kadang-kadang mengorbankan kedaulatan, fokusnya beralih ke kebutuhan, motif, sumber daya dan hak-hak para pihak itu sendiri. Kebebasan berkontrak sering dikaitkan dengan liberalisme laissez-faire, yang menyoroti pentingnya otonomi swasta. kontrol minimum negara dalam hubungan kontraktual antara dua pihak yang kompeten dan menyetujui. Namun, kebebasan berkontrak berakar pada hukum privat Romawi, dan ditetapkan sebagai salah satu prinsip dasar hukum perdagangan abad pertengahan, *lex mercatoria*. *Lex mercatoria* adalah sistem hukum dan sosio-ekonomi sui generis, berdasarkan pengaturan mandiri para pedagang itu sendiri, yang memperoleh kredibilitas dari praktik terbaik dan hukum adat, yang diterapkan di pengadilan pedagang dan perdagangan di sepanjang jalur perdagangan penting. Namun, masih dapat diperdebatkan apakah *lex mercatoria* benar-benar ada sejauh yang dikaitkan dengannya dalam literatur modern.

Meskipun kebebasan berkontrak merupakan prinsip hukum kontrak yang sudah mapan, signifikansinya dalam penyelesaian sengketa merupakan perkembangan yang relatif baru. Pentingnya persetujuan dalam penyelesaian sengketa dipengaruhi oleh gerakan ADR pada tahun 1980an. Dalam upaya mereka untuk memberikan alternatif terhadap proses

peradilan, yang dianggap mahal, lambat dan tidak memadai karena mentalitas menang-kalah, para pendukung ADR lebih memilih manajemen konflik yang lebih fleksibel dan efisien. Metode-metode baru ini akan mempertimbangkan kebutuhan para pihak dalam kasus tertentu. Alih-alih membuat keputusan mengenai hak dan kewajiban yang dapat ditegakkan, ideologi ADR akan menghasilkan solusi yang melampaui batas-batas penyelesaian sengketa hukum, dengan memperkenalkan teknik mediasi dan negosiasi baru untuk mencapai kesepakatan sejati antara pihak-pihak yang bersengketa. Dasar yurisdiksi metode penyelesaian alternatif tersebut terletak pada persetujuan para pihak. Kebutuhan individu para pihak akan menentukan dalam merumuskan prosedur in casu, karena hal ini juga akan mengubah fokus dari pengadilan kepada para pihak dan mendorong para pihak untuk mengambil tanggung jawab dan peran yang lebih aktif dalam menyelesaikan perselisihan.

Konsep persetujuan

Mirip dengan konsep kedaulatan, konsep persetujuan memiliki banyak makna yang terus menerus diinterpretasikan ulang. Persetujuan berkaitan erat dengan kontrak, meskipun keduanya tidak dapat dipersingkat: sejarah kontrak sudah ada sejak tradisi hukum Yunani dan Romawi Kuno, namun penekanan pada persetujuan masih lebih baru. Meskipun persetujuan, dalam arti partisipasi rakyat dalam komunitas, juga telah diterapkan dalam komunitas Kristen awal dan Abad Pertengahan, berikut ini saya fokus pada persetujuan dalam kerangka hukum kontrak, sebagai ekspresi niat individu, yang dianggap sah secara hukum. relevan.

Persetujuan, menurut Kamus Oxford, mengacu pada 'izin untuk melakukan sesuatu atau persetujuan untuk melakukan sesuatu'. Apa yang membuat persetujuan menjadi sah?

Yang relevan adalah subteks subjektivitas, tindakan individu, pentingnya penentuan nasib sendiri, yang semuanya berasal dari subjektivitas individu. Oleh karena itu, semakin pentingnya persetujuan pada akhir abad ke-18 dan abad ke-19 dikaitkan dengan individualisme, yang merupakan reaksi terhadap perubahan sosial yang disebabkan oleh Revolusi Industri dan urbanisasi. Oleh karena itu, persetujuan memiliki dampak timbal balik. dimensi, sebagai konsekuensi hukum, hubungan kontraktual dengan kewajiban, mengikuti ekspresi persetujuan yang kongruen dari para pihak. Unsur yang menggabungkan pertemuan pemikiran yang wajib, kontrak yang mengikat, telah terbukti menjadi instrumen hukum yang sangat berguna.

Sebelum mengkaji asal usul persetujuan dan otonomi swasta, hal lain mengenai hubungan antara persetujuan dan legitimasi pemerintah: penerapan persetujuan di luar hukum kontrak berkaitan dengan persetujuan dari yang diperintah, anggapan bahwa amanat dari penguasa yang berdaulat berasal dari persetujuan yang diperintah. persetujuan masyarakat. Sebagaimana dibahas dalam Bab 5, teori kontrak sosial sering kali memasukkan premis ini ke dalam kerangka kerjanya. Timbul pertanyaan, sejauh mana kedaulatan dan persetujuan itu kongruen, atau merupakan dua sisi mata uang yang sama? Patut dicatat bahwa konstruksi pembenaran tidak sepenuhnya tidak terikat satu sama lain, namun bisa saja – dan sering kali – tumpang tindih. Sebagaimana dibahas dalam Bab 5, hal ini diakibatkan oleh penerapan beberapa narasi pembenaran secara bersamaan, karena narasi-narasi tersebut jarang muncul secara terpisah. Selain itu, kedaulatan dapat diinterpretasikan melalui otonomi

swasta, seperti halnya elemen konsensual fiktif dalam teori kontrak sosial. Kita bahkan mungkin mengklaim bahwa penetapan prinsip kedaulatan memerlukan kontrak hukum privat antara yang berdaulat dan yang diperintah, sehingga mengarah pada titik di mana persetujuan dan kedaulatan merupakan aspek yang berbeda dari prinsip demokrasi.

Namun, terdapat banyak kelemahan dalam teori kontrak sosial. Pertama, tidak jelas apakah landasan kontrak sosial yang membentuk kekuasaan berdaulat, pada kenyataannya, tertanam dalam kebebasan memilih dan persetujuan semua pihak yang berkepentingan. Sebagaimana disiratkan oleh teori kontrak sosial, kontrak kedaulatan merupakan fiksi metaforis yang bertujuan menjelaskan lompatan konseptual dari keadaan alami menuju masyarakat terorganisir. Tidak ada kontrak sosial yang konstitutif dalam sejarah dan tidak ada alternatif pilihan untuk tidak ikut serta yang efektif. Dengan demikian, kontrak sosial tidak memenuhi persyaratan kebebasan memilih dan persetujuan yang ditetapkan oleh teori kontrak klasik, seperti tidak ada pertemuan pemikiran yang nyata. Kedua, persetujuan dan kedaulatan, meskipun mempunyai titik hubungan yang sama, sejalan dengan rasionalitas yang berbeda – kedaulatan terhadap sistem politik dan persetujuan terhadap sistem ekonomi – dan dengan demikian pemeriksaan bersama akan berarti suatu hal yang tidak dapat dihindari. penyederhanaan yang berlebihan dari hubungan ini. Ketiga, kontrak sosial cenderung mengikuti batasan geografis dan kehadiran di dalamnya sebagai tanda persetujuan. Logika ini terpecah dalam konteks teknologi, ketika penanda geografis kehilangan sebagian besar maknanya dan instrumen kontrak menjadi semakin kuat. Mengidentifikasi persetujuan dengan kehadiran berpotensi mengaburkan kompleksitas tindakan online, sehingga menyebabkan penyederhanaan berlebihan yang tidak perlu.

Mendekonstruksi asal mula otonomi swasta

Karena penelitian ini berfokus pada kemungkinan untuk mengkompensasi kelemahan kedaulatan dalam membenarkan penegakan hukum swasta, maka tidak mungkin untuk memberikan analisis yang komprehensif tentang pembentukan dan evolusi persetujuan dan otonomi swasta. Namun, pengenalan singkat mengenai konteks teoritis sudah cukup untuk memenuhi kebutuhan penelitian ini untuk menunjukkan bagaimana prinsip konstitutif otonomi swasta telah masuk ke dalam perdebatan mengenai penyelesaian perselisihan dalam bentuk persetujuan.

Salah satu penelitian yang paling berpengaruh mengenai asal usul hukum kontrak adalah penelitian Henry James Sumner Maine dalam *Ancient Law*, yang diterbitkan pada tahun 1861.

Tujuan analisis Maine adalah untuk menggambarkan ide-ide awal sebagaimana tercermin dalam teks-teks hukum kuno dan untuk menunjukkan kesamaan antara ide-ide tersebut dan pemikiran pada masanya. Menurut Maine, hukum Romawi kuno melihat kontrak sebagai kombinasi perjanjian antara para pihak, yang dihasilkan dari konsensus, dan kewajiban, yang ditambahkan ke dalam perjanjian. Kewajiban dianggap sebagai 'ikatan' atau 'rantai', yang dengannya hukum menyatukan orang atau kelompok orang, sebagai akibat dari tindakan sukarela tertentu'. Ada empat jenis kontrak yang diakui dan dapat ditegakkan oleh

hukum: kontrak verbal, kontrak literal, kontrak nyata, dan kontrak konsensual, yang semuanya muncul pada fase berbeda di era Romawi.

Jenis kontrak yang dapat dilaksanakan yang pertama dan paling umum yang dibedakan oleh Maine adalah kontrak verbal, yang terdiri dari pertanyaan dan jawaban, yang bersama-sama menciptakan lembaga untuk melampirkan kewajiban pada instrumen kontrak itu sendiri. Kontrak lisan mengikuti bentuk teknis tertentu. Kontrak literal berbeda dengan kontrak verbal karena kewajiban dibentuk dengan memasukkan jumlah utang ke sisi debit buku besar. Akad harafiah itu berkaitan dengan kebiasaan rumah tangga dalam pembukuan rumah tangga. Tidak jelas apakah persetujuan merupakan elemen yang diperlukan dalam suatu kewajiban, karena makna dan konteks kontrak literal berubah pada tahap-tahap selanjutnya dari Kekaisaran Romawi.

Berbeda dengan bentuk kontrak sebelumnya, kontrak nyata menandakan munculnya konsepsi etis, klaim Maine. Dalam kontrak nyata, kewajiban tersebut timbul langsung dari kinerja salah satu pihak, yang membebaskan kewajiban hukum kepada pihak lain berdasarkan etika. Namun, bentuk kontrak yang terakhir, yaitu kontrak konsensual, mengubah hukum kontrak Romawi dengan memasukkan kewajiban secara langsung berdasarkan konsensus para pihak tanpa memerlukan tindakan tambahan apa pun. Namun, ruang lingkup penerapan kontrak konsensual hanya terbatas pada komisi dan keagenan (*mandatum*), kemitraan (*societas*), penjualan (*emptio venditio*), dan penyewaan dan perekrutan (*locatio Conductio*). Maine berpendapat bahwa jenis transaksi ini adalah tindakan hukum yang paling umum dilakukan oleh komunitas berorientasi perdagangan, yang juga menjadi alasan untuk mengabaikan formalitas teknis sebagai hambatan dalam perdagangan. Signifikansi historis yang diberikan pada kontrak konsensual sebagian disebabkan oleh kemungkinan klasifikasi doktrinal lebih lanjut yang dimungkinkannya, seperti kewajiban alamiah dan sipil serta kontrak kuasi. Selain itu, penggunaan bahasa Latin memainkan peranan penting dalam menyebarkan inovasi hukum kontrak Romawi ke wilayah Barat Kekaisaran dan menjadikannya dapat diakses oleh para sarjana abad pertengahan.

Karya Maine menempatkan lahirnya hukum kontrak, dan peran persetujuan, dalam hukum Romawi. Meskipun persetujuan berperan penting dalam kontrak berdasarkan hukum Romawi, penekanan yang diberikan pada konsep tersebut merupakan hasil dari perubahan sosial yang terjadi belakangan ini. Konseptualisasi evolusi hukum ini sering dianggap sebagai transisi dari hak dan kewajiban yang terikat status ke hubungan sosial yang diatur melalui kontrak.

Sejak hukum Romawi, doktrin hukum kontrak telah mengalami perubahan yang signifikan dan beragam. Namun, semakin pentingnya pertukaran komersial membentuk latar belakang masyarakat bagi perkembangan hukum kontrak pada abad kedelapan belas dan kesembilan belas. Meningkatnya perdagangan dan kebutuhan untuk mengembangkan teori kontrak untuk kebutuhannya juga menjelaskan mengapa penelitian Maine pada pertengahan abad kesembilan belas berfokus pada menemukan asal usul hukum kontrak. Ketertarikan Maine pada hukum kontrak Romawi mencerminkan kebutuhan untuk menemukan asal usul fungsional untuk kebutuhan teori kontraktual yang baru. Dalam istilah Luhmann kita dapat

menggambarkan meningkatnya minat terhadap hukum kontrak sebagai akibat dari meningkatnya diferensiasi fungsional baik sistem ekonomi maupun sistem hukum. Sederhananya, peningkatan perdagangan ini terlihat mengarah pada berkembangnya teori kontrak klasik pada abad kesembilan belas.

Akademisi hukum asal Inggris, Patrick S Atiyah, mengkaji kemunculan dan matinya kebebasan berkontrak pada abad ke-19 dan ke-20. Atiyah menyatakan bahwa konsep kontrak berbasis persetujuan, yaitu kontrak yang mengikat sebagai pertemuan pikiran, merupakan hal yang relatif baru dalam hukum perdata. Kontrak berbasis persetujuan belum ada sampai tahun 1800, sebelum evaluasi hukum hubungan kontrak lebih terfokus pada jenis transaksi tertentu dan keadilan transaksi secara keseluruhan. Teori kontrak klasik berpuncak pada prinsip-prinsip umum dan kepercayaan yang ditempatkan pada konsep-konsep 'objektif' yang jelas seperti penawaran dan penerimaannya, sebagai hasil dari meningkatnya penekanan pada kebebasan kepemilikan dan peralihan dari masyarakat berbasis properti ke masyarakat berbasis kontrak.

Namun, Atiyah melanjutkan dengan mengklaim bahwa teori kontrak klasik telah mencapai ujung jalan, yaitu pada posisi di mana peran kontrak mulai menurun pada abad ke-20. Meningkatnya peraturan dalam perlindungan konsumen, undang-undang ketenagakerjaan, dan perlindungan penyewa telah mengurangi pentingnya konsep-konsep klasik, dan perkembangan ini telah membatasi hukum kontrak pada cakupan yang jauh lebih sempit dibandingkan pada masa puncaknya pada tahun 1870an. Atiyah mengaitkan kehancuran ini dengan tiga perkembangan yang terpisah namun saling berhubungan. Pertama, peran kontrak dalam masyarakat secara keseluruhan telah berkurang. Hal ini sejalan dengan semakin pentingnya hukum administrasi publik dalam melindungi pihak-pihak yang lemah dalam hubungan kontrak, yang terkait erat dengan munculnya negara kesejahteraan setelah Perang Dunia II. Perluasan aktivitas publik telah mengubah konsep masyarakat yang berpusat pada jaringan individu yang secara bebas membuat kontrak bilateral. Menurut Atiyah, telah terjadi pergeseran yang lebih luas dari hukum privat ke hukum publik.

Kedua, menurut Atiyah, pentingnya pilihan bebas sebagai sumber hak hukum telah menurun, seiring dengan beralihnya penekanan dari hak dan kewajiban yang berdasarkan janji menjadi hak yang tidak bersifat sukarela. Hal ini berarti semakin berkurangnya pentingnya kebebasan memilih, persetujuan dan janji. Dalam praktiknya, para pengacara semakin menyadari bahwa ada nilai-nilai lain yang lebih penting dan tidak semua konsekuensi kontrak berasal dari niat para pihak. Bentuk hubungan kontraktual baru, mis. kontrak standar, yang tidak dinegosiasikan secara individual, kontrak tersirat seperti naik bus, dan kontrak wajib seperti pengadaan tanah secara wajib, semuanya bertentangan dengan definisi kontrak sebagai pertemuan pikiran yang bersifat suka sama suka dan sukarela. Dengan demikian, konsep kontrak meluas ke situasi di mana elemen konsensual dilampaui oleh nilai-nilai dan tujuan-tujuan lain. Namun, Atiyah menunjukkan bahwa dalam bidang moralitas seksual, pentingnya persetujuan (orang dewasa) semakin meningkat, menunjukkan adanya peningkatan dalam hal ini. tren yang berlawanan dengan arus umum.

Ketiga, hukum kontrak telah bergeser dari model kontrak eksekutori klasik yang mengacu pada sisa kewajiban kontraktual para pihak dalam memenuhi kontrak, klaim Atiyah. Pada gilirannya, kontrak eksekutori, yang berfokus pada kinerja yang diinginkan di masa depan, menandai peralihan ke teori kontrak klasik, karena doktrin sebelumnya sebagian besar beroperasi pada konsep kontrak yang telah selesai (dieksekusi), yaitu apa yang telah dilakukan oleh para pihak. Namun, doktrin modern membedakan antara persetujuan saat ini dan persetujuan di masa depan serta membatasi sifat mengikat persetujuan tersebut. Misalnya, kemungkinan pembatalan kontrak yang mengikat saat ini dianggap sebagai bagian integral dari asuransi jiwa, beberapa kontrak konsumen berkelanjutan, dan penjualan barang. Selain itu, kontrak perkawinan tidak lagi dianggap mengikat di masa depan, sebuah perkembangan yang terkait dengan perceraian yang lebih mudah. Selain itu, kontrak juga telah kehilangan perannya sebagai instrumen alokasi risiko, karena perlindungan terhadap ekspektasi masa depan tidak lagi menjadi hal yang penting. untuk hubungan kontraktual.

Analisis Atiyah mengenai munculnya dan kejatuhan persetujuan mengungkapkan bahwa otonomi swasta adalah sebuah konsep yang relatif baru dibandingkan dengan kedaulatan, karena kedaulatan swasta merupakan sebuah konsep yang relatif baru.

Berasal dari abad keenam belas dan ketujuh belas. Meskipun persetujuan telah kehilangan arti pentingnya, hal ini masih merupakan konsep utama hukum. Dapat dikatakan bahwa, alih-alih mati, atau sebagai tambahan, konsensualitas telah meluas melampaui asal-usulnya dalam hukum kontrak, ke bidang hukum lain, misalnya hukum kontrak. hukum administrasi publik, hukum keluarga dan hukum acara. Serupa dengan apa yang dikemukakan oleh Mutanen dan Castells mengenai umur panjang kedaulatan dan negara-bangsa, persetujuan telah terbukti mampu melintasi batas-batas disiplin ilmu dan sangat tahan lama.

Pada bagian berikut, peran persetujuan dalam penyelesaian sengketa dievaluasi. Sebelum hal ini, satu catatan umum terakhir mengenai evolusi persetujuan perlu dibahas, yaitu munculnya rezim swasta dari *lex mercatoria* yang baru, karena para pendukung tradisi ini menganggapnya sebagai solusi bagi rezim swasta, sebuah model jaringan kontrak untuk sebuah negara. tatanan hukum yang bersifat nasional namun global, otonom dengan lembaga-lembaganya sendiri dan tanpa menghubungkan titik-titik dengan sistem hukum negara-bangsa. Diduga, rezim yang seragam ini dapat ditemukan dalam arbitrase komersial internasional dan tata kelola perdagangan internasional global.

Menurut Calliess, *lex mercatoria* yang baru mendapatkan kredibilitas atas agenda neo-liberalnya dari penafsiran *lex mercatoria* abad pertengahan sebagai sistem hukum otonom yang hidup berdampingan dengan pengadilan negeri dalam negeri. Penentang *lex mercatoria* yang baru menyatakan sebaliknya: bahwa hukum pedagang kuno bukanlah sistem hukum yang otonom, melainkan gabungan antara elemen publik dan privat. Seperti yang diungkapkan Calliess, mustahil untuk meliputi secara pasti isi undang-undang pedagang abad pertengahan ini, karena sumber sejarah langka dan terbuka terhadap beragam penafsiran. *Lex mercatoria* kuno berawal dari revolusi komersial abad pertengahan, yang menghasilkan pemerintahan mandiri di kota-kota pasar, pengadilan pasar khusus yang seringkali dipimpin oleh pejabat kota, penegakan kontrak informal secara umum, dan penciptaan beberapa

aturan adat mengenai penagihan utang. Belakangan, agenda negara yang semakin berkembang menyebabkan perebutan yurisdiksi dalam kasus-kasus komersial dan kodifikasi hukum adat.

Berdasarkan penilaian ini, Callyss mengevaluasi sejauh mana *lex mercatoria* yang baru benar-benar memenuhi janji untuk menjadi sistem hukum nasional yang seragam. *Lex mercatoria* yang baru dianjurkan sebagai respons terhadap fragmentasi sistem hukum nasional dan ketidakmampuan sistem tersebut untuk memberikan perlindungan terhadap sengketa komersial internasional. Dengan demikian, otonominya mencakup prinsip-prinsip umum hukum dan praktik bisnis yang lazim, arbitrase komersial internasional, dan penegakan hukum melalui sanksi sosial (misalnya reputasi) dan kodifikasi prinsip, standar, dan praktik bisnis. Berdasarkan analisis empiris terhadap fungsi-fungsi ini, Calliess menyatakan bahwa sampai batas tertentu rezim tersebut membuat normanya sendiri, namun penegakannya bergantung pada kerja sama dengan negara, karena putusan arbitrase paling sering ditegakkan berdasarkan Konvensi New York. Namun, kepatuhan sukarela berperan dalam penegakan hukum dan pada industri tertentu, sanksi sosial mungkin sudah cukup.

Namun, Callys menyimpulkan bahwa *lex mercatoria* yang baru merupakan model gabungan antara tata kelola pemerintah dan swasta, dan karenanya tidak dapat digambarkan sebagai sistem hukum yang bersifat nasional, seragam, atau komprehensif. Sifat hibrid ini juga diakui oleh para pendukungnya: karena Misalnya, Alec Stone Sweet menganggap *lex mercatoria* yang baru adalah 'parasit bagi otoritas negara', dan menggunakan mekanisme penegakan hukum negara jika diperlukan. Oleh karena itu, tampaknya diskusi tentang *lex mercatoria* yang baru menyentuh ketegangan yang sama antara sektor swasta dan publik serta swasta. pelaksanaan. Dengan demikian, perdebatan ini membantu dalam mengkontekstualisasikan penerapan baru teknologi penyelesaian sengketa ini dalam konteks hukum dan ekonomi. Namun, hal ini tampaknya tidak memberikan landasan yang seragam untuk mengkaji fenomena ini yang akan memberi kita alat tambahan.

6.2 PERSETUJUAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Dimana kita bisa mendapatkan persetujuan dalam penyelesaian sengketa?

Kami telah membuktikan bahwa konsep persetujuan berakar pada hukum kontrak Romawi kuno, namun sebagian besar merupakan produk abad kesembilan belas. Berikutnya, isu persetujuan perlu dibingkai ulang dalam konteks teknologi penyelesaian sengketa, dan sebagai sumber pembenaran. Artinya, alih-alih mengambil posisi menentang atau mendukung otonomi swasta, yang dievaluasi adalah bagaimana konsep tersebut digunakan untuk membenarkan penyelesaian sengketa secara umum, dan bagaimana konsep tersebut bereaksi terhadap dampak baru dari penegakan hukum swasta yang didorong oleh teknologi. Pertanyaannya sama dengan kedaulatan: apakah prinsip persetujuan cukup fleksibel untuk mengakomodasi kebutuhan pembenaran yang diajukan oleh pihak swasta?

Meskipun sulit untuk menemukan vokalisasi mengenai kehadiran kedaulatan dalam penyelesaian sengketa, hal ini tidak akan terjadi jika dilakukan dengan persetujuan. Pentingnya persetujuan menjadi jelas khususnya dalam penyelesaian sengketa alternatif,

yang dengan sendirinya menggambarkan sifat narasi membenaran yang saling melengkapi dalam membenarkan penyelesaian sengketa. Dalam ADR, penekanan pada persetujuan memiliki arti yang lebih praktis dibandingkan sekedar pengakuan terhadap akar ideologis: persetujuan dapat menciptakan dasar bagi yurisdiksi. Dari ADR, cakupan persetujuan telah diperluas ke bentuk-bentuk penyelesaian sengketa lainnya. Pentingnya persetujuan juga semakin meningkat dalam litigasi.

Pada Bab 5, koeksistensi ADR dan litigasi dijelaskan melalui model ideal tradisional, yang menjelaskan bagaimana monopoli negara atas kekerasan dapat dipertahankan sekaligus memungkinkan penyelesaian sengketa swasta. Interaksi ini didasarkan pada kendali negara atas penegakan hukum, dimana hasil dari sektor swasta perlu menggunakan mekanisme penegakan hukum publik dan pengendalian proses yang semestinya. Ada yang menyatakan bahwa model ini akan hancur ketika penegakan hukum oleh pihak swasta melampaui kendali negara dan dengan demikian akhirnya menantang hal tersebut. Namun, ada kemungkinan bahwa tantangan ini dapat diremehkan dengan menekankan peran persetujuan, dengan mengembalikan nilainya untuk mengatasi kekurangan yang timbul dari hubungan antara hukum dan negara. Sebelum era negara-bangsa, penyelesaian sengketa kontrak merupakan hal yang lumrah, meskipun konsep persetujuan yang kita kenal masih menunggu untuk dirumuskan. Seperti yang dicatat oleh sosiolog Norwegia, Vilhelm Aubert, dalam komunitas suku, penyelesaian perselisihan berdasarkan persetujuan terkadang dilembagakan dengan menggunakan anggota komunitas yang berkuasa sebagai perantara. Hasil yang dicapai jarang ditentang, karena pihak yang bertikai kemudian akan berhadapan dengan pihak lawan dan perantara serta keluarga mereka dalam proses selanjutnya. Selain menggambarkan tekanan sosial untuk kepatuhan sukarela sebagai alternatif penegakan hukum, contoh Aubert tentang Praktik-praktik kesukuan menonjolkan asal mula pengelolaan konflik yang berorientasi pada komunitas dan bersifat informal, yang sejalan dengan kritik terhadap gerakan ADR.

Peran persetujuan dalam penyelesaian sengketa modern dapat dibagi menjadi tiga contoh berbeda: arbitrase, mekanisme ADR non-adjudikatif, dan penekanan konsensus dalam litigasi. Arbitrase sering kali digambarkan sebagai contoh buku teks tentang pengaturan swasta, yang di dalamnya makna otonomi swasta menjadi sangat jelas, karena perjanjian arbitrase itu sendiri secara de facto merupakan dasar dari prosedur penyelesaian sengketa. Arbitrase merupakan prosedur peradilan dan dengan demikian menyerupai litigasi tradisional yang diatur oleh negara. Sebagaimana dinyatakan di atas, putusan arbitrase bergantung pada sistem negara dalam tahap penegakan hukum, meskipun kepatuhan sukarela disorot terutama dalam doktrin *lex mercatoria* yang baru. Alec Sweet Stone beranggapan bahwa peningkatan arbitrase menambah dominasi rezim nasional dalam perdagangan internasional, sebuah perkembangan yang melepaskan diri dari negara sama sekali.

Dalam arbitrase komersial internasional, Kurkela dan Turunen menganggap peran klausul arbitrase penting bagi yurisdiksi pengadilan. Kesepakatan para pihak membentuk yurisdiksi berdasarkan kebebasan berkontrak.

Namun, mereka membedakan antara mandat konkret arbiter (*mandate in concreto*) dan mandat abstrak pemerintah yang memungkinkan kebebasan berkontrak dan

pendelegasian wewenang peradilan (*mandate in abstracto*). Nader dan Shugart melihat arbitrase sebagai sebuah pelarian dari litigasi, yang sayangnya dapat mengarah kembali ke sistem peradilan resmi pada tahap penegakan hukum. Saat membahas sejarah arbitrase, Born mencatat bahwa patut dipertanyakan apakah arbitrase abad pertengahan, pada kenyataannya, mendasarkan yurisdiksinya pada persetujuan atas hal yang sama. derajat seperti yang kita pahami tentang batasan persetujuan saat ini.

Dengan membandingkan pemahaman saat ini mengenai arti persetujuan bagi yurisdiksi, Born mengemukakan premis bahwa persetujuan merupakan faktor penting untuk membenarkan penyelesaian sengketa pribadi. Julia Hörnle, yang mengkaji penyelesaian sengketa Internet, menganggap persetujuan sebagai landasan yang diperlukan dalam semua proses ADR.

Singkatnya, doktrin arbitrase nampaknya menekankan pada persetujuan para pihak, baik dalam bentuk klausul arbitrase yang sebenarnya maupun sebagai penolakan terhadap sistem peradilan resmi suatu negara. Ada dua alasan atas retorika yang memisahkan penyelesaian sengketa pribadi dari publik dengan mengacu pada persetujuan. Pertama, hal ini mendukung pentingnya persetujuan dalam penyelesaian sengketa dan menghubungkan sistem hukum dengan sistem ekonomi, membenarkan perintah swasta baik pada tingkat yurisdiksi maupun pada tingkat pembenaran yang lebih abstrak. Kedua, perbedaan ini didasarkan pada perkembangan doktrinal yang menyoroti penyelesaian sengketa pribadi khususnya sebagai alternatif dari pengadilan. Dengan latar belakang inilah Lon Fuller melihat munculnya mediasi sebagai perubahan sikap dari litigasi ke ADR.

Penjajaran antara litigasi dan ADR ini masih terdapat dalam literatur, di mana ADR dipromosikan sebagai kehendak 'asli' para pihak dan litigasi mewakili hukum yang keras dan tidak akomodatif. Penekanan pada keselarasan dan makna perjanjian nyata yang sejati mengulangi cita-cita hukum kontrak dengan kontrak sebagai pertemuan pikiran. Dalam literatur ADR, kualitas hasil akhir, yaitu pemahaman yang tulus antara para pihak, digambarkan sebagai hasil yang ideal. Menurut doktrin tersebut, keaslian perjanjian yang baru dibuat mengikat para pihak pada hasil resolusi dan mencegah meningkatnya konflik di masa depan, sehingga membuat penegakan hukum menjadi tidak penting. Seperti yang dinyatakan oleh pakar ADR terkemuka, Frank Sander, para mediator yang netral bertujuan untuk menemukan kesepakatan 'yang berupaya meredakan ketegangan jangka panjang serta menyelesaikan kontroversi yang ada'. Persyaratan keaslian dipenuhi ketika unsur-unsur non-hukum seperti perasaan dibawa ke meja diskusi untuk 'efek terapeutik pada hubungan jangka panjang'. Menurut Sander, kesepakatan otentik yang sejati antara para pihak hanya dapat dicapai di luar hubungan yang sah. ruang sidang di mana tidak ada paksaan untuk mempengaruhi pendapat para pihak. Menariknya, argumen ini menggambarkan kondisi kelayakan yang diberikan pada persetujuan. Agar memenuhi syarat, persetujuan harus tulus, tanpa paksaan, dan diberikan secara cuma-cuma. Melanjutkan alur pemikiran yang sama, persetujuan tersebut tidak dapat dibentuk dalam proses litigasi, karena akan kehilangan keasliannya.

Sebaliknya, Mnookin dan Kornhauser mengklaim dalam artikel penting mereka pada tahun 1979 bahwa solusi ADR terjadi di bawah bayang-bayang hukum, yang mencerminkan hasil yang diperkirakan dari membawa kasus ini ke pengadilan. Dengan demikian, penyelesaian sengketa kontrak memiliki garis besar yang sama dengan litigasi dan, pada gilirannya, penyelesaian sengketa kontrak memiliki garis besar yang sama dengan litigasi. Faktanya, garis besar ini dibuat, ditafsirkan ulang, dan ditegakkan oleh sistem penyelesaian sengketa publik. Meskipun perbedaan pendapat antara Sander dan Mnookin dan Kornhauser tampak seperti perbedaan doktrin ADR, namun sebenarnya tidak demikian. Sementara Sander berbicara tentang informalitas prosedur ADR yang menciptakan suasana tanpa paksaan, Mnookin dan Kornhauser menunjukkan bahwa kesepakatan secara umum jarang dicapai tanpa konteks, tanpa mempertimbangkan pro dan kontra ADR dibandingkan dengan litigasi. Dengan demikian, kedua pengertian tersebut mendekati subjek dari sudut yang berbeda.

Namun, keduanya mempunyai kesamaan, yaitu penekanan pada opini, sikap, dan kebutuhan masing-masing pihak untuk mengatasi permasalahan tersebut dalam penyelesaian sengketa. Otonomi dan persetujuan swasta diutamakan di atas kendali negara dan penyelesaian konflik semacam itu dianggap lebih baik dibandingkan hasil litigasi.

Penjajaran antara ADR dan litigasi agak dibuat-buat dalam konteks saat ini, meskipun secara historis hal ini dapat dimengerti. Namun, kategorisasi ini menyembunyikan peran persetujuan dalam litigasi. Berbeda dengan mayoritas literatur ADR, litigasi semakin mengakui pentingnya penyelesaian berdasarkan persetujuan. Misalnya, Harris Crowne menunjukkan bahwa litigasi dan ADR keduanya bekerja di bawah naungan penentuan nasib sendiri, dan ADR tidak memberikan kelonggaran lebih kepada pihak yang berselisih daripada litigasi. Sebaliknya, kedua bentuk penyelesaian sengketa ini memiliki lingkup operasional yang sama, yaitu berdasarkan pada penentuan nasib sendiri. Selain itu, berbagai bentuk penyelesaian perselisihan semakin sering menyatu, kata Resnik.

Sikap menjembatani ini menggambarkan kemenangan konsiliasi, dan perluasan cakupan persetujuan, juga dalam lingkup litigasi publik. Keinginan akan solusi damai telah diadopsi dalam litigasi baik melalui pengenalan mediasi maupun kodifikasi tujuan penyelesaian ke dalam litigasi.

Kecenderungan menuju metode penyelesaian sengketa yang 'lebih lembut' dan lebih beragam tampaknya ada hubungannya dengan ADR. Dapat dibayangkan bahwa argumen bayangan hukum berfungsi secara timbal balik: solusi kontraktual mencerminkan solusi hukum namun juga mempengaruhi isi metode peradilan di masa depan. Atau, popularitas metode ADR memberikan tekanan untuk perubahan dalam litigasi. Terlepas dari sebab dan akibat, tren penyelesaian itu sendiri tidak dapat diganggu gugat.

Kesimpulannya, peran otonomi swasta sangat menonjol dalam ADR, namun tidak terbatas pada bentuk-bentuk penyelesaian sengketa saja. Sebaliknya, proses penyelesaian sengketa publik semakin mengutamakan penyelesaian dan mendorong pihak-pihak yang berselisih untuk mencari solusi damai. Di sisi lain, pelembagaan telah membawa beberapa skema ADR lebih dekat ke penyelesaian sengketa publik. Selain itu, bentuk-bentuk mediasi yang bersifat wajib menimbulkan pertanyaan mengenai keaslian kepatuhan yang dipaksakan

dalam penyelesaian sengketa berdasarkan persetujuan. Jelaslah bahwa metode-metode penyelesaian sengketa swasta dan publik yang berbeda-beda mulai menyatu. Meskipun ruang lingkup persetujuan saat ini masih berubah-ubah, tidak dapat disangkal bahwa otonomi swasta dapat ditemukan dalam penyelesaian sengketa, dan bahwa perannya diakui dan terkadang digunakan untuk membenarkan berbagai metode penyelesaian sengketa.

Apa yang salah dengan persetujuan?

Konsep persetujuan nampaknya fleksibel dan terbuka untuk penafsiran ulang yang berkelanjutan. Pada pandangan pertama tampak bahwa penggabungan struktural antara sistem hukum dan ekonomi mempunyai lebih banyak peluang dibandingkan kedaulatan untuk mengatasi tantangan pembenaran teknologi. Membenarkan penyelesaian sengketa melalui otonomi swasta tidak membedakan antara penyelesaian sengketa yang ditawarkan oleh otoritas negara dan yang ditawarkan oleh penyedia layanan swasta, sehingga prinsip ini mengabaikan tantangan untuk memahami penggunaan paksaan oleh pihak swasta, yang tidak dapat diatasi dalam aturan politik. Di sinilah letak kekuatan dan kelemahan otonomi swasta sebagai sumber pembenaran.

Batasan persetujuan ditentukan oleh kode biner yang digunakannya. Otonomi swasta sesuai dengan kode legal/ilegal dari sistem hukum dan kode membayar/tidak membayar dalam sistem ekonomi. Tentu saja, narasi persetujuan tidak menyadari adanya kode kekuasaan/oposisi dalam sistem politik, yang berarti bahwa relasi kekuasaan tetap berada di luar persepsi narasi tersebut. Retorika persetujuan cenderung mengabaikan isu-isu dinamika kekuasaan yang tidak setara antara pihak-pihak yang berselisih, seperti yang dibahas oleh sejarawan Amerika John Auerbach, yang menganalisis munculnya arbitrase dalam kasus-kasus konsumen bernilai rendah. Auerbach mencatat bahwa, secara historis, arbitrase terbukti merugikan konsumen, karena kekuatan ekonomi yang tidak setara, kontrak standar yang disusun secara sepihak dengan klausul arbitrase, dan putusan arbitrase yang mengikat. Konsumen mungkin juga melepaskan hak-hak mereka melalui persetujuan tanpa informasi (uninformed consent) terhadap arbitrase, tanpa adanya mekanisme ganti rugi, karena pengadilan umum telah menolak tuntutan tersebut secara langsung. Persoalan distribusi kekuasaan yang tidak setara telah mendapat perhatian luas baik dalam literatur ADR maupun ODR. Efek pemain yang berulang (repeat player effect), yaitu bias yang melekat pada pihak-pihak yang lebih kuat secara ekonomi yang berulang kali menggunakan mekanisme yang sama, telah dibahas secara luas dan perdebatan tersebut sebagian besar berpuncak pada tuntutan akan kompetensi profesional dari penyedia penyelesaian sengketa. Kode ekonomi menjadi terlihat khususnya dalam konteks ADR, dimana diskusi terfokus pada penggambaran metode ADR sebagai metode yang lebih hemat biaya dibandingkan litigasi.

Melalui otonomi swasta dan penekanan pada persetujuan, kita dapat menggambarkan penggunaan teknologi penyelesaian sengketa, termasuk hambatan dalam penegakan hukum oleh pihak swasta. Seluruh mekanisme penegakan hukum dapat dipahami secara kontraktual: dari sudut pandang otonomi swasta, penegakan hukum hanyalah sebuah perpanjangan kontrak. Dari perspektif sistem ekonomi, penegakan hukum oleh pihak swasta dapat dengan mudah digambarkan melalui kontrak, karena hal ini sesuai dengan aturan sistem ekonomi.

Meski demikian, gambaran ini tidak sepenuhnya meyakinkan. Seperti halnya menjelaskan negara melalui teori konstruksi sosial, mendeskripsikan penegakan hukum melalui narasi persetujuan tampak agak artifisial. Karena persetujuan memperoleh kekuatan pbenarannya dari pertemuan pikiran, dari kesukarelaan dalam melakukan sesuatu, maka pemaksaan dan persetujuan kurang lebih tidak sejalan. Namun, sistem hukumnya masih lemah: dari sudut pandangnya, penjelasan saja sudah terlalu terbuka. Fokus pada otonomi swasta mengabaikan hukum sebagai paksaan; buku ini menyembunyikan kekerasan yang melekat khususnya dalam penegakan hukum, dan walaupun buku ini menjelaskan rezim swasta, buku ini gagal memberikan gambaran yang jelas mengenai pemaksaan yang diprivatisasi. Hal ini, pada gilirannya, menunjukkan sifat narasi persetujuan yang sebagian besar saling melengkapi, yang dalam penyelesaian sengketa sering kali digunakan bersamaan dengan narasi kedaulatan untuk mengimbangi kelemahan narasi kedaulatan. Dengan kata lain, persetujuan memberikan sebuah model untuk mengkaji manajemen konflik di luar pengadilan sekaligus mengandaikan peran mereka sebagai penjaga utama penegakan hukum. Saat ini, narasi persetujuan tidak cukup komprehensif untuk berfungsi tanpa adanya hubungan erat dengan negara-bangsa yang berdaulat.

Persetujuan sebagai sumber pbenaran bersifat fleksibel dan cukup tangguh selama masih ada jalan lain untuk penyelesaian sengketa. Seperti dijelaskan oleh Avinash Dixit, upaya ini tidak harus dilakukan oleh negara selama ada model tata kelola dan penegakan hukum yang ada. Secara tradisional, kebutuhan akan mekanisme ganti rugi ini disediakan oleh negara-bangsa. Dalam situasi di mana kebutuhan akan tata kelola seperti itu tidak disediakan oleh negara-bangsa, diperlukan alternatif lain. Perlu dicatat bahwa hak formal untuk mengakses pengadilan saja tidak cukup, namun perlu juga adanya kemungkinan akses yang nyata, yang seringkali tidak terjadi pada kasus-kasus yang intensitasnya rendah. Jika kita mengkaji contoh-contoh mekanisme penegakan hukum swasta yang ada, kita melihat bahwa mekanisme tersebut telah berevolusi untuk menggantikan mekanisme ganti rugi publik ketika mekanisme tersebut tidak mampu memberikan perlindungan hukum yang memadai. Namun, jika tidak ada alternatif nyata terhadap mekanisme swasta ini, jika tidak ada pilihan yang benar untuk mendukung atau menolak penggunaan mekanisme tersebut, maka tidak akan ada persetujuan yang diinformasikan (*informed consent*). Jika tidak ada alternatif lain, persetujuan tersebut hanya akan menjadi fiksi dan dengan demikian menantang asumsi kesukarelaan yang menjadi dasar kekuatan pbenaran narasi tersebut. Narasi persetujuan dibangun di atas konsep bahwa persetujuan tersebut bersifat 'nyata', meskipun kita dapat bertanya apakah asumsi ini merupakan fiksi serupa dengan asumsi monopoli negara dalam penyelesaian sengketa, yang digunakan untuk mempertahankan kekuatan teoritis narasi tersebut. Jika kekuatan pbenaran dari narasi persetujuan tidak terletak pada kesukarelaan, perhatian kita diarahkan pada bentuk persetujuan, ritual dan struktur yang digunakan untuk memberikan ucapan persetujuan yang tepat.

Kelemahan otonomi swasta sebagai sumber pbenaran juga disebabkan oleh alasan yang sama yang menyebabkan hilangnya kebebasan kontrak, seperti yang dijelaskan oleh Atiyah. Ruang lingkup penerapan persetujuan dipersempit oleh tuntutan perlindungan bagi

pihak yang lebih lemah. Perlindungan ini berangkat dari tuntutan keadilan dan diakomodir dalam hukum kontrak dengan klausul-klausul khusus mengenai keabsahan dan kesempingan kontrak. Untuk memberikan perlindungan tersebut sekaligus membenarkan penyelesaian sengketa, kita harus dapat menerapkan perlindungan internal hukum kontrak, yaitu pembelaan terhadap pembentukan dan alasan untuk mengesampingkan kontrak. Perlindungan ini, pada gilirannya, mensyaratkan adanya forum yang tepat untuk menentang kontrak, yang biasanya dilakukan melalui pengadilan umum. Batasan persetujuan berasal dari konteks di mana konsep tersebut awalnya muncul; kerja sama yang terjalin antara kekuasaan berdaulat dan otonomi swasta tampaknya tidak memberikan solusi yang cukup untuk menghadapi situasi penafsiran baru. Upaya untuk memberikan perlindungan tersebut secara internal melalui pengaturan mandiri industri dapat mengatasi masalah-masalah ini, namun menghadapi serangkaian tantangan yang berbeda, seperti konflik kepentingan, kurangnya insentif dan praktik terbaik yang nyata.

Karena cara untuk menggugat keabsahan persetujuan memerlukan cara penyelesaian perselisihan yang efisien pada tingkat mikro, maka membenaran penyelesaian perselisihan melalui persetujuan pada tingkat makro tidak mempunyai katup pengaman yang serupa. Sederhananya, persetujuan tanpa informasi (uninformed consent) dalam satu kasus kadang-kadang dapat digugat di pengadilan umum, sesuai dengan norma-norma hukum kontrak, namun pada tingkat yang abstrak, perlindungan internal seperti itu tidak dapat diterapkan. Untuk lebih konkritnya, tidak ada cara konkrit untuk menggugat keabsahan persetujuan yang diberikan kepada penegakan swasta (misalnya karena ambang batas litigasi), dan dengan demikian, konsep persetujuan hanya dapat diterapkan tanpa adanya unsur perlindungan secara sepihak. Narasi persetujuan cukup fleksibel dan inklusif, hingga kehilangan kekuatan deskriptifnya dan tidak dapat diterapkan sebagai sumber membenaran.

6.3 MASA DEPAN PERSETUJUAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Seperti yang ditunjukkan di atas, kesulitan dengan model membenaran berbasis persetujuan adalah bahwa model tersebut menyembunyikan krisis membenaran yang ada. Konsep persetujuan tidak memberi kita mekanisme untuk mengonseptualisasikan penegakan hukum oleh pihak swasta: dari sudut pandang persetujuan, penegakan hukum oleh pihak swasta bukanlah suatu krisis. Baik kehidupan tradisional antara litigasi dan ADR, maupun tantangan interpretasi baru dalam penegakan hukum swasta, dapat dipahami melalui konsep persetujuan sebagai titik awal utama legitimasi. Dengan kata lain, pasar tidak pilih-pilih: tidak ada perbedaan antara model penegakan hukum yang berbeda, karena sistem ekonomi tidak memerlukan sistem penegakan hukum oleh negara, melainkan hanya memerlukan sistem penegakan hukum. Namun, hal ini mendistorsi gambaran keseluruhan. meremehkan pentingnya hal-hal yang mengganggu bagi evolusi sistem hukum dan masyarakat. Sebagaimana dinyatakan, persetujuan saja tidak memberi kita sarana yang memadai untuk mengatasi penegakan hukum oleh pihak swasta dan menghindari monopoli negara atas kekerasan. Oleh karena itu, mendasarkan membenaran pada prinsip otonomi swasta bukanlah pilihan yang tepat.

Meskipun demikian, persetujuan tidak kehilangan signifikansinya dalam kaitannya dengan penggunaan teknologi informasi dan komunikasi (TIK). Instrumen kontrak mulai berlaku dan berfungsi sebagai landasan hukum bagi penegakan hukum oleh pihak swasta. Keabsahan model-model kontraktual ini sulit untuk dibantah dalam kaitannya dengan hukum kontrak, meskipun model-model tersebut mempunyai konsekuensi terhadap pemahaman kita terhadap hukum acara. Dalam skala yang lebih luas, sulit untuk membayangkan bahwa peran persetujuan akan menurun secara signifikan. Ada kemungkinan juga bahwa instrumen kontrak akan mendapatkan lebih banyak landasan dalam konteks online dan instrumen tersebut akan diterapkan untuk memahami sifat hukum dari penerapan teknologi di masa depan. Namun, perdebatan ini terlepas dari pertanyaan tentang pembenaran teknologi penyelesaian sengketa. Kedaulatan gagal dalam membenarkan penegakan hukum oleh swasta, karena penggunaan kekuatan yang diprivatisasi tidak dapat dijelaskan dalam sistem politik, yang menekankan klaim politik atas penggunaan kekuasaan. Oleh karena itu, penegakan hukum oleh pihak swasta tidak dapat dipahami dari sudut pandang kedaulatan.

Dari sudut pandang persetujuan, situasinya berbeda. Melalui penggabungan struktural persetujuan, baik sistem hukum maupun sistem ekonomi dapat memahami penegakan hukum oleh pihak swasta, namun pemikiran ini menghadapi hambatan yang berbeda, yaitu persyaratan eksternal untuk keadilan. Meskipun terdapat metode-metode dalam hukum kontrak untuk memberikan keadilan dan perlindungan bagi pihak yang lebih lemah pada tingkat mikro, hal ini tidak dapat memenuhi fungsinya pada tingkat makro, yaitu dalam membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta.

BAB 7

AKSES TERHADAP KEADILAN

Dalam bab-bab sebelumnya, keterkaitan struktural antara sistem hukum dan sistem politik dan ekonomi telah dievaluasi sebagai kemungkinan sumber pembenaran bagi penegakan hukum oleh pihak swasta. Ketidakmampuan narasi kedaulatan untuk menjelaskan privatisasi dan pergeseran fokus ke struktur-struktur yang berasal dari persetujuan fiktif menarik perhatian pada ritual penyelesaian sengketa, pada gagasan bahwa bagaimana proses tersebut diorganisasikan untuk memenuhi penerimaannya, menghasilkan pembenaran.

Kekuatan justifikasi struktur, hubungan antara hukum dan etika, menunjuk pada wacana etis mengenai penyelesaian sengketa dan semakin pentingnya hak fundamental atas peradilan yang adil sejak akhir Perang Dunia II. Di sini, narasi pembenaran ini disebut akses terhadap keadilan. Meskipun aspek akses terhadap keadilan telah dipoitofkan ke dalam kriteria proses hukum, akses terhadap keadilan sebagai narasi pembenaran mengacu pada dimensi moral dari hak-hak prosedural tersebut. Karena karakter akses terhadap keadilan yang sulit dipahami, maka pengkonsepan narasi justifikasi berkaitan dengan unsur transenden hukum, yaitu keadilan itu sendiri. Seperti halnya otonomi swasta, narasi tersebut hanya dibahas dalam kaitannya dengan kekurangan narasi lain untuk mengevaluasi bagaimana narasi tersebut digunakan untuk mengkompensasi keterbatasan mereka.

7.1 MENEMUKAN AKSES TERHADAP KEADILAN

Dari penggabungan konstitutif ke hak-hak dasar

Narasi akses terhadap keadilan berbeda dengan narasi kedaulatan dan persetujuan yang lebih konstitutif yang dihasilkan melalui penggabungan struktural antara sistem hukum dan sistem politik dan ekonomi. Berbeda dengan narasi-narasi di atas, akses terhadap keadilan tidak dihasilkan melalui penggabungan dengan sistem lain, karena sejak adanya pembedaan antara etika dan agama, wacana etika tidak termasuk dalam sistem tertentu. Sebaliknya, wacana etis dapat ditempatkan di semua subsistem dalam masyarakat sekuler Barat. Tidak ada prinsip konstitutif yang memberikan otoritas bagi narasi tersebut, namun landasannya terletak pada nilai intrinsik keadilan yang telah mendapatkan momentum sebagai bagian dari wacana hak asasi manusia. Di sini dikemukakan bahwa karakteristik khusus ini menjelaskan keterbatasan akses terhadap keadilan sebagai sumber pembenaran. Komunikasi etis mengenai penyelesaian sengketa tidak memberikan standar umum yang dapat diterapkan untuk memberikan pembenaran bagi mekanisme penegakan hukum swasta. Narasi akses terhadap keadilan memerlukan analisis kasus per kasus atau dukungan narasi pembenaran lainnya jika ingin memberikan penjelasan bagi penegakan hukum oleh pihak swasta.

Berbeda dengan kedaulatan atau otonomi swasta, akses terhadap keadilan – dalam artian wacana hak asasi manusia yang tercermin di dalamnya – sebagian besar merupakan produk abad ke-20, meskipun akar dari hak-hak universal yang tidak dapat dicabut dapat ditelusuri kembali ke Era Pencerahan. Namun, retorika hak asasi manusia mendapatkan

pengakuan dan signifikansi yang tak tertandingi setelah Perang Dunia II, ketika kebutuhan akan hak asasi manusia diakui dalam komunitas global dan konsensus ini diterjemahkan ke dalam ekspresi pertama hak asasi manusia universal. Meningkatnya signifikansi hak asasi manusia ini dimungkinkan oleh Konvensi internasional yang berbasis kedaulatan dan positivisasi wacana etika ke dalam undang-undang nasional, yang dalam kaitannya dengan penyelesaian sengketa menunjukkan pentingnya hubungan antara hukum dan negara dalam memberikan kriteria untuk hak asasi manusia. keadilan.

Ekspresi pertama, yang menjadi motor penggerak bagi perjanjian-perjanjian yang mengikat secara hukum di masa depan, adalah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia yang diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada tahun 1948. Majelis Umum kemudian mengadopsi dua Konvensi penting dan mengikat mengenai hak asasi manusia: Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (ICCPR) dan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya diadopsi pada tahun 1966 dan mulai berlaku pada tahun 1976. ICCPR diawasi oleh Komite Hak Asasi Manusia, yang juga memeriksa petisi individu dalam situasi pelanggaran dan memberikan interpretasi yang otoritatif, meskipun tidak mengikat, terhadap perjanjian tersebut. Perjanjian yang paling penting dalam konteks Eropa adalah Konvensi untuk Perlindungan Hak Asasi Manusia dan Kebebasan Mendasar (ECHR) yang dirancang oleh Dewan Eropa pada tahun 1950 dan berlaku sejak saat itu. 1953. Perjanjian tersebut membentuk Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa, yang memeriksa petisi baik dari negara maupun masing-masing pihak dan dalam situasi pelanggaran dapat memerintahkan negara untuk membayar ganti rugi kepada pihak yang dirugikan. ECHR adalah dokumen yang hidup, artinya penafsirannya dikembangkan lebih lanjut secara dinamis dalam kasus hukum pengadilan dan dengan demikian rentan terhadap perubahan masyarakat.

Peralihan ke arah hak asasi manusia telah terjadi secara nyata dalam ilmu politik dan hukum. Dalam sistem hukum, hak asasi manusia telah diterapkan di sebagian besar bidang hukum dan perspektif ini telah menjadi fokus penelitian hukum, hingga menimbulkan kritik terhadap 'fundamentalisme hak asasi manusia'. Dalam hukum acara, perspektif hak asasi manusia telah mengadopsi perspektif hak asasi manusia. peran prinsip hukum sui generis: akses terhadap keadilan. Namun, konsep akses terhadap keadilan tidaklah ambigu dan terbuka untuk ditafsirkan.

Patut dicatat bahwa retorika hak asasi manusia biasanya diterapkan sehubungan dengan narasi kedaulatan dan persetujuan konstitutif, di mana referensi terhadap keadilan digunakan untuk menjelaskan supremasi model penyelesaian sengketa tertentu. Misalnya, gerakan penyelesaian sengketa alternatif (ADR) secara khusus menekankan perspektif akses terhadap keadilan; mediasi informal lebih baik dalam menyediakan akses terhadap keadilan, menurut ideologi tersebut. Di sisi lain, litigasi negara dapat dipertahankan berdasarkan argumen yang sama – bahwa litigasi memberikan perlindungan yang lebih baik untuk menghormati proses hukum dan dengan demikian, pada kenyataannya, lebih baik. Fakta bahwa argumen akses terhadap keadilan dapat digunakan oleh para pendukung litigasi dan ADR memberi tahu kita sesuatu tentang konsep tersebut. Pertama, seiring dengan wacana yang muncul baru-baru ini, peran, penerapan dan konsekuensi hak asasi manusia dalam

sistem hukum masih terus terbentuk dan argumen mengenai akses terhadap keadilan digunakan untuk mencapai berbagai tujuan. Kedua, hak asasi manusia dipandang bersifat universal sehingga ruang lingkup penerapannya tidak terbatas pada wilayah geografis tertentu, bidang, konteks, prosedur, praktik atau institusi tertentu.

Yang ketiga dan yang paling penting, ambiguitas ini menunjukkan bahwa tidak mungkin menetapkan kriteria mengenai apa yang lebih baik tanpa mengacu pada tujuan yang digunakan untuk mengevaluasi keunggulan tersebut. Sederhananya, klaim bahwa sesuatu menjadi lebih baik memerlukan jawaban atas pertanyaan lanjutan 'dalam hal apa?'. Artinya, bahasa tersebut juga dapat digunakan untuk menyesatkan, memberikan argumen yang mendukung banyak tujuan yang saling bertentangan. Oleh karena itu, penting untuk memeriksa secara cermat argumentasi hak asasi manusia dalam konteks penyelesaian sengketa saat ini, karena argumen tersebut bisa saja hanya berupa argumen yang 'lebih baik' dan bukan sekedar klaim atas persyaratan hak asasi manusia yang konkrit. Selain itu, hal ini menunjukkan bahwa konsep pembenaran tidak berbeda satu sama lain, melainkan narasi pembenaran sering kali diterapkan secara bersamaan.

Retorika hak asasi manusia berangkat dari dimensi moral hukum. Dengan demikian, hak asasi manusia dianggap melampaui batas-batas sistem hukum nasional, sehingga memungkinkan penerapannya secara universal. Dari aspek moral ini dapat disimpulkan bahwa hak-hak dasar dan akses terhadap keadilan mencerminkan wacana yang berbeda dari yang lazim dalam sistem hukum. Sebagai ketentuan etis, persyaratan akses terhadap keadilan ini membuka pertanyaan mendasar mengenai apa itu hukum, apa itu keadilan, dan apakah keduanya dapat dipertukarkan. Akses terhadap keadilan membawa kita kembali pada paradoks yang melekat pada hukum, pencarian yang tiada henti akan cita-cita keadilan yang sulit dicapai dan tidak mungkin tercapai.

Konsep akses terhadap keadilan

Konsep akses terhadap keadilan tampaknya tidak tepat dan tidak fokus, sehingga tuntutan keadilan sulit diuraikan dalam sistem hukum. Ambiguitas ini disebabkan oleh banyaknya makna yang dikaitkan dengan konsep tersebut; ambiguitas penafsiran juga mengungkapkan sesuatu yang krusial mengenai peran etika, mengenai upaya hukum untuk mencapai keadilan.

Bagi Luhmann, keadilan adalah program hukum, rumusan daruratnya yang berlaku seperti konsepsi ketuhanan dalam sistem keagamaan, atau prinsip kelangkaan dalam sistem ekonomi. Rumus kontingensi suatu sistem adalah nilai eigennya, titik acuan yang menentukan komunikasi mana yang bermakna dalam sistem, yang menjadi acuan semua komunikasi dan pilihan-pilihan yang mungkin dilakukan.

Keadilan adalah pusat di mana semua komunikasi diatur, 'fondasi di mana sistem hukum membangun kompleksitasnya'. Ini berarti bahwa Luhmann tidak memberikan nilai-nilai atau kriteria untuk memutuskan apa itu keadilan, tidak ada prinsip-prinsip atau kode etik, seperti semua hukum yang ada. komunikasi adalah tentang keadilan. Keadilan adalah sebuah proses internal dari sistem hukum, pengamatan terhadap sistem yang bertujuan untuk memberikan 'kompleksitas yang memadai dalam pengambilan keputusan yang konsisten'.

'Kompleksitas yang memadai' ini melampaui konsistensi formal dari sistem hukum dan merespons secara reflektif terhadap tuntutan eksternal. dari lingkungannya. Akan tetapi, keadilan ditutup dalam sistem hukum melalui penutupan operatif, menjadikan keadilan sebagai transendensi diri yang diperlukan namun tidak mungkin dilakukan oleh hukum. Keadilan sebagai rumusan kontinjensi hukum memberikan ketidakpastian yang diperlukan bagi operasional hukum, memberikan bahan bakar bagi penerapan kode etik, yang membuat perbedaan antara legal/ilegal dan membiarkan atribusinya tetap terbuka. Sederhananya, keadilan adalah tujuan komunikasi hukum yang tidak dapat dicapai yang menjamin tercapainya tujuan hukum. kelangsungan operasi hukum dengan mengatur ketidakpastian dalam sistem hukum.

Bagaimana hubungan rumusan kontinjensi undang-undang ini dengan prinsip akses terhadap keadilan? Tidak tercapainya keadilan menunjukkan sifat kontradiktif yang melekat pada tuntutan peningkatan akses terhadap keadilan. Sebagai keadilan yang tidak dapat dijangkau, kami perlu fokus pada apa yang dapat dirasakan: komunikasi etis yang bersifat sementara yang telah membentuk struktur dalam sistem hukum, kriteria proses hukum. Meskipun demikian, penting untuk mengingat cita-cita umum mengenai akses terhadap keadilan di luar ketentuan perjanjian dan komprehensif serta cakupannya yang mempengaruhi pengadilan dan penyelesaian sengketa swasta. Pada tingkat konkrit dari proses hukum, tuntutan akan akses terhadap keadilan memerlukan hak-hak prosedural individu mulai dari persamaan senjata, yaitu bahwa kedua belah pihak yang bersengketa harus memiliki sumber daya informasi dan prosedural yang sama, hingga skema bantuan hukum dan hak-hak sipil. ketidakberpihakan pengadilan. Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa (ECtHR) mempunyai peran penting dalam memperkuat isi kriteria ini.

Karena tuntutan akan akses terhadap keadilan sering kali terlalu abstrak dan rumit untuk dianalisis secara umum, kriteria proses hukum merupakan inti penting dari keseluruhan retorika. Hal ini berarti ketentuan-ketentuan perjanjian, struktur argumentatif yang terdapat di dalamnya, dan penafsiran dinamis dalam kasus hukum menjadi penentu dalam mengevaluasi isi akses terhadap keadilan. Perlu dicatat bahwa akses terhadap keadilan merupakan konsep yang lebih luas dibandingkan proses hukum, karena proses hukum mengacu pada bagaimana suatu proses peradilan harus diselenggarakan. Namun akses terhadap keadilan memungkinkan kita untuk mengajukan pertanyaan yang lebih luas tentang bagaimana akses terhadap proses hukum diberikan, bagaimana dengan kasus-kasus yang berada di luar ambang batas litigasi, dan apa gambaran yang lebih besar. Dengan kata lain, akses terhadap keadilan tidak dapat direduksi menjadi kriteria proses hukum yang dipositifkan, melainkan nilainya terletak pada kemampuannya untuk mengekspresikan dimensi etika hukum dalam kaitannya dengan formula keadilan kontinjensi hukum. Akses terhadap keadilan membuka hukum menuju etika.

Namun, etika tidak berinteraksi dengan sistem hukum seperti halnya sistem politik dan ekonomi: rujukan terhadap akses terhadap keadilan seringkali bersifat ambigu dan dapat digunakan untuk mencapai tujuan yang berbeda. Ketidakjelasan ini sebagian dapat dijelaskan oleh peran keadilan sebagai formula kontinjensi hukum, dan sebagian lagi disebabkan oleh

sifat etika yang tidak biasa. Berbeda dengan kedaulatan atau otonomi swasta, akses terhadap keadilan tidak memberi kita titik rujukan eksternal di luar hukum, sehingga menimbulkan pertanyaan mengenai potensi narasi tersebut dalam memberikan pembenaran bagi penegakan hukum oleh pihak swasta tanpa dukungan narasi lainnya. Seperti narasi lainnya, narasi akses terhadap keadilan perlu menyesuaikan diri dengan dua perangkat pengkodean, yaitu hukum legal/ilegal dan kode etik, yang oleh Luhmann disebut sebagai alokasi sikap menghargai/tidak menghormati. Menurut Luhmann, kode moralitas tidak mengacu pada kinerja baik atau buruk seseorang (misalnya sebagai ilmuwan atau pemain sepak bola) namun pada keseluruhan pribadi dan partisipasinya dalam komunikasi tertentu. Pendekatan Luhmann terhadap moralitas digambarkan sebagai skeptis, dengan menyatakan bahwa 'pengamatan terhadap hal-hal tertentu "masalah" moralitas "slogan" membawa Luhmann pada pemeriksaan kritis terhadap moralitas sebagai fenomena komunikasi yang agak patologis dan membangun jenis etika baru yang mampu merespons apa yang disebut kondisi spesifik moralitas dalam masyarakat saat ini. Pendekatan Luhmann terhadap moralitas dimulai dari diferensiasi fungsional masyarakat modern, ketika moralitas bertransformasi dari kebiasaan masyarakat yang terstratifikasi menjadi subsistem yang berbeda secara fungsional, dan tidak dapat lagi didasarkan pada adat istiadat sosial atau agama.

Oleh karena itu, kebutuhan akan moralitas dan etika universal perlu dipikirkan kembali dalam masyarakat modern dan bukannya merujuk pertanyaan tersebut pada otoritas moralitas yang ada sebelumnya. Namun, pencarian etika dalam masyarakat modern yang terdiferensiasi secara fungsional tidak membuahkan hasil, menurut Luhmann, karena etika tidak dapat memberikan alasan bagi moralitas. Tidak ada pembenaran universal atas penilaian moral yang dapat dicapai, dan etika hanya berperan sebagai refleksi teoritis mengenai keberadaan moralitas. Ini berarti bahwa etika menjadi sebuah pertanyaan mengenai keberagaman pilihan moral, sebuah paradoks dari komunikasi moral, dimana tidak ada keputusan akhir yang dapat dicapai. Jawabannya dapat ditemukan. Penerapan moral yang universal ini mencakup bahaya polarisasi, fundamentalisme komunikasi. Dengan demikian, komunikasi moral terkait erat dengan konflik dan kekuasaan, dan peningkatan argumentasi yang sulit atau bahkan tidak mungkin untuk diturunkan. Hal ini disebabkan oleh bentuk komunikasi moral yang spesifik, yaitu komunikasi moral selalu simetris, artinya orang yang berkomunikasi secara moral berkomitmen pada dirinya sendiri. Oleh karena itu, komunikasi moral mencakup kedua sisi kode; orang yang berkomunikasi mengidentifikasi diri dengan sisi positif dari kode tersebut, dengan 'kebaikan' atau 'penghargaan' atau 'penghargaan', dan secara bersamaan mengaitkan posisi polarisasi ke sisi lain. Hal ini menyebabkan Luhmann menganggap komunikasi moral sebagai sesuatu yang beresiko, sama seperti bakteri yang hidup dalam tubuh manusia yang menyebabkan penyakit namun pada saat yang sama mempunyai fungsi-fungsi tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu, etika sebagai teori reflektif tentang komunikasi moral mampu mengungkap mengapa posisi moral menjadi terlalu panas, namun tidak memberikan solusi bagi dilema moral.

Oleh karena itu, tuntutan akan akses yang lebih baik terhadap keadilan, atau penekanan pada hak asasi manusia secara umum, merupakan sebuah cara refleksi etis

terhadap hukum. Dengan menyatakan pentingnya akses terhadap keadilan, kami berpendapat bahwa secara moral benar untuk menerapkan sisi hukum yang 'legal' dan bukan sisi 'ilegal' dalam situasi tertentu yang berkaitan dengan pengakuan simetris terhadap seseorang, yaitu keikutsertaannya dalam hak asasi manusia. masyarakat. Wacana hak asasi manusia adalah komunikasi moral (yang berisiko) mengenai hukum.

Mendekonstruksi asal mula akses terhadap nafsu

Pertanyaan tentang hakikat moralitas membawa kita kembali pada diferensiasi fungsional masyarakat. Komunikasi moral sebelumnya dikaitkan dengan subsistem tertentu dalam masyarakat, yaitu agama. Keterkaitan struktural antara hukum dan agama telah ada, seperti yang ditunjukkan oleh perebutan kekuasaan antara otoritas sekuler dan otoritas ilahi di Eropa abad pertengahan. Kedua sistem mempunyai bahasa yang sama, hukum kanonik menjadi contohnya. Pada titik ini, sistem agama mungkin telah memberikan referensi eksternal pada hukum yang dapat berperan sebagai pembenaran, seperti halnya dengan hukum kanon. Namun, diferensiasi fungsional menyebabkan berkurangnya pentingnya agama dan terlepasnya komunikasi moral dari subsistem ini. Doktrin hukum alam kemudian digunakan untuk memberikan argumen konstitutif serupa, dan referensi eksternal, untuk tujuan pembenaran. Ini berarti bahwa sumber moralitas dapat ditemukan tertanam dalam akal, dalam pikiran manusia itu sendiri, atau dalam pikiran manusia. munculnya sistem etika yang melampaui hubungan dengan agama. Jadi, komunikasi moral tentang hukum menjadi lain daripada komunikasi moral tentang hukum berdasarkan agama. Hal ini juga berarti bahwa subsistem hukum dan agama telah berkembang melampaui titik sejarah bahasa bersama dan dengan demikian agama tidak dapat lagi memberikan sumber pembenaran yang sama (melalui referensi eksternal ke sistem lain) seperti yang dulu bisa dilakukan.

Namun, dalam akses terhadap keadilan kita melihat sebuah konsep yang digunakan untuk menggantikan pembenaran penyelesaian sengketa. Bagaimana hal ini mungkin terjadi, jika komunikasi moral tidak mempunyai rumah selain di lingkungan subsistem? Jawabannya sederhana. Tidak ada lagi penggandengan struktural antara hukum dengan subsistem yang lain, namun sistem hukum masih mengandaikan adanya penggandengan struktural yang dulu pernah ada. Hukum beroperasi seolah-olah penggandengan struktural masih memberikan informasi dari luar batas-batas sistem hukum, padahal referensi yang diperoleh dari penggandengan tersebut hanyalah cerminan dari operasi hukum itu sendiri: tidak ada transfer informasi antara dua sistem. Tetap saja, hukum beroperasi seolah-olah transfer informasi terjadi, seolah-olah operasi yang dilakukan bersama oleh sistem hantu itu sesuai dengan dua jenis pengkodean, yaitu moralitas dan hukum. Penafsiran ini juga menjelaskan mengapa komunikasi moral tentang hukum tidak memiliki prinsip konstitutif seperti kedaulatan atau otonomi swasta. Sederhananya, tidak ada yang lain selain cerminan dari sistem hukum itu sendiri. Meskipun etika tidak berkaitan dengan subsistem tertentu, namun terletak pada lingkungan sistem tersebut, fungsi akses terhadap keadilan serupa dengan narasi kedaulatan dan persetujuan. Komunikasi moral tentang hukum mengaitkan kode moralitas dengan penerapan kode sistem hukum. Dengan demikian, komunikasi moral tentang hukum dalam konteks teknologi penyelesaian sengketa kurang lebih berfungsi sama dengan narasi yang

lebih konstitutif. Meskipun demikian, akses terhadap keadilan terwujud sebagai sebuah paradoks etika yang tidak dapat dipecahkan, sebagai sebuah hubungan struktural sepihak yang tidak memberikan jawaban yang jelas terhadap dilema moral.

Meskipun terdapat transendensi etika, narasi akses terhadap keadilan mendapatkan kekuatan pembenaran melalui positivisasinya ke dalam kriteria proses hukum. Komunikasi mengenai penyelesaian sengketa yang adil mengandung unsur etis, sedangkan masuk akal secara hukum berasal dari kekuatan konstitutif yang diperoleh dari hubungan antara hukum dan negara. Dengan demikian, narasi akses terhadap keadilan mampu melengkapi narasi kedaulatan, dan sebaliknya, dengan memberikan standar material untuk mengevaluasi bagaimana penyelesaian sengketa harus diselenggarakan. Dengan penafsiran ulang yang terus-menerus, narasi akses terhadap keadilan telah menjadi sebuah program dalam sistem hukum yang mengarahkan penerapan kode etik tersebut. Penggunaannya sebagai narasi pembenaran menyatakan bahwa standar material dapat memberikan kekuatan pembenaran yang diarahkan pada struktur penyelesaian sengketa. Dengan kata lain, komunikasi etis mengenai penyelesaian sengketa berbentuk kriteria proses hukum yang mencerminkan transendensi keadilan, nilai-nilai di balik ketentuan konkrit, namun sekaligus membatasi transendensi ini dengan memasukkannya ke dalam ketentuan konkrit. Dengan memeriksa nilai-nilai yang tercermin dalam kriteria proses yang semestinya, kita dapat memahami dimensi etika dan memanfaatkan penggunaan justifikasinya.

Perlu dicatat bahwa ketentuan-ketentuan perjanjian ini, selain undang-undang nasional mengenai hak-hak dasar, kasus hukum dan doktrin yang mendasarinya, merupakan sumber hukum yang paling otoritatif untuk kriteria proses hukum yang konkrit. Namun, hal-hal tersebut bukanlah sumber moralitas melainkan sekadar penerapan komunikasi moral dalam penyelesaian sengketa yang telah dipositifkan melalui hukum yang terikat pada negara. Dengan kata lain, hal-hal tersebut merupakan operasional sistem hukum yang mencakup penerapan kode moralitas berdampingan dengan kode legal/ilegal. Simetri komunikasi moral inilah yang menjauhkan ketentuan-ketentuan ini dari operasi dan struktur sistem hukum lainnya. Namun, penerapan terus-menerus dari operasi hukum yang dikodekan secara moral ini dalam kasus hukum tampaknya kehilangan sebagian penekanan moralnya, karena penerapannya menjadi rutin seperti aturan dalam kasus-kasus sederhana. Kriteria yang mirip aturan mengenai apa yang membuat penyelesaian sengketa menjadi adil, yaitu proses yang wajar, menjadi titik akses untuk mengamati komunikasi moral dalam penyelesaian sengketa.

Kriteria proses hukum didefinisikan dalam instrumen fokus, yang mengungkapkan dalam kasus-kasus konkret apa komunikasi moral mengenai penyelesaian perselisihan dilakukan. Pertama, Konvensi Hak Asasi Manusia Eropa Pasal 6(1) mengenai peradilan yang adil menetapkan aturan-aturan konkrit untuk acara perdata dan pidana. Pasal 6(1) menyatakan bahwa:

Dalam menentukan hak-hak sipil dan kewajiban-kewajibannya atau dalam setiap tuntutan pidana terhadap dirinya, setiap orang berhak atas pemeriksaan yang adil dan terbuka di muka umum dalam jangka waktu yang wajar oleh suatu pengadilan

yang independen dan tidak memihak yang dibentuk berdasarkan undang-undang. Keputusan harus diucapkan secara terbuka tetapi pers dan masyarakat dapat dikecualikan dari seluruh atau sebagian persidangan demi kepentingan moral, ketertiban umum atau keamanan nasional dalam masyarakat demokratis, di mana kepentingan anak di bawah umur atau perlindungan kehidupan pribadi orang yang bersangkutan. Para pihak memerlukannya, atau sejauh sangat diperlukan menurut pendapat pengadilan dalam keadaan khusus dimana publisitas akan merugikan kepentingan keadilan.

Kedua, Kovenan Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik Pasal 14(1) menetapkan hal serupa:

Semua orang mempunyai kedudukan yang sama di depan pengadilan dan pengadilan. Dalam menentukan tuntutan pidana terhadap dirinya, atau dalam menentukan hak dan kewajibannya dalam suatu tuntutan hukum, setiap orang berhak atas pemeriksaan yang adil dan terbuka di muka umum oleh suatu pengadilan yang kompeten, independen dan tidak memihak yang dibentuk berdasarkan hukum. Pers dan masyarakat dapat dikecualikan dari seluruh atau sebagian persidangan karena alasan moral, ketertiban umum (ordre public) atau keamanan nasional dalam masyarakat demokratis, atau ketika kepentingan kehidupan pribadi para pihak memerlukannya, atau untuk sejauh mana hal tersebut benar-benar diperlukan menurut pendapat pengadilan dalam keadaan khusus dimana publisitas akan merugikan kepentingan keadilan; tetapi keputusan apa pun yang diambil dalam kasus pidana atau dalam tuntutan hukum harus diumumkan kecuali jika kepentingan anak di bawah umur mengharuskan lain atau proses hukum tersebut berkaitan dengan perselisihan perkawinan atau perwalian anak.

Ketika kita membandingkan kedua formulasi kriteria proses hukum ini, kita menemukan beberapa kesamaan. Kedua Konvensi yang paling berpengaruh ini mendefinisikan proses hukum sebagai pemeriksaan publik yang adil atau setara dalam sebuah pengadilan yang independen dan tidak memihak, yang dibentuk berdasarkan undang-undang, meskipun publisitas ini dapat dikurangi berdasarkan kondisi tertentu yang dapat diterima. Tampaknya inti yang menentukan dari proses hukum adalah kesetaraan; susunan kata tersebut berfungsi sebagai gambaran unsur-unsur yang relevan untuk mewujudkan kesetaraan. Kesetaraan disebutkan sebagai hal yang sama dan terkait dengan ketentuan lainnya, konstitusi pengadilan, yang harus independen dan tidak memihak – untuk memastikan kesetaraan dan keadilan – dan ditetapkan berdasarkan peraturan legislatif dari sistem politik.

Oleh karena itu, salah satu contoh komunikasi moral mengenai penyelesaian sengketa adalah persoalan konstitusi pengadilan, yang ketentuan-ketentuannya diselesaikan dengan mengacu pada sistem demokrasi yang membentuk pengadilan berdasarkan undang-undang.

Kriteria ini mereduksi kesetaraan kembali menjadi prinsip demokrasi, yang kemudian dikaitkan dengan sistem politik dan kedaulatan. Pengurangan seperti ini akan membuat pembahasan mengenai proses hukum yang berlaku dalam rezim global menjadi sia-sia tanpa mengacu pada negara, atau akan menganggap proses hukum semata-mata merupakan bagian dari kendali negara, sehingga menghilangkan pertanyaan tentang bagaimana kita menerapkan proses hukum terhadap ODR tanpa merujuk pada sistem berbasis kedaulatan hukum transnasional. Tampaknya kesetaraan merupakan inti dari kekuatan pembenaran narasi akses terhadap keadilan. Dalam sistem hukum, kesetaraan sering kali diutarakan ulang sebagai tuntutan untuk memperlakukan kasus-kasus serupa dengan cara yang sama dan kasus-kasus yang berbeda secara berbeda, meskipun formulasi ini menyembunyikan kekerasan sewenang-wenang yang melekat dalam putusan-putusan mengenai kasus-kasus mana yang serupa dan mana yang tidak.

7.2 AKSES TERHADAP KEADILAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Dimana kita dapat menemukan akses terhadap keadilan dalam penyelesaian sengketa?

Komunikasi moral mengenai penyelesaian sengketa diwujudkan dalam kriteria proses hukum yang layak dan dalam prinsip umum kesetaraan. Kriteria proses hukum dan prinsip yang mendasarinya dapat digunakan untuk menggantikan pembenaran. Menggunakan kriteria proses hukum sebagai sumber pembenaran berarti bahwa suatu keputusan kehilangan validitas formalnya jika prosedur yang digunakan untuk mengambil keputusan tersebut mengandung beberapa kekurangan prosedural.

Perlu dicatat bahwa kasus hukum ECtHR mengenai Pasal 6 merupakan kumpulan komunikasi moral yang luas mengenai penyelesaian perselisihan. Dengan demikian, penafsiran Pasal-Pasal Konvensi ini merupakan penerapan kode hukum dan moralitas. Itu adalah operasi individual yang menjadi pedoman untuk kasus-kasus di masa depan.

Dengan kata lain, keputusan-keputusan yang menyatakan telah terjadi pelanggaran terhadap Pasal 6 (atau tidak ada pelanggaran) membentuk struktur dalam sistem hukum. Artinya mereka menjadi posisi dominan dalam komunikasi moral. Perlindungan proses hukum ini dibentuk oleh jaringan komunikasi khusus yang menetapkan bahwa penerapan hukum/ilegal tertentu bersinggungan dengan pertimbangan/pengabaian, yaitu kasus-kasus preseden. Untuk menghindari peningkatan lebih lanjut dalam penerapan kode sistem hukum, struktur komunikasi sebelumnya perlu diakomodasi dalam kasus-kasus di masa depan. Oleh karena itu, kriteria proses hukum yang konkrit (misalnya prinsip audiatur altera pars, atau membiarkan pihak lain juga didengarkan) menjadi program internal sistem hukum. Program-program ini merupakan elemen penting untuk membangun jaringan operasi sistem hukum di masa depan. tetapi mereka tidak mempunyai titik rujukan eksternal di luarnya. Dengan demikian, otoritas kasus hukum mengenai akses terhadap keadilan mendapatkan kekuatannya dari moralitas komunikasi tersebut, yang kemudian dihistoriskan secara internal dalam sistem hukum.

Oleh karena itu, kita hanya dapat menganalisis komunikasi moral individu mengenai penyelesaian sengketa dan program yang dibentuknya dalam sistem hukum. Oleh karena itu

dimungkinkan untuk mengevaluasi bagaimana mereka memandu penerapan legal/ilegal. Namun, tidak mungkin untuk membantah, apakah kesimpulan yang ‘benar’ diambil dalam kasus-kasus formatif Pasal 6 ini, karena posisi seperti itu hanya akan menjadi contoh lain dari komunikasi moral.

Tidak ada referensi eksternal dalam komunikasi moral, yang dapat membenarkan otoritas komunikasi moral ECtHR, di luar konstitusi pengadilan pada khususnya dan delegasi kekuasaan kedaulatan dari Negara-negara Peserta kepada instrumen Konvensi itu sendiri atau kepada Dewan Eropa pada umumnya. Kita hanya dapat mencapai komunikasi individu mengenai keputusan dan menyimpulkan dari komunikasi tersebut apa yang telah dikomunikasikan mengenai penyelesaian perselisihan dengan otoritas komunikasi moral yang sederhana.

Salah satu contoh komunikasi moral mengenai proses hukum adalah kasus hukum ECtHR mengenai kesetaraan senjata dan sifat permusuhan dalam proses hukum, yang menekankan cara yang sama bagi para pihak untuk mengajukan tuntutan mereka dalam proses hukum yang bersifat permusuhan. Menurut Pengadilan, proses adversarial merupakan landasan hak atas peradilan yang adil. Isi dari adversarial prosiding adalah hak untuk mengetahui semua bukti yang diajukan dalam kasus tersebut dan kemungkinan untuk mengomentari bukti tersebut. Kasus tersebut undang-undang menekankan bahwa para pihak sendirilah yang mempunyai hak untuk memutuskan apakah akan mengomentari dokumen tertentu atau tidak.

Dalam kasus *K.S. v Finlandia* ECtHR menetapkan bahwa telah terjadi pelanggaran terhadap Pasal 6, karena tidak ada kemungkinan untuk mengomentari dokumen yang diperoleh pengadilan yang diberikan kepada penggugat dalam kasus tunjangan pengangguran. Dalam perkara ini pemohon diberhentikan dari jabatannya sebagai pemeriksa pajak dengan pemberitahuan enam bulan sebelumnya pada tahun 1991, karena ia terbukti terus menerus melalaikan tugasnya. Setelah pemecatannya, pemohon telah mengajukan permohonan tunjangan pengangguran dari Dana Pengangguran untuk Pengacara dan Rekan Hukum, namun Dana tersebut menolak dengan alasan bahwa pemohon sendiri yang menyebabkan pemecatan tersebut. Keputusan tersebut didasarkan pada pendapat yang mengikat dari Komisi Ketenagakerjaan, yang menurut hukum wajib dipatuhi oleh IMF. Penggugat kemudian mengajukan banding terlebih dahulu ke Dewan Tunjangan Pengangguran, yang menolak banding tersebut, dan kemudian ke Pengadilan Asuransi. Selama proses persidangan, Pengadilan Asuransi meminta pendapat dari Dana, yang telah disampaikan namun tidak dikomunikasikan kepada pemohon. Selain itu, Pengadilan Asuransi juga memperoleh dokumen dari Mahkamah Agung Tata Usaha Negara yang telah menyelesaikan kasus pemberhentian pemohon. Pengadilan Asuransi menguatkan keputusan Dewan dalam keputusannya pada tahun 1995.

Dalam permohonannya kepada ECtHR, pemohon menyatakan bahwa telah terjadi pelanggaran terhadap haknya untuk mendapatkan pemeriksaan yang adil, karena dokumen yang diperoleh secara *ex officio* oleh Pengadilan Asuransi tidak dikomunikasikan kepadanya. Menurut Pemerintah Finlandia, non-komunikasi tersebut bukan merupakan pelanggaran

terhadap Pasal 6, karena dokumen yang diperoleh terutama mengacu pada banding dan observasi selanjutnya serta fakta-fakta kasus namun tidak memuat bukti baru atau mengungkapkan fakta baru yang akan mempengaruhi kesimpulan Pengadilan. Non-komunikasi tidak terbantahkan. ECtHR menyatakan bahwa pendapat yang diperoleh merupakan pendapat yang masuk akal mengenai manfaat banding yang diajukan pemohon dan tujuan dari pendapat tersebut adalah untuk mempengaruhi keputusan Pengadilan Asuransi. Oleh karena itu, ECtHR menyimpulkan bahwa pemohonlah yang seharusnya memutuskan apakah akan memberikan komentar terhadap pendapat tersebut atau tidak. Karena Pengadilan Asuransi tidak memberikan kemungkinan seperti itu kepadanya, maka pemohon tidak dapat berpartisipasi dengan baik dalam proses persidangan. Dengan demikian, telah terjadi pelanggaran terhadap Pasal 6 dan negara tergugat wajib membayar ganti rugi kepada pemohon. Sebagai buntut dari keputusan ECtHR, Komite Menteri Dewan Eropa mengundang Finlandia untuk menginformasikan tindakan yang diambil sebagai konsekuensi dari keputusan tersebut. Dalam komunikasinya, Pemerintah Finlandia memberitahukan Komite bahwa ganti rugi telah dibayarkan kepada pemohon sesuai dengan keputusan. Selain itu, Pemerintah menekankan kemungkinan untuk mengupayakan pembatalan keputusan dalam negeri dengan alasan pelanggaran Pasal 6. Meskipun keputusan ECtHR tidak menyebabkan pembatalan keputusan dalam negeri, komunikasi Pemerintah menunjukkan bahwa keputusan tersebut diikuti dengan cermat. Keputusan ECtHR mengenai pelanggaran Pasal 6 memberikan dasar untuk pembatalan dalam sistem hukum domestik. Dengan demikian, pelanggaran terhadap due process dapat menyebabkan putusan tersebut dikesampingkan, dan kehilangan keabsahannya karena proses yang ditempuh tidak mengakomodasi posisi moral yang dianut dalam program due process dalam sistem hukum.

Pasal 6 ECHR tentang hak atas peradilan yang adil mempunyai beberapa unsur yang berbeda. Pasal tersebut membahas kesetaraan senjata, konstitusi pengadilan yang independen, dan publisitas persidangan. Selain itu, pasal ini juga membahas akses terhadap pengadilan serta akses terhadap penegakan hukum. Akses terhadap penegakan hukum tidak secara spesifik diatur dalam Konvensi namun telah ditetapkan dalam kasus hukum. Kasus hukum mengenai akses terhadap penegakan hukum menggambarkan aspek lain yang berbeda dari hak atas peradilan yang adil dibandingkan dengan kesetaraan senjata dan proses yang bersifat permusuhan, meskipun hal ini tidak memberikan wawasan tambahan apa pun mengenai pembenaran di luar analisis proses hukum sebagai program internal hukum.

Namun, akses terhadap penegakan hukum sebagai bagian dari proses hukum memberikan manfaat lain bagi tujuan penelitian ini, yaitu untuk memahami penegakan hukum oleh pihak swasta. Kasus hukum mengenai akses terhadap penegakan hukum merupakan komunikasi moral tentang inti sistem hukum, karena hukum ini menggambarkan batasan-batasan penggunaan paksaan yang diakui secara hukum. Dengan demikian, kita dapat mengamati batasan-batasan ini sebagai pemahaman diri terhadap hukum acara mengenai pemaksaan, sambil mengingat posisi moral yang tidak dapat diselesaikan.

Dalam kasus *Horsby v Yunani*, ECtHR menetapkan bahwa hak untuk melaksanakan putusan termasuk dalam hak atas peradilan yang adil. Argumen di balik posisi ini menekankan

bahwa akses terhadap pengadilan tidak akan efektif tanpa adanya pelaksanaan keputusan akhir dan mengikat. Lebih jauh lagi, ruang lingkup akses terhadap keadilan telah diuraikan dalam kasus *Burdov v Russia*, dimana ECtHR menetapkan bahwa ada beberapa penundaan dalam proses peradilan. Penegakan hukum dapat diterima selama hal tersebut tidak merugikan hak pihak yang berperkara. Telah ditetapkan juga bahwa penegakan hukum yang diberikan harus menyeluruh dan penuh, dan tidak ada penegakan hukum parsial yang cukup untuk mengakomodasi tuntutan yang ditetapkan oleh hukum kasus. Namun, prosedur tertentu langkah-langkah yang mungkin diharapkan dari pihak yang berperkara untuk mengakses penegakan hukum. Namun, negara harus menyediakan sarana yang diperlukan untuk menegakkan kepatuhan individu namun tidak bertanggung jawab atas ketidakpatuhan pihak ketiga tersebut.

Oleh karena itu, kriteria proses hukum program internal hukum, yang didasarkan pada wacana moral hak asasi manusia, membedah seluruh aspek dan tahapan proses penyelesaian sengketa. Kriteria ini mencakup batasan biaya litigasi, pelaksanaan proses hukum sebagaimana dibahas di atas, dan bahkan tahap penegakan hukum setelah keputusan akhir diambil. Tidak seperti kedaulatan atau otonomi swasta, unsur-unsur komunikasi moral mengenai penyelesaian sengketa ini dapat ditempatkan secara keseluruhan. Kedaulatan, pada gilirannya, dapat ditemukan dalam yurisdiksi teritorial dan struktur instrumen hukum lintas batas. Otonomi swasta terletak pada persetujuan para pihak sebagai yurisdiksi alternatif dan sehubungan dengan kebebasan berkontrak para pihak. Dampak-dampak ini terjadi pada tingkat abstrak, sedangkan kriteria proses hukum yang digambarkan di sini berfungsi pada tingkat yang lebih konkrit. Tentu saja, contoh-contoh otonomi swasta yang terkait dapat ditempatkan pada tingkat konkrit yang sama dalam bagian-bagian undang-undang prosedural yang mengatur kebebasan para pihak untuk berkontrak dalam proses pengadilan atau dalam penerimaan klausul arbitrase. Cara kerja kedaulatan yang konkrit dapat ditemukan dalam ketentuan perjanjian tentang margin of apresiasi dan klausul publik yang bertujuan untuk menjamin kesatuan sistem hukum nasional.

Hal ini membawa kita pada hal berikut. Hak asasi manusia secara umum dan akses terhadap keadilan dalam konteks penyelesaian sengketa khususnya merupakan komunikasi moral tentang hukum yang membentuk struktur yang langgeng dalam sistem hukum. Ketidakpatuhan terhadap struktur-struktur ini, yaitu kriteria proses yang semestinya, dapat mengakibatkan kekecewaan terhadap harapan dan mengesampingkan keputusan yang diambil pada akhir prosedur penyelesaian sengketa. Oleh karena itu, kami menemukan narasi pembenaran yang sulit dipahami mengenai akses terhadap keadilan dalam komunikasi moral terstruktur yang tertanam dalam kriteria proses hukum.

Apa yang salah dengan akses terhadap keadilan?

Kriteria proses hukum mewakili positivisasi komunikasi moral mengenai penyelesaian sengketa. Artinya, proses hukum merupakan cerminan dari keterkaitan struktural antara sistem hukum dan sistem etika. Sebagai narasi pembenaran, akses terhadap keadilan memperoleh kekuatan dari keadilan sebagai prasyarat validitas suatu keputusan. Kelemahan-kelemahan hukum ini muncul dari tingginya tingkat abstraksi hukum, seiring dengan sulitnya

hubungan hukum dengan keadilan mulai mengungkap salah satu paradoks hukum. Sebagai rumusan kontinjensi, keadilan memberikan kontingensi pada sistem hukum, dan menyembunyikan ketidakpastian akan kemungkinan pengambilan keputusan yang sewenang-wenang sekaligus menjunjungnya untuk memungkinkan pembaharuan hukum.

Namun, yang penting adalah bahwa hukum tidak dapat bersembunyi dari sifat paradoks dari penerapan keadilan sebagai rumusan yang diperlukan, sebagai program super, yang melampaui semua program lain dalam sistem hukum. Paradoksnya masih ada. Dan pertanyaan tentang keadilan mengungkap hal itu. Inilah ketegangan inheren yang selalu ada dalam hukum. Masuknya kembali transendensi adalah wajib bagi hukum tetapi pada saat yang sama rasionalitasnya melampaui hukum. Seperti yang dijelaskan Teubner:

Penyebab terjadinya pemberontakan internal, karena adanya subversi dari dalam hukum atas nama keadilan, terletak pada kegagalan hukum untuk memenuhi janjinya – dalam memberikan alasan yang meyakinkan bagi keputusannya, untuk menghasilkan dasar yang sah bagi tindakannya. argumentasi rasional yang diterima orang sebagai sesuatu yang adil. Penalaran hukum tidak dan tidak dapat membenarkan keputusan hukum – siapa pun yang harus memutuskan suatu kasus hukum pasti pernah mengalami pengalaman yang meresahkan ini. Dengan kata lain: hukum pada prinsipnya tidak dapat menghentikan masuknya irasionalitas ke dalam dunia rasional pengambilan keputusan yang berorientasi pada norma dan argumen berdasarkan alasan.

Menurut Teubner, keinginan hukum akan keadilan tidak dapat dipenuhi dalam kerangka hukum modern. Dengan demikian, 'keadilan yuridis sebagai keadilan masyarakat terus menawarkan janji keselamatan yang salah'. Karena komunikasi moral cenderung mempolarisasikan posisi-posisi moral karena kesimetrisannya, komunikasi moral tidak memberikan solusi terhadap pertanyaan tentang sumber moralitas atau masalah-masalah spesifik yang ada. dilema moral. Ini berarti bahwa kita hanya dapat mengakses operasi komunikasi moral individual mengenai hukum namun kita tidak memiliki referensi konstitutif eksternal ke subsistem lain. Inilah dilema dilema moral: kita tidak bisa menyelesaikannya tetapi hanya mengamatinya. Namun demikian, bukan berarti komunikasi moral tentang hukum tidak ada pengaruhnya. Sebaliknya, komunikasi moral dapat membentuk struktur yang bertahan lama seperti program dalam sistem hukum, dan hal ini berkaitan dengan proses hukum.

Kasus hukum pada Pasal 6 merupakan contoh nyata komunikasi moral dalam penyelesaian sengketa. Hal ini memberi kita sistem contoh yang terdefinisi dengan baik, di mana komunikasi moral mengenai penyelesaian perselisihan perlu dipertimbangkan. Sejalan dengan pandangan Luhmann tentang komunikasi moral, kriteria proses hukum yang muncul dari kasus hukum memiliki tujuan dalam sistem hukum dan diperlukan untuk identitasnya. Namun, keputusan-keputusan individual mengenai proses hukum ini tidak menyelesaikan kebuntuan pada tingkat pembenaran makro yang abstrak, namun hanya memindahkan

permasalahan pembenaran ke tingkat mikro, di mana keadilan dalam prosedur penyelesaian perselisihan individual membenarkan kewenangan yang diberikan kepadanya. Akses terhadap keadilan berjalan dengan baik pada tingkat mikro dari setiap proses, namun pada tingkat makro, kekuatan pembenaran yang abstrak tidak sebanding dengan kekuatan yang diberikan oleh kedaulatan atau otonomi swasta.

Akses terhadap keadilan sebagai sumber pembenaran membawa kita pada inti paradoks hukum mengenai kekerasan yang terkandung di dalamnya, dan dalam komunikasi moral hal ini tidak dapat disembunyikan. Hal ini problematis, karena sistem hukum perlu memahami keseluruhannya, identitasnya sebagai suatu sistem, dan kelanjutan dari perbedaan sistem/lingkungan sebagai sesuatu yang koheren. Ini membawa kita pada kesimpulan berikut. Komunikasi moral tentang hukum tidak memberikan jawaban terhadap krisis pembenaran yang disebabkan oleh teknologi penyelesaian sengketa. Hal ini memberi kita program internal sistem hukum, yaitu kriteria proses hukum yang dapat digunakan sebagai sumber pembenaran dan mulai mendapat landasan seperti itu. Namun, kriteria tersebut tidak memiliki landasan konstitutif selain moralitas komunikasi. Hal ini bersifat internal hukum dan membawa isu pembenaran kembali ke dalam hukum. Namun, di sini kita menghadapi keterbatasan hukum, karena sistem hukum berupaya mencapai keadilan yang masih belum tercapai.

Meskipun rumusan kelembagaan memberikan kriteria yang konkrit, namun hal ini mendapatkan kewenangannya dari sumber lain, dari negara atau otonomi swasta, dan tanpa dukungan keduanya, narasi akses terhadap keadilan akan kehilangan sebagian besar kekuatan pembenarannya, dan maknanya dalam sistem hukum. Narasi justifikasi mengenai akses terhadap keadilan mengakui perlunya analisis in casu yang lebih komprehensif dan analisis realitas lingkungan manajemen konflik saat ini, di mana perlindungan terhadap proses hukum diberikan melalui kombinasi peraturan perundang-undangan yang beragam dan terfragmentasi. hukum lunak, praktik kelembagaan dan Konvensi multilateral. Namun, kelemahan narasi akses terhadap keadilan berasal dari sifatnya yang unik: tidak ada sisi 'lain' dari hubungan struktural tersebut, yang ada hanyalah komunikasi etis tentang hukum. Namun, ketika sistem hukum menggunakan akses terhadap keadilan sebagai pembenaran, sistem tersebut berasumsi bahwa ada subsistem lain yang berada di sisi lain dari pasangan struktural tersebut. Hal ini menjelaskan mengapa akses terhadap keadilan dapat mengambil peran pembenaran.

Fakta bahwa komunikasi etis terdapat dalam masyarakat secara keseluruhan juga menjelaskan mengapa tidak ada rasionalitas konstitutif, seperti rasionalitas negara atau otonomi swasta, di balik akses terhadap keadilan. Karakteristik khusus ini juga menjelaskan mengapa sulit adanya kemungkinan akses terhadap keadilan dalam membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta tanpa mengacu pada narasi pembenaran lainnya. Secara teori, akses terhadap keadilan dapat memberikan pembenaran bagi penegakan hukum oleh pihak swasta jika terdapat metode untuk memverifikasi bahwa apa yang diberikan memiliki kualitas yang memadai. Masalahnya adalah hanya ada sedikit penerapan nyata yang bisa diambil dari hasil ini. Pertanyaan serupa juga muncul sehubungan dengan persetujuan: siapa yang menentukan

tingkat akses yang memadai, otoritas mana yang berwenang mengambil keputusan tersebut, bagaimana pemantauan dilakukan, dan sebagainya. Tampaknya akses terhadap keadilan sebagai sebuah narasi membenaran memerlukan sebuah badan yang menghasilkan preseden untuk melindungi prediktabilitas dan stabilitas sistem – dengan kata lain, sebuah mekanisme untuk menegakkan ekspektasi terlepas dari kekecewaannya. Sebagai sumber membenaran, akses terhadap keadilan hanya memberikan sedikit jawaban, namun malah berujung pada kebuntuan argumentasi yang kontras.

Artinya, kemungkinan akses terhadap keadilan dalam membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta tanpa dukungan narasi membenaran lainnya sangatlah terbatas. Komunikasi etis mengenai penyelesaian sengketa mengungkapkan adanya kekerasan dalam hukum, penggunaan paksaan, namun komunikasi etis tidak dapat menyembunyikannya dari pandangan atau, dalam istilah Luhmann, mendeparadokskannya, karena tidak ada kriteria untuk menyelesaikan argumen yang terpolarisasi.

Oleh karena itu, narasi membenaran mengenai akses terhadap keadilan saja tidak mampu menyelaraskan krisis membenaran yang muncul sebagai akibat dari penegakan hukum swasta yang didorong oleh teknologi. Dengan demikian, kriteria proses hukum sebagai sumber membenaran membawa kita pada paradoks hukum, di mana kekerasan dan upaya mencapai keadilan berbenturan. Namun, pencarian membenaran tidak berakhir di sini, karena komunikasi moral tidak menyatakan bahwa membenaran tidak relevan dengan sistem hukum. Sebaliknya, komunikasi moral mendapat tempat dalam masyarakat dan sistem hukum. Sistem hukum tidak dapat memenuhi kebutuhannya akan membenaran. tapi ia juga tidak bisa menolaknya. Dengan kata lain, kita telah mencapai akhir garis, sebuah non liquet.

7.3 DILEMA MORAL KEADILAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA

Meskipun komunikasi moral tidak memberikan solusi terhadap dilema moral, hal ini sama sekali tidak relevan dengan sistem hukum atau masyarakat secara keseluruhan. Seperti yang ditunjukkan oleh contoh akses terhadap penegakan hukum, kriteria proses hukum menyediakan program jangka panjang bagi sistem hukum. Program ini didasarkan pada komunikasi moral namun menerapkan kode etik legal/ilegal dan berperan penting sebagai cetak biru penyelesaian sengketa yang ‘dapat diterima’. Dengan demikian, komunikasi moral ini memberikan kita posisi yang mapan untuk mengevaluasi kualitas penyelesaian sengketa dan tingkat keadilan prosedural. Jelas terlihat bahwa membenaran tidak dapat diperoleh dari aturan, meskipun aturan tersebut memberikan refleksi. Aturan-aturan ini pada dasarnya adalah pedoman untuk memberikan keadilan, bukan definisi keadilan. Dalam istilah filsuf Marxis Walter Benjamin, mereka adalah *Richtschnur*, sebuah kata yang diterjemahkan sebagai prinsip hukum dan sebagai garis tegak lurus tukang batu, yang digunakan untuk pengukuran vertikal dalam konstruksi.

Namun, kriteria proses hukum memberikan kenyamanan bagi kita, meskipun kriteria tersebut tidak memberi kita solusi atas pencarian membenaran yang tidak pernah berakhir. Ini memberi kita jalan ke depan. Konkritnya, komunikasi moral khusus mengenai penyelesaian sengketa, yang merupakan kasus hukum ECtHR, menyampaikan pesan bahwa penegakan

hukum itu penting. Peraturan ini memberikan pedoman mengenai bagaimana penegakan hukum harus dilaksanakan. Komunikasi moral khusus ini tampaknya juga menyampaikan bahwa kasus-kasus yang masih berada di bawah ambang batas litigasi perlu diberikan akses terhadap penyelesaian sengketa, dan, sebagai bagian dari hal ini, akses terhadap penegakan hukum.

Kesimpulan

Bab ini membahas kemungkinan menemukan pembenaran bagi penegakan hukum swasta melalui komunikasi moral mengenai penyelesaian sengketa, karena narasi kedaulatan tidak mampu mengatasi privatisasi dan narasi persetujuan gagal dalam membenarkan pemaksaan. Berbeda dengan penggandengan konstitutif tersebut, narasi akses terhadap keadilan tidak menghubungkan sistem hukum dengan referensi eksternal namun justru meminta perhatian pada isi proses penyelesaian sengketa sebagai syarat validitasnya. Meskipun narasi yang fokus pada pengorganisasian penyelesaian sengketa tampaknya menghindari kelemahan narasi lainnya, narasi tersebut gagal memberikan pembenaran bagi penegakan hukum oleh pihak swasta. Karena sifatnya, komunikasi etis tidak memberikan solusi bagi dilema moral pada tingkat umum tetapi hanya memungkinkan observasi. Meskipun narasi tersebut dikonkretkan dalam kriteria proses hukum, narasi tersebut mendapatkan kekuatan pembenarannya dari narasi lain, dari ketentuan berbasis kedaulatan atau model konsensus, tanpa mampu mengatasi krisis pembenaran tanpa dukungan ini.

BAB 8

BASIS BARU UNTUK PEMBENARAN

Sebagaimana telah ditunjukkan oleh analisis pada bab-bab sebelumnya, penegakan hukum oleh pihak swasta tidak dapat dibenarkan dengan mengacu pada pendelegasian kekuasaan (negara), otonomi swasta dari para pihak, atau komunikasi moral mengenai akses terhadap keadilan. Jika penegakan hukum oleh pihak swasta tidak dapat dibenarkan dengan mengacu pada prinsip-prinsip aksiomatik, apakah ini berarti kita harus mengabaikan upaya tersebut dan mengumumkan bahwa model penegakan hukum ini tidak dapat diterima tanpa penyelidikan lebih lanjut, dan, jika demikian, apa implikasi dari pelarangan tersebut selanjutnya? hingga mustahil untuk ditegakkan?

Bab ini menawarkan ringkasan hasil dengan membahas keterkaitan antara narasi membenaran yang ada. Lalu timbul pertanyaan apakah narasi membenaran baru dapat ditemukan dari hubungan struktural antara sistem hukum dan sistem penggunaan teknologi informasi dan komunikasi (TIK). Kemungkinan ini ditunjukkan dengan beralih ke kontrak pintar berbasis blockchain yang diklaim dapat diterapkan dengan sendirinya. Sebagai sistem yang terdesentralisasi, infrastruktur blockchain sering dianggap menolak peraturan, sehingga mendorong para pendukungnya untuk menyatakan kode tersebut sebagai undang-undang dan mengabaikan kebutuhan akan model tata kelola lainnya. Bab ini diakhiri dengan diskusi singkat mengenai kemungkinan dan tantangan dalam mengatur penegakan hukum oleh pihak swasta.

8.1 JUSTIFIKASI SEBAGAI KETERKAITAN

Melalui analisis yang dilakukan dalam buku ini, kami telah mengidentifikasi tiga narasi membenaran – narasi kedaulatan, persetujuan dan akses terhadap keadilan – yang telah diterapkan untuk memberikan membenaran dalam penyelesaian sengketa. Narasi kedaulatan dihasilkan dari hubungan erat antara hukum dan negara dan merupakan titik awal yang jelas untuk menilai membenaran pemaksaan namun tidak mampu menjelaskan privatisasi penggunaan kekuatan, sedangkan narasi persetujuan dan akses terhadap keadilan telah berkembang sebagai mekanisme yang saling melengkapi yang bertujuan untuk memperbaiki kekurangan tersebut. Meskipun narasi-narasi di atas tidak dapat membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta yang didukung oleh teknologi, hal ini tidak berarti bahwa pentingnya hal ini dapat diabaikan. Narasi yang ada mencerminkan berbagai ideologi dan kepentingan yang ada dalam penyelesaian sengketa dan dengan demikian menjelaskan kompleksitas krisis membenaran yang muncul sebagai akibat dari kualitas teknologi penyelesaian sengketa yang mengganggu.

Kedaulatan dapat memberikan membenaran berdasarkan otoritas berdasarkan prinsip demokrasi, sedangkan otonomi swasta berdasarkan pada pentingnya penentuan nasib sendiri. Oleh karena itu, kita dapat membenarkan pengadilan publik dengan mengatakan bahwa pada akhirnya mereka adalah lembaga negara-bangsa, yang melindungi kepentingan

negara dan kepentingan kita, yang saling tumpang tindih. Kita dapat membenarkan penyelesaian sengketa berdasarkan persetujuan dengan mengacu pada penentuan nasib sendiri. Akses terhadap keadilan memberikan pembenaran bagi penyelesaian sengketa dengan mengatakan bahwa keadilan prosedur membenarkan penggunaan kekerasan dalam prosedur tersebut. Hal ini membiarkan pertanyaan tersebut terbuka pada tingkat teoritis, untuk diselesaikan – atau lebih tepat lagi, dibenarkan – in casu, sehingga membuat pembenaran bergantung pada keputusan apakah kasus yang dihadapi sama atau berbeda dari kasus-kasus sebelumnya. Keterbukaan ini merupakan gambaran wacana hak asasi manusia.

Narasi pembenaran sering kali saling terkait, seperti halnya interaksi semua narasi yang digambarkan dalam model ideal tradisional yang diuraikan di Bab 5, dan dengan narasi akses terhadap keadilan yang terdiri dari kriteria proses hukum yang didepositifkan. Interaksi ini dihasilkan dari sedimentasi temporal dari konstruksi pembenaran yang menunjukkan sifat hukum yang reaksioner. Melalui penggabungan struktural baru, sistem hukum telah memperkuat sistem kekebalannya terhadap gangguan yang muncul di masyarakat luas, sehingga memungkinkan meningkatnya kompleksitas. Proses sedimentasi, dimana prinsip-prinsip dasar hukum menjadi bagian definitif dari pemahaman diri hukum, terjadi secara bertahap seiring berjalannya waktu dan setiap narasi yang diakui di sini berada pada tahapan yang berbeda. Selain itu, kemunculan sumber-sumber pembenaran baru tidak menghilangkan pentingnya sumber-sumber pembenaran sebelumnya atau menghancurkan ikatan struktural yang sudah ada. Juga tidak jelas metode pembenaran mana yang digunakan dalam konteks tertentu. Di luar kajian teoretis dari buku ini, konsep-konsep pembenaran berinteraksi, terjalin, tumpang tindih, dan diterapkan bersama-sama, secara terpisah, dan secara tidak selaras, jika memang ada, dengan sengaja. Pengujian terhadap narasi pembenaran bertujuan untuk membedah pemahaman doktrin penyelesaian sengketa, dan analisis dekonstruktif ini menunjukkan bahwa tidak ada titik awal yang jelas untuk rekonstruksi. Meskipun demikian, salah satu bagian dari pencarian ini adalah untuk menggambarkan keterkaitan antara sumber-sumber pembenaran yang tidak dapat dibandingkan ini.

Permasalahan dalam mencari pembenaran bagi penegakan hukum oleh swasta menekankan meningkatnya ketegangan antara swasta dan publik yang diakibatkan oleh hubungan erat antara hukum dan negara. Meskipun pembagian antara privat dan publik sudah ada sebelumnya, teknologi penyelesaian sengketa semakin memperparah ketegangan yang tampaknya tertanam kuat dalam doktrin hukum acara. Salah satu interpretasi yang mungkin timbul dari krisis pembenaran yang belum terselesaikan ini adalah bahwa ketegangan itu sendiri diperlukan untuk penyelesaian perselisihan. Penafsiran ini menunjukkan bahwa narasi-narasi pembenaran yang berbeda telah mampu menyeimbangkan satu sama lain, dan, dengan melakukan hal tersebut, telah berhasil membiarkan paradoks hukum terurai hingga muncul tantangan pembenaran dari penegakan hukum oleh pihak swasta.

Karena tidak ada narasi pembenaran yang ada yang memberikan jawaban terhadap krisis pembenaran yang disebabkan oleh penegakan hukum oleh pihak swasta yang didukung oleh teknologi, apa artinya hal ini bagi penerimaan penegakan hukum oleh pihak swasta dan

masalah mendasar yang ingin diselesaikan oleh penegakan hukum oleh pihak swasta, yaitu perlunya mekanisme ganti rugi online yang adil dan terbatas rendah yang juga memasukkan kemungkinan pemaksaan? Pertanyaan mengenai penerimaan penegakan hukum oleh pihak swasta berkaitan dengan perlunya menemukan mekanisme penyelesaian sengketa yang juga dapat memberikan perlindungan hukum yang efisien secara online. Keberadaan mekanisme ganti rugi yang sebenarnya sangat penting bagi e-commerce, karena tanpa mekanisme tersebut, keinginan konsumen untuk berdagang secara online dan lintas negara akan terganggu. Karena pengadilan negeri tidak mampu memberikan ganti rugi atas perselisihan yang berintensitas rendah, maka penyelesaian sengketa online swasta (ODR) telah muncul untuk menggantikannya. Meskipun mekanisme swasta mampu meningkatkan kepercayaan dan mendorong perdagangan online, tanpa metode penegakan hukum, perintah swasta sering kali tidak memberikan dampak nyata. Berbagai alternatif untuk mengarahkan perilaku online telah dikembangkan, misalnya. Instrumen 'lunak' seperti ulasan pengguna, sistem reputasi, tagihan balik dan tanda kepercayaan, dan juga kode etik industri tertentu, praktik terbaik, dan pengaturan mandiri dapat memberikan beberapa metode untuk mengarahkan perilaku online. Namun metode-metode ini sebagian besar berdampak pada perilaku di masa depan dan tidak memberikan ganti rugi yang memadai, karena metode-metode tersebut tidak dapat memaksakan kepatuhan dalam kasus-kasus tertentu. Oleh karena itu, diperlukan mekanisme seperti penegakan hukum oleh swasta yang didukung oleh teknologi, yang mampu memberikan beberapa bentuk ganti rugi tanpa mengacu pada negara, namun pada saat yang sama keberadaannya masih menimbulkan permasalahan.

Penegakan hukum oleh swasta disertai dengan banyak masalah lain yang tidak mudah diselesaikan, karena penggunaan paksaan oleh pihak swasta mengabaikan monopoli negara atas kekerasan dan menghindari kontrol negara atas proses hukum sebagai prasyarat penegakan hukum. Meskipun penyedia jasa swasta terikat oleh undang-undang nasional di tempat usaha mereka, norma-norma tersebut seringkali tidak mengatur proses penegakan hukum oleh swasta. Persoalan ini menjadi lebih rumit ketika elemen-elemen penyelesaian sengketa dan penggunaan kekerasan disamakan sebagai model asuransi atau permasalahan kontrak. Meskipun demikian, penegakan hukum oleh pihak swasta tampaknya memenuhi kebutuhan akan ganti rugi yang sulit diatasi, namun solusi tersebut justru membuka serangkaian masalah baru yang saling melengkapi. Perlu juga dicatat bahwa kita tidak dapat menyimpulkan apa yang seharusnya terjadi, yaitu kita tidak dapat mempertahankan bahwa penegakan hukum oleh pihak swasta harus diakui secara hukum karena hal tersebut memang ada dalam praktiknya.

Namun, kesulitan dalam menemukan dasar bagi pemaksaan yang diprivatisasi tidak mengubah fakta bahwa permasalahan hukum perlu diatasi untuk mengatasi tantangan pembenaran yang ditimbulkan oleh penerapan teknologi dalam penyelesaian sengketa. Salah satu cara untuk menghindari krisis pembenaran dalam penegakan hukum swasta adalah dengan terus mengandalkan hubungan antara hukum dan negara dengan mengembangkan mekanisme publik yang memadai melalui digitalisasi pengadilan nasional dan penerapan standar berbasis kedaulatan. Namun, mekanisme tersebut memerlukan reformasi pengadilan

yang signifikan di semua yurisdiksi selain mencapai konsensus mengenai isi Konvensi multilateral, kedua pilihan tersebut tampaknya tidak dapat diterima. Hal ini tidak mungkin terjadi karena diperlukannya belanja pemerintah dan kegagalan kelompok kerja UNCITRAL untuk ODR.

Namun demikian, satu opsi lagi untuk mencari pembenaran dapat diajukan. Sebagaimana dibahas di Bab 4 di atas, dimensi sosial teknologi modern dan perubahan sosial akibat meningkatnya penggunaannya dapat ditafsirkan sebagai munculnya sistem sosial penggunaan TIK. Karena pembenaran atas pemaksaan yang diprivatisasi tidak dapat ditemukan dari hubungan antara hukum dan negara atau dari narasi persetujuan dan akses terhadap keadilan yang digunakan sebagai penggantinya, maka menjadi penting untuk mempertanyakan apakah penggabungan struktural antara hukum dan teknologi dapat memberikan jalan ke depan. Sketsa awal dari penggabungan tersebut dapat ditemukan dalam diskusi mengenai kontrak pintar yang dapat ditegakkan secara mandiri yang dibangun di atas infrastruktur teknologi yang terdesentralisasi, di mana klaim 'kode adalah hukum', yang diciptakan oleh Profesor Lawrence Lessig, digunakan untuk menentang perlunya mekanisme manajemen konflik.

8.2 BLOCKCHAIN UNTUK PENCEGAHAN KONFLIK

Bagian ini membahas kemunculan, potensi, dan kelemahan kandidat lain untuk narasi pembenaran: gagasan bahwa infrastruktur teknologi itu sendiri dapat memberikan pembenaran bagi penegakan hukum oleh pihak swasta. Dengan demikian, penggunaan paksaan akan dibenarkan oleh narasi yang terdiri dari hubungan struktural antara sistem hukum dan penggunaan TIK. Wacana seputar blockchain, infrastruktur teknologi di balik mata uang kripto, berkontribusi pada narasi pembenaran mengenai 'kode adalah hukum', di mana kode adalah bentuk utama tata kelola. Ini berarti bahwa jumlah tindakan yang mungkin dilakukan terbatas pada tingkat kode dan tidak ada cara untuk melawan model yang sudah dimediasi ini, untuk berperilaku berbeda. Narasi ini mengasumsikan jaringan teknologi terbentuk dengan bantuan pasar, di mana negara menjadi sistem hukum yang mubazir dan nasional digantikan oleh infrastruktur kode, sebuah sistem terdesentralisasi yang tidak bergantung pada otoritas terpusat seperti negara bagian atau bank sentral.

Infrastruktur blockchain memberikan wawasan menarik mengenai krisis pembenaran penegakan hukum swasta, karena dua alasan. Dari perspektif teoretis, yang fokusnya adalah pada pembenaran penggunaan paksaan melalui penggabungan struktural hukum, perbincangan seputar blockchain menggambarkan narasi pembenaran lainnya. Namun narasi ini tidak dibangun berdasarkan ketegangan antara hukum dan negara, swasta dan publik, seperti halnya kedaulatan; hal ini tidak mensyaratkan adanya otoritas pusat selain jaringan itu sendiri. Potensi pembenaran dari hal ini masih harus dievaluasi, namun kemungkinan adanya model pembenaran yang baru cukup menarik. Dari sudut pandang praktis, potensi ini diartikan sebagai kemungkinan perbaikan penyelesaian sengketa dengan intensitas rendah tanpa mengacu pada negara. Narasi 'kode adalah hukum' ini menjanjikan untuk menghasilkan mekanisme penyelesaian yang konkrit yang tidak memerlukan Konvensi multilateral atau

kepercayaan yang diberikan kepada otoritas pusat mana pun, namun tetap memberikan tata kelola yang publik, transparan, dan adil untuk masing-masing konflik. Alih-alih mempercayai otoritas pusat dan kendalinya, dalam jaringan blockchain, asumsi validitas tindakan tertentu didasarkan pada desentralisasi jaringan, keadaan jaringan terus-menerus direkonsiliasi antar aktor dalam jaringan.

Untuk mengevaluasi apa yang dimaksud dengan narasi 'kode adalah hukum' dalam privatisasi paksaan, kita perlu memahami infrastruktur blockchain yang kompleks dan bagaimana hal ini memungkinkan pengaturan yang dapat ditegakkan secara mandiri, yang disebut 'kontrak pintar'. Terlepas dari hype seputar dugaan sifat blockchain yang menolak peraturan, kerentanan dalam kode tersebut, yang telah menyebabkan sejumlah besar aset digital dicuri atau dihancurkan, menarik perhatian pada bagaimana manajemen konflik dapat dan harus diatur dalam infrastruktur. Beberapa pengguna menuntut mekanisme manajemen konflik dan ganti rugi, sementara para pendukung narasi 'kode etik adalah hukum' menentang tindakan apa pun yang akan mengubah kejadian sebelumnya dan dengan demikian mengurangi sifat tidak dapat diubah dari kode etik tersebut.

Jaringan berbasis blockchain adalah buku besar publik yang terdesentralisasi, di mana kepercayaan dialokasikan oleh infrastruktur ke infrastruktur. Transaksi individu dihubungkan satu sama lain, membentuk rantai blok, setiap blok berisi transaksi atau perubahan status lainnya. Infrastruktur blockchain dikembangkan untuk keperluan uang digital, mata uang kripto, contoh paling terkenal adalah Bitcoin, dikembangkan oleh nama samaran Satoshi Nakamoto pada tahun 2008 dan kemudian dirilis sebagai perangkat lunak sumber terbuka. Awalnya, struktur ini dikembangkan untuk mengatasi permasalahan tersebut. Kekurangan mata uang tradisional berbasis kepercayaan, yang karena kebutuhan selalu bergantung pada otoritas bank sentral dan kemungkinan membalikkan transaksi sebelumnya jika terjadi penipuan atau keputusan pengadilan. Mata uang kripto modern didasarkan pada buku besar yang aman secara kriptografis, sebuah blockchain dari transaksi sebelumnya, yang memberikan keamanan dan transparansi informasi. Buku besar dikelola oleh semua peserta jaringan peer-to-peer yang terdesentralisasi dan anonim. Buku besar transaksi masa lalu bersifat publik,⁶ dan tidak ada transaksi yang dapat dihapus dari buku besar.

Aturan tentang bagaimana suatu transaksi dapat ditambahkan ke blockchain melindungi sistem dari gangguan eksternal seperti penipuan atau peretasan. Agar dapat ditambahkan ke dalam blockchain, suatu transaksi perlu menyertakan solusi terhadap masalah matematika tertentu, yang disebut fungsi hash, yang dirancang agar sulit dihitung dan memakan waktu untuk diselesaikan, namun validitas solusinya dapat dengan mudah diverifikasi. Komputasi yang memvalidasi blok baru ini menghabiskan sumber daya, itulah alasan mengapa pengguna yang meminjamkan sumber daya komputasinya ke blok tersebut akan diberi imbalan berupa unit mata uang kripto baru dalam proses yang disebut 'penambangan'. Penambangan secara bersamaan memungkinkan verifikasi transaksi yang terdesentralisasi dan menyediakan sarana untuk menciptakan unit mata uang baru. Kualitas blockchain yang menolak regulasi dipandang berasal dari desentralisasi dan kepuasan jaringan dalam menciptakan nilai baru penambangan yang sebenarnya.

Meskipun banyak komunikasi hukum telah berkembang seputar kualifikasi mata uang kripto sebagai properti dan juga sebagai objek peraturan dan fiskal, aplikasi blockchain yang berpotensi lebih menarik berkaitan dengan otomatisasi transaksi – dan penegakan hukum. Profesor hukum Amerika Frank Pasquale dan insinyur sistem Glyn Cashwell mengevaluasi berbagai skenario otomatisasi tergantung pada tinggi atau rendahnya tingkat regulasi dan tinggi atau rendahnya kerentanan terhadap otomatisasi. Dalam analisisnya, aplikasi blockchain memberikan contoh skenario regulasi tinggi dan otomatisasi tinggi, di mana fungsi-fungsi publik dialihdayakan ke komputasi. Seperti yang dikemukakan Pasquale dan Cashwell, infrastruktur dapat digunakan untuk mengambil alih fungsi-fungsi yang rumit secara hukum, yang terbukti dalam proposal yang tidak konvensional mengenai rezim penegakan hukum berbasis blockchain yang akan menggantikan otoritas hukum tradisional. Mengikuti alur pemikiran serupa, Fairfield menyatakan, 'sudah waktunya untuk mulai melihat lebih jauh dari penerapan keuangan rutin dari buku besar [publik yang tidak dapat dipercaya] sebagai mata uang'.

Selain transaksi sederhana antar aset digital, teknologi ini memungkinkan pengaturan kontrak terprogram yang disebut 'kontrak pintar'. Kontrak-kontrak ini sebenarnya adalah perhitungan umum yang terjadi di blockchain dan peraturan ini memberikan suatu bentuk penegakan hukum yang tidak melibatkan otoritas terpusat seperti negara, pemimpin pasar e-commerce, atau perusahaan kartu kredit. Jadi, kontrak pintar adalah kontrak yang tertanam dalam kode perangkat lunak yang mencakup pengaturan kontrak, prasyarat yang menentukan tanggung jawab kontrak, dan pelaksanaan kontrak sebenarnya.

Mengatakan bahwa kontrak pintar dapat diberlakukan dengan sendirinya berarti perangkat lunak tersebut menjalankan kontrak, misalnya, mengalokasikan aset digital, secara mandiri dan terlepas dari kepercayaan di antara para pihak. Pembayaran dana tidak bergantung pada kepatuhan sukarela, juga tidak dipengaruhi oleh perubahan posisi para pihak di kemudian hari (misalnya kebangkrutan). Sederhananya, aset digital ditransfer ke kontrak pintar dan kemudian dialokasikan oleh perangkat lunak sesuai dengan kewajiban kontrak. Tidak diperlukan pemantauan atau penegakan hukum dari luar dan eksekusi mandiri berfungsi sebagai pencegahan konflik. Bahkan dimungkinkan untuk memasukkan titik data eksternal ke dalam kontrak pintar, yang dapat digunakan untuk tujuan memperoleh bukti. Misalnya, kita dapat membayangkan layanan escrow, dan bahkan penyelesaian sengketa, disusun dalam bentuk kontrak cerdas, di mana kedua belah pihak mentransfer aset ke program dan setelah perselisihan diselesaikan, pihak ketiga yang netral menyelesaikan transaksi berdasarkan wewenangnya. Barisan kode kontrak hanya dapat diubah berdasarkan keputusan pihak ketiga tetapi para pihak tidak dapat merevisi kode tersebut. Permasalahan hukum antara para pihak (misalnya 'barang yang dijual tidak pernah sampai dan pembeli meminta uangnya kembali') adalah keadaan faktual yang, jika terbukti benar, memberikan hak kepada pembeli untuk memperoleh uang tersebut.

Kita dapat membayangkan sebuah antarmuka dengan perusahaan transportasi yang dapat memberikan informasi yang memverifikasi apakah barang tersebut memang telah diterima oleh pembeli. Informasi ini kemudian akan diakses oleh kontrak pintar, yang

kemudian akan mengalokasikan uang berdasarkan fakta. Variasi tujuan manajemen konflik, dan kemungkinan otomatisasi, sangatlah banyak.

Terlepas dari janji blockchain untuk penerapan mandiri, kesalahan dan kegagalan pada tingkat kode telah menarik perhatian pada tata kelola jaringan terdistribusi. Pada bulan Juni 2016, dana pemodal ventura otonom terdesentralisasi yang dibangun di atas blockchain Ethereum diretas, menyebabkan sekitar Rp. 1,3 Triliyun dicuri. Peretasan tersebut memanfaatkan kesalahan dalam satu kode kontrak cerdas namun menantang kemampuan seluruh jaringan untuk menyediakan tata kelola dalam situasi konflik. Peretasan DAO (organisasi otonom terdesentralisasi) memperlihatkan potensi penipuan dalam teknologi buku besar terdistribusi yang seharusnya berada di luar kerentanan. Selain banyak pertanyaan praktis, mulai dari apa yang terjadi pada investasi individu hingga menemukan dan menghukum pelakunya, peretasan ini telah menimbulkan perdebatan yang lebih mendalam mengenai tata kelola di blockchain. Apakah ada hak dan kewajiban hukum dalam jaringan tersebut dan, jika demikian, bagaimana norma-norma perilaku tersebut ditetapkan dalam sistem yang melampaui batas-batas negara dan lolos dari peraturan yang terikat pada negara? Jika, idealnya, kode etik tersebut mendefinisikan batas-batas perilaku yang dapat diterima dan, menurut definisinya, perilaku yang tidak dapat diterima tidak mungkin dilakukan dalam kerangkanya, bagaimana dampak negatifnya dapat dikurangi jika asumsi ini tidak berlaku, ketika tiba-tiba perilaku yang tidak dapat diterima terbukti mungkin terjadi? ? Singkatnya, bagaimana ganti rugi diorganisir?

Setelah peretasan DAO, para pengembang seluruh jaringan Ethereum mempertimbangkan antara dua reaksi terhadap peristiwa tersebut: membekukan uang yang dicuri dan dengan demikian mencegah peretas mengambil keuntungan dari pencurian tersebut, atau membalikkan semua transaksi di blockchain dan dengan demikian menghapusnya. dampak negatif dari peretasan tersebut. Opsi pertama, yang disebut 'soft fork', akan berarti beberapa orang kehilangan investasi mereka untuk selamanya, sedangkan opsi kedua, yang disebut 'hard fork' akan mengembalikan transaksi yang dilakukan ke kontrak pintar. Pada bulan Juli 2016, solusi hard fork diterapkan, sehingga merupakan intervensi manusia terhadap aturan yang tidak dapat diubah, melanggar cita-cita neoliberal mengenai kontrak cerdas yang tidak lagi dipengaruhi oleh pengaruh eksternal, dan tidak dapat diperbaiki lagi. Pada akhirnya, solusi hard fork ini menggarisbawahi tidak memadainya pendekatan 'kode etik adalah hukum' dalam memberikan ganti rugi dalam situasi konflik yang tidak terduga. Namun demikian, peretasan DAO, bersamaan dengan kesalahan baru-baru ini mengenai dompet multisignature Parity berbasis Ethereum yang menyebabkan penghancuran dana digital senilai Rp. 3 Triliyun secara tidak disengaja dan spekulasi mengenai hard fork lainnya, arsitektur blockchain itu sendiri tidak bertentangan. -menolak, dan tidak independen seperti yang diklaim. Meskipun terdapat potensi kontrak cerdas dalam pencegahan konflik dan penegakan hukum swasta, teknologi buku besar yang terdistribusi belum mampu menghilangkan kebutuhan akan manajemen konflik, namun sebaliknya telah memunculkan jenis konflik baru yang tidak dapat bergantung pada kontrak yang terikat oleh negara. mekanisme ganti rugi.

Selain tampaknya tidak benar dalam kenyataan, pendekatan 'kode sebagai hukum' menyamakan ideologi neoliberal yang meresahkan, yang dijelaskan oleh pakar blockchain Primavera de Filippi sebagai impian libertarian yang didukung oleh para penggemar blockchain dan oleh dosen Alan Cunningham sebagai kombinasi dari desentralisasi dan ketidakpercayaan. Dalam analisisnya, teknologi blockchain dipandang menekankan ideologi politik yang bertujuan untuk menghilangkan negara demi meningkatkan keagenan individu, sebuah ideologi yang dibangun di atas keyakinan komputasionalis, 'keyakinan penuh pada kemampuan matematika dan teknologi untuk memberantas permasalahan yang muncul dari perilaku manusia'. Bahaya dari ideologi tersebut terletak pada pemahaman mekanismenya mengenai interaksi masyarakat: setiap lembaga dan independensi yang diperoleh dalam jaringan desentralisasi hanya bersifat individual dan, ketika interaksi manusia kehilangan dimensi kolektifnya, konsep kepentingan publik diberantas. Terlepas dari janji neoliberalnya, organisasi blockchain dan kontrak cerdas tidak dapat beroperasi secara independen dari semua kontrol eksternal, melainkan memerlukan tata kelola, mekanisme ganti rugi ex post, katup pengaman intervensi manusia. Bagi Cunningham, ini berarti perhatian harus diarahkan pada pengembangan cara-cara baru untuk membangun meningkatkan kepercayaan pada masyarakat publik alih-alih mengalihkannya ke kode.

Jika penggunaan kode etik sebagai konsep peraturan untuk mengarahkan perilaku saja tidak cukup, hal ini akan menimbulkan pertanyaan sejauh mana arsitektur kode dapat mengambil alih peran normatif yang ditetapkan oleh undang-undang, dan sejauh mana kode etik dapat menjadi hukum. Seperti yang ditunjukkan oleh meningkatnya minat terhadap teknologi buku besar terdistribusi, di sebagian besar transaksi, kode tersebut dapat memberikan kerangka kerja yang memadai untuk interaksi. Kode terus melakukannya hingga terjadi kerentanan, kesalahan yang tidak terduga, yang pada titik tersebut diperlukan interferensi, seperti yang terjadi pada serangan DAO. Namun ada juga kemungkinan untuk berargumentasi bahwa pengendalian sistemik tersebut tidak bersifat normatif dalam pengertian sistem hukum, bahwa hal tersebut hanya merupakan kepatuhan yang telah ditentukan sebelumnya, modifikasi perilaku melalui kode etik. Oleh karena itu, kode etik tidak dapat menjadi hukum, karena hukum tidak lagi menjadi kendali ketika seseorang tidak dapat melawannya, ketika kepatuhan terhadap aturan dipaksakan.

Jika pada akhirnya kode etik tidak bisa menjadi undang-undang, dapatkah undang-undang diperluas ke kode etik – dapatkah blockchain diatur meskipun pada dasarnya mereka tidak menerapkan desentralisasi yang menolak peraturan sehingga tidak sesuai dengan undang-undang yang berlaku di negara bagian dan membuat tidak mungkin untuk menentukan penerima upaya regulasi apa pun? Selain membatasi dampak negatif teknologi baru melalui tata kelola dan perlindungan hukum, pemerintah juga sering menghadapi kebutuhan untuk mendorong inovasi teknologi dan pasar baru.

Tujuan-tujuan yang saling bertentangan ini sering kali mengarah pada regulasi regional yang tidak konsisten mengenai fenomena global, seperti upaya untuk mengatur penawaran koin perdana (ICO), yang telah menjadi metode crowdfunding yang sangat populer dengan memanfaatkan sisi moneter dari blockchain. Misalnya, Tiongkok dan Korea Selatan telah

melarang ICO, karena pusat keuangan luar negeri seperti Kepulauan Cayman mendukung alat keuangan baru, dan negara-negara dengan kerangka peraturan yang kuat untuk teknologi keuangan seperti Inggris, Uni Eropa, dan Amerika Serikat telah mengambil sikap hati-hati. , menekankan ruang lingkup ekstra-teritorial dari undang-undang nasional mereka. Selain keterbatasan praktis ini, terdapat sisi teoritis dalam mengatur fenomena kompleks seperti buku besar yang didistribusikan. Hukum mempunyai cara yang terbatas untuk mengatasi lingkungan baru dari blockchain di mana implikasi ekonomi, sosial dan teknologi menjadi saling terkait dan peraturan selalu bersifat politis.

Seperti yang dikatakan oleh Profesor Michael King, 'yang bisa dilakukan oleh hukum hanyalah mengatur apa yang bisa diatur melalui hukum, dan, meskipun hal ini bukanlah pencapaian yang berarti, hal ini membuat banyak bidang kegiatan ... tidak terlihat oleh hukum'.

Kode tidak bisa menjadi hukum dan kode tidak boleh menjadi hukum, hal ini memang membatasi potensi narasi 'kode adalah hukum', yang merupakan keterkaitan struktural antara hukum dan penggunaan TIK. Contoh problematis dari kontrak pintar berbasis blockchain dan ketidakcukupan kode sebagai ganti rugi menunjukkan bahwa narasi teknologi tidak memberikan sumber pembenaran yang memadai, setidaknya dalam bentuk ini. Sebaliknya, karena kualitas buku besar yang terdistribusi yang terdesentralisasi membuat sebagian besar peraturan yang dibuat oleh undang-undang yang terikat pada negara menjadi tidak efektif dan tidak tersedianya manajemen konflik internal, maka penggunaan kode etik sebagai konsep peraturan tampaknya hanya akan memperdalam krisis pembenaran penegakan hukum oleh pihak swasta. Pembelajaran dari blockchain menunjukkan ideologi di balik teknologi, peringatan terhadap komputasionalisme, gagasan bahwa hukum dapat direduksi menjadi komputasi. Seperti teknologi lainnya, seperti pengambilan keputusan algoritmik yang memanfaatkan pembelajaran mesin dan kecerdasan buatan, kerentanan blockchain menunjukkan bahwa kode tidak pernah sempurna, dan sangat berbahaya untuk meyakini bahwa kode tersebut sempurna.

8.3 PENEGAKAN HUKUM OLEH PIHAK SWASTA

Seperti yang diilustrasikan oleh contoh blockchain, mengatur teknologi individual mungkin sangat rumit atau bahkan tidak mungkin. Namun terlebih lagi, regulasi khusus teknologi mengenai blockchain, kecerdasan buatan, atau pembelajaran mesin tidak mempertimbangkan implikasi sosial yang lebih luas dari perkembangan teknologi.

Tanpa tinjauan holistik mengenai teknologi penyelesaian sengketa, isu penting mengenai privatisasi paksaan akan tetap tidak terlihat, dan hal ini juga akan menjadi tanda-tanda krisis pembenaran yang diakibatkan oleh hubungan antara negara dan hukum. Privatisasi paksaan perlu ditangani sebagai fenomena yang beragam dalam sistem hukum, di mana penerapan teknologi penyelesaian sengketa dan dimensi sosial yang berbeda, misalnya, ideologi yang tercermin dalam penerapan ini, semuanya berkontribusi terhadap pembangunan secara keseluruhan. Jika kita ingin mengatasi krisis pembenaran yang

diakibatkannya, kita perlu menghormati batas-batas hukum, mengingat apa yang bisa dicapai melalui hukum.

Mengingat hal ini, pekerjaan UNCITRAL tidak mampu menghasilkan apa pun selain catatan teknis, yang tidak memberikan kerangka kerja yang memadai untuk mengikat ODR. Selain itu, platform ODR UE belum memberikan dampak yang diharapkan dalam memberikan ganti rugi yang efisien bagi konsumen, karena hasil akhirnya bervariasi secara tidak konsisten antara yurisdiksi yang berbeda dan masing-masing penyedia ADR nasional. Sebaliknya, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) menerapkan pendekatan yang berbeda, karena prosedur Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy (UDRP) untuk menyelesaikan sengketa nama domain bergantung pada penegakan langsung organisasi tersebut. Namun, praktik ICANN telah menimbulkan kritik terhadap kurangnya kriteria proses hukum yang dapat diterima. Meskipun penyelesaian sengketa nama domain masih belum banyak yang diharapkan, kritik terhadap model multi-pemangku kepentingan ICANN mungkin memberikan pengamatan yang bermanfaat untuk proyek tata kelola lainnya. Jika peraturan mengenai ODR yang mengikat atau bentuk penegakan hukum swasta lainnya didasarkan pada model multi-pemangku kepentingan, perhatian penting harus diberikan untuk melibatkan aktor-aktor masyarakat sipil dan untuk meningkatkan transparansi, partisipasi dan demokrasi dalam penetapan kebijakan tersebut. Namun, kesulitannya tetap ada ketika regulasi diupayakan melalui instrumen yang benar-benar global. Selain perbedaan yurisdiksi, mis. Jika klausul arbitrase pra-sengketa dapat diterima dalam perselisihan bisnis-ke-konsumen (B2C), terdapat tantangan untuk menghormati perbedaan-perbedaan tersebut dan pada saat yang sama membangun sistem yang koheren dan dapat diterapkan dalam praktik. Jika ada upaya lain yang dilakukan untuk mengatur penegakan hukum oleh pihak swasta, maka kebijakan tersebut harus mencakup segala bentuk penggunaan paksaan oleh pihak swasta.

Meskipun kualitas penegakan hukum swasta masih kontroversial dan relatif kurang berhasil dalam mengembangkan ODR yang mengikat, privatisasi yang bersifat paksaan perlu diatasi dengan sendirinya. Terdapat bahaya jika kita menganggap penegakan hukum hanya sebagai bagian dari mekanisme ganti rugi peradilan yang berorientasi pada negara. Kemungkinan teknologi untuk penegakan hukum oleh swasta sudah ada dan akan keliru jika berasumsi bahwa mekanisme penegakan hukum swasta ini tidak akan digunakan untuk tujuan memaksakan kepatuhan atas nama pengaturan kontrak. Faktanya, dapat dimengerti bahwa mekanisme penegakan hukum swasta diubah menjadi model asuransi, sistem penanganan pengaduan internal, atau sebagai ODR yang tidak mengikat terutama oleh penyedia layanan tersebut, karena jika tidak, maka masalah *bypassing* akan perlu diatasi. kontrol negara atas proses hukum sebelum melakukan penggunaan kekerasan. Seperti yang diharapkan dari upaya mencari pembenaran yang dilakukan dalam penelitian ini, terdapat manfaat tertentu dalam mempertimbangkan model-model ini dari sudut pandang prosedural sebagai alternatif terhadap penegakan hukum yang diatur oleh negara. Meskipun perspektif ini bukan satu-satunya perspektif yang penting, perspektif ini menyoroti fungsi penegakan hukum yang mungkin luput dari perhatian. Pentingnya privatisasi paksaan lebih jauh ditekankan oleh

pentingnya penegakan hukum sebagai bagian dari akses terhadap keadilan. Seperti yang diilustrasikan dalam kasus hukum ECtHR, pelaksanaan keputusan pengadilan yang bersifat final dan mengikat harus dipahami sebagai hak mendasar atas peradilan yang adil.

Namun, penegakan hukum bukanlah satu-satunya, atau bahkan yang paling penting, dari prinsip-prinsip proses hukum. Jika hal ini terjadi, maka pilihan yang ada hanyalah model penyelesaian sengketa yang mengikat, yang akan mengarah pada penerimaan penegakan hukum oleh pihak swasta sebagaimana adanya. Namun, terdapat alasan sah untuk menyatakan bahwa penerapan ODR sebagai arbitrase online akan merugikan perlindungan konsumen. Keseimbangan kekuatan yang tidak setara antara dunia usaha dan konsumen, bahaya bias pemain yang berulang, dan finalitas putusan arbitrase merupakan faktor-faktor yang berkontribusi terhadap kurangnya perlindungan konsumen yang memadai.

Karena tersedianya skema penegakan keputusan baik swasta maupun publik, maka tidak perlu lagi mempertimbangkan keberlakuan hanya dalam kaitannya dengan pengadilan. Namun, baik pendekatan swasta maupun publik terhadap penegakan hukum mempunyai dampak yang besar. Tantangan terhadap penegakan hukum oleh swasta, baik dalam bentuk penegakan hukum oleh swasta atas platform e-commerce maupun kontrak cerdas yang dijalankan sendiri, berkaitan dengan pilihan ideologis di balik solusi teknologi, yang di sini kita sebut sebagai dilema neo-liberal. Meskipun penegakan hukum oleh swasta kemungkinan besar akan memberikan penegakan hukum yang efisien dalam waktu yang wajar, masih belum jelas seberapa baik pelaku swasta akan mempertimbangkan ketidakseimbangan kekuasaan dan akan menjunjung tinggi proses hukum jika tidak ada peraturan dan pemantauan wajib yang memaksa mereka melakukan hal tersebut. Selain itu, kewajiban hak asasi manusia sebagian besar ditujukan kepada aktor-aktor negara, seperti yang ditunjukkan dalam ICANN, dan tidak jelas sejauh mana kewajiban tersebut akan mewajibkan aktor-aktor swasta ketika mereka memberikan layanan penyelesaian dan penegakan sengketa.

Jika keputusan dibuat untuk mekanisme ganti rugi publik, tantangan-tantangan lain perlu dipertimbangkan. Yang pertama dan terpenting, solusi diperlukan untuk mengatasi permasalahan ambang batas sehingga model di masa depan tidak mengulangi kekurangan yang dimiliki pengadilan umum dalam hal penyelesaian sengketa online dengan intensitas rendah. Selain itu, ada bahaya bahwa mekanisme publik yang diciptakan melalui undang-undang black letter dapat menghambat inovasi di masa depan dan kemungkinan adanya pengaturan mandiri. Jika mekanisme ganti rugi publik adalah pilihan yang harus diambil, maka perlu untuk mempertimbangkan posisi penegakan hukum oleh pihak swasta dan dampaknya. peraturan secara terpisah. Jika tidak, penggunaan paksaan oleh pihak swasta, yang dimungkinkan oleh teknologi dan melewati kendali negara, hanya akan dibiarkan begitu saja, dan hanya disamarkan sebagai masalah kontrak. Hal ini pada gilirannya dapat menjadi masalah bagi koherensi sistem hukum, karena permasalahan hukum tidak akan terselesaikan.

Salah satu opsi yang patut dipertimbangkan adalah perumusan model perantara yang menghubungkan skema pemerintah dan swasta, dan beberapa upaya telah dilakukan untuk mencapai tujuan ini. Misalnya, tanda kepercayaan telah dibahas dalam literatur dan beberapa

penerapannya memang ada, namun solusi ini belum mendapatkan momentum yang cukup untuk menjadi dasar rekomendasi kebijakan.

Berdasarkan hal ini, kemungkinan besar ODR yang menggunakan metode ADR tidak mengikat tidak memberikan solusi yang diinginkan untuk sengketa online dengan intensitas rendah. Pengadilan umum masih tergolong baru dalam bidang teknologi penyelesaian sengketa, namun aplikasi berbasis pengadilan semakin maju dan dilengkapi dengan kunci pintu penegakan hukum publik. Jika digitalisasi pengadilan umum benar-benar mencapai tingkat di mana permasalahan ambang batas tidak lagi menjadi hambatan terhadap akses terhadap pengadilan dalam kasus perselisihan berintensitas rendah, maka ada kemungkinan bahwa masalah perselisihan berintensitas rendah dan penegakan hukumnya akan terselesaikan secara alami. Namun, untuk melakukan hal tersebut, teknologi perlu dibawa ke proses pengadilan dengan mengetahui bahwa salah satu permasalahan utama yang harus diatasi adalah penyelesaian perselisihan lintas negara dengan intensitas rendah, yang jika tidak, mungkin dapat atau tidak dapat diselesaikan melalui proses hukum yang memadai – jika terselesaikan sama sekali. Pilihan yang diambil ketika mengatur penegakan hukum di sektor swasta, serta ketika mereformasi praktik peradilan, mempunyai kekuatan untuk memutuskan apakah krisis pembenaran dapat diatasi atau tidak.

BAB 9

PENUTUP

Buku ini berupaya menunjukkan bagaimana perkembangan teknologi penyelesaian sengketa telah memunculkan bentuk-bentuk baru penegakan hukum oleh pihak swasta. Teknologi modern yang diterapkan pada manajemen konflik memungkinkan adanya bentuk-bentuk pemaksaan baru, seperti penegakan hukum langsung pada situs e-commerce, penyelesaian sengketa nama domain ICANN, dan kontrak cerdas yang dapat diterapkan secara mandiri. Meningkatnya privatisasi yang bersifat paksaan ini sebagian besar luput dari perhatian, karena sebagian besar mekanisme penegakan hukum swasta ini menangani sengketa perdata yang bernilai rendah, dimana otonomi partai secara tradisional sangat luas. Berbeda dengan perkara yang berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana, kepentingan umum dalam sengketa perdata kurang menonjol. Dalam konteks ini, dimensi kontrak dapat dengan mudah mengabaikan kebutuhan akan akses efektif terhadap keadilan, meskipun dalam beberapa kasus hal ini tidak dapat diabaikan, seperti halnya perlindungan konsumen yang efektif dalam sengketa e-commerce. Namun, munculnya mekanisme swasta seperti ini menunjukkan kecenderungan umum menuju paksaan privatisasi. Pergeseran ini menjelaskan mengenai kualitas penyelesaian sengketa yang mengganggu meskipun pada kenyataannya penyelesaian sengketa sering kali berdampak pada kasus-kasus yang sering kali diabaikan dari sudut pandang hak-hak dasar. Temuan utama dari buku ini adalah bahwa pemaksaan privatisasi yang dimungkinkan secara teknologi tidak dapat dibenarkan oleh konsep hukum yang ada.

Untuk memahami tren pemaksaan privatisasi secara keseluruhan, kita perlu melakukan pendekatan terhadap teknologi penyelesaian sengketa dari perspektif yang lebih luas dan holistik. Teknologi penyelesaian sengketa merupakan salah satu titik temu antara hukum, teknologi, dan masyarakat. Gangguan yang ditimbulkannya merupakan akibat dari reaksi sosial, ekonomi, politik, dan hukum yang kompleks terkait dengan digitalisasi masyarakat secara keseluruhan. Buku ini berupaya memberikan satu perspektif mengenai perubahan yang terjadi di masyarakat akibat meningkatnya penggunaan TIK. Di sini, perubahan dalam sistem hukum ini digambarkan melalui interpretasi yang dipengaruhi oleh teori sistem, dan dimensi sosial dari teknologi dipandang sebagai sistem sosial yang muncul yang disebut penggunaan TIK. Perkembangan teknologi tidak terjadi dalam ruang hampa sosial. Kita perlu menyadari dampak sosial dari meningkatnya digitalisasi hukum. Oleh karena itu, kita harus menyadari bagaimana perkembangan ini terkadang memperkuat dan memperbarui ideologi sosial dan ketidakseimbangan kekuasaan yang ada. Namun, kita juga perlu berhati-hati agar tidak mengurangi dampak teknologi penyelesaian sengketa untuk mencerminkan ketegangan yang ada, melainkan menilai ruang lingkup gangguan teknologi sambil tetap mengingat interaksi yang kompleks antara hukum, teknologi, dan masyarakat.

Artinya, gambaran teknologi penyelesaian sengketa terdiri dari dua perspektif yang saling melengkapi. Pertama, pendekatan holistik membantu kita memahami tren jangka

panjang dan dampak perubahan teknologi secara keseluruhan terhadap masyarakat. Kedua, pendekatan yang berbeda dan kontekstual terhadap aplikasi individual melengkapi perspektif menyeluruh ini dan memungkinkan kita mengevaluasi konsekuensi normatif dari kasus penggunaan teknologi penyelesaian sengketa individual. Kombinasi tinjauan masyarakat dan pendekatan kontekstual terhadap penerapannya memungkinkan untuk menemukan kesamaan antara berbagai penerapan teknologi penyelesaian sengketa seperti penegakan hukum langsung pada situs e-niaga dan kontrak pintar meskipun terdapat perbedaan dalam cakupan, motivasi, dan fungsinya. Dengan demikian, kita dapat melihat kecenderungan yang lebih umum menuju peningkatan privatisasi yang bersifat paksaan.

Karena cakupannya yang umum dan kurangnya alternatif nyata, mekanisme penegakan hukum swasta yang dibahas di sini berbeda dari bentuk tata kelola swasta lainnya, namun pada akhirnya, mekanisme tersebut merupakan contoh lain dari matinya konseptualisasi hukum modern dalam kaitannya dengan negara. Bentuk-bentuk baru penegakan hukum swasta yang didukung oleh teknologi ini menantang fiksi dari monopoli negara dalam penyelesaian sengketa, yang mana penegakan hukum merupakan perwujudan dari monopoli negara terhadap kekerasan.

Karena peran khusus yang diberikan kepada penegakan hukum, peningkatan privatisasi menunjukkan sesuatu mengenai hukum. Dari perspektif teoretis, penegakan hukum oleh pihak swasta menjadikan sifat inheren hukum sebagai pemaksaan; kepatuhan terhadap hukum dapat dipaksa dengan menggunakan kekerasan. Sepanjang kriteria yang ditetapkan oleh undang-undang dipatuhi, pemaksaan tersebut dapat diterima, dibenarkan, dan legitimasinya tetap terjaga. Sederhananya, hukum adalah mekanisme yang membenarkan adanya pemaksaan. Secara tradisional, kita menyamakan kekerasan yang melekat pada hukum dengan membatasi penggunaannya secara diskursif pada struktur hukum yang sudah mapan, pada pengadilan umum dan profesional hukum, yang berkontribusi dalam pengambilan keputusan mengenai siapa yang berhak mengakses mekanisme penegakan hukum negara. Oleh karena itu, penggunaan paksaan telah dilembagakan untuk memberikan koherensi, prediktabilitas, dan otoritas terhadap operasional sistem hukum.

Namun, privatisasi paksaan memperlihatkan hukum sebagai bentuk kekerasan yang dilegitimasi dan memaksa kita untuk menafsirkan kembali siapa yang berhak menggunakan kekerasan tersebut, terhadap siapa, dan atas dasar apa. Privatisasi paksaan merupakan perwujudan dari sifat teknologi yang mengganggu dalam membatasi batas antara paksaan yang dapat diterima dan kekerasan yang sewenang-wenang. Dengan kata lain, penerapan teknologi pada bidang-bidang utama hukum, hingga penyelesaian sengketa dan penegakan hukum, mengedepankan kebutuhan untuk membenarkan adanya pemaksaan.

Kebutuhan untuk membenarkan penegakan hukum oleh pihak swasta merupakan salah satu tantangan yang disebabkan oleh pesatnya perkembangan teknologi, yang mana peningkatan otomatisasi memberikan kontribusi yang signifikan. Menariknya, ketegangan di balik meningkatnya privatisasi yang bersifat paksaan bukan hanya disebabkan oleh faktor teknologi namun juga faktor sosial. Mekanisme penegakan hukum swasta telah muncul untuk

memberikan pengelolaan konflik yang mengikat dalam situasi di mana mekanisme yang diatur oleh negara gagal melakukan hal tersebut, terutama secara online. Perubahan dalam penegakan hukum dan kebutuhan untuk membenarkan pemaksaan menjadi pertanyaan mengenai kemampuan hukum untuk mengatasi tantangan pembenaran yang ditimbulkan oleh mekanisme penegakan hukum swasta. Dapatkah tantangan ini diatasi dengan kerangka hukum yang ada? Bisakah kita menemukan pembenaran bagi penegakan hukum swasta dengan mengubah undang-undang, dengan memanfaatkan mekanisme pembenaran yang sudah ada, dengan menafsirkan kembali konsep-konsep hukum yang ada dengan cara-cara baru melalui fleksibilitas penafsiran?

Kebutuhan untuk membenarkan semakin banyaknya pemaksaan yang diprivatisasi – ditambah dengan ketidakpastian bagaimana hal ini dapat dilakukan – mengarah pada krisis pembenaran. Dalam buku ini, solusi atas kurangnya justifikasi dicari dari hukum yang ada konsep yang digunakan untuk memberikan legitimasi untuk pemaksaan. Konsep-konsep ini disebut narasi pembenaran. Analisis ini mengidentifikasi tiga narasi yang berbeda: 1) kedaulatan, yang merupakan hubungan struktural antara hukum dan politik; 2) persetujuan, keterkaitan antara hukum dan ekonomi; dan 3) akses terhadap keadilan, komunikasi moral tentang penyelesaian sengketa. Pengakuan atas narasi-narasi ini memerlukan dua langkah teoritis. Pertama, kita perlu memahami bagaimana sistem hukum menghasilkan pembenaran melalui referensi eksternal, dengan menyampaikan rasionalitas subsistem lain kepada hukum melalui hubungan struktural bersama. Kedua, kita perlu mengevaluasi sumber mana yang digunakan untuk memberikan pembenaran dengan mengeksplorasi bagaimana doktrin tersebut sebelumnya telah merekonsiliasi krisis pembenaran serupa.

Perlu dicatat bahwa monopoli negara dalam penyelesaian sengketa sebelumnya mendapat tantangan dari kritik terhadap gerakan akses terhadap keadilan yang antara lain menganjurkan penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Menariknya, tantangan pembenaran tersebut kemudian direkonsiliasi melalui model kolaboratif, yang menjadikan penyelesaian sengketa pribadi dapat diterima selama kekuasaan tertinggi pengadilan atas penegakan hukum tetap dipertahankan. Namun, tantangan yang kita hadapi saat ini tampaknya lebih bersifat mendasar. Alih-alih menganjurkan pluralitas penyelesaian sengketa, tuntutanannya adalah pada penegakan pluralitas, karena dalam konteks online tertentu, penegakan hukum oleh publik sudah menjadi hal yang mubazir. Hal ini berarti bahwa krisis pembenaran penegakan hukum oleh pihak swasta tidak dapat didamaikan melalui solusi serupa dengan solusi yang dicapai melalui model kolaboratif dan, karena keterbatasan hukum yang terikat pada negara, keseimbangan serupa sulit dicapai.

Penegakan hukum oleh pihak swasta menimbulkan tantangan pembenaran yang tidak dapat diselesaikan dengan narasi pembenaran yang ada. Narasi kedaulatan terutama memberikan pembenaran atas monopoli negara atas kekerasan, yang bertentangan dengan penegakan hukum oleh pihak swasta, dan narasi tersebut tidak dapat menjelaskan pemaksaan tanpa kaitannya dengan negara. Otonomi swasta, pada gilirannya, mengandaikan kesukarelaan sehingga tidak mampu mengatasi unsur pemaksaan. Selain itu, kurangnya alternatif nyata terhadap penegakan hukum oleh pihak swasta membuat persetujuan yang

diberikan terhadap penggunaannya bersifat fiktif, sehingga menyangkal keabsahan dan kekuatan pembenarannya. Wacana etis, atau narasi akses terhadap keadilan, menunjuk pada struktur dan ritual yang ada dalam penyelesaian sengketa, namun tidak memberikan pedoman atau standar menyeluruh yang dapat menjadi dasar pembenaran.

Ketika narasi-narasi sebelumnya melemah, beberapa pihak mencari jawaban di tempat lain dan menganjurkan dimensi peraturan dalam kode etik, hubungan antara hukum dan sistem sosial yang sedang berkembang, serta penggunaan TIK. Narasi 'kode etik adalah hukum' menunjukkan bahwa desain teknologi dapat memiliki kualitas peraturan dan menghasilkan justifikasi dan tata kelola yang praktis. Namun, mempercayai kekuatan teknologi untuk memecahkan masalah interaksi manusia adalah suatu penyederhanaan yang berlebihan dari kompleksitas hukum. Sampai batas tertentu, infrastruktur perangkat lunak dapat mengarahkan perilaku dan mencegah konflik, namun, karena tidak mungkin untuk memprediksi semua interaksi, kebutuhan akan katup pengaman manajemen konflik tidak hilang. Seperti yang dicontohkan oleh peretasan DAO, bahkan infrastruktur rantai blok yang dianggap tidak dapat diubah, dapat dipercaya, dan bebas kesalahan pun tidak bebas dari konflik. Meskipun jaringan blockchain itu sendiri berfungsi sesuai prediksi, kemungkinan terjadinya kesalahan manusia tidak dapat dihilangkan selama manusia terlibat dalam pemrograman kontrak pintar individu pada blockchain.

Gagasan bahwa teknologi berbasis data dapat menggantikan hukum mengandaikan bahwa hukum itu sederhana, bahwa hukum dapat diterjemahkan ke dalam peraturan yang jelas dan diprogram ke dalam perintah yang jelas jika-maka-lainnya. Namun, hukum jauh lebih kompleks daripada yang diyakini oleh penyederhanaan berlebihan ini, fleksibilitas dan keterbukaannya memberi kita ruang yang sangat dibutuhkan untuk keberagaman penafsiran. Kita tidak boleh mengabaikan kompleksitas ini sebagai jargon tanpa tujuan yang dimaksudkan untuk melindungi hak para pengacara, namun kita harus mengakui pentingnya hal ini sebagai hasil evolusi hukum selama ratusan tahun, dan memahami logika di balik peralihan dari peraturan kasuistik ke prinsip-prinsip umum.

Apa implikasi normatif dari krisis pembenaran ini yang tidak dapat diremehkan hanya dengan melakukan penafsiran ulang terhadap narasi yang ada atau narasi 'kode adalah hukum' yang muncul? Normativitas hukum terletak pada fungsinya untuk menegakkan harapan-harapan tanpa menghiraukan kekecewaannya, pada kepastian bahwa suatu harapan itu benar meskipun saat ini terbukti salah. Penegakan hukum swasta menantang ekspektasi bahwa hanya keputusan yang diambil dalam proses hukum yang akan ditegakkan dan penegakan hukum hanya dapat dilakukan setelah keadilan ini dievaluasi oleh pengadilan yang independen. Harapan tersebut sudah tidak dapat diwujudkan lagi. Selain itu, kurangnya transparansi dalam penegakan hukum oleh swasta berdampak pada pembaruan ekspektasi, karena tidak ada preseden publik yang dapat memberikan dasar bagi ekspektasi di masa depan. Menjadi tidak jelas apa sebenarnya yang diharapkan – kebingungan mengenai kapan harapan tersebut terpenuhi dan kapan harapan tersebut dikecewakan. Jika tidak ada perbedaan antara kepuasan dan kekecewaan, maka normativitas hukum akan mulai terurai,

dan kepercayaan secara keseluruhan terhadap kemampuan sistem hukum untuk memberikan stabilitas akan mulai terkikis.

Krisis keadilan yang tidak dapat diselesaikan membuat kita memiliki ekspektasi yang tidak jelas. Jika narasi kedaulatan, persetujuan, dan akses terhadap keadilan gagal dalam penegakan hukum swasta, apakah narasi tersebut masih harus dipertahankan sebagai dasar ekspektasi? Atau adakah sumber potensial lain bagi kesinambungan hukum yang muncul dari keterkaitan struktural antara sistem hukum dan penggunaan TIK, mungkin melalui penafsiran lain atas narasi 'kode adalah hukum'? Masih harus dilihat apakah opsi untuk mengatur penggunaan paksaan dalam lingkungan baru yang didukung teknologi ini dapat ditemukan dengan mengikuti logika serupa dengan infrastruktur blockchain, yaitu hukum yang terdesentralisasi. Kemungkinan ini perlu dikaji lebih lanjut dengan harapan dapat mengembangkan model tata kelola baru yang mampu merespons gangguan baru tanpa melakukan penyederhanaan berlebihan seperti yang dilakukan narasi 'kode etik adalah hukum' saat ini.

Selain itu, kualitas teknologi penyelesaian sengketa yang disruptif perlu dieksplorasi lebih jauh untuk memahami transformasi praktik hukum yang sedang terjadi, yaitu digitalisasi hukum. Janji peningkatan akses terhadap keadilan yang dihadirkan oleh beberapa aplikasi bertentangan dengan dampak buruk yang ditimbulkan oleh beberapa bentuk baru teknologi penyelesaian sengketa. Untuk membedakan antara konsekuensi-konsekuensi yang berlawanan ini, kita memerlukan pemahaman yang lebih dalam mengenai beragam fenomena ini dan mengatasinya secara bersamaan secara terpisah dan secara keseluruhan. Pendekatan holistik dan kontekstual terhadap digitalisasi hukum memerlukan kerangka kerja yang dibentuk oleh kajian teknologi hukum yang menanggapi tantangan teknologi dengan serius. Kajian teknologi hukum perlu terlibat secara aktif dalam dialog antar disiplin ilmu untuk memastikan pengembangan teknologi penyelesaian sengketa yang berkelanjutan secara hukum.

Untuk melihat lebih jauh dari langkah awal pembentukan teori yang sulit ini, kita perlu melihat masa kini sekaligus tetap berpikiran terbuka tentang masa depan. Cara kita mengkonseptualisasikan teknologi, wacana yang kita gunakan, ancaman dan tantangan serta harapan dan peluang yang kita kaitkan dengan teknologi, membentuk penggunaan dan pengembangan teknologi penyelesaian sengketa di masa depan. Tanpa pendekatan holistik terhadap teknologi yang disarankan di sini, kita menghadapi bahaya asumsi yang tidak disadari mengenai teknologi berdampak pada cara kita merancang kerangka hukum untuk pengembangan teknologi penyelesaian sengketa di masa depan. Misalnya, kita dapat berasumsi bahwa teknologi dapat meniru kekurangan manusia, seperti yang terjadi pada komputer HAL 9000 yang xenofobia dan berbahaya di Arthur C.

Novel Clarke 2001: A Space Odyssey, atau mendasarkan pemahaman kita pada komputer pusat yang penuh kebajikan dalam seri Star Trek: The Next Generation, di mana teknologi melampaui kemampuan manusia yang terbatas dan menyediakan perlindungan dan perawatan bagi manusianya. Asumsi seperti ini menyebabkan evaluasi yang sangat berbeda mengenai kelayakan teknologi, potensi dan ancamannya. Singkatnya, asumsi yang tidak

disadari itu berbahaya. Namun, asumsi-asumsi tersebut dapat ditegakkan dengan wawasan kritis terhadap teknologi hukum.

Kita perlu memahami tantangan yang ditimbulkan oleh penegakan hukum oleh pihak swasta sebagai akibat dari perubahan sosial dan teknologi yang bergerak cepat. Penggunaan teknologi penyelesaian sengketa semakin mengotomatiskan praktik hukum, dimulai dari pekerjaan kognitif rutin, yang berpotensi mengubah pengelolaan konflik secara keseluruhan. Yang mengejutkan, terdapat kesamaan antara digitalisasi hukum dan pemberontakan Luddite yang bermula dari otomatisasi pekerjaan manual rutin. Meskipun deskripsi yang merendahkan akan membuat kita percaya bahwa kaum Luddite menentang teknologi dan juga menentang semua kemajuan, perlu dipahami bahwa pemberontakan tersebut mengkritik implikasi sosial dari otomatisasi yang paling berdampak buruk pada kelompok masyarakat yang kurang mampu, yaitu para pekerja manual yang tidak terlatih. Mengolok-olok kekhawatiran dan seruan untuk bertindak sebagai sikap yang dianggap terbelakang menunjukkan ketidaktahuan akan konsekuensi negatif dari otomatisasi. Untuk menghindari dampak negatif yang dramatis dari otomatisasi hukum, kita perlu menyadari transformasi masyarakat dan hukum yang sedang berlangsung.

Hukum tidak dapat dibuat mubazir hanya dengan baris-baris kode, kompleksitas hukum dimasukkan ke dalam aturan-aturan sederhana. Namun, teknologi baru telah memberikan dampak besar terhadap hukum, seperti yang ditunjukkan oleh contoh pengambilan keputusan algoritmik dan teknologi buku besar terdistribusi. Kerangka hukum tidak ompong dalam menghadapi tantangan teknologi yang disruptif. Sebaliknya, masyarakat bereaksi dan memprediksi perubahan melalui sistem hukum, melalui batasan-batasan yang ditetapkan hukum terhadap pembangunan di masa depan. Fungsi hukum dalam memberikan stabilitas masyarakat juga mencakup tanggung jawab untuk memastikan digitalisasi hukum yang bertanggung jawab dan keadilan infrastruktur teknologi. Perspektif hukum yang berbeda perlu dipertimbangkan dalam perancangan sistem teknologi, jika tidak maka dampak teknologi tidak dapat diprediksi. Dalam teknologi penyelesaian sengketa, tidak ada ruang untuk kegagalan, karena pertanyaannya adalah mengenai perlindungan hukum dan akses terhadap keadilan, yang merupakan dimensi etis dari hukum. Penting bagi kita untuk menyadari bagaimana teknologi mempengaruhi fungsi hukum dan bagaimana infrastruktur teknologi menjadi relevan secara hukum. Tantangan teknologi meninggalkan kita pada prinsip-prinsip dasar hukum. Pada akhirnya, pertanyaan besarnya bukanlah pada pemahaman teknologi namun pada pemahaman hubungan timbal balik yang kompleks antara hukum, teknologi, dan masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

- “Low-Value, High-Volume’ Disputes: Defining the Indefinable’ (Slaw Canada’s online legal magazine, 29 January 2014) <<http://www.slaw.ca/2014/01/29/low-value-high-volume-disputes-defining-the-indefinable>> accessed 4 January 2016
- “Lex Mercatoria” ZenTra Working Paper in Transnational Studies No. 52/ 2015’ <ssrn.com/abstract=2597583> accessed 20 August 2015
- ‘Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement’ (2016) 13 SCRIPTed 40
- ‘Chargeback in the EU/EEA. A Solution to Get Your Money Back When a Trader Does Not Respect Your Consumer Rights’ (The European Consumer Centre’s Network ECC-Net (undated)) <http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/chargeback_report_en.pdf> accessed 25 June 2018
- ‘Consumer Trust and Business Benefits with ODR’ in Colin Adamson (ed), Online Dispute Resolution: An International Business Approach to Solving Consumer Complaints (Author House 2015)
- ‘Disintegration of the State Monopoly on Dispute Resolution: How Should We Perceive State Sovereignty in the ODR Era?’ (2014) 1 International Journal of Online Dispute Resolution 1
- ‘Einige Probleme Mit “Reflexivem Recht”’ (1985) 6 Zeitschrift für Rechtssoziologie 1
- ‘Improving Consumer Protection through Technology: The Challenge of Compliance’ in Immaculada Barral (ed), La resolución de conflictos con consumidores: de las ADR a las ODR (Reus 2018)
- ‘Introduction’, Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications (Hart Publishing 2006)
- ‘Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions’ (2001) 99 Michigan Law Review 1724 Bickel EA, van Dijk MA and Giebels E, Online Legal Advice and Conflict Support: A
- ‘Technology-Augmented Courtrooms – Progress Amid a Few Complications, or the Problematic Interrelationship Between Court and Counsel’ (2005) 60 NYU Annual Survey of American Law 675
- ‘The End of ODR’ (Slaw Canada’s online legal magazine, 10 January 2015) <<http://www.slaw.ca/2015/10/01/the-end-of-odr/>> accessed 1 August 2016 Ben-Ze’ev A, Love Online. Emotions on the Internet (Cambridge University Press 2004) Berger KP, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria (Kluwer Law International 2010)

- 'The European Single Market' <[https://ec.europa.eu/growth/single-mar ket_en](https://ec.europa.eu/growth/single-market_en)> accessed 25 June 2018
- 'The Online Ombuds Office: Adapting Dispute Resolution to Cyberspace' (1996) Katsh EM and Rifkin J, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace* (Jossey Bass 2001)
- 'The Road to the Virtual Courtroom? A Consideration of Today's - and Tomorrow's - High-Technology Courtrooms' (2009) 50 *South Carolina Law Review* 799
- Abdel Wahab MS, Katsh E and Rainey D (eds), 'Introduction', *Online Dispute Resolu- tion: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (Eleven International Publishing 2012)
- Atiyah PS, *The Rise and Fall of Contract* (Oxford University Press 1979) Aubert V, 'Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution' (1963) 7 *Journal of Conflict Resolution* 26 Rettens *Sociale Funksjon* (Universitetsforlaget 1976)
- Bailey J, 'Working Paper on Digitization of Court Processes in Canada' (Laboratoire de Cyberjustice, Université de Montréal 2012) <[http://www.cyberjustice.ca/word press/wp-content/uploads/webuploads/WP002_CanadaDigitizationOfCourtPro cesses20121023.pdf/](http://www.cyberjustice.ca/wordpress/wp-content/uploads/webuploads/WP002_CanadaDigitizationOfCourtProcesses20121023.pdf/)> accessed 24 March 2015
- Baker JH, 'Book Review, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. By P. S. ATIYAH. [Clarendon Press: Oxford. 1979. Xii and 792 pp. (Incl. Index). £30-00.]' [1980] *The Modern Law Review* 4
- Baraldi C, Corsi G and Esposito E, *Glossar Zu Niklas Luhmanns Theorie Sozialer Systeme* (Suhrkamp Verlag 1997)
- Barral-Viñals I, 'Electronic Mass Procurement by Means of "Web Technology": Basic Options in Its Regulation' (2014) 20 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 373
- Bausch KC, 'The Habermas/Luhmann Debate and Subsequent Habermasian Perspec- tives on Systems Theory' (1997) 14 *Systems Research and Behavioral Science* 315 Bayern SJ, 'Dynamic Common Law and Technological Change: The Classification of Bitcoin' (2011) 71 *Washington & Lee Law Review Online Edition* 22 Beaulac S, 'The Social Power of Bodin's "Sovereignty" and International Law' (2003) 4
- Benjamin W, 'Zur Kritik Der Gewalt' in Rolf Tiedemann and Hermann Scwepenhäu- ser (eds), *Walter Benjamin Gesammelte Schriften Band II.1* (Suhrkamp Verlag 1991) Benyekhlef K, Amar E and Callipel V, 'ICT-Driven Strategies for Reforming Access to Justice Mechanisms in Developing Countries' (2015) 6 *World Bank Legal Review* 325
- Benyekhlef K and Vermeys N, 'ODR and the Courts', *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (Eleven Inter- national Publishing 2012)

- Benyekhlef K, Callipel V and Amar E, 'La Médiation En Ligne Pour Les Conflits de Basse Intensité' (2015) 135 *Gazette du Palais* 17
- Bernstein L, 'Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry' (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115
- Binham C, 'ICO Regulation Inconsistent as Cryptocurrency Bubble Fears Grow' *Financial Times* (London, 24 November 2017) <<https://www.ft.com/content/32315636-cb01-11e7-ab18-7a9fb7d6163e>> accessed 27 November 2017
- Bocquet-Appel J-P, 'When the World's Population Took Off: The Springboard of the Neolithic Demographic Transition' (2011) 333 *Science* 560
- Bodin J, *Les Six Livres de La République* (Gérard Mairet ed, Librairie générale)
- Born GB, *International Commercial Arbitration. Volume I* (Wolters Kluwer 2009) Bower JL and Christensen CM, 'Disruptive Technologies: Catching the Wave' (1995) 73 *Harvard Business Review* 43
- Braun S and Taylor JL (eds), *Videoconference and Remote Interpreting in Criminal Proceedings* (Intersentia 2012)
- Brenner SW, *Cyberthreats and the Decline of the Nation-State* (Routledge 2014)
- Brito J, Shadab HB and Castillo A, 'Bitcoin Financial Regulation: Securities, Derivatives, Prediction Markets, and Gambling' (2014) 6 *The Columbia Science and Technology Law Review* 144
- Calliess G-P, 'Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law' (2002) 23 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 185
- Calliess G-P, Freiling J and Renner M, 'Law, the State, and Private Ordering: Evolutionary Explanations of Institutional Change' (2008) 9 *German Law Journal* 397 Calliess G-P and Renner M, 'Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance' (2009) 22 *Ratio Juris* 260
- Casanovas P and Sartor G, 'Foreword: What LGTS Intends to Be' in Giovanni Sartor and others (eds), *Approaches to Legal Ontologies. Theories, Domains, Methodologies* (Springer International Publishing 2011)
- Castells M, *The Power of Identity. The Information Age: Economy, Society, and Culture Volume II* (2nd edn, Wiley-Blackwell 2010)
- Chesbrough H, Vanhaverbeke W and West J (eds), *Open Innovation: Researching a New Paradigm* (Oxford University Press 2006)
- Christodoulidis E, 'The Objection That Cannot Be Heard: Communication and Legitimacy in the Courtroom' in Antony Duff and others (eds), *The Trial on Trial Volume 1: Truth and Due Process* (Hart Publishing 2004)

- Council of Europe/Parliamentary Assembly/Committee on Culture, Science, Education and Media, 'Council of Europe Draft Resolution for the Motion on the Right to Internet Access' (4 March 2014) <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML.en.asp?fileid=20535&lang=en>> accessed 25 June 2018 Cox RH, *Locke on War and Peace* (Clarendon Press 1960)
- Crawford VC, 'Proposal to Use Alternative Dispute Resolution as a Foundation to Build an Independent Global Cyberlaw Jurisdiction Using Business to Consumer Transactions as a Model, A Note' (2002) 25 *Hastings International and Comparative Law Review* 383
- Crowne CH, 'The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice' (2001) 76 *New York University Law Review* 1768 Cunningham A, 'Decentralisation, Distrust & Fear of the Body - The Worrying Rise of Crypto-Law' (2016) 13 *SCRIPTed* 235
- De Filippi P, 'Bitcoin: A Regulatory Nightmare to a Libertarian Dream' (2014) 3 *Internet Policy Review* <<http://policyreview.info/articles/analysis/bitcoin-regulatory-nightmare-libertarian-dream>> accessed 25 June 2018
- Del Duca L, Rule C and Loebel Z, 'Facilitating Expansion of Cross-Border E-Commerce - Developing a Global Online Dispute Resolution System (Lessons Derived from Existing ODR Systems – Work of the United Nations Commission on International Trade Law)' (2012) 1 *Penn State Journal of Law and International Affairs* iv Derrida J, 'Force of Law: The Mystical Foundation of Authority' (1990) 11 *Cardozo Law Review* 919
- Devine FE, 'Absolute Democracy or Indefeasible Right: Hobbes Versus Locke' (1975) 37 *Journal of Politics* 736
- Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich Bis Zur Wiedervereinigung Deutschlands* (edisi ke-5, Verlag CH Beck 2005) 177–193.
- Dixit AK, *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance* (Princeton University Press 2004) 'eBay User Agreement (1 November 2017)' <<http://pages.ebay.com/th/en-us/help/policies/user-agreement.html#13c>> accessed 25 June 2018
- Domstolsrättegångar Och Alternativ Tvistelösning – Innebär Användning Av Nutida Teknologi I Tvistelösning En Upplösning Av Separata Paradigm?' (2013) 2013 *Retfaerd: Nordisk juridisk tidskrift* 60
- Dutch Experience (Department of Psychology of Conflict, Risk & Safety, University of Twente 2015)
- Eltis K, *Courts, Litigants and the Digital Age: Law, Ethics and Practice* (Irwin Law 2012)
- European Commission, 'Online Dispute Resolution. Reports and Statistics' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.statistics.show>> accessed 25 June 2018 française 1993)

- Frank Fechner, *Medienrecht* (edisi ke-12, Mohr Siebeck 2011) 346; Greg Lastowka, *Keadilan Virtual: Hukum Baru Dunia Online* (Yale University Press 2010) 71–73.
- Gesellschaftsstruktur Und Semantik. Studien Zur Wissenssoziologie Der Modernen Gesellschaft. Band 3 (Suhrkamp Verlag 1989)
- Joseph L Bower dan Clayton M Christensen, 'Disruptive Technologies: Catching the Wave' (1995) 73 *Harvard Business Review*
- Kaufmann-Kohler G, 'Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture' (2007) 23 *Arbitration International* 357; Kaufmann-Kohler G and Schultz T, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (Kluwer Law International 2004)
- King M and Thornhill C, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law* (1st edn, Palgrave Macmillan UK 2003)
- King M, 'What's the Use of Luhmann's Theory?', *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications* (Hart Publishing 2006)
- Kingsbury B and Straumann B, 'The State of Nature and Commercial Sociability in Early Modern International Legal Thought' (2010) 31 *Grotiana* 22
- Koskeniemi M, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument. Reissue with a New Epilogue* (Cambridge University Press 2005)
- Koulu R, *Videoneuvottelu rajat ylittävässä oikeudenkäynnissä. sähköisen oikeudenkäynnin nousu.* (University of Helsinki Conflict Management Institute 2010)
- Kuhn TS, *The Structure of Scientific Revolutions* (University of Chicago Press 1964)
- Kurkela M and Turunen S, *Due Process in International Commercial Arbitration* (2nd edn, Oxford University Press 2010)
- Landsman S, 'So What? Possible Implications of the Vanishing Trial Phenomenon' [2004] *Journal of Empirical Legal Studies* 973
- Lessig L, *Code Version 2.0* (Basic Books 2006) <<http://codev2.cc/download+remix/>> accessed 28 June 2018
- Lister M and others, *New Media: A Critical Introduction* (2nd edn, Routledge 2009) Locke J, *Two Treatises of Government* (Peter Laslett ed, student edition, Cambridge University Press 1988)
- Lodder AR and Zeleznikow J, *Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology* (Cambridge University Press 2010)
- M Castells, *Kekuatan Identitas. Era Informasi: Ekonomi, Masyarakat, dan Budaya Jilid II* (edisi ke-2, Wiley-Blackwell 2010).

Melbourne Journal of International Law 1

Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution (Eleven International Publishing 2012)

Paradigm Lost: Über Die Ethische Reflexion Der Moral. Rede von Niklas Luhmann Anlässlich Der Verleihung Des Hegel-Preises 1989 (Suhrkamp 1990)

Penyelesaian Sengketa Hukum dan Teknologi



Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM

BIO DATA PENULIS



Penulis memiliki berbagai disiplin ilmu yang diperoleh dari Universitas Diponegoro (UNDIP) Semarang. dan dari Universitas Kristen Satya Wacana (UKSW) Salatiga. Disiplin ilmu itu antara lain teknik elektro, komputer, manajemen dan ilmu sosiologi. Penulis memiliki pengalaman kerja pada industri elektronik dan sertifikasi keahlian dalam bidang Jaringan Internet, Telekomunikasi,

Artificial Intelligence, Internet Of Things (IoT), Augmented Reality (AR), Technopreneurship, Internet Marketing dan bidang pengolahan dan analisa data (komputer statistik).

Penulis adalah pendiri dari Universitas Sains dan Teknologi Komputer (Universitas STEKOM) dan juga seorang dosen yang memiliki Jabatan Fungsional Akademik Lektor Kepala (Associate Professor) yang telah menghasilkan puluhan Buku Ajar ber ISBN, HAKI dari beberapa karya cipta dan Hak Paten pada produk IPTEK. Penulis juga terlibat dalam berbagai organisasi profesi dan industri yang terkait dengan dunia usaha dan industri, khususnya dalam pengembangan sumber daya manusia yang unggul untuk memenuhi kebutuhan dunia kerja secara nyata.



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

PENERBIT :

YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

JL. Majapahit No. 605 Semarang
Telp. (024) 6723456. Fax. 024-6710144
Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

ISBN 978-623-8120-73-4 (PDF)



Penyelesaian Sengketa Hukum dan Teknologi

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

PENERBIT :

YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

JL. Majapahit No. 605 Semarang

Telp. (024) 6723456. Fax. 024-6710144

Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id