

**ANALISIS YURIDIS PUTUSAN ARBITRASE
TENTANG PENENTUAN ESKALASI HARGA KONTRAK
YANG TIDAK DIATUR SEBELUMNYA**

Studi Kasus

**PT AMARTA KARYA (Persero) vs PT CALTEX PACIFIC INDONESIA,
Perkara BANI No. 203/XI/ARB-BANI/2004**

TESIS

**Tesis ini Diajukan Untuk Memenuhi Persyaratan
Penulisan Tesis Guna Memperoleh Gelar Magister Hukum**



Oleh:

Nama	: Stanley Hariman Wibisono
No. Mahasiswa	: 05912180
BKU	: Hukum Bisnis

**PROGRAM PASCA SARJANA
FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2007**

HALAMAN PERSETUJUAN

TESIS

ANALISIS YURIDIS PUTUSAN ARBITRASE TENTANG PENENTUAN ESKALASI HARGA KONTRAK YANG TIDAK DIATUR SEBELUMNYA

**Studi Kasus PT AMARTA KARYA (Persero) v PT CALTEX PACIFIC INDONESIA,
Perkara BANI No. 203/XI/ARB-BANI/2004**

Diajukan oleh:

Nama : Stanley Hariman Wibisono

NIM /Program Studi : 05912180 / Ilmu Hukum

BKU : Hukum Bisnis

Telah dilakukan Pembimbingan & Dinyatakan Layak Untuk Diajukan
Dihadapan Tim Penguji Tesis Program Magister (S-2) Ilmu Hukum
Universitas Islam Indonesia Yogyakarta

oleh:

Pembimbing I

Pembimbing II

Dr. Ridwan Khairandy SH, MH

Siti Anisah SH, M.Hum.

Mengetahui:

Direktur Program Pascasarjana
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Yogyakarta

Dr. Ridwan Khairandy SH, MH

HALAMAN PENGESAHAN

TESIS

ANALISIS YURIDIS PUTUSAN ARBITRASE TENTANG PENENTUAN ESKALASI HARGA KONTRAK YANG TIDAK DIATUR SEBELUMNYA (*STUDI KASUS PT AMARTA KARYA (Persero) v PT CALTEX PACIFIC INDONESIA, Perkara BANI No. 203/XI/ARB-BANI/2004*)

Diajukan oleh:

NAMA : Stanley Hariman Wibisono

NIM /PROGRAM STUDI : 05912180 / Ilmu Hukum

BKU : Hukum Bisnis

Telah dipertahankan di Depan Dewan Penguji,
Pada Tanggal 31 Desember 2007
dan dinyatakan Lulus

Tim Penguji,
Ketua

Dr. Ridwan Khairandy SH, MH

Anggota Penguji I

Anggota Penguji II

Siti Anisah SH, M.Hum.

Fahmi SH, MH.

Mengetahui:

Direktur Program Pascasarjana
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
Yogyakarta

Dr. Ridwan Khairandy SH, MH

Abstrak

Masalah-masalah yang berujung pada penyelesaian secara hukum merupakan suatu kenyataan bagi pihak-pihak yang berkecimpung didunia konstruksi. Umumnya, masalah konstruksi dapat diselesaikan secara baik-baik di antara pihak-pihak yang bersengketa; dan bila tidak tercapai suatu hasil yang diharapkan maka litigasi atau arbitrase merupakan pilihan kemudian. Akhir-akhir ini, arbitrase telah memperoleh tempat yang selayaknya dalam industri konstruksi di Indonesia. Lahirnya Undang Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa memberi kepastian hukum pada penyelesaian sengketa bisnis melalui arbitrase, walau masih terjadi salah paham, menjadi semakin mantap dikukuhkan. Kontrak konstruksi telah menyertakan klausula arbitrase dalam perjanjiannya, dan banyak sengketa telah diselesaikan diluar pengadilan sebagai suatu konsekuensi adanya pemahaman arbitrase.

Studi kasus ini menunjukkan dampak dari pemakaian alasan klausula Perjanjian Lengkap (*Complete/Integration/Merger Clause* atau *Entire Agreement Clause*) yang kurang tepat karena tidak menindaklanjuti hal-hal yang dipermasalahkan dalam Berita Acara Rapat Penjelasan. Tesis yang berdasarkan penelitian *ex Post Facto* ini membahas liku-liku masalah hukum yang mungkin dijumpai oleh suatu badan hukum dalam pelaksanaan suatu jasa konstruksi, mengupas hal-hal yang umum hingga yang khusus dari suatu sengketa, dan menunjukkan jalan keluar pada suatu kebuntuan masalah - lewat suatu penyelesaian sengketa alternatif dan arbitrase yang telah disepakati sebelumnya.

Dari penelitian yang dilakukan dengan pendekatan yuridis normatif ini, asas-asas hukum perjanjian menurut KUH Perdata diterapkan dalam hubungan antara Pengguna Jasa dan Pemberi Jasa. Suatu kontrak/perjanjian harus memenuhi syarat sahnya perjanjian, yaitu harus ada kesepakatan, kecakapan, hal tertentu dan sebab yang halal, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Dengan terpenuhinya empat syarat sahnya perjanjian tersebut, suatu perjanjian menjadi sah dan mengikat secara hukum bagi para pihak yang membuatnya, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1338 ayat (1). Permasalahan hukum akan timbul jika sebelum perjanjian tersebut sah dan mengikat para pihak, yaitu dalam proses perundingan atau pra-kontraktual, salah satu pihak telah melakukan perbuatan hukum; padahal belum tercapai kesepakatan final yang sempurna antara kedua pihak mengenai isu bisnis yang masih ambigu, yaitu eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya.

Kasus ini memperlihatkan sikap Arbiter pada kajian pemecahan masalah dalam hal-hal yang tidak diatur sebelumnya pada Perjanjian. Dalam pemberian putusan, Arbiter menerapkan *ketentuan kaidah hukum material* dan *bukan* berdasarkan *keadilan dan kepatutan* kepada forum arbitrase sebagai pemutus perkara yang bersifat *mandiri, final, dan mengikat*. Arbiter menganggap bahwa risalah pra-kontraktual merupakan bagian yang tak terpisahkan dari Perjanjian, dan menghukum yang bersalah untuk melunasi pembayaran eskalasi harga.

Adagium "*the devil is on the detail*" menyiratkan bahwa keberhasilan bisnis secara umumnya terletak pada detil. Suatu peluang tuntutan hukum dalam hal konstruksi terkait dengan adanya asas kehati-hatian dan kecermatan (*prudential principles*) maupun uji tuntas (*due diligence*) dalam berbagai persiapan proyek konstruksi, sejak awalnya, seyogyanya diantisipasi oleh Pengguna Jasa maupun Penyedia Jasa.

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur ke hadirat Allah yang Maha Esa dan Maha Pengasih yang telah memberikan bimbingan-Nya, rahmat-Nya, dan hidayah-Nya, sehingga akhirnya tesis berjudul “Analisis Yuridis Putusan Arbitrase tentang Penentuan Eskalasi Harga Kontrak Yang Tidak Diatur Sebelumnya” dapat diselesaikan.

Perkembangan bisnis pemborongan rekayasa dan konstruksi yang terkait dengan kemajuan teknologi menuntut sektor hukum di bidang jasa konstruksi di Indonesia perlu mengimbangi perkembangan yang makin kompleks dan terkait dengan kecepatan penanganannya. Lingkup kerja rekayasa dan konstruksi sesungguhnya amatlah luas karena meliputi lebih dari sekedar pemakaian bahan dan peralatan, dimana hubungan manusia lewat komunikasi merupakan suatu bagian yang penting didalamnya.

Dalam kurun waktu 30 tahun lebih berkecimpung di dunia rekayasa dan konstruksi, berbagai pengalaman menunjukkan bahwa asas kehati-hatian dan kecermatan dalam menangani proyek konstruksi amatlah menentukan keberhasilan pelaksanaan suatu proyek pembangunan infrastruktur tanpa suatu akibat masalah hukum. Adanya suatu tuntutan secara hukum pada suatu kontrak jasa konstruksi sering mengharuskan adanya perbedaan pemahaman pada norma hukumnya, yaitu dalam hal kepentingan dan hal pentingnya sesuatu.

Ungkapan bahwa “Keinginan tidaklah hanya untuk diimpikan, tetapi harus diusahakan, bahkan diperjuangkan” menjadi relevan dalam proses pelaksanaan konstruksi dimana seorang insinyur perlu (bahkan harus) bekerja sama dengan ahli hukum, terutama dalam hal persiapan dokumen pelelangan maupun dokumen

kontrak. Persiapan dokumen tersebut selayaknya mendapat perhatian penuh dari orang-orang yang mempunyai kompetensi dan pengalaman luas dibidangnya. Dalam praktek, seorang senior cenderung melihat teks dalam dokumen sebagai suatu hal yang formalitas dan “membosankan”, dan karenanya dapat didelegasikan kepada sang junior. Sikap demikian tentunya tidak dianjurkan dan bahkan dapat mengakibatkan konsekuensi yang teramat mahal dikemudian hari.

Untuk itu, persiapan dokumen pelelangan hingga menjadi dokumen kontrak, termasuk korespondensinya, layak mendapat perhatian dari orang-orang yang mempunyai kompetensi dan pengalaman yang luas, sehingga berkemampuan “*read between the lines*” karena “*the devil is on the details*”.

Pada kesempatan ini, saya ingin menyampaikan rasa terima kasih kepada semua pihak yang, langsung maupun tidak langsung, telah berkontribusi untuk bahan-bahan pelajaran yang terkandung didalamnya. Tanpa bantuan mereka, tesis ini hanyalah suatu angan-angan belaka karena takkan pernah terwujud menjadi suatu kenyataan. Nama-nama berikut merupakan beberapa dari mereka yang saya ingin secara khusus disebutkan, yaitu:

Pertama-tama dari lubuk hati yang paling dalam disampaikan ucapan terima kasih kepada Bapak Dr. Ridwan Khairandy, SH, MH, selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, sekaligus selaku Pembimbing I; Ibu Hj. Hasnati SH, MH, selaku Ketua Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Lancang Kuning kerja sama dengan Universitas Islam Indonesia; serta kepada Ibu Siti Anisa SH, M.Hum. selaku Pembimbing II, yang kesemuanya telah berkenan meluangkan waktunya dan dengan penuh kesabaran

telah memberikan bimbingan, berbagi pengalaman dan pengetahuan tentang banyak ihwal.

Ucapan terima kasih dan apresiasi juga disampaikan kepada Pimpinan PT Chevron Pacific Indonesia, terutama *Human Resource Development*, yang telah memberikan kesempatan yang luas kepada penulis untuk melakukan *legal pre-research* pada bagian Legal Counsel Office PT Chevron Pacific Indonesia (dulu PT Caltex Pacific Indonesia) dibawah arahan Bapak Robinar Djajadisastra SH, LLM dan Bapak Nugroho Eko Priatmoko SH, MH. serta dengan dukungan maupun bantuan semua staff nya

Saya yakin kebijaksanaan dan dedikasi mereka yang terakumulasi dalam pengajaran mereka telah membentuk kesadaran saya, dan bahkan tersirat didalam halaman-halaman tesis ini, dan untuk hal mana saya teramat berterima kasih kepada mereka semuanya. Semoga Allah SWT membalas kebaikan mereka. Semoga pula, tesis ini dengan segala kekurangan dan kelebihanannya menjadi sesuatu yang berguna bagi insan masyarakat pembangunan.

Akhir kata, pada kesempatan ini saya juga ingin menyampaikan penghargaan kepada isteriku, Sylvia Hartono, untuk dukungannya dan kesabarannya pada banyak waktu yang dicurahkan untuk proyek ini dapat saya selesaikan.

Yogyakarta, Nopember 2007

Stanley Hariman Wibisono

HALAMAN PERSEMBAHAN

Ubi jus ibi remedium.
(Where (there is) a right, there (is) a remedy)

Professional dan Toleransi
(Don't say Yes if you want to say No)

Sapientia Et Virtus
(Kebijaksanaan dan Kebajikan)

To Junita and Ariesta
For helping me to remember the importance of listening

Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere
(Semboyan hukum adalah hidup secara jujur, tidak merugikan orang lain, dan memberikan orang lain haknya)

Keinginan tidak hanya untuk diimpikan, harus diusahakan, bahkan diperjuangkan



Asrama Mahasiswa Realino 1969 – 1972

DAFTAR ISI

Judul

Persetujuan dan Pengesahan

Abstrak

Kata Pengantar

Halaman Persembahan

Daftar Isi

BAB I PENDAHULUAN

- A. Latar Belakang
- B. Perumusan Masalah
- C. Tujuan Penelitian
- D. Telaah Pustaka
- E. Metode Penelitian
- F. Sistematika Penulisan

BAB II PENYELESAIAN SENGKETA MELALUI ARBITRASE

- A. Perselisihan dan Penyelesaian Sengketa
- B. Perjanjian Arbitrase sebagai Dasar Kompetensi Absolut Arbitrase
- C. Keunggulan dan Kelemahan Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase
- D. Antisipasi Potensi Masalah
- E. Tanggung Gugat dan Tanggung Jawab secara Profesional
- F. Keadilan menurut Pihak-Pihak yang Bersengketa

BAB III PERJANJIAN PEKERJAAN PENINGKATAN JALAN di BEKASAP UTARA

- A. Dasar Pembuatan Perjanjian/Kontrak Jasa Konstruksi
- B. Proses Terjadinya Perjanjian No. BKS/PROD/057/BKBL/AK/2000
- C. Telaah/analisis mengenai isi Perjanjian.
- D. Sengketa dalam Pelaksanaan Perjanjian
- E. Diskusi Pra-analisis

BAB IV ANALISIS YURIDIS PUTUSAN ARBITRASE TENTANG PENENTUAN ESKALASI HARGA KONTRAK YANG TIDAK DIATUR SEBELUMNYA

- A. Penerapan Hukum pada Putusan Arbitrase
- B. Penentuan Eskalasi Harga Kontrak yang tidak diatur sebelumnya

BAB V PENUTUP

- A. Kesimpulan
- B. Rekomendasi

DAFTAR PUSTAKA & LAMPIRAN

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Industri konstruksi lebih dipengaruhi oleh resiko dan ketidakpastian dibanding industri lain, karena industri konstruksi merupakan industri yang terfragmentasi. Dalam penyelenggaraan proyek konstruksi, fungsi-fungsi perencanaan, pemasangan, dan operasional dilaksanakan secara terpisah-pisah oleh berbagai pihak yang berbeda. Selain itu, berbagai faktor eksternal dan internal seperti sumber pendanaan, keahlian khusus, waktu pelaksanaan yang terbatas merupakan faktor penentu dalam penguasaan industri konstruksi. Dengan demikian, bagi mereka yang siap, industri jasa konstruksi termasuk salah satu industri yang paling dinamis, beresiko menantang tetapi sekaligus menjanjikan.¹

Dalam penyelenggaraan proyek konstruksi, adanya perbedaan pendapat yang tidak diselesaikan secara baik atau diantisipasi secara hati-hati dan cermat sejak dini oleh para pihak, akan berpeluang menjadi masalah yang dapat berujung pada terjadinya perselisihan.²

¹ Penulis berpendapat bahwa keberhasilan eksekusi suatu proyek akan ditentukan oleh adanya suatu perencanaan (*planning*) yang efektif dari sejak awalnya. Untuk itu, mereka yang terlibat dengan perancangan (*design*) hingga pelaksanaan (*execution*) konstruksi harus mempertimbangkan berbagai aspek pada keberhasilan konstruksi, seperti: kepemimpinan, pemilihan anggota tim kerja, dampak lingkungan dari adanya kegiatan, persiapan dokumen lelang, penjadwalan kerja, pendanaan, kesehatan dan keselamatan kerja (K3), ketersediaan pasokan bahan (logistik), resiko ketidaknyamanan Pengguna Jasa karena tertundanya penyelesaian konstruksi, dan lain-lain.

² http://en.wikipedia.org/wiki/Murphy's_law, 27 September 2007, 10.00 A.M. Bandingkan dengan prinsip kehati-hatian & kecermatan pada Murphy's Law: "Anything that can go wrong will go wrong".

Menurut *Mitropoulos dan Howell (2001)*,³ resiko timbulnya perselisihan terjadi karena: *Pertama*, faktor ketidak pastian dalam setiap proyek konstruksi. *Kedua*, perilaku oportunistik dari pihak yang terlibat dalam suatu proyek konstruksi. *Ketiga*, masalah yang berhubungan dengan kontrak konstruksi. Jika keadaan itu dibiarkan berlarut-larut, perselisihan memburuk menjadi sengketa atau bahkan menjadi konflik. Adanya sengketa yang tidak dapat diselesaikan membuat para pihak untuk meninjau klausul penyelesaian sengketa yang telah disepakati dalam kontrak/perjanjian mereka, termasuk adanya janji-janji yang mengawalinya.

Suatu kontrak/perjanjian harus memenuhi syarat sahnyanya perjanjian, yaitu harus ada kesepakatan, kecakapan, hal tertentu dan sebab yang halal, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Dengan terpenuhinya empat syarat sahnyanya perjanjian tersebut, suatu perjanjian menjadi sah dan mengikat secara hukum bagi para pihak yang membuatnya, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1338 ayat (1). Permasalahan hukum akan timbul jika sebelum perjanjian tersebut sah dan mengikat para pihak, yaitu dalam proses perundingan atau pra-kontraktual, salah satu pihak telah melakukan perbuatan hukum; padahal belum tercapai kesepakatan final antara mereka mengenai ketentuan kontrak bisnis yang dirundingkan.

Salah satu hal penting yang perlu diperhatikan dalam pengadaan jasa pelaksanaan konstruksi adalah “Berita Acara Penjelasan Lelang”. Dalam suatu lelang, “Berita Acara Penjelasan Lelang” tidak otomatis menjadi bagian yang tak terpisahkan dari dokumen lelang. Bila ada pasal yang diubah/baru (ditambah), hal tersebut harus

³ Mitropoulos and Howell, *Model for Understanding, Preventing, and Resolving Project Disputes*, ASCE, Journal of Construction Engineering and Management, 2001, hlm. ..

dituangkan dalam addendum dokumen lelang; bila tidak, maka yang berlaku adalah ketentuan dokumen lelang awal/asli.

Satu kasus yang menarik untuk dikaji akan dikemukakan disini, yaitu kasus PT Amarta Karya (Persero) vs PT Caltex Pacific Indonesia (Perkara BANI No. 203/XI//ARB-BANI/2004). Dalam kasus ini Majelis Arbitrase menerapkan *ketentuan kaidah hukum material* dan *bukan* berdasarkan *keadilan dan kepatutan (ex aequo et bono)* kepada forum arbitrase sebagai pemutus perkara yang bersifat *final and binding*. Kasus ini memperlihatkan sikap Arbiter atau Majelis Arbitrase terhadap cara penyelesaian sengketa atau pemecahan masalah dalam hal-hal yang tidak diatur sebelumnya pada Perjanjian/Kontrak.

Duduk perkaranya terkait Perjanjian No. BKS/PROD/057/BKBL/AK/2000) antara PT Amarta Karya (Salah satu Perusahaan BUMN yang bergerak dalam bisnis Jasa Konstruksi, sebagai Pemberi Jasa) dengan PT Caltex Pacific Indonesia (sekarang PT Chevron Pacific Indonesia, sebagai Pengguna Jasa), untuk pekerjaan *Road Improvement Bekasap North Area di Bangko – Balam (Riau)* sepanjang 100 km.

Kontrak yang ditandatangani 27 Mei 2002 ini berdasarkan *Unit Rates/Price* untuk jangka waktu tiga (3) tahun dimulai 1 November 2001 dan berakhir 1 Desember 2004 (ada perpanjangan waktu), dengan estimasi nilai kontrak sebesar Rp. 20,837,233,833.-. (setelah perpanjangan waktu menjadi Rp. 23,016,176,886.-).

Kontrak tidak memuat ketentuan eskalasi, namun atas dasar permintaan Pemberi Jasa dan mengingat pernyataan-pernyataan dalam risalah *Prebid Meeting*

dan *Kickoff Meeting*,⁴ Pengguna Jasa menyatakan akan mempertimbangkan permohonan penyesuaian harga sebagai akibat adanya kenaikan harga bahan bakar minyak (disingkat: BBM), terbatas hanya untuk komponen BBM, dengan pemahaman bahwa penggunaan BBM dalam pelaksanaan pekerjaan cukup besar yang sangat berpengaruh terhadap kelancaran pelaksanaan pekerjaan.

Merujuk ketentuan Pasal 39 - Syarat-syarat Umum Perjanjian bahwa semua ketentuan dalam kontrak tidak dapat diubah atau dicabut kecuali bila dinyatakan secara tertulis dan ditandatangani para pihak. Oleh karena itu ketentuan-ketentuan dalam Risalah *Prebid Meeting* dan Risalah *Kickoff Meeting* yang ditandatangani setelah kontrak berlaku, dan ditafsirkan oleh PT Amarta Karya sebagai dasar eskalasi atas komponen terimbas menjadi tidak berlaku.

Tanggal 12 Agustus 2002, PT Amarta Karya mengajukan proposal klaim eskalasi harga sebesar Rp. 4.85 MM (perincian: Rp. 2.60 MM untuk kenaikan BBM dan Rp. 2.25 MM untuk imbas) karena adanya kenaikan harga-harga akibat kenaikan BBM. Dalam proses negosiasi, pada 30 Juni 2003, AK merevisi klaim menjadi Rp. 3.73 MM (Rp. 2.60 MM untuk kenaikan BBM dan $\frac{1}{2}$ x Rp. 2.25 MM) dengan menurunkan klaim yaitu pembagian resiko *fifty-fifty* pada komponen yang terimbas. Tetapi PT Caltex Pacific Indonesia yang mengakui adanya eskalasi harga BBM hanya

⁴ Catatan Penulis: *Prebid meeting* atau rapat penjelasan (*aanwijzing*) dalam suatu pelelangan merupakan suatu kesempatan bagi kedua pihak untuk menjajagi persesuaian pemahaman terhadap keseluruhan materi atau substansi lingkup pekerjaan dan hal-hal yang mendasar terkait dengannya. Semua perubahan sebagai hasil proses perundingan yang disepakati dalam *Prebid meeting* harus ditindak lanjuti dengan merubah ketentuan terkait dalam dokumen lelang sebelum menjadi dokumen kontrak. Bila tidak dilakukan, perubahan, untuk praktisnya, maka Risalah nya harus disertakan sebagai bagian dari dokumen kontrak. *Kickoff Meeting* atau *PreConstruction Meeting* umumnya dilakukan setelah penandatanganan kontrak, dimaksudkan untuk segera dimulainya pekerjaan oleh kontraktor dan

menyetujui eskalasi untuk BBM saja dan tidak termasuk komponen terimbas, dengan *shared risk* antara Pemberi Jasa dan Pengguna jasa; atau Rp. 1.02 MM, yaitu $\frac{1}{2}$ x perkiraan estimasi atau faktual pemakaian BBM sebesar Rp. 2.04 MM.⁵

Dengan tidak tercapainya kesepakatan dalam proses negosiasi antara kedua belah pihak, PT Amarta Karya mengajukan "gugatan arbitrase" dalam bentuk permohonan berupa : *Pertama*, eskalasi harga BBM Rp. 4.85 MM, dan *Kedua*, bunga 1% per bulan (Rp. 0.73 MM) dengan asumsi dibayar bulan Desember 2004. Selain itu, dalam permohonan PT Amarta Karya, Majelis Arbitrase diminta memberikan putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).⁶

Berdasarkan keterangan diatas, penulis tertarik untuk melakukan kajian akademis atau menganalisa secara yuridis terhadap putusan arbitrase tentang eskalasi harga yang tidak diatur sebelumnya dalam kontrak. Hasil penelitian ini diharapkan menjadi tolok ukur dan kejelasan tentang perlunya penerapan asas kehati-hatian dan kecermatan (*prudential principles*) maupun uji tuntas (*due diligence*) dalam persiapan pembuatan kontrak konstruksi yang seyogyanya diantisipasi oleh para pihak terkait.

hanya memuat hal-hal yang berkenaan dengan pelaksanaan pekerjaan secara teknis serta koordinasi teknis lapangan.

⁵ Mengacu yurisprudensi tetap dalam hal merosotnya nilai uang rupiah, bahwa resiko harus ditanggung oleh kedua belah pihak dengan pertimbangan sama (*fifty-fifty*); (Acuan: MA-RI No. 410K/Sip/1953 dan MA-RI No. 380K/Sip/1975).

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Ex_aequo_et_bono, 27 September 2007, 10.00 AM. *Ex aequo et bono* (Latin : *according to the right and good*) or (*from equity and conscience*) merupakan suatu ketentuan seni ber hukum (*legal term of art*). Dalam konteks arbitrase, *ex aequo et bono* ialah seni yang merujuk kekuasaan arbiter untuk menyingkirkan (*dispense with*) pertimbangan hukum dan memutuskan sendiri apa yang mereka pertimbangkan sebagai "*fair and equitable*" tentang kasus yang ditangani.

B. Perumusan Masalah

Sesuai dengan judul yang penulis pilih yaitu Analisis Yuridis Putusan Arbitrase Tentang Penentuan Eskalasi Harga Kontrak Yang Tidak Diatur Sebelumnya [Studi Kasus PT AMARTA KARYA (Persero) v PT CALTEX PACIFIC INDONESIA, Perkara BANI No. 203/XI/ARB-BANI/2004], maka penulis merumuskan permasalahan-permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana Majelis Arbitrase memutus perkara jika tidak diberi wewenang untuk memutus perkara berdasar keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*)?
2. Ketentuan hukum materiil mana yang dapat dipakai Majelis Arbitrase dalam memberikan putusan perkara yang bukan atau tidak diputus secara *ex aequo et bono*?
3. Bagaimana sebaiknya pertimbangan Majelis Arbitrase menentukan eskalasi harga kontrak, yang belum diatur sebelumnya, dalam perjanjian kerja konstruksi antara PT Caltex Pacific Indonesia dengan PT Amarta Karya?

C. Tujuan dan Maksud Penelitian

Dari rumusan masalah di atas dapat diketahui bahwa penelitian ini memiliki tujuan sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui dan memahami cara-cara Majelis Arbitrase dalam memutus perkara jika tidak diberi wewenang untuk memutus perkara berdasar keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*).
2. Untuk mengetahui dan memahami Ketentuan hukum materiil mana yang dapat dipakai Majelis Arbitrase dalam memberikan putusan perkara yang bukan atau tidak diputus secara *ex aequo et bono*.
3. Untuk mengetahui pertimbangan-pertimbangan yang dipakai Majelis Arbitrase dalam menentukan eskalasi harga kontrak, yang belum diatur sebelumnya, dalam perjanjian kerja konstruksi antara PT Caltex Pacific Indonesia dengan PT Amarta Karya.

D. Telaah Pustaka

Sengketa pada proyek konstruksi terkait dengan proses pengikatan dimasa persiapan proyek yang tidak lepas dari ciri-ciri khas industri konstruksi, antara lain bahwa pengguna jasa (termasuk panitia pelelangan) sangat dominan dalam menentukan produk/hal apa yang harus dibuat dan siapa yang membuatnya. Perlu suatu sikap kehati-hatian dan kecermatan dalam penanganan suatu proyek konstruksi, agar terhindar dari adanya kesalahan. Adanya kesalahan pengguna jasa dan persaingan yang makin ketat telah menyebabkan beberapa penyedia jasa konstruksi yang jeli melihat peluang klaim yang berpotensi digarap pada waktu tender. Disini klaim diartikan sebagai peluang untuk memperoleh keuntungan.⁷

⁷ H. Nazarkhan Yasin, *Mengenal Klaim Konstruksi & Penyelesaian Sengketa Konstruksi*, ctk. Pertama, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004, hlm. 1. Pada hlm. 34., disebutkan: Pengguna Jasa

Untuk memperoleh solusi untuk penyelesaian masalah yang dihadapi dalam hal eskalasi harga yang belum diatur sebelumnya dalam suatu perjanjian, khususnya terhadap sikap Majelis Arbitrase ketika memutus perkara bila tanpa diberi wewenang untuk memutus perkara berdasar *ex aequo et bono*, alangkah baiknya dipahami terlebih dahulu berbagai teori dan pendapat baik dari pakar/ilmuwan maupun produk hukum berupa peraturan perundang-undangan yang terkait. Berikut adalah gambaran umum mengenai prinsip-prinsip dasar kontrak konstruksi dan ADR/arbitrase berdasarkan hukum Indonesia.

Pasal 1313 KUHPerdara menyebutkan bahwa Perjanjian adalah perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.⁸ Berdasar Pasal 1313 KUHPerdara, dipahami unsur-unsur perjanjian meliputi adanya suatu perbuatan, sekurangnya ada dua (2) orang pelaku, dan perbuatan tersebut melahirkan perikatan di antara para pihak yang berjanji.

Menurut Prof. Subekti bahwa perjanjian adalah sumber dari perikatan, karena yang dimaksud dengan perikatan adalah suatu hubungan hukum antara dua orang/pihak, berdasar mana pihak yang satu berhak memperoleh atau menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban memenuhi tuntutan itu. Adanya perikatan demikian dimaksudkan untuk memberikan sesuatu,

mudah memahami untuk menerima atau menolak biaya-biaya langsung dalam melaksanakan pekerjaan yang diubah. Akan tetapi, dampak biaya-biaya pada pekerjaan yang tidak diubah, tidaklah mudah untuk ditentukan atau dihitung biayanya

⁸ Lihat J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir dari Perjanjian*, Buku 1, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 10. Perbuatan itu adalah perbuatan/tindakan hukum yang mengandung pengertian berdasarkan kesepakatan untuk menimbulkan akibat hukum. Perjanjian yang menimbulkan perikatan, dimana akibat hukum itu berupa hak dan kewajiban secara timbal balik antara para pihak.

untuk melakukan/berbuat sesuatu, atau untuk tidak melakukan sesuatu. Selain perjanjian, Undang-Undang juga merupakan sumber-sumber perikatan.

Prinsip dasar hukum kontrak Indonesia mengartikan bahwa Kontrak adalah Perjanjian.⁹ Hakekat Kontrak atau Perjanjian menurut Prof. Sudikno Mertokusumo: Semua kontrak atau perjanjian mengandung persetujuan/janji, tetapi “janji” pada perikatan moral - tidak sama dengan perjanjian; kata sepakat tersebut tidak untuk menimbulkan akibat hukum. Akibat hukum itu berupa hak dan kewajiban secara timbal balik antara para pihak.¹⁰ J. Satrio menambahkan bahwa kontrak atau perjanjian lebih dari sekedar janji, karena suatu janji tidak memberikan hak kepada orang lain atas pelaksanaan janji itu.¹¹ Janji merupakan komitmen seseorang untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu sesuatu pada masa depan. Ini berbeda dengan perjanjian berbentuk kontrak atau “akad” yang bersifat timbal balik dan mengikat kedua belah pihak setelah menandatangani perjanjian tersebut. Walau demikian, menurut Budiono Kusumohamidjojo, sebenarnya harus dikatakan bahwa

⁹ Lihat Judul Bab II Buku III BW *Perikatan Yang Lahir dari Kontrak atau Perjanjian*. Namun, menurut Peter Mahmud Marzuki, perjanjian sesungguhnya mempunyai arti lebih luas daripada kontrak. Sumber: H.R. Daeng Naja, *Contract Drafting-Seri Ketrampilan Merancang Kontrak Bisnis*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 2.

¹⁰ Secara umum ada tiga (3) tahapan proses Perjanjian yang harus dilalui pada suatu proyek, yaitu:

- a. Tahap Pra Kontractual yaitu tahap peninjauan dan negosiasi antara ke-2 pihak, tawar menawar, *demand & supply*, penyesuaian pernyataan kehendak.
- b. Tahap Kontraktual yaitu tahap kesepakatan, pemenuhan syarat sahnya kontrak, pelaksanaan prestasi, berakhirnya kontrak.
- c. Tahap Pasca Kontraktual yaitu tahap garansi dimasa pemeliharaan, jaminan cacat tersembunyi dan jaminan bebas dari tuntutan pihak ke-3.

Dari tahapan perjanjian diatas, Van Dunne mengartikan perjanjian sebagai suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Teori ini tidak hanya melihat perjanjiannya semata-mata, tetapi juga perbuatan sebelumnya atau yang didahuluinya. Untuk kelengkapan pemahaman lebih lanjut tentang teori kontrak dari Van Dunne, baca: Tahapan proses kontrak menurut J.M. van Dunne sebagaimana ditulis oleh Salim H.S., *Hukum kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hal. 10.

semua pernyataan (janji) baik yang sepihak maupun yang timbal balik, pada akhirnya berakibat sebagai kontrak.¹²

Suatu Perjanjian menimbulkan banyak perikatan, yaitu adanya perikatan-perikatan lain yang dinyatakan berlaku terhadap para pihak berdasarkan hukum yang mengatur (hukum menambah - *aanvullendrecht*), yang oleh hukum dikehendaki pula oleh mereka.¹³ Hal lain, pembuatan kontrak tidak disyaratkan suatu format tertentu karena dalam undang-undang tak ada ketentuan yang secara tegas menentukan tentang format kontrak yang baik.¹⁴ Format kontrak yang baik terkait dengan adanya unsur *Essensalia*, unsur *Accidentalialia*, dan unsur *Naturalia* dalam suatu perjanjian.¹⁵ Pemahaman hukum yang menambah untuk suatu pengaturan demikian, jelas

¹¹ Pengertian kontrak atau perjanjian, selanjutnya disingkat dengan perjanjian. Walau demikian, dalam penulisan tesis ini pemakaian kata kontrak terkadang digunakan oleh penulis untuk penerapan ketentuan (*term*) yang lebih tepat.

¹² Budiono Kusumohamidjojo, *Panduan untuk merancang kontrak*, Grasindo, Jakarta, 2004, hlm 101. Contoh: Pernyataan dalam bentuk persetujuan isteri atau pelimpahan kuasa. Pernyataan adalah tindakan yang menerangkan adanya suatu kenyataan tertentu (misalnya diberikannya persetujuan), sedangkan dengan surat kuasa dilakukan pelimpahan wewenang atau hak (yang bisa mencakup kewajiban) tertentu untuk penerima kuasa. Bandingkan pula dengan pendapat Suharnoko, dalam bukunya *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Kencana Prenada Group, Jakarta, 2005, hlm. 3, sebagai berikut: Dalam *common law*, dimana hukum kontrak mengikuti ketentuan-ketentuan *common sense* dan *fairness*, berdasar doktrin *promissory estoppel* dapat dipahami bahwa suatu janji mengikat meskipun diberikan tanpa suatu *consideration*. Perlindungan hukum diberikan kepada pihak yang dirugikan karena percaya dan menaruh pengharapan (*reasonably relied*) terhadap janji-janji yang diberikan lawannya dalam tahap para kontrak (*preliminary negotiation*).

¹³ Baca J. Satrio, *op.cit.*, hlm. 14, tertulis sebagai berikut: Sebagian besar pasal-pasal hukum perjanjian dan hukum perdata umumnya merupakan ketentuan-ketentuan hukum yang menambah, yang otomatis berlaku bagi para pihak dalam perjanjian apabila mereka tidak memperjanjikan lain.

¹⁴ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak & Perancangan Kontrak*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 147

¹⁵ Tanpa unsur *essensalia* sebagai unsur pokok, perjanjian tidak mungkin ada. Unsur *aksidentalialia* diperjanjikan secara tegas dan baru akan ada kalau diperjanjikan oleh para pihak. Bila unsur *aksidentalialia* ini tidak dicantumkan oleh para pihak, pengaturannya diatur dalam UU yang disebut unsur *naturalia*. Unsur *naturalia* dianggap diam-diam ada dalam perjanjian, dalam arti bila para pihak tidak mengaturnya, pengaturannya diatur dalam UU. Format kontrak yang baik terdiri atas adanya: pihak-pihak, sedikitnya 2 orang / pihak; persetujuan antara pihak-pihak; tujuan yang akan dicapai; prestasi yang akan dilaksanakan; bentuk tertentu, lisan atau tulisan; syarat-syarat tertentu sebagai isi perjanjian. Sumber: Materi kuliah Hukum Kontrak, Program Magister Hukum, Universitas Islam Indonesia, 2006.

dianggap perlu untuk menetapkan hak dan kewajiban para pihak, disamping untuk menghindarkan sengketa yang berkepanjangan, demi terciptanya kepastian hukum.

Lebih lanjut, menurut J. Satrio, sejalan dengan asas kebebasan berkontrak, hukum perjanjian dalam hukum perdata pada dasarnya bersifat sebagai hukum yang menambah. Hal ini berarti bahwa dalam membuat suatu kontrak/perjanjian maka para pihak dapat membuat ketentuan-ketentuan yang menyimpang dari ketentuan-ketentuan UU tentang perjanjian. Hukum yang bersifat menambah akan mengisi kekosongan yang ada dalam perjanjian, kalau mengenai hal-hal tertentu tidak diberikan suatu pengaturan oleh pihak-pihak terkait.¹⁶

Selain menambahkan, menurut R. Subekti, ketentuan undang-undang mengenai hukum perjanjian dalam Buku III KUH Perdata menganut *sistem terbuka*, sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, juga memperkenankan disingkirkannya pasal-pasal hukum perjanjian bilamana dikehendaki oleh para pihak yang membuat perjanjian. Selain menganut sistem terbuka, harus dipahami pula adanya *sifat tertutup* hukum perikatan dari Buku III KUHPerdata sebagai peristiwa hukum yang hanya para pihak sajalah yang terikat pada perjanjian tersebut.¹⁷ Para pihak dibolehkan mengatur sendiri kepentingan mereka dalam perjanjian-perjanjian yang mereka

¹⁶ Dalam perkembangannya, asas hukum yang menambah ini memberi peluang untuk menciptakan adanya perjanjian-perjanjian baru yang tidak dikenal sebelumnya dalam perjanjian bernama dan perjanjian-perjanjian baru yang isinya menyimpang dari perjanjian bernama yang diatur oleh U.U.

¹⁷ Pasal 1315 yang dipertegas lagi oleh Pasal 1340 KUHPerdata, sering diartikan sebagai adanya asas kepribadian atau asas personalitas dalam hukum kontrak. Persetujuan-persetujuan itu tidak dapat membawa rugi maupun manfaat kepada pihak-pihak ketiga, selain dalam hal yang diatur dalam Pasal 1317, yang merupakan perkecualian asas kepribadian. Lihat H.R. Daeng Naja, *Contract Drafting-Seri Ketrampilan Merancang Kontrak Bisnis*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 13 - 15.

buat.¹⁸ Mereka diperkenankan membuat perjanjian mengenai apa saja, dengan siapa saja, serta memakai syarat dan bentuk yang bebas ditentukan para pihak, sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang dan hal tersebut akan mengikat pihak-pihak yang membuatnya sebagai undang-undang. Kalau mereka tidak mengatur sendiri sesuatu soal, itu berarti mereka mengenai soal tersebut akan tunduk kepada undang-undang.¹⁹

Ada empat (4) Asas Hukum yang penting dalam unsur *essensalia* perjanjian, dimana tiga asas tertulis pada Psl 1338 Ayat (1) KUHPerdara, "*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya*", sedangkan asas hukum ke-4 tertulis pada Psl 1338 Ayat (3) KUHPerdara, "*Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik*". Berikut adalah uraian keempat asas hukum penting tersebut:

1. Asas Kebebasan Berkontrak (*freedom of contract*) yang menyangkut otonomi para pihak. Kata pertama "Semua" mengartikan adanya kebebasan tentang apa saja, termasuk bagi kita sendiri. Dalam perkembangannya, asas ini mempunyai pembatasan pada Undang-Undang, campur tangan negara dan keputusan-keputusan pengadilan.
2. Asas Konsensualisme, bahwa perjanjian lahir, terjadi, timbul, berlaku sejak saat tercapainya kata sepakat diantara para pihak tanpa perlu adanya formalitas tertentu. Hal ini tergambar dari penggalan kalimat "perjanjian yang dibuat secara sah" dalam Pasal 1338 ayat (1) jo Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara. Pasal 1320 ayat (1) menyatakan bahwa kontrak/perjanjian harus dibuat berdasarkan konsensus atau sepakat dari pihak-pihak yang membuat. Kebebasan untuk menentukan isi perjanjian dibatasi oleh adanya kesepakatan dari masing-masing pihak.²⁰ Konsensualisme atau kesepakatan terdiri dari penawaran dan akseptasi (penerimaan).²¹

¹⁸ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 2004, hlm.13.

¹⁹ *Ibid*

²⁰ Penentuan lahirnya kesepakatan mempunyai arti penting, seperti: penentuan resiko, kesempatan penarikan kembali penawaran, saat mulai perhitungan waktu kadaluwarsa, menentukan saat dan tempat terjadinya perjanjian. Teori lahirnya kata sepakat berkembang dari waktu kewaktu, dimulai dari teori pernyataan, teori pengiriman, teori pengetahuan; tetapi yang diterima berlaku sekarang adalah teori penerimaan. Saat lahirnya perjanjian adalah pada saat diterimanya surat jawaban dari penerima

3. Asas Kekuatan Mengikat Perjanjian atau *Pacta Sunt Servanda* sebagaimana tergambar pada penggal kalimat “berlaku sebagai UU bagi mereka yang membuatnya”. Bila asas kekuatan mengikatnya perjanjian ini dikaitkan dengan Psl 1338 Ayat (2) “Persetujuan tersebut tak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh Undang-Undang”, terbentuk asas kepastian hukum, termasuk larangan bagi hakim untuk mencampuri isi perjanjian.²²
4. Asas Itikad Baik (*Good Faith*) merupakan norma subyektif (adanya *honesty* & niat baik dalam proses prakontrak dalam bentuk pemberian penjelasan oleh pihak 1 & penelitian oleh pihak 2) dan norma obyektif (adanya kepatutan & kerasionalan dalam pelaksanaan kontrak yang dilandasi sikap profesional, praktis, akurat, efektif dan efisien).²³

Arbitrase bukan penyelesaian sengketa alternatif melalui jalur non-hukum, tetapi penyelesaian sengketa bisnis yang sudah diatur oleh undang-undang. Artinya, Arbitrase menyelesaikan sengketa berdasar hukum.²⁴ Hukum yang harus ditaati yaitu hukum acara arbitrase dan hukum substantif. Berdasar Pasal 56 Ayat (1) UU

penawaran, tidak peduli apakah surat tersebut dibuka atau dibiarkan; yang penting sudah sampai (*communis opinio doctorum*). Lihat materi kuliah hukum kontrak, Program Magister Hukum, UII, Yogyakarta, 2006.

²¹ J. Satrio, *op. cit.*, hlm. 234.

²² Asas *rebus sic stantibus* merupakan konsep pengecualian - *excuse concepts* atau *varieties of relief* - dari suatu pemberlakuan yang kurang adil dari asas *pacta sunt servanda*; berupa *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprevisio*, *Force Majeure* dan *frustration*. Untuk kontrak konstruksi, asas ini dipakai pada situasi ekstrem, karena resiko konstruksi dapat diantisipasi lewat penentuan harga penawaran. Sumber : J. Westberg, *Contract Excuse in International Business Transaction: Awards of the Iran – US Claims Tribunal*, 4 ICSID Review 215, 1989).

²³ Lihat materi kuliah hukum kontrak, Program Magister Hukum, UII, Yogyakarta, 2006.

Perkembangan terkini dari asas itikad baik pada proses perjanjian meliputi :

- a. Asas kejujuran & niat baik pada pra-kontrak: layak & pantas (*appropriateness*).
- b. Asas kepatutan & rasonalitas pada pelaksanaan kontrak: perbuatan & prestasi (*consideration*).

Ada tiga (3) fungsi itikad baik dalam hukum kontrak, meliputi:

- a. Fungsi Baku/Mengajarkan: Semua atau seluruh kontrak harus ditafsirkan sesuai itikad baik.
- b. Fungsi Menambahkan: hakim dapat menambah isi perjanjian dan menambah kata-kata peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian itu, dan oleh hukum hal demikian dikehendaki pula oleh para pihak.
- c. Fungsi Membatasi dan Meniadakan: hakim dapat mengesampingkan isi perjanjian atau peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian karena sejak dibuatnya kontrak keadaan telah berubah, sehingga pelaksanaan kontrak menimbulkan ketidakadilan.

²⁴ Pengertian Arbitrase pada Pasal 1 angka 1 UU No. 30/1999: Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Asas *Pacta Sunt Servanda* berlaku disini.

Arbitrase, Majelis Arbitrase dapat memutus perkara berdasarkan ketentuan hukum atau berdasarkan keadilan dan kepatutan (*amicable settlement*) yang dikenal dalam istilah Latin - *ex aequo et bono*. Ketentuan hukum yang dipakai atau yang dimaksud adalah hukum yang dikehendaki oleh para pihak, dan bila ketentuan hukum tersebut tidak ada maka yang dipakai adalah hukum yang berlaku. Pengertian *ex aequo et bono* merupakan cara penyelesaian sengketa bisnis lewat *Kepatutan dan Keadilan*, bukan dengan hukum yang biasa.²⁵ Para pihak dapat meminta arbiter untuk melakukan hal demikian, jika disepakati.²⁶

Dalam banyak sengketa bisnis di Indonesia, sering terjadi adanya putusan arbitrase yang dimintakan banding oleh salah satu pihak untuk disidang, padahal di perjanjian sudah disebutkan tegas dalam perjanjian bahwa perselisihan diselesaikan dengan cara arbitrase, maka Hakim seharusnya menolak.²⁷ Pasal 1 UU Arbitrase

²⁵ Keterangan oleh penulis: Hakikat arbitrase ialah pengajuan sengketa berdasar kebebasan para pihak dimana penyelesaian sengketaanya atas dasar “kebijaksanaan” arbiter atau Majelis Arbitrase. Adanya kebebasan Majelis Arbitrase berdasarkan pemberian wewenang para pihak untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*), maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan. Walau demikian, dalam hal tertentu, hukum memaksa (*dwingende regels*) harus diterapkan dan tidak dapat disimpangi oleh Arbiter. Kewajiban mengemukakan alasan yang mendasari suatu putusan berdasarkan *ex aequo et bono* adalah mutlak. Tanpa adanya alasan itu dapat menggugurkan putusan.

²⁶ Penyelesaian sengketa dengan cara seadil-adilnya, berdasar hukum, dimungkinkan berdasarkan kewenangan yang diberikan para pihak yang bersengketa kepada Majelis Arbitrase. Penjelasan Pasal 56 Ayat (1) UU Arbitrase menjelaskan bahwa pada dasarnya para pihak dapat mengadakan perjanjian agar Majelis Arbitrase dalam memutus perkara wajib berdasarkan ketentuan hukum atau secara rasa keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*), namun dalam hal Majelis Arbitrase tidak diberi kewenangan untuk memutus perkara berdasarkan keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*) oleh salah satu pihak maka Majelis Arbitrase hanya dapat memutus berdasarkan kaidah hukum materiil.

²⁷ Dalam pasal 3 UU Arbitrase menegaskan bahwa Pengadilan tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian mengenai arbitrase; bahkan dalam pasal 1 ayat (2) disebutkan bahwa Pengadilan wajib menolak dan tidak akan campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan dalam UU Arbitrase. Campur tangan pengadilan dalam hal-hal tertentu diperkenankan bilamana tindakan tersebut untuk memperlancar proses arbitrase atau pelaksanaan putusan arbitrase, atau putusan arbitrase telah diambil berdasarkan salah satu dari hal berikut: pertama, putusan tidak sesuai perjanjian; kedua, putusan dijatuhkan berdasarkan dokumen palsu; ketiga, ditemukannya dokumen yang bersifat menentukan yang disembunyikan lawan; keempat, putusan diambil dari hasil tipu muslihat. Seharusnya hakim pengadilan baru campur tangan manakala

menyebutkan bahwa arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata diluar peradilan umum yang didasarkan perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Dahulu masih ada perdebatan karena: jika tidak ada eksepsi, maka dianggap setuju untuk bisa diteruskan.²⁸

Keutamaan Arbitrase sebagai Forum Penyelesaian Sengketa yaitu adanya hakim swasta dalam bentuk personifikasi Arbiter (tunggal) atau Majelis Arbitrase (jamak). Pemilihan Arbiter terkait dengan kualitas dan keyakinan/kepercayaan akan adanya keahlian di bidangnya & ber-Integritas; selain itu juga merupakan suatu sosok independen/otonom (*Mandiri*) & imparial (*Tak Memihak*). Keahlian dibidangnya (khusus/spesifik) menyangkut intelektualitas dan profesional yang menyangkut pengetahuan/pengalaman, daya nalar, dan kearifan. Pengertian Integritas menyangkut moralitas yang akan tercermin pada adanya putusan yang berkualitas dan progresif.

Untuk dipahami, arbitrase bukan cara penyelesaian sengketa secara yuridis formal, tetapi merupakan jalur mencari keadilan substantial yang formatnya tidak terstruktur secara formal. Arbitrase dipahami sebagai metoda kontraktual penyelesaian sengketa dimana pihak-pihak terkait membentuk suatu forum dengan

proses arbitrase telah selesai, yaitu pada eksekusi putusan arbitrase. Putusan arbitrase hanya mempunyai kekuatan eksekutorial setelah memperoleh ijin atau perintah eksekusi dari pengadilan.

²⁸ Menurut Erman Rajagukguk (Materi Kuliah *Alternatif Penyelesaian Sengketa* pada Program Magister Hukum UII, Yogyakarta, 2007), dalam sengketa yang terkait dengan adanya ketentuan arbitrase selalu saja ada salah satu pihak yang menelakung ke pengadilan negeri (litigasi), padahal sebelumnya mereka telah berjanji memilih arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa. Tergantung pada dua hal. Pertama, "itikad baik" dari para pihak yang memang sejak awal memilih arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa sebagai forum penyelesaian sengketa di antara mereka. Sesuai dengan asas *pacta sunt servanda*, seharusnya kedua belah pihak yang bersengketa dengan sukarela menghormati dan mematuhi ketentuan yang telah mereka sepakati bersama. Kedua, "keikhlasan" pengadilan untuk menyatakan dirinya tidak berwenang memeriksa dan mengadili sengketa yang muncul dari suatu perjanjian, yang didalamnya tercantum klausula arbitrase. Tujuan arbitrase sebagai alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan menjadi bermakna bila pengadilan masih bersedia

memilih sendiri hakim yang dipercayanya (arbiter), melepaskan hak untuk menyelidiki maupun menuntut, mengkesampingkan kejadian, dan membiarkan berbagai isu ditentukan oleh pertimbangan keadilan dan kesamaan derajat sehingga diperoleh keputusan. Pemahamannya adalah bahwa dalam hal arbiter diberi kebebasan untuk memberikan putusan berdasarkan *keadilan dan kepatutan*, maka peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan. Akan tetapi dalam hal tertentu, hukum memaksa (*dwingende regels*) harus diterapkan dan tidak dapat disimpangi oleh arbiter. Artinya: Walau disebut berdasar *ex aequo et bono*, arbiter/majelis arbitrase tetap tak diperkenankan mengkesampingkan aturan hukum materiil memaksa yang berlaku.

Dalam hal arbiter tidak diberi kewenangan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka arbiter hanya dapat memberi putusan berdasarkan kaidah hukum materiil sebagaimana dilakukan hakim.²⁹ Artinya: Asas *ex aequo et bono* merupakan *lex spesialis* dari kaidah hukum materiil yang berlaku sebagai *lex generalis* bagi Arbiter atau Majelis Arbitrase dalam mengambil suatu putusan. Arbiter atau Majelis Arbitrase berkewajiban untuk menilai persoalan perbedaan pendapat, perselisihan/sengketa tersebut menurut ketentuan hukum materiil semata-mata serta berdasarkan pada perjanjian diantara para pihak.

Asas-asas Umum Arbitrase sebagaimana dituangkan dalam UU Arbitrase, sebagai berikut:

memeriksa sengketa yang sejak semula disepakati oleh para pihak untuk diselesaikan melalui forum arbitrase.

²⁹ Penjelasan Pasal 56 ayat (1) UU no. 30/1999 tentang Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa

- a. Asas *Final and Binding*: Putusan arbitrase tak dapat diganggu gugat walau oleh pengadilan. Pengadilan hanya selaku eksekutor - Psl 68 ayat (1) UU Arbitrase.
- b. Asas Resiprositas: adanya ikatan hubungan timbal balik pada pengakuan putusan arbitrase antar negara, Psl 66 butir a.
- c. Asas Ketertiban Umum: Adanya putusan arbitrase yang bertentangan dengan ketertiban umum di Indonesia, permintaan eksekusinya dapat ditolak – Psl 66 butir c.
- d. Asas Kompetensi Absolut: Kewenangan terhadap penanganan sengketa yang didalamnya terdapat klausula arbitrase – Psl 3.
- e. Asas Separabilitas: Dalam suatu perjanjian, jika salah satu perikatan dalam perjanjian tersebut batal, maka pembatalan tersebut tidak mengakibatkan perikatan yang lain menjadi batal – *Severable Clause*.

Dalam ajaran filsafat tentang nilai kehidupan, ada empat (4) Nilai Kebajikan yang penting dalam kehidupan manusia yaitu Perbaikan Moral, Penegakan Hukum, Pencarian Kebenaran, dan Perolehan Keadilan. Dari keempat nilai kebajikan tersebut, menurut Plato, perolehan Keadilan merupakan nilai kebajikan yang tertinggi (*Justice is the supreme virtue which harmonize all other virtues*). Arbitrase atau Perwasitan memerlukan adanya kebijaksanaan/diskresi dan kebajikan (*Sapientia et Virtus*).

Asas Kepatutan (*vide* Psl 1339 KUHPdata) berfungsi menambah/mengisi kekosongan hukum dalam pelaksanaan kontrak; karena tanpa isian tersebut tujuan dibuatnya kontrak tak mungkin tercapai, yaitu melalui *judicial discretion* (alasan pembenaran bila ditemui keraguan kaidah – *vague norm*). Syarat-syarat *judicial discretion* adalah keadaan mendesak, ada kekosongan hukum, secara professional, akurat tetapi praktis.

Bagaimana caranya mencapai penyelesaian sengketa via arbitrase? Dalam beracara (*Proceeding*) dengan memperhatikan unsur *Honesty* dan *Fairness*; sedangkan dalam pembuktian (*Proper Evidence through Argument*) dengan

memperhatikan hubungan faktual yang *Relevant* dan *Admissible*; dan pada Putusan (*Award*) harus bersifat *Complete, Definite, Measureable (No room for future doubt or confusion on the points involved)*. Dengan demikian, Putusan Arbitrase selalu bergantung kepada kemampuan teknis Arbiter untuk memberikan keputusan yang memuaskan dan sesuai dengan rasa keadilan para pihak.

Bagaimana dengan pengertian *Judicial Discretion*? *Judicial Discretion* atau alasan pembenaran, menurut *Aaron Barak*, diartikan sebagai:³⁰

The power the law gives the judge to choose among several alternatives, each of them being lawful or to choose among a number of lawful options. Those options/alternatives are:

- a. The fact that it deems necessary for making a decision in the conflict.*
- b. The application of a given norm. Among different methods of application that the norm provides the one that it finds appropriate.*
- c. Area of discretion chooses from among the normative possibilities the option that it deems appropriate.*

Artinya:

Kewenangan hukum pada hakim untuk memilih dari beberapa pilihan, masing-masing berdasarkan hukum atau memilih diantara sejumlah pilihan hukum. Pilihan tersebut meliputi:

- a. Kenyataan keperluan pada pentingnya membuat keputusan dalam konflik.
- b. Penerapan suatu kaidah yang ada. Diantara metoda-metoda yang berbeda penerapannya terdapat kaidah beserta metode yang paling tepat diterapkan.
- c. Lingkup alasan pembenar menentukan pilihan yang dirasa pantas diantara kemungkinan-kemungkinan yang bersifat normatif.

Dengan demikian, adanya hal atau alasan pembenaran ini berarti bahwa :

The Arbitrators need not explain to the parties exactly how or why they arrived at a given determination, though they may wish to do so voluntarily at the mutual request of the several parties concerned (Clarence W. Dunham et al, Contracts, Specifications, and Law for Engineers, McGraw-Hill Book Coy, 1979 – p.519),

³⁰ Aaron Barak, *Judicial Review*, Yale University Press, 1989, p.12 – 13.

yang bila diterjemahkan secara bebas, berarti:

Majelis Arbitrase tak perlu menjelaskan para pihak – secara eksak – tentang bagaimana atau mengapa mereka tiba pada suatu kebulatan tekad, walau mereka berkemungkinan ingin melakukannya secara sukarela atas permintaan yang timbal-balik dari pihak-pihak terkait.³¹

E. Metode Penelitian

1. Obyek dan Tipe Penelitian

Obyek usulan penelitian hukum secara singkat ini adalah isu hukum pada:

- a. Perjanjian Kerja Penyediaan Jasa-jasa Konstruksi antara PT CPI dan PT AMKA, No. Kontrak: BKS/PROD/057/BKBL/AK/2000, dan
- b. Putusan Arbitrase oleh BANI, No. 203/XI/ARB-BANI/2004.
- c. Wanprestasi atau Perbuatan Melawan Hukum.

Tipe penelitian yang sesuai untuk isu hukum di atas, berlatar belakang adanya klausula arbitrase pada Kontrak/Perjanjian Kerja, dengan demikian adalah bersifat normatif – yuridis yang sering diistilahkan dengan penelitian hukum doktrinal.

Untuk mendapatkan data primer sebagai bahan pendukung, dilakukan penelitian kepustakaan dan penelitian lapangan.

2. Sumber Data

a. Data Primer

³¹ Lihat pula Ossman III, George, “*Construction Arbitration: A Survey of Arbitrator’s Award Consistency*”, an article based on a Master’s Thesis Research at Pepperdine University, Malibu, CA, USA, 2002. Berdasar survey, secara factual terdapat resiko ketidak konsistenan pada putusan arbitrase. “*Arbitrator are sometimes criticized for a tendency to favor awards that split the difference between the parties’ positions (splitting the baby) rather than deciding the disputes. Arbitration critics claim that arbitrator will split an award, offering a partial award to each party, rather than determining “true equity / justice / fair result” and making an award entirely to the arbitrator’s assessment of the entitled party*”.

Dalam penelitian ini penulis mengambil data primer yang materinya berupa putusan perkara arbitrase yang diperiksa dan diputus oleh BANI selaku arbiter yang tercatat dalam register perkara No. 203/XI/ARB-BANI/2004; Perjanjian Kerja Penyediaan Jasa-jasa Konstruksi antara PT CPI dan PT AMKA, No. Kontrak: BKS/PROD/057/BKBL/AK/2000; Kitab Undang-Undang Hukum Perdata; Undang-Undang No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Pilihan Penyelesaian Sengketa; Undang-Undang No.18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi; serta peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur permasalahan diatas.

Perolehan fakta tambahan mengenai duduk perkaranya (rumusan fakta) yang langsung diperoleh dilapangan (*field research*) dari keterangan-keterangan para pihak yang terlibat secara langsung dan dikonfirmasi dengan pihak terkait dengan cara wawancara langsung, yaitu: Pimpinan Legal Counsel Office – PT CPI, Pimpinan Pengadaan Barang dan Jasa – PT CPI; Pimpinan Proyek (Pengguna jasa / PT CPI maupun Penyedia jasa / PT Amarta Karya); dan Tim Pengawas Lapangan PT CPI.

Rumusan fakta (data primer dan fakta tambahan) tersebut dijadikan landasan untuk merumuskan isu hukum dengan pendekatan konseptual, dimana setiap isu hukum dirumuskan kembali dalam bentuk pertanyaan hukum (rumusan masalah).

b. Data sekunder.

Perolehan fakta peristiwa yang bersumber dari penelitian kepustakaan yang diperoleh lewat penelaahan literatur, peraturan perundang-undangan, serta

dokumen-dokumen, dan juga dilakukan penelitian lapangan yang terkait dengan pokok permasalahan.

Penelitian hukum pada penyelesaian sengketa jasa konstruksi ini dilakukan untuk memberikan gambaran dari obyek penelitian yang diteliti secara faktual, sehingga diperoleh kejelasan bahan hukum yang obyektif.

Dengan demikian, data sekunder merupakan sumber hukum yang diperoleh dari:

1. Bahan hukum primer (perundang-undangan dan yurisprudensi) – sumber formal, yaitu: ³²
 - a. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, khususnya Buku III tentang Perikatan (*van verbintenissen*).
 - b. Undang-Undang Republik Indonesia No.18/1999 tentang Jasa Konstruksi,
 - c. Undang-Undang Republik Indonesia No.30/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Pilihan Penyelesaian Sengketa, beserta Peraturan Prosedur BANI.
 - d. Keppres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah diubah dengan Keputusan Presiden No. 61/2004,
 - e. SK Pertamina No. 027/C0000/2000-SO tentang Pengelolaan Rantai Suplai Kontraktor Kontrak Kerja Sama.

- f. Peraturan Pemerintah No. 28/2000 tentang Usaha dan Peran Serta Jasa Konstruksi - Perubahan Ketiga - No. 28/2002,
 - g. Peraturan Pemerintah No. 29/2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi,
 - h. Peraturan Pemerintah No. 30/2000 tentang Penyelenggaraan Pembinaan Jasa Konstruksi,
 - i. Peraturan perundang-undangan yang terkait permasalahan yang dibahas dalam penelitian *Ex Post Facto*.
2. Bahan hukum sekunder – sumber materiil, yaitu:
- a. Hasil Penelitian sejenis, oleh para ahli yang berkompeten, yang secara khusus membahas liku-liku masalah tentang pembentukan dan pelaksanaan Perjanjian Konstruksi, dan
 - b. Karya-karya akademik lainnya yang diperoleh dari buku-buku literatur, makalah, jurnal, internet, majalah, koran, dan lain sebagainya yang berbobot dan terkait (relevan) dengan pokok permasalahan.
3. Bahan hukum tersier, yaitu: Bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, mencakup: Kamus Hukum (*Law Dictionary*), Kamus bahasa Inggris, Kamus bahasa Indonesia.

³² Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat mengikat, dalam penelitian ini adalah: Undang-Undang yang berkaitan LANGSUNG dengan masalah penelitian, perjanjian yang dibuat para pihak, dan putusan pengadilan atau badan arbitrase.

3. Penelitian Pustaka dan Dokumen

Sasaran dalam penelitian hukum ini ada dua hal, yaitu norm (*das sollen*) untuk penelitian kepustakaan dan perilaku (*das sein*) untuk penelitian lapangan.³³ Untuk memperoleh data yang dibutuhkan dalam penelitian ini digunakan alat dan cara sebagai berikut:

- a. Penelitian hukum doktrinal dengan studi pustaka melalui *bahan-bahan hukum primer* berupa peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi (sumber formal) serta *bahan-bahan hukum sekunder* berupa karya akademis (sumber materiil). Awalnya dipilih dan dihimpun semua peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan bidang hukum yang menjadi obyek penelitian. Dari bahan-bahan tersebut dipilih asas-asas, doktrin, dan ketentuan-ketentuan lain yang berhubungan dengan analisis yuridis putusan arbitrase tentang penentuan eskalasi harga yang tidak diatur sebelumnya. Selanjutnya, dokumen-dokumen yang berkaitan dengan kasus tersebut diteliti. Karena perkara harus diperiksa berdasarkan fakta hukum, maka fakta hukum inilah yang memberikan arah tentang ketentuan hukum mana yang akan ditegakkan. Hasil yang diperoleh kemudian disusun secara sistematis dalam sebuah kerangka (daftar isi) sehingga akan memudahkan penulisan (analisis data).
- b. Selain untuk perolehan data primer yang dibutuhkan dalam penelitian dokumen, penelitian lapangan yang bersifat *socio-legal* atau penelitian

³³ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, sebuah Pengantar*, ctk. Keempat, Liberty, Yogyakarta, hlm.16.

hukum non-doktrinal, merupakan pelengkap untuk Penelitian hukum doktrinal, dilakukan untuk mengungkapkan perilaku (aksi dan interaksi) para pihak yang secara aktual terpola. Teknik pengumpulan bahan hukum primer (*field research*) dilakukan dengan cara diskusi langsung (wawancara) dan sekaligus dengan beberapa pihak terkait di Pekanbaru. Ada kalanya observasi bisa dilangsungkan secara bersamaan wawancara via diskusi terpadu, dan ada kalanya pula dilakukan secara terpisah.

Data sekunder (berupa bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder) yang telah dipilih dalam studi kepustakaan seperti tersebut diatas, kemudian disusun secara sistematis sehingga diperoleh gambaran yang berkaitan dengan analisis yuridis putusan arbitrase tentang penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya.

Data primer yang diperoleh melalui studi lapangan tersebut digunakan untuk mendukung pemahaman studi kepustakaan, terutama yang berkaitan dengan permasalahan. Dengan dilakukannya studi lapangan ini, maka akan diperoleh gambaran yang jelas mengenai analisis yuridis putusan arbitrase tentang penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya.

Selanjutnya, hasil penelitian menyeluruh dari lapangan dan kepustakaan, diperbandingkan - disusun – dianalisis secara kualitatif menurut karakteristiknya dan kemudian dipetakan dengan asas hukum, kaidah hukum, dan ketentuan hukum yang berkaitan dengan analisis yuridis putusan arbitrase tentang penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya.

Hasil kajian akademis yang diharapkan (penelitian hukum yang menyeluruh dan lengkap) akan berbentuk kerangka pemikiran yuridis yang sesuai dengan kaidah hukum yang berlaku di dalam masyarakat Indonesia maupun masyarakat internasional.

4. Pendekatan dalam Penelitian

Agar dapat menguraikan masalah bagaimana kedudukan pihak-pihak yang terkait dengan sengketa jasa konstruksi dan peran pemerintah menurut UU No. 18/1999 tentang Jasa Konstruksi (ataupun UU No. 30/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa), maka pendekatan pokok masalahnya dilakukan dengan pendekatan undang-undang (*statute approach*) dengan mengkaji ketentuan hukum, kaidah-kaidah (*norms*) hukum hingga asas-asas ataupun nilai-nilai hukumnya; sedangkan cara kerja (*metode*) nya dilakukan secara *eksploratif – preskriptif* untuk dapat memahami masalah yang menjadi obyek (gejala, fakta dan aksioma) dalam penelitian hukum ini, yaitu melalui observasi dan komunikasi wawancara/diskusi dengan pakar-pakar hukum & ahli konstruksi.

Dengan melengkapi bahan hukum tersebut dengan hasil observasi dan komunikasi, diharapkan perolehan bahan kajian yang lebih sempurna dan hasil kajiannya dapat membuktikan konsep yang ada.

Dengan demikian, penelitian ini menggunakan dua sumber, yaitu sumber kepustakaan dengan menelusuri beberapa buku literatur dan karya akademik yang menguraikan hak dan kewajiban dalam hukum pemborongan jasa konstruksi, serta

sumber lapangan (*field research*) yang dikumpulkan lewat metoda penelitian ilmiah (*non-doktrinal*).

5. Analisis Data

Idealnya, dikaji dasar ontologis hukum (adanya faktor politik, ekonomi, sosial, budaya) mengenai jasa konstruksi yang terdapat pada Naskah Akademis sehingga diperoleh teori yang melatar belakangi lahirnya Undang-Undang Jasa Konstruksi dan Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Semua catatan teori yang meragukan tentang isi kebenarannya ditanyakan ulang kepada responden yang bersangkutan. Kemudian catatan-catatan tersebut disempurnakan kembali dalam buku catatan yang baru, berisi keterangan menurut nama responden, dan diberi judul.

Sekembali dari lapangan, diadakan pengelompokan dan klasifikasi fakta peristiwa konkret yang kemudian disusun dalam buku catatan lainnya. Selanjutnya, dilakukan analisis kualitatif dengan logika deduksi berdasar sifat/gejala/peristiwa dan ketentuan/kaidah/asas hukum yang berlaku sebagai sumber hukum primer, yang nantinya akan dikaitkan dengan pemahaman perundang-undangan hukum jasa konstruksi dan hukum arbitrase dari penelitian kepustakaan yang merupakan sumber hukum sekunder. Ada lima (5) langkah analisis dalam suatu penelitian hukum yang terkait penalaran hukum (*legal reasoning*), yaitu:³⁴

³⁴ Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 27. Argumentasi pada masalah Wanprestasi atau Perbuatan Melawan Hukum?

- a) *Expositio per modum questiones et sententia* (mengajukan pertanyaan);
- b) *Expositio litterae* (interpretasi);
- c) *Summae* (ringkasan);
- d) *Dialectica* (investigasi) dengan model dialektik & antitesis;
- e) *Divisio* (klasifikasi), *distinctio* (pembedaan), *disputatio* (debat), dan *logica nova* (new logic).

Penemuan hukum (*rechtsvinding*) sebagai proses konkretisasi pembentukan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah (*norms*) dan metode-metode tertentu (*interpretation, argumentation*, konstruksi hukum, atau penalaran/*redenering*, dan sebagainya). Penggunaan kaidah-kaidah dan metode-metode tersebut agar penerapan aturan hukumnya terhadap peristiwanya dapat dilakukan secara tepat (relevan) menurut hukum sehingga hasil yang didapat melalui proses tersebut dapat diterima dan dipertanggungjawabkan secara keilmuan hukum. Artinya, penemuan hukum merupakan proses konkretisasi peraturan (*das sollen*) ke dalam peristiwa konkret tertentu (*das sein*).³⁵

Dari analisis harus dibuktikan bahwa Risalah *prebid* dan *kickoff meeting* merupakan dokumen yang sah dan merupakan bagian yang tak dapat dipisahkan dari perjanjian, namun hanya dokumen perjanjian yang mengikat dan harus ditaati kedua pihak. Bila terbukti demikian, apa konsekuensi selanjutnya.³⁶ Walau demikian, selain

³⁵ Dalam prakteknya, banyak peristiwa yang belum diatur dalam hukum atau perundang-undangan; atau walau sudah diatur tetapi tidak lengkap dan tidak jelas. Untuk ini, peraturan yang tidak ada/jelas/lengkap harus diadakan/dijelaskan/ dilengkapi dengan jalan menemukan hukumnya agar aturan hukumnya dapat diterapkan terhadap peristiwanya. Lewat penemuan hukum diharapkan setiap putusan hakim akan mengandung aspek keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan.

³⁶ Dalam Peraturan Prosedur BANI, BabV Pasal 15 menjelaskan tentang hukum yang berlaku untuk pemeriksaan arbitrase, yaitu: Pertama, Hukum Yang Mengatur. Hukum yang mengatur materi sengketa adalah hukum yang dipilih dalam perjanjian komersial bersangkutan yang menimbulkan sengketa antara para pihak. Dalam hal oleh para pihak dalam perjanjian tidak ditetapkan tentang hukum yang mengatur, para pihak bebas memilih hukum yang berlaku berdasarkan kesepakatan

dengan hukum yang mengatur dan ketentuan-ketentuan kontrak, penyelesaian secara hukum pada sengketa ini dapat pula dilihat pada optik keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*), terutama dalam hal menentukan nilai atau besaran eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya.³⁷ Lewat berbagai pertimbangan, hal inilah yang perlu ditentukan oleh Majelis Arbitrase dalam memberikan putusannya.

Setelah diperoleh kerangka pemikiran normatif-yuridis, lewat penelusuran pasal-pasal hukum perjanjian yang merupakan bagian dari KUHPdata (BAB III tentang perikatan), perlu dipastikan apakah substansi pasal-pasal hukum penyelesaian sengketa pada Undang-Undang Jasa Konstruksi (BAB IX pasal 36 s/d 40) maupun Undang-Undang Arbitrase telah memenuhi pertimbangan Majelis Arbitrase dalam pemberian putusan; dalam hal penentuan nilai eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, apakah *sudah* atau *belum* mencerminkan “Keadilan Kommutatif” yang berkiprah pada hasil (*win-win solution*) dan “Keadilan Prosedural” pada proses (*win-lose solution*) bagi pihak-pihak yang terkait.³⁸

bersama. Dalam hal kesepakatan itu tidak ada, Majelis berhak menerapkan ketentuan-ketentuan hukum yang dianggap perlu, dengan mempertimbangkan keadaan-keadaan yang menyangkut permasalahannya; Kedua, Ketentuan-ketentuan Kontrak. Dalam menerapkan hukum yang berlaku, Majelis harus mempertimbangkan ketentuan-ketentuan dalam perjanjian serta praktek dan kebiasaan yang relevan dalam kegiatan bisnis yang bersangkutan; Ketiga, *Ex Aequo et Bono*. Majelis dapat menerapkan kewenangan yang bersifat amicable compositeur dan/atau memutuskan secara *ex aequo et bono*, apabila para pihak telah menyatakan kesepakatan mengenai hal itu.

³⁷ Bandingkan dengan Ridwan Khairandy, *Itikad baik dalam kebebasan berkontrak*, FHUI, Jakarta, 2004, hlm. 125: sebagai akibat adanya inflasi dan ketidakstabilan moneter atau ekonomi, pengadilan cenderung menggunakan pertimbangan kepatutan (itikad baik) untuk merubah isi kontrak dengan alasan telah terjadi perubahan keadaan (*Rebus sic stantibus - With matters standing thus*).

³⁸ Secara factual, walau ada negosiasi mengenai masalah eskalasi harga, akan tetapi tidak pernah ada kesepakatan yang terjadi yang dapat dituangkan dalam suatu Addendum. Hal mana berarti tidak ada perjanjian/perikatan yang sah mengikat kedua pihak. Walau demikian, bukankah risalah *prebid meeting* dan *kickoff meeting* merupakan bagian yang tak terpisahkan dari perjanjian yang diartikan sebagai suatu kebiasaan yang mempunyai kekuatan hukum dalam suatu proses perjanjian kerja konstruksi yang bersifat universal?

Keadilan kommutatif yang dimaksud harus bersifat timbal balik sebagai cerminan *asas equilibrium* atau adanya keseimbangan antara hak dan kewajiban pihak-pihak terkait. Dalam proses pencapaian keadilan tersebut, baik dalam membuat perjanjian maupun pada penyelesaian sengketa eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, suatu pendekatan konsensus atau musyawarah melalui mekanisme *win-win solution* sebagai cerminan dari *paradigma desentralisasi hukum* teramat dianjurkan. Keadilan prosedural (*procedural justice*) adalah perlakuan yang pantas (*fair treatment*) yang sering dapat diidentifikasi dengan adanya aturan prosedur atau tata cara yang menimbulkan relevansi, *unbiased*, akurat, konsisten, *reliable*, dan *valid information*. Tata cara atau aturan prosedur tersebut harus dilaksanakan secara konsisten dan diberlakukan secara *impartial* (tanpa adanya keterpihakan atau diskriminasi).

F. Sistematika Penulisan

Tesis ini disusun sedemikian berurutan agar mudah dipahami pembaca, terdiri atas lima (5) BAB dengan sistematika penulisan yang direncanakan sebagai berikut ini.

Bab I merupakan pendahuluan yang berisikan latar belakang masalah yang mengkristal dalam pengidentifikasian masalah; tujuan dan manfaat penelitian pada masalah; kerangka teoritik dan konseptual untuk tolok ukur pembahasan; metode penelitian yang dipakai, serta sistematika penulisan.

Bab II membahas secara umum tentang penyelesaian sengketa melalui arbitrase, mulai dari timbulnya perselisihan hingga pandangan keadilan menurut

pihak-pihak yang bersengketa. Disini, berbagai variabel penelitian akan dideskripsikan secara sistematis.

Bab III memaparkan tinjauan umum tentang Perjanjian Pekerjaan Peningkatan & Perawatan Jalan di Bekasap Utara, yang meliputi dasar pembuatan kontrak jasa konstruksi; pengertian dan model perjanjian jasa konstruksi; syarat-syarat sah dan daya-ikat perjanjian; penafsiran perjanjian; perubahan keadaan dan pengaruhnya terhadap perjanjian; perjanjian tersamar atau semu. Dari tinjauan umum, selanjutnya akan beralih pada proses terjadinya perjanjian, yang kemudian menelaah (menganalisis) mengenai isi perjanjian dan juga pelaksanaan perjanjian. Berbagai teori yang relevan dengan permasalahan penelitian dapat menjadi rujukan, sehingga segala sesuatu yang menjadi permasalahan dalam penelitian akan dianalisis dan diulas secara sistematis. Dalam melakukan analisis, argumentasi akan dikemukakan secara representatif dan argumentatif.

Bab IV menganalisis Putusan Arbitrase secara sistematis dengan pisau analisis hukum pada penentuan pilihan hukum yang akan dipakai maupun penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya; pertimbangan dan cara-cara Majelis Arbitrase menerapkan hukum sebelum tiba pada suatu putusan arbitrase; serta cara penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya melalui *splitting the difference* atau *splitting the baby*.

Bab V merupakan suatu penutup yang merangkum keseluruhan penulisan tesis pada bab-bab sebelumnya dalam suatu kesimpulan yang menjawab permasalahan dan sekaligus inti dari bahasan; dan diakhiri dengan saran atau rekomendasi tentang harapan yang konstruktif dan tertuju secara jelas.

BAB II

PENYELESAIAN SENGKETA MELALUI ARBITRASE

A. Perselisihan dan Penyelesaian Sengketa

Menurut salah satu survei yang pernah dilakukan di Bandung pada tahun 2006, penyebab sengketa yang sering terjadi dan dominan adalah kondisi eksternal (26,79%). Temuan ini sejalan dengan kenyataan bahwa pada tahap pelaksanaan konstruksi, kinerja kontraktor dipengaruhi oleh perubahan kondisi eksternal, seperti kebijakan pemerintah dalam ekonomi dan fiskal, serta kondisi sosial.³⁹

Perselisihan yang menjadi sengketa bisnis dapat terjadi karena adanya penafsiran atas isi suatu perjanjian. Selain masalah penafsiran, adanya suatu pernyataan tentang eskalasi harga telah merupakan suatu janji, walau kemudian secara eksplisit tidak dimasukkan kedalam perjanjian pokoknya.⁴⁰

Setiap janji mempunyai ikatan dengan kewajiban untuk memenuhi atau menepatinya. Janji adalah sebuah pernyataan, lisan ataupun tertulis, yang menyatakan suatu keinginan ataupun kesanggupan untuk melakukan sesuatu. Dengan demikian maka sebuah janji senantiasa dipandang dan disikapi dengan sikap serius oleh pihak-pihak yang terlibat didalamnya, khususnya oleh pihak yang menerima janji. Pemenuhan sebuah janji merupakan sebuah kewajiban, tetapi sekaligus juga kehormatan bagi orang atau pihak yang berjanji atau memberikan janji. Sebenarnya,

³⁹ http://ftsi.itb.ac.id/kk/manajemen_dan_rekayasa_konstruksi Soekirno, P., Wirahadikusumah, R., Abduh, M., (2007), *“Sengketa dalam Penyelenggaraan Proyek Konstruksi di Indonesia: Penyebab dan Penyelesaiannya”*, Buku Referensi, Konstruksi: Industri, Pengelolaan, dan Rekayasa, Penerbit ITB, Bandung.

⁴⁰ Menurut Pengguna Jasa, hal ini dikarenakan bahwa janji demikian harus dituntaskan dalam suatu perjanjian addendum yaitu dengan adanya Pasal 39 Syarat-syarat Umum yang berlaku sebagai

sebagaimana dijelaskan dalam keterangan-keterangan terdahulu, semua pernyataan sebagai janji pada akhirnya berakibat sebagai kontrak.

Pengguna Jasa yang diwakili seorang insinyur mempunyai wewenang dalam menyelesaikan perbedaan antara kontraktor dan pemilik. Walau demikian, wewenang ini biasanya hanya menyangkut kesalahpahaman yang timbul dalam melaksanakan suatu pekerjaan, keraguan mengenai pemilihan kualitas bahan dan mutu pelaksanaan pekerjaan serta interpretasi dan rancangan & spesifikasi. Berbagai persoalan yang menyangkut pengingkaran kontrak dan banyak argumentasi lainnya mungkin diluar maksud kewenangan secara damai si insinyur.⁴¹ Secara umum, isu kebanyakan tentang "tuntutan" atau "klaim" yang berpotensi menjadi sengketa meliputi sepuluh (10) klasifikasi dengan berbagai kemungkinan variasinya pada setiap kategori:

1. Keterlambatan kerja yang disebabkan Pemilik
2. Perubahan penjadwalan sebagaimana diminta Pemilik
3. Perubahan-perubahan yang bersifat konstruktif.
4. Kondisi lapangan yang berbeda.
5. Kondisi alam/cuaca yang tidak bersahabat yang luarbiasa.
6. Percepatan pekerjaan; penurunnya hasil kerja.
7. Penundaan/penghentian pekerjaan; pemutusan hubungan kerja.
8. Kegagalan untuk menyetujui harga perubahan kerja.
9. Konflik dalam rancangan dan spesifikasi.
10. Berbagai masalah yang tumpang tindih.

ketentuan hukum bagi para pihak. Disisi lain, Pemberi Jasa melihat adanya peluang bahwa janji tersebut akan berakhir mengikat dan membawa keuntungan baginya.

⁴¹ Clarence W. Dunham, et al, *Contracts, Specifications, and Law for Engineers*, McGraw-Hill Book Company, USA, 1979, hlm.511

Sengketa antara kontraktor dengan pemilik atau wakilnya yang tidak dapat diselesaikan secara memuaskan oleh si Insinyur seharusnya diselesaikan secara musyawarah, jika memungkinkan, tanpa penyelesaian akhir lewat tuntutan perkara.

Untuk penyelesaian sengketa, dianjurkan untuk secara dini memasukkan persetujuan mengenai tata-cara penyelesaian yang akan ditempuh jika hal itu terjadi. Semua hal mengenai tata cara dan penjabarannya agar merupakan bagian dari dokumen kontrak.

Dalam penjelasan pasal 3 ayat 1 UU No. 14/1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa penyelesaian perkara diluar pengadilan atas dasar perdamaian atau melalui arbitrase tetap dibolehkan. Pemanfaatan keberadaan lembaga arbitrase (BANI, Arbitrase Adhoc) digunakan bila jenis penyelesaian sengketa secara negosiasi yang telah ditempuh sebelumnya tidak dapat menghasilkan keputusan yang dapat memuaskan semua pihak.

Pasal 3 Undang-Undang No.30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menegaskan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian mengenai arbitrase; bahkan dalam pasal 1 ayat 2 disebutkan bahwa Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan dalam Undang-Undang tersebut.

Campur tangan pengadilan dalam hal-hal tertentu tersebut diperkenankan bilamana tindakan tersebut untuk memperlancar proses arbitrase, atau pelaksanaan putusan arbitrase, atau putusan arbitrase telah diambil berdasarkan salah satu dari hal berikut:

1. Putusan tidak sesuai perjanjian.
2. Putusan dijatuhkan berdasarkan dokumen palsu.
3. Diketemukan dokumen yang bersifat menentukan yang disembunyikan pihak lawan.
4. Putusan diambil dari hasil tipu muslihat.

Dengan demikian, putusan arbitrase hanya mempunyai kekuatan eksekutorial setelah memperoleh ijin atau perintah eksekusi dari pengadilan.

Bilamana memungkinkan, pemilihan pasal-pasal kontrak yang pantas akan membantu meletakkan resiko-resiko kepada pihak yang mempunyai kemampuan mempengaruhi suatu hasil yang diharapkan. Keadilan dalam meletakkan resiko merupakan satu langkah utama Pemilik untuk mendapatkan kelancaran proyek konstruksi dan akan menghindarkan biaya dan waktu yang diperlukan untuk proses arbitase ataupun litigasi.

Perletakan resiko sepantasnya dibahas pada kesempatan prebid meeting yang sesungguhnya merupakan perwujudan asas kesetaraan dan asas keseimbangan untuk meningkatkan keberadaan dokumen lelang (kontrak adhesif/baku) menjadi suatu kesepakatan bersama yang merupakan wujud asas konsensualitas.

Perubahan-perubahan yang terjadi baik oleh Pemberi Tugas (Peguna Jasa dan/atau Konsultan), atau Kontraktor, atau pihak luar lainnya selama masa konstruksi yang umumnya amat ketat merupakan sebab utama untuk berbagai ketidak puasan dan sengketa. Tuntutan/klaim akan timbul bilamana pihak-pihak yang berkontrak – karena adanya suatu alasan - tidak dapat menyetujui permintaan perubahan-perubahan untuk mengubah sesuatu, dan berkemungkinan akan berakhir dengan suatu perselisihan atau sengketa.

Tuntutan umumnya meliputi hal yang menyangkut dengan: Perubahan dan tambahan Rancangan/Spesifikasi, Berubahnya (ketidak sesuaian) kondisi lapangan, Tuntutan/claim yang tidak ditanggapi (berlarut-larut), Percepatan proyek yang diperlukan untuk mengejar keterlambatan beserta semua akibat yang ditimbulkannya.

Penyelesaian sengketa (*dispute resolution*) menurut kondisi kontraknya dapat diklasifikasikan menjadi:

- a. Tidak terikat secara kontrak, dimana perselisihan diharapkan dapat diselesaikan dengan Diskusi Sejati/ikhlas (*genuine discussion*) dimana pihak terkait bernegosiasi atas dasar tidak saling merugikan, dan bila langkah ini tidak berhasil baru melangkah pada langkah berikut yaitu penyelesaian sengketa cara alternatif (*Alternative Dispute Resolution*).
- b. Terikat secara kontrak, dimana perselisihan diharapkan dapat diselesaikan dengan Alternative Dispute Resolution (ADR), atau secara Adjudication (Arbitrase ataupun Litigasi).

Alternatif Penyelesaian Sengketa (*Alternative Dispute Resolution*) merupakan **Non-Adjudicatory Procedures** yang mengkedepankan keadilan komutatif atau *win-win solution*⁴² lewat proses musyawarah mufakat merupakan penyelesaian sengketa secara damai dan dapat dilaksanakan dengan cara-cara berikut:

1. **Negosiasi** (*tanpa atau dengan Expert Appraisal*):⁴³ Negosiasi dilakukan secara langsung diantara kedua belah pihak yang bersengketa. Terkadang diperlukan

⁴² Walaupun kata-kata win-win solution senantiasa didengungkan, namun tetap saja, posisi kedua belah pihak sebagai negotiator adalah bersebrangan.

⁴³ Menurut James C. Freund, *Smart Negotiating – How to make Good Deals in the Real World*, Simon & Schuster Ltd, London, 1992, p. 33 – 39, ada beberapa faktor penentu keberhasilan negosiasi yang perlu dipelajari oleh para profesional yaitu:

- a. **INFORMATION:** Informasi adalah amunisi. Semua informasi mencakup detil yang tak terbatas tentang lawan maupun diri sendiri. Semakin *well informed* seorang negotiator, semakin banyak amunisinya. Misalnya, informasi tentang kebiasaan pemberlakuan dan rumusan-rumusan eskalasi dan alternatifnya pada proyek sejenis akan amat membantu.

pihak ketiga sebagai ahli yang independent dalam menilai permasalahan. Hasil penilaiannya pihak ketiga akan dijadikan dasar negosiasi kedua belah pihak yang bersengketa dalam menyelesaikan perselisihan.

2. **Mediation:** Pihak terkait akan didampingi masing-masing akhlinya dan masuk dalam proses negosiasi yang melibatkan masing-masing Mediator selaku katalisator dalam menyelesaikan sengketa. Semua keraguan yang dipertentangkan akan dibeberkan dan dicarikan jalan keluarnya.

Catatan:

Pada beberapa kasus, kombinasi antara expert appraisal dan mediation sangat effective dilakukan untuk penyelesaian sengketa. Mediator akan membantu mencari sumber permasalahan dan seorang Ahli Penilaian memberikan pendapatnya dan merekomendasikan jalan keluar yang dianggap terbaik.

3. **Konsiliasi** atau *Mini Trial*: langkah yang populer dengan sebutan konsiliasi ini menunjukkan adanya semangat kebersamaan untuk suatu penyelesaian sengketa. Langkah ini merupakan kelanjutan dari proses mediation bila belum diperoleh kesepakatan dengan memasukkan Neutral Advisor (Konsiliator) yang mungkin akan dapat menyelesaikan sengketa secara memuaskan bagi kedua belah pihak. Masing-masing pihak diwakili ahlinya masing-masing akan membuat presentasi. Ahli tersebut, dengan kemampuan negosiasi dan membuat keputusan, merupakan pihak lain diluar ahlinya masing-masing yang bersengketa. Seorang *Neutral*

-
- b. **LEVERAGE:** Perbanyak aspek daya ungkit yang berkemungkinan dapat dinegosiasikan. Bila Cuma berniat maju mundur di eskalasi harga saja maka terkesan seolah-olah berperang hanya dengan satu (1) senjata saja. Adanya beberapa aspek inilah yang pada akhirnya dapat menciptakan suasana bahwa setiap pihak merasakan situasi *win-win*.
 - c. **CREDIBILITY:** Tingkatkan peran sutradara atau kepemimpinan (*leadership*) untuk menciptakan suasana yang kondusif bagi kedua pihak. Suasana berpengaruh terhadap pengambilan keputusan, sehingga seorang sutradara yang sadar ingin menguasai situasi akan bertanggung jawab menciptakan suasana demikian. Alhasil, irama negosiasi dapat diatur sambil membaca situasi lebih baik.
 - d. **JUDGEMENT:** Untuk membuat keputusan pada setiap langkah perlu komunikasi yang tegas tetapi jelas (tidak ambigu). Pendekatannya personal tetapi *don't take it personally*. Dengan pendekatan personal untuk masuk dan memperoleh informasi lebih dalam, lewat pesan yang bersahabat. Hindarkan kesan "Saya paling tahu". Kata-kata penekanan lawan harus dihadapi secara "cool" dan cermat (*smart*), bukan dengan marah atau bingung.

Advisor atau *Konsiliator* yang disetujui masing-masing pihak akan ditunjuk secara aklamasi untuk melaksanakan proses negosiasi.

4. **Disputes Review Board (DRB):** Mirip proses arbitrase, tetapi dilakukan secara internal diantara pihak-pihak yang bersengketa. Kehadiran DRB pada proyek-proyek yang kompleks teramat membantu dalam menyelesaikan sengketa/perselisihan dalam masa berlangsungnya proyek telah terbukti. DRB umumnya terdiri dari 3 anggota, seorang pertama dipilih oleh pemilik, seorang kedua dipilih oleh Kontraktor, dan yang ketiga ditentukan oleh kedua anggota tadi secara mufakat (Yang ketiga ini akan bertindak sebagai ketua DRB). Pertemuan DRB dilaksanakan setelah fakta-fakta telah cukup tersedia dan dihadiri pimpinan senior dari masing-masing pihak terkait yang telah mengambil alih permasalahan, dimana keterlibatannya secara tak langsung diharapkan akan menyelesaikan sengketa. Pemilik dan Kontraktor mempresentasikan kasus secara silih berganti dan masing-masing anggota DRB mengajukan pertanyaan. Kemudian, DRB secara internal mengadakan pertemuan secara tertutup dan berdasarkan informasi yang diperoleh akan mengajukan rekomendasi untuk penyelesaian kepada Kontraktor dan Pemilik. Diterima atau tidaknya rekomendasi demikian bukan suatu hal yang bersifat mandatory/keharusan.

Penyelesaian sengketa secara *Adjudication* atau *Adjudicatory Procedures* (*win-lose solution* atau keadilan distributif) akan dijelaskan sebagai berikut:

Penyelesaian sengketa lewat Contract Adjudicator dilakukan bila sengketa yang terjadi disebabkan oleh beda kepentingan (*conflict of interest*) dimana keputusan atas perbedaan pendapat yang diputuskan oleh Insinyur dalam sengketa pertama dianggap belum memuaskan. Hal ini sering terjadi pada kontrak tradisional dimana insinyur sebagai Contract Adjudicator yang berfungsi ganda, yaitu disamping mewakili pemilik iapun berlaku sebagai juri. Arbitrase merupakan pilihan awal dari

Contract Adjudication bila belum ditemukan kesepakatan dari langkah ke-3 atau ke-4. Kegagalan persetujuan proses arbitrase akan menyebabkan pilihan selanjutnya dari proses penyelesaian sengketa melalui litigasi lewat peradilan.

Berikut penjelasan singkat dan pemahaman dari masing-masing ketentuannya:

1. **Arbitrase:**

Penyelesaian secara *Adjudication* lewat Arbitrase merupakan cara terakhir dalam menyelesaikan perselisihan diluar proses pengadilan. Arbitrase merupakan sistem pengadilan swasta dalam perkara secara perdata yang berarti para pihaklah, dan bukan Negara, yang mengawasi kewenangan dan kewajiban para pihak. Dengan demikian, Arbitrase adalah metoda kontraktual untuk penyelesaian sengketa dimana pihak-pihak terkait menciptakan suatu forum, memilih sendiri hakim-hakim swasta yang dirasa berkualitas, melepaskan hak untuk menyelidiki maupun menuntut, mengenyampingkan kejadian, dan membiarkan berbagai isu ditentukan oleh pertimbangan keadilan dan kesamaan derajat sehingga diperoleh keputusan lewat hakim-hakim yang mereka pilih (arbiter).

Keputusan oleh badan ini bersifat final & binding, mengakhiri persengketaan para pihak dan mengikat para pihak berdasarkan persetujuan para pihak. Persetujuan dimaksud untuk menyerahkan sengketanya kepada arbitrase bahwa mereka akan menerima dan secara sukarela memberikan kekuatan kepada keputusan arbitrase tersebut. Pada pokoknya, proses berperkara melalui badan arbitrase maka putusannya terlepas dan bebas dari campur tangan negara, walau tidak mutlak.⁴⁴

Keputusan arbitrase dalam bentuk putusan tidak langsung dapat dieksekusi tetapi harus lewat Pengadilan terlebih dulu. Pemilihan dilakukannya proses Arbitrase

⁴⁴ Ketentuan tentang keabsahan arbitrase ini dimuat melalui KUH Perdata Bab ke – 18 melalui pasal 1851 – 1864. Syarat-syarat bagi para pihak untuk mengadakan perjanjian arbitrase tunduk pada peraturan yang sama seperti untuk menyelenggarakan perjanjian pada umumnya (Sudargo Gautama, 1979, hlm. 132 – 133). Ketentuan alasan pembatalan suatu putusan arbitrase diatur dalam pasal 70 UU No. 30/1999 tentang Arbitrase, yaitu apabila putusan diduga mengandung unsur-unsur berikut: Pertama, surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu; Kedua, setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau Ketiga, putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa”.

dibanding proses Litigasi, antara lain karena secara umum proses akan lebih cepat, biaya lebih murah. Arbitrator selalu dipilih berdasar keahliannya, dilakukan secara tertutup/kekeluargaan; sedang litigasi dilakukan secara terbuka yang berkemungkinan dapat merusak citra perusahaan, musyawarah dan pola pikir yang nalar merupakan dasar dari cara penyelesaian.⁴⁵ Peran konsultan hukum yang profesional, dengan kemampuannya sebagai hired gun untuk membuat penyelesaian-penyelesaian yang kreatif dari kasus ke kasus, diramalkan akan menggeser dan mengungguli peran para legislator dan para hakim yang berkhidmat dalam sistem hukum nasional suatu negeri tertentu (yang karena itu acapkali terbukti kurang dapat membebaskan diri dari kepentingan politikk para pejabat yang duduk dalam jajaran eksekutif).⁴⁶ Di Indonesia sejak 3 Desember 1977 telah dibentuk BANI (Badan Arbitase Nasional Indonesia) dimana pengurusnya dilantik oleh KADIN (Kamar Dagang Indonesia) untuk suatu periode.

Adanya klausul arbitrase dalam perjanjian berkaitan dengan penyelesaian sengketa karena adanya perbedaan penafsiran, maka para pihak dapat meminta pendapat lembaga arbitrase dimana pendapat tersebut bersifat mengikat dan tidak dapat dilakukan upaya hukum apapun (*final and binding opinion*). Dalam sistem peradilan di Indonesia, kedudukan arbitrase adalah extra judicial atau quasi judicial, sedangkan pengadilan negeri (*state court*) berperan sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman (*judicial power*).⁴⁷

2. Litigasi :

Alternatif Penyelesaian lewat jalur hukum atau Litigasi untuk menentukan pihak mana yang salah dan yang benar, dan merupakan cara penyelesaian sengketa lewat proses pengadilan. Hal ini biasanya merupakan pilihan terakhir apabila perselisihan tak dapat diselesaikan dengan cara lain. Kegagalan berbagai pihak

⁴⁵ Erman Rajagukguk, *Penyelesaian Sengketa Alternatif, Negosiasi-Mediasi-Konsiliasi-Arbitrase*, materi kuliah Magister Hukum UII, Yogyakarta, 2007, hlm.1

⁴⁶ Soetandyo Wignyosoebroto, *Hukum – Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, dalam rangka peringatan 70 tahun Prof. Soetandyo Wignyosoebroto, ELSAM, Jakarta, 2002, hlm. 300.

⁴⁷ Eman Suparman, *Pilihan Forum Arbitrase dalam Sengketa Komersial untuk Penegakan Keadilan*, Tatanusa, Jakarta, 2004, hlm. 179.

didalam mencari suatu penyelesaian mengenai perselisihan dapat disebabkan oleh hal berikut:

- (1) Penjelasan dan Keterangan yang kabur dan tidak meyakinkan mengenai pokok persoalan oleh saksi ahli sehingga para pihak yang bersengketa tidak melihat suatu kemungkinan penyelesaian.
- (2) Kesimpulan dan Rekomendasi yang hanya bersifat teoritis dari suatu permasalahan teknis tanpa memberikan gambaran menyeluruh yang mencapai suatu kesimpulan yang jelas.

Kelebihan proses litigasi adalah sifat pemaksaan yang kuat seperti peletakan sita jaminan dan setelah final dapat langsung dieksekusi. Untuk diketahui, proses pemeriksaan dipengadilan sering berlarut-larut dan seringkali hakim pengadilan lebih melihat permasalahan dari kacamata yuridis dari pada segi teknis konstruksinya. Persiapan maupun proses peradilan hingga mencapai suatu keputusan bisa makan waktu bertahun-tahun (5 tahun atau lebih) dan biayanya amat mahal karena menyangkut biaya Pengacara dan biaya-biaya lainnya sesuai perjalanan waktu. Dalam hal transaksi internasional, terutama bila berhadapan dengan para pengusaha negara2 barat yang mempunyai tradisi yang kuat terhadap hukum (Eropa, Amerika dan Australia); adanya perdebatan dan argumentasi harus selalu didasari asas-asas hukum internasional.

Tabel 1. Perbandingan antara kerangka penyelesaian konstruksi secara umum dengan kerangka penyelesaian sengketa di Indonesia

No	Umum		UUK 18/1999 dan PP29/2000			
	Metoda Penyelesaian Sengketa	Keterangan	Metoda Penyelesaian Sengketa	Keterangan	Kelembagaan/Perorangan/Sertifikasi	
1	Litigasi	Court (Negara)	Amat formal, terikat hukum acara; proses terbuka	Pengadilan (Pidana dan Perdata)	Waktu lama, biaya tinggi, diketahui publik, win-lose	PN, PT, MA
2	Arbitrasi	Alternative Dispute Resolution (Swasta)	Agak formal; proses tertutup	Arbitrase (Perdata)	Bersifat final dan mengikat, sesuai UU 30/1999 tentang arbitrase dan	Lembaga Arbitrase (BANI), atau Arbitrase Ad Hoc

					alternatif penyelesaian sengketa	
3	Minitral	Internal	Tidak formal	Konsiliasi (Perdata)	Kesepakatan bersifat final dan mengikat (Ps 52 PP29/2000)	Konsiliator menyusun dan merumuskan upaya penyelesaian untuk ditawarkan kepada para pihak, memiliki sertifikat keahlian, dapat dibantu penilaian ahli
4	Mediasi	Internal, dengan pihak ketiga	Tidak formal	Mediasi (Perdata)	Kesepakatan bersifat final dan mengikat (Ps 52 PP29/2000)	Mediator sbg fasilitator (hanya membimbing, mengatur pertemuan dan mencapai suatu kesepakatan), memiliki sertifikat keahlian, dapat dibantu penilai ahli
5	Partnering	Internal	Para pihak berada dalam satu tim	--	--	--
6	Dispute Review Board	Internal	Dibentuk pada awal konstruksi. Masalah dapat diselesaikan sejak awal	--	--	--
7	Negosiasi	Internal, tanpa pihak ketiga	Pada awal mula terjadi perselisihan, secara langsung antar kedua belah pihak, asas musyawarah dan mufakat	--	--	--

Kembali pada permasalahan tesis tentang bagaimana perselisihan ini terjadi. Berdasar pasal 39 Syarat-syarat Umum Perjanjian, Termohon mengartikan surat-surat tentang eskalasi harga hanya dapat diterima sebagai permohonan untuk suatu pertimbangan. Ada beda persepsi antara Pemohon dan Termohon mengenai isi pokoknya yang terkait dengan pelaksanaan perjanjian kemudian.

Pemohon mengajukan eskalasi harga yang dalam surat pertama diajukan sebagai permintaan dan sama sekali bukan merupakan permohonan untuk mempertimbangkan pemberian eskalasi harga karena eskalasi harga telah disepakati sejak awal. Karena tidak ditanggapi oleh Termohon, maka surat kedua baru diajukan sebagai permohonan untuk membahas eskalasi harga.

Setelah lebih dari tujuh (7) bulan tanpa suatu tanggapan, akhirnya Termohon mau mempertimbangkan eskalasi harga kontrak karena kenaikan BBM, walau secara prinsip penyesuaian harga demikian tak dapat dikabulkan. Alasannya, karena hal itu tidak dimungkinkan dalam kontrak.

Tanggapan demikian memicu tanda tanya pada Pemberi Jasa. Proses negosiasi dengan sikap saling bertentangan antara kedua belah pihak yang dilakukan kemudian tidak menghasilkan penyelesaian sengketa yang diharapkan. Merasa permintaannya tidak ditanggapi dengan baik, Pemberi Jasa akhirnya mengajukan permohonan arbitrase sesuai pasal 33 Syarat-syarat Umum Perjanjian. Sebagai Pemohon, PT Amarta Karya (Persero) diwakili kuasa hukumnya Yusarman SH, MH yang kemudian mempercayakan kepada Ir. H. Nazarkhan Yasin selaku Pengacara dan/atau Konsultan Hukum pada kantor Hukum Yusarman & Partners berdasar Surat Kuasa Substitusi. Bertindak sebagai Arbiter pilihan Pemohon adalah Ir. H.R. Sidjabat FCBArb.

Merespon tindakan PT Amarta Karya, PT CPI menunjuk Luhut Marihot Parulian Pangaribuan Advocates & Counselor at Law (LMPP) selaku kuasa hukum PT CPI dan Frans H. Winarta SH, MH selaku Arbiter pilihan Termohon.

Bertindak sebagai Ketua Majelis Arbitrase adalah mantan Hakim Agung RI yaitu H. Benjamin Mangkoedilaga SH, FCBArb; sedangkan Ir. H.R. Sidjabat FCBArb dan Frans Hendra Winarta SH, MH masing-masing sebagai Anggota Majelis Arbitrase. Setelah mengupayakan perdamaian agar para pihak dapat bernegosiasi langsung dan ternyata tidak berhasil, akhirnya para pihak setuju sengketa mereka diperiksa dan diputus berdasarkan arbitrase.

Dipahami bahwa berbagai pertimbangan dikaitkan dengan teori perjanjian van Dunne mengenai hubungan para pihak yang tidak hanya melihat perjanjian semata-mata, tetapi juga perbuatan sebelumnya pada tahapan prakontraktual (penawaran dan penerimaan), tahapan kontraktual (persesuaian pernyataan kehendak), dan tahapan post kontraktual (pelaksanaan perjanjian).

B. Perjanjian Arbitrase sebagai Dasar Kompetensi Absolut Arbitrase

Pengertian arbitrase menurut UU No.30 Tahun 1999, pasal 1 ayat (1), adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Artinya, arbitrase merupakan suatu bentuk perjanjian yang melahirkan perikatan di dalam hukum, yang terkait dengan proses penyelesaian sengketa dari *suatu perjanjian lain*, atau perjanjian yang menyertakan klausula arbitrase, untuk secara bersama-sama menyerahkan persoalan, perselisihan atau sengketa yang terjadi diantara mereka kepada satu orang atau beberapa orang ahli yang telah disepakati secara bersama-sama untuk memberikan keputusan yang bersifat final dan mengikat (*final and binding*) kepada mereka untuk ditaati dan dilaksanakan.

Kompetensi absolut arbitrase dalam penyelesaian suatu perkara tergantung pada dua bentuk perjanjian arbitrase yang dibuat oleh para pihak, yaitu *pactum de compromitendo & acte van compromis*.

Pactum de compromitendo merupakan bagian dari suatu perjanjian tertentu yang disebut dengan klausula arbitrase, dimana saat para pihak mengikatkan diri dan menyetujui klausula arbitrase belum ada perselisihan atau sengketa. *Acte van compromis* atau akta kompromis dibuat kemudian setelah timbul perselisihan.

Dalam konteks permasalahan dalam tesis ini, menjadi pertanyaan apakah permasalahan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya merupakan suatu masalah dalam konteks perjanjian ataukah diluarnya.⁴⁸ Artinya, apakah asal dalam perjanjian terdapat klausula arbitrase, dengan sendirinya lahir kewenangan absolut arbitrase untuk menyelesaikan segala sengketa yang timbul dari perjanjian, tanpa memperdulikan jangkauan atau ruang lingkup yang disebut dalam rumusan klausula arbitrase?⁴⁹

Secara tegas, dapat dikatakan bahwa lahirnya kewenangan absolut arbitrase dapat dijelaskan berdasarkan keempat asas hukum yang penting (asas kebebasan

⁴⁸ Sengketa atau permasalahannya adalah eskalasi harga yang tidak diatur sebelumnya dalam perjanjian. Pasal 33 – Perwasitan/Arbitrase dari Syarat-syarat Umum Perjanjian menyebutkan bahwa “**Setiap** sengketa, perbedaan pendapat ataupun tuntutan yang timbul **dari atau sehubungan dengan Perjanjian ini**, yang tidak dapat diselesaikan secara damai, harus diselesaikan pada tingkat akhir oleh peradilan wasit di Jakarta Pusat, Indonesia, menurut peraturan prosedur arbitrase pada BANI, kecuali hal-hal yang secara khusus diatur dalam pasal ini.” Catatan: Huruf tebal dan miring (koersif) oleh penulis. Hal-hal yang secara khusus diatur dalam pasal ini terkait pelepasan ketentuan-ketentuan pasal 15 dan 108 UU No. 1/1950, Pasal 641 dan 650 Rv.

⁴⁹ Ketentuan standard dari klausul arbitrase tentunya dapat dimodifikasi sesuai keinginan para pihak, terutama terkait dengan hal-hal berikut (Komar Kantaatmadja. 1989: 5): Pertama, pemilihan pakar pada panel arbiter; Kedua, pembatasan atau perluasan lingkup sengketa yang dapat dicakup; Ketiga, ketentuan-ketentuan khusus tentang pembayaran; Keempat, pemberian kewenangan khusus bagi para arbiter dalam bentuk *provisional remedies*, *specific performance*, atau *right to consult*

berkontrak, konsensualisme, pacta sunt servanda, itikad baik). Kemutlakan keterikatan pada suatu perjanjian dengan begitu berlaku pula pada perjanjian arbitrase, sehingga menimbulkan kewenangan absolut badan arbitrase untuk menyelesaikan persengketaan yang timbul dari perjanjian. Dengan demikian, setiap perjanjian yang mengandung klausula arbitrase dengan sendirinya terkait kompetensi absolut badan arbitrase untuk menyelesaikan perselisihan yang timbul dari perjanjian pokoknya.

Selain itu, pengaturan secara tegas, jelas, dan kuat berkaitan dengan kompetensi absolut arbitrase dapat dilihat dalam UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Walau awalnya tersendat-sendat, berdasar undang-undang ini arbitrase di Indonesia memiliki kedudukan dan kewenangan yang semakin mantap. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 3 dan Pasal 11 UU No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Dalam Pasal 3 UU No.30 Tahun 1999 dinyatakan bahwa Pengadilan Negeri tidak berhak untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Selanjutnya, dalam Pasal 11 ayat (1) UU No.30 Tahun 1999 ditentukan adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri. Dalam Pasal 11 ayat (2) UU No.30 Tahun 1999 dinyatakan bahwa Pengadilan Negeri wajib menolak atau tidak akan campur tangan

witness; Kelima, ketentuan-ketentuan bahasa yang dipergunakan atau tempat penyelenggaraan arbitrase. Keenam, ketentuan-ketentuan tentang jangka waktu berlangsungnya arbitrase.

di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini.

Dengan demikian, pengadilan tidak berwenang untuk mencampuri suatu sengketa bilamana dicantumkan sebuah klausula arbitrase dalam suatu kontrak. Tujuan arbitrase sebagai alternatif bagi penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan menjadi sia-sia manakala pengadilan masih bersedia memeriksa sengketa yang sejak semula disepakati untuk diselesaikan melalui arbitrase.

Adanya ketentuan Pasal 3 UU No.30 Tahun 1999, maka bilamana salah satu pihak telah terlanjur menyerahkan sengketa ke pengadilan, maka Pengadilan Negeri berdasarkan permohonan pihak lain harus menolaknya. Priyatna Abdurrasyid selaku Ketua BANI berpendapat bahwa penyelesaian sengketa sendiri dapat dimulai setiap saat, mulai dari saat sengketa itu timbul sampai pada saat sebelum arbiter memberikan putusannya. Berdasar ketentuan pasal itu, kompetensi absolut arbitrase lahir ketika para pihak membuat perjanjian dengan tegas bahwa mereka akan menyelesaikan perselisihan mereka melalui forum arbitrase. Artinya, kecuali bila para pihak sepakat untuk menyelesaikan melalui litigasi, pengadilan tidak memiliki wewenang untuk mengadili sengketa tersebut.

Arbitrase sebagai lembaga pengadilan swasta yang independen (terpisah dari pengadilan) sepatutnya dihormati oleh pengadilan lewat penegasan adanya larangan campur tangan pengadilan negara pada suatu perkara yang diperjanjikan penyelesaiannya lewat arbitrase. Sebagai suatu lembaga independen yang terpisah dari peradilan, ada kaitan erat di antara keduanya. Lembaga arbitrase membutuhkan dan tergantung pada pengadilan, terutama dalam pelaksanaan putusan arbitrase.

C. Keunggulan dan Kelemahan Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase

Adanya cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase, diharapkan dapat menjadi payung hukum bagi investor asing dalam penyelesaian sengketa. Investor asing tidak perlu lagi menyelesaikan sengketanya melalui peradilan umum yang memerlukan waktu yang panjang, prosedural administratif yang bertele-tele, biaya tinggi, dan lain-lain.

Dalam penjelasan umum UU Arbitrase juga disebutkan bahwa pada umumnya lembaga Arbitrase mempunyai kelebihan atau keunggulan dibandingkan dengan lembaga peradilan. Keunggulan dari penyelesaian sengketa nasional ataupun internasional melalui arbitrase, antara lain:⁵⁰

1. Netralitas dari Dewan atau Majelis Arbitrase yang dipilih oleh para pihak. Artinya, tidak mempunyai *national character*.
2. Pelaksanaan putusan arbitrase mungkin lebih bernilai tinggi bagi pihak yang dimenangkan daripada putusan pengadilan, karena cenderung siap untuk dilaksanakan berdasarkan *1958 United Nation - New York Convention*.
3. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase bersifat rahasia (*confidential*) dan tidak terbuka untuk umum seperti litigasi dalam pengadilan. Hal ini khususnya menjadi penting apabila pihak-pihak yang bersengketa ingin meneruskan hubungan mereka setelah putusan arbitrase.

⁵⁰ Erman Rajagukguk, *Arbitrase di Indonesia*, materi kuliah Magister Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2007, hlm 3.

4. Para pihak dalam penyelesaian melalui arbitrase bebas untuk memilih prosedur penyelesaian sengketa tersebut, dibandingkan dengan pengadilan yang terikat dengan Hukum Acara Perdata yang sudah ada.
5. Para pihak bebas untuk memilih anggota arbitrator, jumlah mereka yang pasti harus ganjil, keahlian, dan integritas mereka sebagai arbitrator. Hal ini mungkin tidak diperoleh jika sengketa tersebut diselesaikan melalui pengadilan.
6. Keluwesan dalam prosedur arbitrase, artinya akan mempercepat penyelesaian sengketa melalui arbitrase, dan hal ini akan menghemat biaya.
7. Dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan, maka keputusan pengadilan dapat dibanding ke pengadilan tinggi, bahkan sampai pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Sebaliknya, putusan arbitrase dapat disepakati sebagai putusan akhir dan mengikat, artinya tak dapat ditinjau lagi.
8. Para pihak mempunyai keleluasaan untuk sepakat mengenai tempat di mana proses arbitrase tersebut akan dilakukan. Ini menjadi putusan yang penting, bukan saja ia akan menentukan, apakah pelaksanaan arbitrase tersebut berdasarkan Konvensi New York, karena tempat di mana putusan arbitrase diambil berbeda dengan tempat di mana putusan itu dilaksanakan. Bila tidak ada perbedaan tempat itu, maka pelaksanaan arbitrase akan dilaksanakan berdasarkan hukum nasional salah satu pihak.

Dalam prakteknya, arbitrase memiliki pula kelemahan-kelemahan, terutama masih sulitnya upaya eksekusi dari suatu putusan arbitrase. Paling tidak ada tiga

kekurangan yang perlu dicermati dalam penyelesaian sengketa lewat arbitrase, yaitu:⁵¹

1. Di beberapa negara, arbitrator mempunyai kekuasaan yang terbatas dibandingkan dengan hakim di pengadilan. Misalnya, arbitrator tidak dapat menarik pihak ketiga yang tidak secara kontraktual menjadi pihak dalam arbitrase. Dalam hal belakangan ini, salah satu pihak tetap menyandarkan diri pada pengadilan setempat.
2. Penyelesaian arbitrase akan mengalami kesulitan bila *masuk multiparty arbitration* (lebih dari dua pihak). Wewenang arbitrator berasal dari perjanjian kontraktual dari para pihak yang setuju memilih arbitrase sebagai tempat penyelesaian sengketa mereka. Oleh karenanya, Dewan/Majelis Arbitrase tidak mempunyai kekuasaan untuk menarik pihak ketiga ke dalam proses arbitrase, karena pihak ketiga tersebut tidak terikat (tidak menjadi pihak) dalam perjanjian tersebut.
3. Putusan arbitrase tidak dapat mengikat pihak ketiga yang tidak terlibat dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase tersebut.

Kelemahan-kelemahan Arbitrase menurut Business News 7396/4-8-2006, “Asas-asas Umum dalam Arbitrase”, dalam prakteknya sebagai berikut:

1. Untuk mempertemukan kehendak para pihak yang bersengketa dan membawanya ke badan Arbitrase tidaklah mudah. Kedua pihak yang merupakan perusahaan-perusahaan yang bonafide harus sepakat. Seringkali untuk dapat mencapai kesepakatan atau persetujuan itu kadang-kadang sulit.

⁵¹ *Ibid*, hlm 3 - 4.

Forum Arbitrase mana yang akan dipilih: Arbitrase *International Chamber of Commerce* di Paris; *American Arbitration Association* di Amerika Serikat; Arbitrase ICSD (the *International Center for the Settlement of Investment Disputes*); London Court of Arbitration; atau *Badan Arbitrase Nasional Indonesia* (BANI);

2. Pengakuan dan pelaksanaan keputusan Arbitrase asing. Dewasa ini di banyak negara, masalah pengakuan dan pelaksanaan keputusan Arbitrase asing masih menjadi soal yang rumit;
3. Telah dimaklumi dalam Arbitrase tidak selalu ada keterikatan kepada keputusan-keputusan (yurisprudensi) Arbitrase sebelumnya. Jadi putusan setiap sengketa yang telah diambil sepertinya dibuang begitu saja, meskipun di dalam putusan tersebut mengandung argumentasi-argumentasi para ahli hukum kenamaan/terkemuka. Dikarenakan tidak berlakunya preseden ini, maka logis kemungkinan timbulnya keputusan-keputusan yang saling berlawanan dalam arti fleksibilitas di dalam mengeluarkan keputusan tergantung dari kenyataan dan kehendak dari para pihak;
4. Arbitrase ternyata tidak mampu memberikan jawaban yang definitif terhadap semua sengketa hukum. Hal ini berkaitan erat dengan adanya konsep dan sistem hukum yang berbeda dengan yang ada di setiap negara. Konsep Arbitrase di negara-negara *Anglo Saxon* berbeda dengan yang ada di negara-negara *Continental*. Kedua konsep inipun saling berbeda dengan konsep yang ada di negara-negara sosialis. Lagi pula sistem Arbitrase di tiap negara

berbeda, yang masing-masing dipengaruhi oleh hukum dan struktur hukum masing-masing.

5. Bagaimanapun juga putusan arbitrase selalu bergantung kepada kemampuan teknis Arbiter untuk memberikan keputusan yang memuaskan dan sesuai dengan rasa keadilan para pihak.

D. Antisipasi Potensi Masalah

Dalam penyelenggaraan proyek konstruksi selalu ada potensi masalah yang berkemungkinan, bila tidak dikelola dengan baik, akan menimbulkan perselisihan. Menurut Mitropoulos dan Howel,⁵² ada tiga akar permasalahan yang dapat menyebabkan terjadinya perselisihan dalam penyelenggaraan proyek konstruksi, yaitu: Pertama, adanya factor-faktor ketidak pastian dalam setiap proyek konstruksi; Kedua, masalah yang terkait dengan perjanjian jasa konstruksi; Ketiga, perilaku oportunist dari para pihak yang terlibat dalam suatu proyek konstruksi.

Berbagai faktor potensial penyebab persengketaan konstruksi yang dapat diantisipasi dan dikelompokkan dalam tiga aspek sebagai berikut⁵³

1. Aspek teknis/mutu
 - a. faktor perubahan lingkup pekerjaan
 - b. faktor perbedaan kondisi lapangan
 - c. faktor kekurangan material yang sesuai dengan spesifikasi teknis
 - d. faktor keterbatasan peralatan
 - e. faktor kurang jelas atau kurang lengkapnya gambar rencana dan/atau spesifikasi teknis.

⁵² Mitropoulos and Howell, "Model for Understanding, Preventing, and Resolving Project Disputes", ASCE, Journal of Construction Engineering and Management, 2001.

⁵³ Soekirno Purnomo, et al, "Sengketa dalam Penyelenggaraan Konstruksi di Indonesia: Penyebab dan Penyelesaiannya", Seminar Fakultas Teknik Sipil dan Lingkungan, Institut Teknologi Bandung, 2007.

2. Aspek waktu
 - a. faktor penundaan waktu pelaksanaan pekerjaan
 - b. faktor percepatan waktu penyelesaian pekerjaan
 - c. faktor keterlambatan waktu penyelesaian pekerjaan
3. Aspek biaya
 - a. faktor penambahan biaya pengadaan sumber daya proyek
 - b. faktor penambahan biaya atas hilangnya produktivitas
 - c. faktor penambahan biaya atas biaya overhead dan keuntungan

Dalam suatu pemborongan pekerjaan berdasar *unit price*, berkemungkinan akan terjadi bahwa kuantitas pekerjaan dan faktor kesulitan merupakan keutamaan pada kasus tertentu yang mengandung suatu ketidak pastian. Pengguna jasa menghendaki adanya kontrak satuan harga, dan pada saat bersamaan juga menghendaki adanya batasan untuk pengeluaran total yang harus dipikulnya. Dia menyetujui untuk membayar biaya-biaya sebagaimana ditentukan oleh satuan harga hingga batasan tersebut. Misalkan, pemberi jasa menyatakan bahwa biaya keseluruhan tidak akan melebihi Rp. 20,8 MM, dan bila pengguna jasa menyetujuinya, maka batasan tersebut mengikat pemberi jasa. Tetapi, bila pemberi jasa menyatakan bahwa *prakiraan biaya maksimum* akan mencapai Rp. 20,8 MM, maka kata-kata “biaya maksimal yang diperkirakan” hanyalah berarti suatu pendekatan (*approximation*) saja; dan pemberi jasa tidak terikat kepada besaran tersebut.⁵⁴

Dalam mempersiapkan suatu penawaran berdasarkan satuan harga (*unit price*), untuk suatu pelelangan pekerjaan, calon Penyedia Jasa akan berusaha sebaik mungkin memperkirakan biaya-biaya berupa *estimate cost* pada suatu kontrak yang

⁵⁴ Lihat kasus J.E. Hathman, Inc. v. Sigma Alpha Epsilon Club, 491 S.W. 2d 261 (1973) sebagaimana dikutip dari Dunham, Clarence W., *op. cit.*, hlm 269.

berkemungkinan akan diperolehnya. Untuk itu, tanpa harus teramat cermat dalam memperkirakan besaran volume pekerjaan, ia akan memulai berhitung pertama-tama secara substansial seolah-olah merupakan suatu *lump-sum contract*. Ia harus menyelidiki secara cermat hal-hal demikian sebagai sifat alami dari pekerjaannya, berbagai kesulitan konstruksi yang harus diantisipasi, lamanya masa penyelesaian kerja yang diharapkan, ketersediaan bahan dan pekerja, dan mutu pekerjaan yang diperlukan. Dengan demikian dia akan tiba pada suatu prakiraan total biaya proyek, termasuk faktor lainnya, dan kemudian mendistribusikan prakiraan total biaya proyek tersebut diantara berbagai satuan harga/volume pekerjaan. Berbagai penyesuaian akan dilakukannya hingga jumlah penawaran pada keseluruhan item pekerjaan secara substansial akan sama dengan prakiraan biaya pelaksanaan pekerjaan secara menyeluruh. Berbagai strategi yang terkait dengan liku-liku *unbalanced bid* telah dijelaskan pada butir 2.2 diatas.

Pengguna Jasa dalam mempersiapkan dokumen lelang perlu memperhatikan kejelasan, kelengkapan, ketepatan (*correct*) dokumen tersebut agar tidak terjadi dua arti, karena bila terjadi arti yang mendua (timbul dua arti) maka pengadilan akan mengartikan tulisan tersebut untuk melawannya.

Untuk dapat mengantisipasi kemungkinan atau akan timbulnya masalah diperlukan adanya suatu kepedulian yang bukan hanya sekedar formalitas tetapi sudah menyangkut profesionalitas dalam bentuk adanya perilaku kehati-hatian dan kecermatan dalam melihat suatu potensi masalah. Murphy's law mengingatkan bahwa *Anything that can go wrong will go wrong* sehingga perlu adanya suatu kewaspadaan.

Bagaimana Pengguna Jasa menyikapi hal yang demikian? Penegasan Pengguna Jasa bahwa eskalasi BBM tidak bisa diterima karena maksud eskalasi tersebut tidak sesuai dengan situasi dan kondisi ***dari kontrak yang bersangkutan***, padahal Berita Acara Prebid Meeting, butir 34, menyebut bahwa eskalasi harga dimungkinkan sesuai dengan situasi dan kondisi ***yang berlaku***. Dengan demikian, yang harus diantisipasi adalah beda pemahaman, “*Yang berlaku disini adalah dari Kontrak yang bersangkutan*”.

E. Tanggung-Gugat & Tanggung-Jawab secara Profesional

Menurut Soetandyo Wignyosoebroto, institusi bisnis dan institusi hukum berubah secara berbareng, berkembang dan dikembangkan untuk saling menopang dan saling menunjang secara fungsional.⁵⁵ Dalam perkembangan itu, merespons dunia bisnis yang menghendaki terjaminnya kepastian-kepastian demi terwujudnya rencana-rencana yang rasional, hukum dibawah pengelolaan kaum profesionalnya pun tak ayal pula lalu mengembangkan dua doktrin pokok; Pertama, doktrin positivisme yang menetralkan hukum dari sembarang nilai keadilan yang sangat relatif; dan Kedua, doktrin bahwa kontrak (hukum *in concreto*) diakui berkekuatan setara undang-undang (hukum *in abstracto*) bagi para pihak.⁵⁶

Pasal 11 ayat (1) dan (2) tentang tanggung jawab profesional dalam UU No. 18/1999 tentang Jasa Konstruksi mengharuskan semua pihak yang terlibat dalam jasa konstruksi bertanggung jawab terhadap hasil pekerjaannya, dimana tanggung jawab

⁵⁵ Soetandyo Wignyosoebroto, *op.cit.*, hlm.294.

⁵⁶ Ibid.

itu dilandasi prinsip-prinsip keahlian sesuai kaidah keilmuan, kepatutan, dan kejujuran intelektual dalam menjalankan profesinya dengan tetap mengutamakan kepentingan umum.

Pemenuhan tanggung jawab dalam Pasal 11 ayat (3) UU No. 18/1999 dapat ditempuh melalui mekanisme pertanggung jawaban sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku, dan dalam penjelasannya tentang mekanisme pertanggung jawaban dapat dilakukan melalui antara lain sistem asuransi, sedangkan untuk memenuhi pertanggungjawaban kepada pengguna jasa, dikenakan sanksi administratif yang menyangkut profesi.

Pertanggungjawaban dalam bahasa Indonesia mengandung dua unsur dalam bahasa Inggris, yaitu *responsibility* (tanggung-jawab, disebabkan perbuatannya atas dirinya sendiri) dan *liability* (tanggung-gugat, disebabkan perbuatannya terhadap orang lain). Pembagian demikian membawa pemahaman yang berbeda dalam segi hukumnya, karena pertanggungjawaban hukum merupakan padanan kata *liability*.

Konsep pertanggungjawaban hukum (*liability*) merupakan jiwa dari suatu kontrak / perjanjian. Kesalahan atau kelalaian seorang pegawai terkait doktrin *res ipsa loquitur* (atau dalam bahasa Inggrisnya: *the thing speaks for itself*) menimbulkan *vicarious liability* kepada hubungan majikan dan karyawan, yaitu pertanggungjawaban hukum bagi yang mempekerjakannya (*respondead superior* atau *let the master answer*).

Ketentuan mengenai pertanggungjawaban hukum (*liability*) merupakan salah satu dari upaya manajemen resiko dari beberapa cara pengelolaan manajemen untuk:

Pertama, menghindari resiko (*avoidance*); Kedua, mengurangi resiko (*reduction*); Ketiga, mempertahankan resiko (*retention*); Keempat, membagi resiko (*risk sharing*).

Konsep tanggung-gugat konvensional menurut hukum Indonesia adalah sebagaimana diatur dalam Pasal 1366 KUHPerdara,⁵⁷ yaitu pertanggungjawaban berdasarkan perbuatan atau kelalaian/kesembronoannya (*default*). Dalam perkembangannya, konsep pertanggungjawaban konvensional ini berkembang dipengaruhi oleh konsep tanggung-gugat sistem *Common Law*, yaitu:

- a. Pertanggungjawaban Timbal Balik (*Reciprocal* atau *Knock-for-Knock* atau *Mutual Liability*): Masing-masing pihak bertanggung jawab atas resiko yang terjadi terhadap harta benda / pegawainya sendiri terlepas siapapun yang bersalah.
- b. Pertanggungjawaban Sepihak (*Unilateral Liability*): Salah satu pihak bertanggung jawab atas resiko yang terjadi terhadap harta benda / pegawainya sendiri maupun harta benda / pegawai pihak lainnya karena ia memegang 3 C (*care-control-custody* atau penjagaan-pengawasan-perlindungan) atas pelaksanaan pekerjaan.

Pada kenyataannya, tugas profesionalitas seorang insinyur selalu dihadapkan pada realita urusan perjanjian yang terkait jasa konstruksi dengan berbagai seluk beluk hukumnya. Pengetahuan praktis tentang hukum akan selalu dibutuhkan dalam perencanaan maupun pelaksanaan kerja konstruksi. Pengabaian terhadap adanya berbagai aspek hukum jasa konstruksi dapat menimbulkan adanya resiko terjadinya hal-hal yang tidak dikehendaki. Pengalaman menunjukkan bahwa perubahan pemahaman didalam tata cara jasa konstruksi dan kemajuan teknologi pembangunan telah menuntut mereka yang terlibat untuk selalu meningkatkan kemampuan diri.

⁵⁷ Setiap orang bertanggung-jawab, bukan hanya atas kerugian yang disebabkan perbuatan-perbuatan, melainkan juga atas kerugian yang disebabkan kelalaian atau kesembronoannya.

Dalam hidup dan bekerja, sikap cermat dan kehati-hatian pada “Hal-hal yang kecil” penting. Adagium atau peribahasa tentang *read between the lines* dan *the devil is on the detail* mengisyaratkan sikap cermat dan hati-hati merupakan unsur penting keberhasilan. Istilah *due diligence* dan *prudential principles* merupakan hal penting yang amat dipahami kalangan profesional seperti bankir, dokter, advokat, insinyur dan lain sebagainya. Harus diingat bahwa masyarakat umum menganggap insinyur merupakan suatu jabatan yang profesional yang harus bertanggung jawab pada setiap kesalahan, tindakan ceroboh, dan kelalaian yang telah dilakukannya, bahkan sampai diluar konteks dokumen kontrak karena menyangkut integritas dan reputasi.⁵⁸

Salah perhitungan atau adanya suatu kekeliruan tak mesti sedemikian besar untuk dapat menimbulkan suatu malapetaka, bahkan detil sekecil dan tak penting dapat menjadikan sebab dari masalah yang serius. Sikap cermat dalam bekerja perlu dijaga sebagai kehati-hatian untuk suatu bagian dari profesionalisme dalam menyikapi berbagai masalah yang dihadapi. Hal-hal teoritis dan hal-hal praktis selalu menjadi suatu pertimbangan dalam memberikan layanan yang professional.

Semakin maju karir seorang professional dalam tangga kepemimpinan, manajerial, dan eksekutif, semakin diperlukan pengetahuan praktis tentang hukum secara umum, konsep dasar dari prinsip-prinsip hukum; dan khususnya, perancangan

⁵⁸ Soetandyo Wignyosoebroto pada artikelnya yang berjudul “*Profesionalisme & Permasalahannya dalam Pengelolaan Hukum Nasional*”, Materi Kuliah Sosiologi Hukum – 2006, hlm. 59, menulis: Kata ‘profesi’ – darimana kata-kata istilah ‘profesional’ dan ‘profesionalisme’ itu berasal pada gilirannya berasal dari kata Latin profiteri yang berarti ‘ikrar dimuka umum’. Dari kata profiteri ini terbentuklah kata professio yang berarti suatu kegiatan kerja yang dikerjakan atas dasar suatu ikrar pengabdian. Professio atau profession dalam bahasa Inggris atau profesi dalam bahasa Indonesia itu akan membedakan diri dari okupasi biasa dalam minimal tiga ciri atau kondisi yang bersifat ‘mau tak mau harus ada’ (conditio sine qua non), yaitu: Pertama, itikad mulia lewat ikrar untuk

kontrak yang dituangkan dalam spesifikasi (*specification*) maupun ketentuan dan syarat-syarat (*term & conditions*). Berbagai dimensi permasalahan hukum yang kompleks dan beraneka ragam yang harus dihadapi dalam dunia kerja akan membawanya lebih mampu menilai saat dimana ia akan memerlukan konsultasi hukum sehingga memposisikannya untuk bekerja sama secara lebih baik dengan penasehat hukum (*legal counsel*) atau pengacaranya (*in-house lawyer*).

Sejalan dengan hal demikian, layanan keahlian dengan kompetensi tertentu merupakan kebutuhan bisnis, tanpa harus mengharapakan suatu keadaan tanpa kesalahan. Profesionalitas demikian, bukan formalitas, dituntut untuk memberikan jasa layanan dan bukan asuransi, tidak pula menjamin rancangan yang sempurna, pertimbangan yang sempurna, ataupun hasil yang memuaskan; tetapi telah menunjukkan suatu hasil kerja yang mengandung integritas dalam reputasinya selaku profesional yang dipandang demikian oleh masyarakatnya. Dalam hal ia menjadi pengawas tetapi tidak melakukan pengawasan dengan selayaknya, hal demikian merupakan pengingkaran secara etika terhadap suatu tanggung jawab yang tidak selayaknya terjadi.

Masyarakat pada umumnya mempertimbangkan bahwa Insinyur (ahli rekayasa), seperti halnya profesi *Legal Counselor*, merupakan tenaga “professional” yang sewajarnya bertanggung jawab terhadap adanya kesalahan, kelalaian, tindakan pengabaian, dan hal yang terlupakan yang dilakukan olehnya, bahkan dalam hal-hal

merealisisir moral kebajikan - demi kebajikan, bukan kekayaan; Kedua, kemahiran teknis bermutu tinggi; Ketiga, menundukkan diri secara ikhlas pada kontrol organisasi atau korps sesamanya.

diluar dokumen kontrak itu sendiri.⁵⁹ Dia harus mampu meyakinkan atasannya atau seorang pemilik yang tidak sabaran akan pentingnya suatu kebutuhan akan rancangan yang teliti, dokumen kontrak yang lengkap dan benar, berbagai prosedur yang wajar. Kondisi ketergantungan pada keahlian dan ketrampilan dari sekelompok orang yang disebut kaum profesional ini pada akhirnya menempatkan etika profesi sebagai salah satu sarana kontrol masyarakat terhadap profesi, yang dalam hal tertentu masih dapat dinilai melalui parameter etika umum yang ada di dalam masyarakat.⁶⁰

Dalam pembangunan skala internasional, FIDIC (*Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils*) atau *Federasi Dunia Insinyur Konsultan* banyak memberikan andil dalam penyediaan dokumen-dokumen kontrak konstruksi untuk acuan para insinyur perancangan atau rekayasa. Untuk menunjang profesionalitas

⁵⁹ Etika profesionalisme berdasar Kode Etik insinyur di AS, menurut AISC sebagai berikut:

Fundamental Principles, Engineers uphold and advance the integrity, honor and dignity of the engineering profession by:

1. using their knowledge and skill for the enhancement of human welfare;
2. being honest and impartial and serving with fidelity the public, their employers and clients;
3. striving to increase the competence and prestige of the engineering profession; and
4. supporting the professional and technical societies of their disciplines.

Fundamental Canons,

1. Engineers shall hold paramount the safety, health and welfare of the public in the performance of their professional duties.
2. Engineers shall perform services only in areas of their competence.
3. Engineers shall issue public statements only in a subjective and truthful manner.
4. Engineers shall act in professional matters for each employer or client as faithful agents or trustees, and shall avoid conflicts of interest.
5. Engineers shall build their professional reputation on the merit of their services and shall not compete unfairly with others.
6. Engineers shall act in such a manner as to uphold and enhance the honor, integrity, and dignity of the engineering profession.
7. Engineers shall continue their professional development throughout their careers, and shall provide opportunities for the professional development of those engineers under their supervision.

⁶⁰ Frans Hendra Winarta, "*Dimensi Moral Profesi Advokat dan Pekerja Bantuan Hukum*", Sebuah Artikel tentang ulasan hukum, 2003.

dari hasil kerjanya, FIDIC memberlakukan kode etik profesionalitas bagi para anggotanya sebagai berikut (tanpa terjemahan agar sesuai bunyi aslinya):⁶¹

1. Responsibility to society and the consulting industry

The consulting engineer shall:

- a. Accept the responsibility of the consulting industry to society.
- b. Seek solutions that are compatible with the principles of sustainable development.
- c. At all times uphold the dignity, standing and reputation of the consulting industry.

2. Competence

The consulting engineer shall:

- a. Maintain knowledge and skills at levels consistent with development in technology, legislation and management, and apply due skill, care and diligence in the services rendered to the client.
- b. Perform services only when competent to perform them.

3. Integrity

The consulting engineer shall:

Act at all times in the legitimate interest of the client and provide all services with integrity and faithfulness.

4. Impartiality

The consulting engineers shall:

- a. Be impartial in the provision of professional advice, judgement or decision.
- b. Inform the client of any potential conflict of interest that might arise in the performance of services to the client.
- c. Not accept remuneration which prejudices independent judgement.

5. Fairness to others

The consulting engineer shall:

- a. Promote the concept of “*Quality-Based Selection*” (QBS).

⁶¹ Etika profesi adalah norma-norma, syarat-syarat, dan ketentuan-ketentuan yang harus dipenuhi oleh sekelompok orang yang disebut kalangan profesional. Menurut Prof. Oemar Seno Adji, peraturan-peraturan mengenai profesi pada umumnya mengatur hak-hak yang fundamental dan mempunyai peraturan-peraturan mengenai tingkah laku atau perbuatan dalam melaksanakan profesinya yang dalam banyak hal disalurkan melalui kode etik.

- b. Neither carelessly nor intentionally do anything to injure the reputation or business of others.
- c. Neither directly nor indirectly attempt to take the place of another consulting engineer, already appointed for a specific work.
- d. Not take over the work of another consulting engineer before notifying the consulting engineer in question, and without being advised in writing by the client of the termination of the prior appointment for that work.
- e. In the event of being asked to review the work of another, behave in accordance with appropriate conduct and courtesy.

6. Corruption

The consulting engineer shall:

- a. Neither offer nor accept remuneration of any kind which in perception or in effect either a) seeks to influence the process of selection or compensation of consulting engineers and/or their clients or b) seeks to affect the consultingengineer's impartial judgement.
- b. Co-operate fully with any legitimately constituted investigative body which makes inquiry into the administration of any contract for services or construction.

Analisis lebih lanjut mengenai dimensi moral dari profesi insinyur (juga *legal counsellor*) berkaitan erat dengan makna, fungsi dan peranan mereka sebagai profesional beserta kode etik yang mengatur keprofesionalan itu sendiri.⁶²

Kegagalan insinyur untuk menyediakan keahlian dari profesinya dapat menimbulkan adanya tuntutan ganti rugi oleh pihak ketiga dengan adanya suatu penyebab langsung yang berhubungan antara prestasi yang terabaikan atau kewajiban yang tidak dilaksanakan, baik berupa rancangan ataupun pengawasan pada umumnya, dan keselamatan yang dapat diantisipasi.

⁶² Moral tidak sama dengan etika. Kata moral lebih mengacu pada baik buruknya manusia sebagai manusia, menuntun manusia bagaimana seharusnya ia hidup atau apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan. Etika sebagai filsafat moral, adalah suatu ilmu (pemikiran rasional, kritis, dan

Dinegara maju dikenal *Asuransi Perlindungan Pertanggunggaran Profesi* merupakan hal yang lumrah. Perlindungan pertanggunggaran professional dimaksudkan untuk memberi proteksi kepada insinyur dari kewajiban pertanggung jawaban yang disebabkan kesalahan dan kelalaian professional dalam perancangan, manajemen konstruksi dan layanan rekayasa lainnya.

Di Indonesia asuransi demikian belum banyak dipakai didalam praktek. Tak ada dokter yang dapat menjamin bahwa semua pasiennya akan sembuh, seperti halnya dengan tak ada pengacara yang dapat menjamin bisa memenangkan semua kasus/perkaranya; demikian pula tak ada insinyur dapat memberi jaminan bahwa rancangannya bebas dari kemungkinan adanya kekurangan atau cacat.⁶³ Dalam hal ini insinyur tak perlu menjamin keberhasilan suatu proyek yang ditanganinya, tetapi diperlukan dan diharuskan untuk memberikan kemampuan yang masuk akal dan peduli dalam tugas-tugas dimana dia dibutuhkan untuk mengambil tindakan. Untuk selalu dapat memberikan yang terbaik, seorang insinyur dituntut meningkatkan dirinya dari waktu kewaktu dengan *selfeducation* dan selalu mengikuti perkembangan profesionalitas dibidang yang digelutinya, bukan sekedar basa-basi formalitas.

Dalam proses negosiasi antara Pemohon dan Termohon kemudian, yang terjadi adalah *deadlock negotiation* karena kedua belah pihak makin menjauh dalam menyelesaikan perbedaan diantara keduanya. Penegasan Pengguna Jasa bahwa eskalasi BBM tidak bisa diterima karena maksud eskalasi tersebut tidak sesuai

sistematis) tentang ajaran-ajaran moral; menuntun seseorang untuk memahami mengapa atau atas dasar apa ia harus mengikuti ajaran moral tertentu.

⁶³ Shahab, Hamid, *Aspek Teknis dan Aspek Hukum penggunaan sistem pondasi dalam, Jambatan*, Jakarta, 1997, hlm.31

dengan situasi dan kondisi ***dari kontrak yang bersangkutan***. Pemberi Jasa berdasar Berita Acara Penjelasan Lelang (*Minutes of Prebid Meeting*), butir 34, menyebut bahwa eskalasi harga dimungkinkan sesuai dengan situasi dan kondisi ***yang berlaku***.

Termohon bersikukuh bahwa *Yang berlaku Disini* adalah dari *Kontrak yang bersangkutan*, yaitu berdasar pada ketentuan pasal 39 Syarat-syarat Umum dokumen perjanjian yang mengartikan eskalasi harus dinegosiasikan dan harus dengan persetujuan Pengguna Jasa. Disisi lain, Pemohon juga bersikukuh bahwa *Yang berlaku Disini* adalah dari *Kontrak yang bersangkutan*, yaitu berdasar adanya kesepakatan dalam prebid meeting dan dipertegas dalam kickoffmeeting yang terdokumentasi dan ditandatangani kedua belah pihak.

F. Keadilan menurut Pihak-Pihak yang Bersengketa

Dalam hal penentuan penyesuaian atau eskalasi harga kontrak, sejak pra-kontrak hingga penandatanganan perjanjian, Perjanjian tidak mengatur secara jelas/tegas tentang eskalasi harga sehingga menimbulkan perselisihan.

Walau begitu, bilamana Pengguna Jasa telah menyatakan dengan tegas bahwa ada pertimbangan demikian sesuai situasi dan kondisi yang berlaku, maka Pemberi Jasa dapat mempercayai pernyataan itu. Tak ada perjanjian/perikatan yang *sah mengikat* berdasar Psl 1338 KUH Perdata kepada kedua belah pihak mengenai eskalasi harga kontrak.

Menurut Pemberi Jasa, walau kontrak tak mengatur secara jelas tentang eskalasi harga, namun menurut butir 34 risalah prebid meeting yang merupakan bagian tak terpisahkan dari kontrak, masalah eskalasi harga dimungkinkan sesuai

dengan situasi dan kondisi yang berlaku. Pada Pokok Perkara, Pemohon menganggap bahwa: *a. Dokumen Tender Awal, b. Dokumen Prebid Meeting, c. Surat Penawaran Harga, d. Dokumen Kick-off Meeting, e. Dokumen Perjanjian (halaman Penandatanganan)*; merupakan Dokumen Kontrak yang sah. Selain itu, pada pokok perkara, Pemohon berpendapat bahwa Termohon sebagai salah satu pihak dalam Perjanjian Pelaksanaan Pekerjaan telah melakukan perbuatan ingkar janji (*wanprestasi*), dan karenanya harus membayar utang eskalasi harga. Pemohon mendalilkan bahwa Termohon telah berjanji untuk memberikan eskalasi harga tetapi kemudian ingkar.

Pengertian ingkar janji atau *wanprestasi* atau tidak dipenuhinya janji dapat terjadi baik karena disengaja maupun tidak disengaja. Harus dibedakan *non-performance*, dalam arti tidak melaksanakan kewajiban atau melaksanakan kewajiban secara tidak seharusnya, yang disebabkan **cidera janji** dari *non-performance* yang terjadi karena **keadaan paksa** dalam pasal 34 Syarat-syarat umum. Perbedaannya menjadi besar karena akibat hukum yang ditimbulkannya. Suatu keadaan paksa pada umumnya tidak menimbulkan kewajiban ganti rugi bagi salah satu pihak.

Wanprestasi pada pokoknya adalah suatu situasi yang terjadi karena salah satu pihak tidak melakukan kewajiban kontraktualnya atau membiarkan suatu keadaan berlangsung sedemikian rupa sehingga pihak lainnya dirugikan secara tak adil karena tidak dapat menikmati haknya berdasarkan kontrak yang telah disepakati bersama.⁶⁴ Secara umum, cidera janji atau ingkar janji (*wan prestasi* - **default**) dapat berupa :

1. Sama sekali tidak memenuhi prestasi (*non-performance*);

⁶⁴ Budiono Kusumohamidjojo, *op.cit.*, hlm. 70

2. Prestasi yang dilakukan tidak sempurna;
3. Terlambat memenuhi prestasi;
4. Melakukan apa yang dalam perjanjian dilarang untuk dilakukan.

Perumusan kesepakatan mengenai cidera janji serta akibat-akibatnya seringkali didahului oleh argumentasi yang rumit. Terjadinya wanprestasi mengakibatkan lawan dari pihak yang “wanprestasi” mengalami kerugian atau kehilangan keuntungan yang diharapkan.

Eskalasi harga tersebut menurut hitungan sendiri (sepihak) Pemohon yang berdasarkan rumus-rumus eskalasi harga yang diadopsi dari peraturan Keppres maupun Peraturan Menteri Kimpraswil yang dipahami oleh Pemohon. Padahal Keppres maupun PP, apalagi Peraturan Menteri Kimpraswil tidak relevan dengan hubungan perjanjian antara PT Caltex Pacific Indonesia sebagai perusahaan swasta dan PT Amarta Karya (Pesero) selaku BUMN. Besarnya tuntutan yaitu sebesar Rp. 4,80 MM serta membayar ganti rugi sebesar 1% per bulan dari Rp. 4,80 MM dihitung secara bertahap setiap 3 bulan sejak bulan November 2002 (untuk progress bulan Agustus, September, dan Oktober 2002) atau sebesar Rp. 0,73 MM dengan asumsi dibayar bulan Desember 2004.

Dalam eksepsinya, Termohon mendalilkan bahwa **pernyataan-pernyataan** dalam *Risalah Prebid Meeting dan Kickoff Meeting* berdasarkan ketentuan Pasal 39 tentang Perjanjian Lengkap, Syarat-syarat Umum Perjanjian, bersifat **tidak mengikat**⁶⁵, karena telah digantikan oleh ketentuan Pasal 39 Perjanjian. Paragraf ke-

⁶⁵ Hanya merupakan catatan pertemuan seperti *Minutes of Meeting* (MOM) yang memerlukan klarifikasi dan komunikasi lebih lanjut bila ingin diimplementasikan. Catatan pertemuan demikian oleh PT CPI tidak dimaksudkan sebagai bagian dari kontrak dan harus diartikan sebagai suatu hal yang memerlukan tindak lanjut. Kendalanya adalah bahwa hal yang nantinya akan menjadi masalah ini tidak

2 dari ketentuan ini yang menyebutkan: “*Perjanjian ini tidak dapat diubah atau diputuskan secara lisan. Tidak suatupun perubahan atau pelepasan hak yang diakui akan mengikat kecuali bila dinyatakan secara tertulis dan ditandatangani oleh pihak yang terhadapnya hal itu hendak diberlakukan*”; mengandung arti bahwa setiap perubahan harus dibuatkan perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh para pihak. Addendum – sebagai perwujudan hukum kontrak dianggap sebagai keranjang sampah (*catch all*).⁶⁶

Alasan yang mendasari ketentuan ini bahwa Kebijakan (*Policy*) Chevron-Texaco sebagai induk perusahaan PT Caltex Pacific Indonesia secara prinsip tidak ada eskalasi (penyesuaian harga) selama masa kontrak, kecuali diatur secara tegas dalam kontrak. Selain itu, policy CT (Chevron - Texaco, induk perusahaan PT CPI di Amerika Serikat) juga menetapkan bahwa tidak ada penyesuaian harga apabila ada perubahan hukum selama masa kontrak.⁶⁷

Masyarakat Internasional mengenal *Standard Terms* (klausula umum, diatur dalam Bab *Contracting under Standard Terms* dari *The Unidroit Principles of Internasional Commercial Contracts* yang disingkat *Unidroit Principles*) yang pada umumnya berlaku pada suatu perjanjian tanpa melihat apakah salah satu pihak atau

dikomunikasikan dengan baik oleh Pengguna Jasa, sejak awalnya, terutama dalam pemahaman MOM bukan merupakan bagian dari Perjanjian karena merupakan penjelasan yang tidak mengikat dan hal tersebut dirangkum dalam pasal 39 Syarat-syarat umum Perjanjian.

⁶⁶ Lihat Munir Fuady, *Hukum Kontrak dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, buku 1, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm 3. Fenomena hukum kontrak sebagai keranjang sampah adalah bahwa banyak hal tentang dan sekitar kontrak tidak diatur baik dalam undang-undang ataupun dalam yurisprudensi. Pengaturan sendiri yang sama kuatnya dengan ketentuan dari undang-undang akan berakibat konflik yang harus diputuskan berdasarkan asas preferensi seperti *lex (specialis-superior-posteriori) derogat legi (generalis-inferiori-priori)*.

⁶⁷ Berdasar *Uniform Commercial Code* bahwa tambahan pertimbangan (*consideration* – suatu kontra prestasi berupa janji, harga atau tindakan) tidak diperlukan untuk merubah suatu perjanjian tertulis, selama perubahan dilakukan dengan itikad baik.

kedua belah pihak secara eksplisit menyetujui telah menggunakan peraturan umum tersebut (Art. 2.19. Unidroit Principles).⁶⁸

Art. 2.19. (2) Unidroit Principles isinya, “*Standard Terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party*”. Artinya, syarat-syarat umum merupakan syarat-syarat dalam suatu kontrak yang telah disusun terlebih dahulu dan secara umum dipakai berulang-ulang oleh salah satu pihak tanpa merundingkannya terlebih dahulu.

Syarat “tanpa dirundingkan terlebih dahulu”, hanya berkaitan dengan Syarat-syarat Umum (*Standard Terms*) yang harus diterima oleh pihak lawan secara keseluruhan, sedangkan syarat-syarat perjanjian lainnya yang bukan Syarat-syarat Umum, tetap dapat dirundingkan oleh para pihak.⁶⁹ Suatu Syarat-syarat Umum yang dimuat di dalam suatu dokumen terpisah akan mengikat pihak-pihak yang telah menandatangani dokumen tersebut sebagai satu kesatuan dengan perjanjian (pokok) yang telah disetujui.⁷⁰

Alih-alih mengikuti alur pemahaman perjanjian yang disodorkan oleh Pengguna Jasa dan berusaha memperoleh kesepakatan dari Pemberi Jasa; tetapi dalam perjuangannya kemudian Pemohon bersikukuh pada pemahamannya sendiri tentang perjanjiannya – bahkan membawanya kepada arbitrase.

⁶⁸ Herlien Budiono, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007. hlm. 141.

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ Ibid, hlm 142, sebagaimana dikutip dari *Beginnselen van Internationaal Handellovereenkomsten, Unidroit, Internationaal Instituut voor de Unificatie van het Privaatrecht*, diterjemahkan dari bahasa Inggris oleh N. Frenk & M.E. Storme dengan bantuan M.J. Hoestra dan S.A. Gijsen, Koninklijke Vermande, 1997, hlm. 54.

Pemahaman sendiri ini didasarkan bunyi pasal 32 - *Governing Laws* pada Syarat-syarat umum yang menyebutkan bahwa “*Masa berlaku, penafsiran, dan pelaksanaan Perjanjian ini tunduk pada dan ditafsirkan sesuai dengan perundang-undangan Republik Indonesia*”. Adanya perbedaan pendapat demikian sah-sah saja,⁷¹ karena selain syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana yang diatur dalam pasal 1320 KUHPerdata, juga harus sesuai adanya asas lain dalam perjanjian yaitu asas-asas kesetaraan dalam berkontrak.⁷² Masalahnya kembali pada pengertian pokok dan hakiki pada peran risalah *prebid meeting* dan *kickoff meeting* sebagaimana dijelaskan oleh adanya suatu pertimbangan penting dalam Putusan Arbitrase, yang isinya:

Tak ada perjanjian/perikatan yang *sah mengikat* berdasar Psl 1338 KUH Perdata kepada kedua belah pihak mengenai eskalasi harga kontrak (hal 22, item 12). **Namun dengan demikian, Majelis menganggap** risalah *prebid&kickoff meeting* merupakan *bagian yang tidak dapat dipisahkan dari perjanjian* (hal 23, item 13 dari Putusan Arbitrase).⁷³

⁷¹ Pemahaman itikad baik yang dipakai Termohon - secara tak langsung - didasarkan pada sistem common law, yaitu itikad baik berlaku pada tahap pelaksanaan kontrak; sedangkan pemahaman itikad baik menurut Pemohon adalah termasuk pada tahap prakontrak (didasarkan sistem civil law – hukum Indonesia yang berlaku). Masalahnya, kesepakatan kontrak menyebutkan hukum Indonesia yang berlaku sebagaimana tertulis dalam pasal 32 Syarat-syarat umum. Menurut Suharnoko dalam “*Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*”, Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm. 3, dikatakan: Dinegara yang menganut system *common law*, seperti di Amerika Serikat, pengadilan menerapkan doktrin *Promissory Estoppel* untuk memberikan perlindungan hukum kepada pihak yang dirugikan karena percaya dan menaruh pengharapan (*reasonably relied*) terhadap janji-janji yang diberikan lawannya dalam tahap pra kontrak (*preliminary negotiation*).

⁷² Try Widiyono, *Aspek Hukum Operasional Transaksi Produk Perbankan di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2006., hlm. 69.

⁷³ Koersif dengan penebalan huruf dilakukan oleh penulis. Mengapa Majelis Arbitrase memberi anggapan pada suatu pertimbangan yang begitu penting?

BAB III

PERJANJIAN PEKERJAAN PENINGKATAN JALAN DI BEKASAP UTARA

A. Dasar Pembuatan Perjanjian/Kontrak Jasa Konstruksi

1. Pengertian dan Teknis Dasar Perancangan Perjanjian

Pengertian Perjanjian Pemborongan (Jasa Konstruksi) dapat dijumpai pada AV 1941 (merupakan dasar pembuatan *bestek en voorwaarden* atau rencana kerja dan syarat-syarat pekerjaan konstruksi) yang sudah tidak diperhitungkan lagi, dan KUHPerdata; tetapi tidak banyak keterangan dapat diperoleh dari ke 14 Pasal-Pasal tentang pemborongan yang sudah ketinggalan jaman dalam KUHPerdata.

Prinsip umum yang dianut KUHPerdata dalam hal jasa konstruksi berdasar Pasal 1610, bila rencana telah diperkirakan dan ditetapkan bersama, Pemberi Jasa tak dapat menuntut suatu penambahan harga dengan dalih apapun, jika perubahan atau tambahan tersebut tidak telah diadakan persetujuan dengan Pengguna Jasa. Ketentuan demikian sudah tepat, karena naiknya upah dan harga bahan bangunan menjadi tanggungan Pemberi Jasa. Sebaliknya, apabila biaya operasi karena upah buruh dan harga bahan bangunan turun, hal itu merupakan keuntungan tambahan Pemberi Jasa.⁷⁴ Masalahnya, harga-harga terus melambung dan sulit turun, apalagi yang ditimbulkan oleh adanya kebijakan pemerintah seperti kenaikan BBM yang drastis.

Menurut R. Subekti, kontrak ditujukan pada semua perjanjian yang pelaksanaannya dijamin oleh hukum. Perkataan kontrak dalam arti yang sempit adalah *agreement*, karena pengertian *agreement* juga meliputi persetujuan-

⁷⁴ R.Subekti, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 67.

persetujuan yang tak dapat dituntut dimuka hakim.⁷⁵ Suatu kontrak biasanya tidak berdiri sendiri, tetapi merupakan bagian dalam suatu rangkaian pembicaraan, kesepakatan, dan bahkan perjanjian-perjanjian lain.

Adanya UU Jasa Konstruksi No. 18/1999 dan UU Arbitrase No. 30/1999, walau masih terasa minim, telah merupakan manifestasi pemerintah RI untuk mengejar ketertinggalan hukum konstruksi di Indonesia terhadap perkembangan teknologi pembangunan. Untuk itu perlu dipahami hal-hal penting dan mendasar, maupun tahapannya, dalam teknik perancangan Perjanjian Jasa Konstruksi yang dijelaskan berikut ini.⁷⁶

A. Hal-hal Penting dalam membuat Perjanjian Jasa Konstruksi

Ada beberapa hal yang harus diperhatikan ketika membuat Perjanjian Jasa Konstruksi, seperti aspek teoritis hukum kontrak (asas-asas, kaidah-kaidah, unsur-unsur, penyelesaian sengketa, dan lain lain) dan hukum-hukum lainnya (Undang-Undang Jasa Konstruksi, Undang-Undang Anti Monopoli dan Persaingan Sehat, dan lain lain); serta aspek praktis dalam penyusunan kontrak (cara penyusunan kontrak). Sebaiknya dalam penyusunan kontrak terlebih dahulu para pihak memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Penguasaan Materi/Obyek yang diperjanjikan dalam Perjanjian;
2. Kecermatan dalam mengidentifikasi para pihak dalam Perjanjian;
3. Penguasaan regulasi/peraturan perundang-undangan yang terkait ;
4. Penggunaan tenaga/jasa keahlian untuk kesepakatan yang jelas;
5. Pemahaman kebiasaan Internasional dan Regional (lokal)

Lebih jauh kelima hal diatas diuraikan berikut ini:

⁷⁵ R. Subekti, *Perbandingan Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hlm.40.

Ad.1. Penguasaan Materi/Obyek yang diperjanjikan dalam Perjanjian

Pembentukan suatu Perjanjian sangat tergantung terhadap aspek bisnis yang diperjanjikan dalam Perjanjian, sehingga diperlukan pengetahuan yang memadai atas bisnis tersebut. Biasanya keuntungan yang ditawarkan oleh jenis bisnis tertentu menyebabkan pelaku bisnis tertarik untuk melakukan investasi atau kerjasama, namun tidak semua jenis bisnis dikuasai oleh para pelaku bisnis sehingga diperlukan orang yang menguasai bisnis tersebut yang dapat membantu para pelaku bisnis memahami seluk beluk bisnis dimaksud, misalnya tentang peralihan resiko dan perubahan kontrak. Ada baiknya pelaku bisnis yang hendak melakukan perjanjian bisnis meminta bantuan pihak yang mempunyai wawasan luas tentang bisnis tersebut (adanya konsultan).

Ad.2. Kecermatan dalam mengidentifikasi Para Pihak

Suatu Perjanjian merupakan bentuk kesepakatan pihak-pihak yang melakukan perjanjian, sehingga dalam penyusunan perjanjian dituntut ketepatan penempatan pihak. Kesalahan penempatan pihak-pihak dalam Perjanjian akan berakibat tidak mengikatnya pihak yang dikehendaki sebagai pihak (*ultra vires*), misalkan apabila yang menjadi pihak dalam perjanjian adalah perseroan, maka hendaknya perjanjian ditandatangani oleh wakil perseroan menurut anggaran dasar, yaitu direksi sesuai dengan kewenangan direksi tersebut atau setidaknya pihak yang menerima kuasa untuk melakukan Perjanjian tersebut. Disamping aspek legal formal diatas, juga patut dipertimbangkan latar belakang kebudayaan serta kekuatan ekonomi serta

⁷⁶ Sebuah kontrak yang baik dapat meningkatkan bisnis, respek, dan memberi keuntungan. Sebuah kontrak yang buruk pada sisi lain, berpeluang mengacaukan maksud kontrak.

aspek-aspek lain yang akan mempengaruhi isi perjanjian. Aspek-aspek tersebut akan menentukan materi dan teknik melakukan negosiasi atas materi-materi (hal-hal) yang akan menjadi bahan dalam perjanjian-perjanjian antara para pihak. Segera setelah perjanjian ditandatangani, kedua pihak diharapkan segera menunjuk pelaksana resmi dari masing-masing pihak untuk berkomunikasi dan segera mulai menyiapkan pelaksanaan pekerjaan.

Ad.3. Penguasaan Regulasi / Peraturan perundang-undangan yang terkait

Perjanjian yang dibuat tergantung pada jenis bisnis yang diperjanjikan, karena itu regulasi yang berkaitan dengan Perjanjian juga tidak selalu sama. Penguasaan akan jenis bisnis dalam Perjanjian membawa pada tuntutan untuk menguasai regulasi yang berkaitan dengannya, sehingga perlu dipastikan bahwa apa yang diperjanjikan dalam Perjanjian telah disesuaikan dengan regulasi yang mengaturnya, mulai dari regulasi besar sampai yang terkecilnya, mulai dari undang-undang sampai pada peraturan khusus terkait. Kadangkala beberapa ketentuan dalam regulasi tidak menunjang aspek Perjanjian, maka perlu disepakati untuk dikesampingkan. Ketentuan-ketentuan dalam regulasi ada yang dapat dikesampingkan dan ada yang tidak, maka diperlukan pengenalan terhadap sifat-sifat dari ketentuan dalam regulasi terkait.

Ad.4. Penggunaan Tenaga/Jasa Keahlian untuk Kesepakatan yang Jelas

Untuk memastikan suatu perjanjian dibuat dengan baik, maka sebaiknya pihak yang melakukan perjanjian meminta bantuan tenaga-tenaga atau jasa profesional sesuai dengan aspek bisnis yang diperjanjikan. Bila meminta bantuan penasihat hukum, hendaknya penasihat hukum yang tidak hanya mengerti hukumnya tetapi juga yang menguasai materi kontraknya, dan sedapat mungkin pada Perjanjian-Perjanjian yang

sifatnya sangat khusus seperti pembangunan konstruksi jalan didaerah terpencil melibatkan pihak-pihak yang ahli dan berpengalaman di bidangnya.

Ad.5. Pemahaman Kebiasaan Internasional dan Regional (lokal)

Unsur lokal atau internasional bisa pada subyek perjanjian atau obyek dari perjanjian yang akan dibuat. Apabila salah satu unsur dalam perjanjian tersebut melibatkan unsur internasional, maka memahami praktek-praktek kebiasaan internasional berdasar *common sense* dan *fairness* juga sebaiknya dipahami. Namun apabila unsur lokal lebih menentukan dalam perjanjian tersebut, maka nilai-nilai lokal tidak dapat dikesampingkan begitu saja. Kebiasaan dalam praktek jasa konstruksi baik pada skala internasional dan nasional adalah adanya perubahan-perubahan yang merupakan alternatif atau variasi terhadap beberapa pasal syarat-syarat umum yang disesuaikan kebutuhan lokal, kondisi dan keinginan para pihak yang ikut dalam pelelangan. Perubahan-perubahan tersebut bersama semua keterangan yang diperoleh dari tanya jawab dan peninjauan lapangan akan merupakan bagian terintegrasi dari perjanjian nantinya.

B. Tahapan-tahapan Perancangan Perjanjian

Suatu Perjanjian tidak terjadi begitu saja, tetapi setelah melalui tahapan-tahapan tertentu – *contract drafting*, maka kita perlu mengetahui tahapan-tahapan penyusunan hingga berakhirnya suatu Perjanjian sebagai berikut:

1. Munculnya kesepakatan diantara para pihak untuk membuat Perjanjian;
2. Negosiasi dan Menyamakan Persepsi atas Rancangan Perjanjian;
3. Kesepakatan dan Penandatanganan Perjanjian;
4. Penerapan Perjanjian;
5. Antisipasi adanya perselisihan dalam Perjanjian.

Penasehat hukum perusahaan sepatutnya ikut terlibat dalam *contract drafting* dan *negotiating*. Beberapa permasalahan yang terburuk, berdasarkan pengalaman, timbul ketika Pengguna Jasa dan Pemberi Jasa menggunakan perjanjian standar tanpa suatu modifikasi yang memadai.

Berikut ini adalah ulasan atas kelima tahapan diatas

Ad.1. Munculnya kesepakatan diantara para pihak untuk membuat Perjanjian

Tahapan ini diawali melalui pembicaraan rencana pembuatan Perjanjian diantara pihak-pihak dengan saling menjajaki hal yang disepakati dalam bisnis sebelum menuangkannya dalam perjanjian. Secara umum, dalam bentuk formalnya penjajakan ini biasanya dituangkan dalam bentuk *Letter of Intent* (LoI) atau *Memorandum of Understanding* (MoU). Kesepakatan dalam LoI atau MoU belum merupakan sebuah kesepakatan perjanjian, sehingga tidak mengikat tetapi menjadi garis-garis besar penyusunan perjanjian. Bagaimana penerapannya pada Jasa Konstruksi? Dalam penyelenggaraan jasa konstruksi lewat pelelangan, Pengguna Jasa menyediakan dokumen lelang proyek konstruksi untuk dipelajari oleh semua peserta lelang dan pada hari yang ditentukan diadakan acara penjelasan lelang (*aanwijzing* atau *prebid meeting*) dimana semua hal berkenaan dengan seluk beluk proyek seperti aspek finansial hingga aspek teknis proyek dinegosiasikan. Dokumen lelang proyek konstruksi setelah dinegosiasikan lewat acara penjelasan lelang akan merupakan dokumen rancangan perjanjian yang nantinya dipakai Pengguna Jasa dan Pemberi Jasa membuat perjanjian kerja.

Ad.2. Negosiasi dan Menyamakan Persepsi atas Rancangan Perjanjian

Perjanjian memuat kepentingan para pihak dan karena kepentingan pihak-pihak yang terlibat dalam perjanjian berbeda, maka untuk mencapai kesepakatan perlu dilakukan persesuaian diantara kepentingan tersebut. Tahapan ini diwarnai dengan tawar-menawar keinginan masing-masing pihak. Karena tidak semua kepentingan para pihak dapat disepakati, maka diperlukan kerelaan masing-masing pihak untuk tidak terlalu memaksakan hal-hal yang sifatnya hakiki dalam Perjanjian demi tercapainya kesepakatan. Tahapan ini merupakan tahapan paling alot dan kesempatan bagi para pihak untuk mengetahui sejauh mana posisi masing-masing kebutuhan dalam perjanjian, hal-hal yang diprioritaskan, kelemahan-kelemahan rancangan perjanjian, dan tidak jarang diselingi dengan penggunaan kekuatan posisi untuk memaksa pihak lain menerima tawaran kepentingannya. Dengan demikian klausul-klausul rancangan Perjanjian bisa mengalami pengurangan dan/atau penambahan lewat adanya Berita Acara Penjelasan Proyek yang merupakan bagian yang tak terpisahkan dengan Perjanjian.

Ad.3. Kesepakatan dan Penandatanganan Perjanjian

Hal-hal yang telah disepakati dalam negosiasi dalam bentuk Berita Acara Penjelasan Proyek bersama-sama dokumen perjanjian lainnya kemudian dituangkan dalam bentuk akhir perjanjian untuk ditandatangani oleh para pihak. Sebelum perjanjian ini ditandatangani, sebaiknya terlebih dahulu dilakukan pengecekan akhir, untuk memastikan hal-hal yang dimuat dalam perjanjian merupakan hal-hal yang telah disepakati dalam tahapan perundingan, termasuk pengecekan terhadap pihak-pihak yang menandatangani perjanjian. Pengecekan merupakan cerminan profesionalitas

yang terkait dengan *asas kehati-hatian dan kecermatan (prudential principle)* yang bukan sekedar formalitas tetapi menyangkut substansi.⁷⁷ Artinya, setelah penandatanganan perjanjian, semua hal yang diperjanjikan sebelumnya harus dipahami telah melebur dalam perjanjian tersebut.

Ad.4. Penerapan Perjanjian

Harus dipahami, secara internasional maupun lokal, bahwa perjanjian yang telah ditandatangani merupakan undang-undang bagi para pihak, karena itu pelaksanaan perjanjian tidak boleh keluar dari hal-hal yang telah disepakati (*pacta sunt servanda*). Hal-hal yang belum diatur dalam Perjanjian hanya dapat dilaksanakan sepanjang tidak bertentangan dengan Perjanjian, namun demikian sebaiknya dibicarakan terlebih dahulu diantara para pihak dan bila perlu dilakukan kesepakatan tambahan sepanjang perjanjian mengijinkannya (lewat adanya *Addendum*). Untuk memastikan pelaksanaan Perjanjian sesuai kesepakatan, maka para pihak sepatutnya melakukan pengawasan terhadap pelaksanaannya, demi mencegah terjadinya penyimpangan *nonperformance* (kontraktual ataupun kesalahan perdata) yang berpotensi timbulnya perselisihan diantara para pihak.

Ad.5. Antisipasi adanya Perselisihan Dalam Perjanjian

Kunci dari Perjanjian adalah kesepakatan dari para pihak. Perselisihan dalam pelaksanaan perjanjian muncul karena adanya penerapan perjanjian yang bertentangan dengan kesepakatan dalam perjanjian, atau tidak dipenuhinya hal-hal (prestasi) dalam perjanjian, bahkan tidak jarang perselisihan muncul akibat bunyi

⁷⁷ Ada tiga (3) tingkatan kesalahan: Pertama, *culpa lata* atau kesembronoan; Kedua, *culpa levis in concreto* atau kurang hati-hatian; Ketiga, *culpa levis in abstracto* atau kurang cermat.

klausula perjanjian yang multitafsir dalam pelaksanaannya yang disebabkan oleh penyusunan Perjanjian yang tidak matang dan terukur. Sama halnya dengan hakekat perjanjian, maka hakekat penyelesaian perselisihan dalam perjanjian adalah kesepakatan diantara para pihak, baik oleh kemauan sendiri maupun karena hasil putusan pihak atau badan yang disepakati untuk menyelesaikannya, sehingga dapat dikatakan pada dasarnya suatu perselisihan menimbulkan perikatan.

Berikut dikutip sembilan tip yang berguna sebagai pemandu arah – *guidelines*

- dalam memulai suatu persiapan dokumen kontrak, sebagai berikut:⁷⁸

1. **Write Clearly.** *Ambiguous language in a contract can lead to misunderstandings, delays, frustration — even litigation. Make sure that both parties' responsibilities are clearly outlined.*
Artinya: Penulisan harus jelas untuk menghindarkan salah pengertian, kelambatan, frustasi – bahkan gugatan. Pastikan tanggung jawab kedua pihak dinyatakan secara jelas.
2. **Draft Complete Contracts.** *Many contracts fail or create confusion because they are incomplete. The omission of important terms or expectations can lead parties to assume — incorrectly — that the terms are understood or implied. Make sure that all key statements or representations — from both parties — are spelled out clearly.*
Artinya: Tuliskan kontrak secara lengkap agar tidak menimbulkan kerancuan yang disebabkan ketidaklengkapan. Pengabaian ketentuan-ketentuan penting dapat menimbulkan penafsiran yang keliru bahwa ketentuan-ketentuan telah dimengerti atau secara diam-diam. Pastikan semua pernyataan dari kedua pihak telah dirangkum secara jelas.
3. **Look at Sample Contracts and Forms.** *The best way to begin drafting a contract is to look at several sample forms that are similar to the document that you want to create. Sample forms can alert you to issues you might not have considered, and they can provide strong, standard language for your contract.*
Artinya: Pelajari contoh-contoh kontrak sebagai referensi yang akan menyadarkan hal-hal yang perlu pertimbangan, dan hal itu membantu tersedianya rangkuman bahasa yang baku untuk pembuatan kontrak.
4. **Don't Rely on a Standard Form or Sample Contract.** *Standard forms may or may not be applicable to your situation — and they might have been drafted*

⁷⁸ Lihat: <http://www.allbusiness.com/legal/contracts-agreements/1532-1.html> diakses 24 Oktober 200, 22:00 WIB.

for the benefit of the wrong side. Most forms are simply a starting point and must be customized for your particular transaction.

Artinya: Jangan hanya bersandar pada contoh kontrak baku karena perlu penyesuaian dengan suatu keadaan yang lain. Contoh kontrak hanyalah acuan yang harus disesuaikan pada kebutuhan tertentu lainnya.

5. ***The Writer Always Has the Advantage.*** *You almost always want to draft the first draft. Creating the contract language gives you a tremendous advantage in shaping the negotiations, as you can include clauses that you want and structure the deal in a favorable way for your business.*

Artinya: Yang menuliskan isi kontrak mempunyai keunggulan dalam penentuan suatu negoisiasi, karena dapat memasukkan ketentuan yang dikehendaki sesuai kerangka kesepakatan suatu bisnis.

6. ***Make Your Contract Look Like a Standard Form.*** *Sometimes it helps to make your contract look like a preprinted standard form, even though you may have carefully drafted it for your benefit. With the use of word processing or desktop publishing this isn't hard to do, and the other side may be less inclined to negotiate if they think your agreement is "standard."*

Artinya: Kontrak dibuat secara rapi dan profesional seolah-olah suatu bentuk yang baku, sehingga pihak lain cenderung tidak akan memperdebatkan isinya.

7. ***Be Aware of Legal Requirements.*** *Certain types of contract provisions may be legally questionable (such as some noncompete clauses in some instances), and other provisions may need to be bold-faced or in all capital letters to be effective. Also, certain kinds of contracts have required terms, language or clauses. A good business lawyer can point these out for you.*

Artinya: Waspada dengan pemenuhan syarat-syarat hukum seperti adanya ketentuan kontrak yang dapat dipertanyakan lebih lanjut. Anjuran penasehat hukum akan membantu anda dalam pemilihannya secara tepat.

8. ***Attach Exhibits.*** *Sometimes it's a good idea to append attachments or exhibits to a contract. In addition to providing specific examples in certain cases, it enables you to use your base contract for many different transactions, while placing all specific documents that are particular to the transaction in an addendum or exhibit. But remember to refer to the addendum or exhibit in the main contract.*

Artinya: Sertakan berbagai lampiran khusus dalam bentuk *addendum*, *exhibit*, *attachment* yang diperlukan pada suatu transaksi kontrak utama.

9. ***Include Boilerplate.*** *You must include good "boilerplate" or "miscellaneous" clauses at the end of your contract. This standard language may seem trivial but can end up being tremendously important in the event of a dispute. For example, Attorney's Fees Provisions is boilerplate that says the legal fees and costs of the prevailing party will be paid by the nonprevailing party. This can amount to a lot of money in some lawsuits.*

Artinya: Sertakan klausula tambahan yang dirasa perlu dalam bentuk Ketentuan-Ketentuan Lain, karena hal ini membantu ketika timbul masalah.

Selain hal-hal penting mendasar yang telah diuraikan pada penjelasan diatas, perlu dipahami bahwa industri konstruksi dewasa ini tumbuh berkembang dengan pesat sehingga menimbulkan kebutuhan adanya keterlibatan banyak pihak, meningkatnya profesionalisme, eksistensi kontrak yang lebih detil dan kompleks, kecenderungan pemakaian model Perjanjian yang telah baku yang profesional seperti FIDIC, JCT, AIA, dan lain-lainnya.

2. Syarat-Syarat syah dan Daya Ikat Perjanjian,

Di dalam ketentuan pasal 1320 KUHPPerdata, disebutkan keberlakuan perjanjian di Indonesia memuat 4 (empat) syarat yang harus dipenuhi, yaitu:

1. adanya **kesepakatan** para pihak yang mengadakan perjanjian;
2. para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut mempunyai **kapasitas** (juga **kewenangan**) hukum untuk melakukan perjanjian;
3. **hal** yang diperjanjikan jelas; dan
4. **causa** perjanjian yang halal.

Penegasan terhadap keberlakuan dari perjanjian yang telah memenuhi keempat unsur tersebut sebagai suatu aturan hukum yang mengikat kedua belah pihak, ditegaskan dalam 1338 KUHPPerdata yaitu suatu Perjanjian merupakan suatu undang-undang bagi para pembuatnya (*pacta sunt servanda*).

Keberlakuan perjanjian sebagai sebuah undang-undang mengikat bagi para pihak dan memaksa para pihak untuk melaksanakannya. Karena Perjanjian memiliki akibat yang sangat besar terhadap para pembuatnya, maka Perjanjian sepatutnya dipersiapkan dan dibuat sebaik mungkin dengan mengingat asas kehati-hatian dan

kecermatan – *prudential principle* - untuk melindungi para pihak dan menjamin hal dipertjanjikan dalam Perjanjian terlaksana.

Menurut Wirjono Prodjodikoro:⁷⁹*tidak mungkin* ada suatu persetujuan (perjanjian) yang *tidak mempunyai “causa”*, oleh karena “causa” sebetulnya isi dari persetujuan, dan tiap-tiap persetujuan tentu mempunyai isi, bagaimanapun sedikit atau kecilnya. Suatu persetujuan bukanlah suatu tempat yang diisi, melainkan berupa *isi itu sendiri*. Pasal 1335 KUHPerdata menentukan bahwa suatu persetujuan yang *diadakan tidak dengan causa* atau dengan suatu causa yang palsu atau yang tidak diperbolehkan, adalah tidak mempunyai kekuatan (*mengikat*).

Perikatan (*verbintenissen*) yang terjadi karena persetujuan (*overeenkomst*) itu tidak hanya mengikat hal-hal yang dinyatakan secara tegas didalamnya, tetapi juga segala sesuatu menurut sifat persetujuannya diharuskan oleh keputusan, kebiasaan atau oleh undang-undang.⁸⁰

Dari panduan merancang kontrak oleh Dr. Budiono K, hlm 101, dapat dipahami bahwa sebenarnya, semua pernyataan sebagai janji pada akhirnya berakibat sebagai kontrak. Terkait dengan CPI vs Amarta Karya tentang notulen *prebid meeting & kickoff meeting*, walau sah tapi tidak mengikat, dan walaupun awalnya tidak dianggap kontrak pada akhirnya akan mempunyai akibat kontrak juga.

Mengapa demikian? Adanya kesepakatan yang mendefinisikan kontrak atau perjanjian antara dua pihak atau lebih; pemahaman bersama yang dicapai para pihak untuk melakukan transaksi bisnis, baik secara lisan maupun tertulis. Persyaratan

⁷⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perdjandjian*, Sumur, Bandung, 1960, hlm.34.

⁸⁰ Ketentuan pasal 1339 KUH Perdata.

kontrak dilengkapi dan dibatasi oleh hukum, karena hubungan kontraktual dibuat oleh dua pihak atau lebih yang memiliki potensi kepentingan yang saling bertentangan. Fungsi persyaratan adalah untuk melindungi para pihak dan untuk menjelaskan hubungan hukum khusus diantara para pihak (bila ketentuannya tak jelas, mendua arti, atau bahkan tak lengkap).

Suatu kepentingan merupakan sasaran dari hak, bukan hanya karena ia dilindungi oleh hukum, tetapi juga karena adanya pengakuan terhadapnya. Pengorganisasian kepentingan-kepentingan itu dilakukan dengan membatasi dan melindungi kepentingan-kepentingan tersebut. Memang, dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan-kepentingan tertentu hanya dapat dilakukan dengan cara membatasi kepentingan dipihak lain.⁸¹

3. Penafsiran Perjanjian

Pelaksanaan perjanjian berdasarkan kesepakatan-kesepakatan yang dituangkan kedalamnya berpeluang tidak menimbulkan perselisihan. Walau demikian, seringkali adanya perbedaan penafsiran terhadap kesepakatan dalam perjanjian dapat menimbulkan perselisihan diantara para pihak yang terikat didalamnya. KUH Perdata telah mengatur tata-cara penafsiran perjanjian, pada pasal 1342 sampai dengan pasal 1351, sebagai berikut:

1. jika kata-kata suatu perjanjian jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dari pada perjanjian dengan cara penafsiran;
2. jika kata-kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dilakukan penyelidikan terhadap maksud para pihak yang membuat para

⁸¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 53 – 54.

perjanjian tersebut daripada hanya berpatokan pada kata-kata dalam perjanjian;

3. jika terhadap suatu janji dapat diberikan dua macam pengertian, maka haruslah dipilih pengertian yang memungkinkan janji dalam perjanjian dapat dilaksanakan daripada memberikan pengertian yang tidak mungkin dilaksanakan;
4. jika terhadap kata-kata dalam perjanjian dapat diberikan dua macam pengertian, maka harus dipilih pengertian yang paling selaras dengan sifat perjanjian;
5. terhadap hal-hal yang menimbulkan keragu-raguan atas pengertian dan pelaksanaan perjanjian, maka hal yang meragukan tersebut haruslah ditafsirkan menurut kebiasaan dalam negara atau tempat dimana perjanjian dibuat;
6. hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan atau dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan dalam perjanjian;
7. semua janji yang dibuat dalam suatu perjanjian harus diartikan dalam hubungan satu sama lain, yaitu tiap janji harus ditafsirkan berdasarkan kesepakatan dalam perjanjian secara keseluruhan, artinya tidak dapat ditafsirkan sendiri-sendiri terlepas dari janji-janji lain dalam perjanjian;
8. jika terjadi keragu-raguan terhadap suatu hal dalam perjanjian, maka suatu perjanjian harus ditafsirkan atas kerugian orang yang telah meminta diperjanjikannya sesuatu hal, dan untuk keuntungan orang yang telah mengikatkan dirinya untuk itu.
9. betapa luas pun pengertian kata-kata yang digunakan untuk menyusun suatu perjanjian, perjanjian itu hanya meliputi hal-hal yang nyata-nyata dimaksudkan kedua belah pihak sewaktu membuat perjanjian. Jika dalam suatu perjanjian dinyatakan suatu hal untuk menjelaskan perikatan, hal itu tidak dianggap mengurangi atau membatasi kekuatan perjanjian itu menurut hukum dalam hal-hal yang tidak disebut dalam perjanjian.
10. apabila dalam suatu perjanjian disebutkan suatu contoh untuk menjelaskan obyek perjanjian itu, janganlah itu dianggap bahwa perjanjian tersebut hanya untuk yang disebutkan itu saja dan tidak berlaku untuk yang lain yang tidak disebutkan.

Ketentuan-ketentuan mengenai pedoman penafsiran diatas, di dalam KUHPerdara Belanda (NBW) yang mulai berlaku pada 1 Januari 1992, tidak berlaku lagi. Sekarang dianut suatu paham bahwa semua perjanjian harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik, berdasarkan tiga fungsi, yaitu: Pertama, semua kontrak harus ditafsirkan dengan itikad baik; Kedua, melaksanakan perjanjian dengan itikad baik

harus mengacu kepada kerasionalan dan kepatutan; dan Ketiga, itikad baik juga memiliki fungsi pembatasan.

Dalam permohonannya, PT Amarta Karya (Pesero) menyatakan dirinya sebagai Pemohon yang beritikad baik telah menafsirkan keadaan status quo bahwa PT CPI (Termohon) tidak mempunyai **itikad baik** untuk menyelesaikan kewajiban hukum utamanya yaitu melakukan pembayaran utang eskalasi yang mestinya telah jatuh tempo jauh hari sebelumnya.

Lebih jauh, Pemohon juga menafsirkan keadaan demikian, yaitu tidak melakukan pembayaran atas hal yang telah disepakati kedua belah pihak sesuai dokumen kontrak sehingga menimbulkan kerugian sebesar Rp. 4.85 MM, sebagai ingkar janji (**wanprestasi**) dari pihak Termohon.

Apakah sesungguhnya itikad baik dalam kaitan dengan adanya permintaan ataupun klaim eskalasi harga itu? Apakah permintaan atau klaim Pemohon tidak mendapat tanggapan sehingga menimbulkan kerugian dan karenanya patut dikategorikan sebagai ingkar janji (wanprestasi)?

Untuk dimengerti dan dipahami, prinsip itikad baik sebagai prinsip terpenting dalam hukum perjanjian ini mengandung makna yang berbeda, khususnya diantara sistem hukum kontinental (*Civil Law*) dan sistem hukum AngloSaxon (*Common Law*). Mengapa hal ini perlu dimengerti dan dipahami?

Sebagai salah satu pihak dalam sengketa ini, PT Caltex Pacific Indonesia yang merupakan salah satu perusahaan multinasional yang beroperasi di Indonesia dimana Chevron Inc. dan Texaco Inc. merupakan induk perusahaan minyak yang berkedudukan di Amerika Serikat. Seperti halnya hukum Inggris yang menganut

sistem *Common Law*, hukum Amerika Serikat juga berpendirian bahwa **itikad baik hanya ada setelah kontrak ditandatangani**.⁸²

Untuk itu, dapat dimengerti bahwa walaupun beroperasi di Indonesia, pemahaman hukum perusahaan itu mau tak mau terpengaruh system *Common Law*.⁸³ Dalam sistem *Common Law* di Amerika Serikat, arti itikad baik tidak lain adalah “kejujuran dalam perilaku atau kejujuran dalam bertransaksi dagang, termasuk didalamnya adalah kejujuran dalam fakta (*honesty in fact*) dan penghormatan terhadap standar-standar dagang yang wajar (*observance of reasonable commercial standards*) dan transaksi dagang yang jujur (*fair dealing in the trade*)”.⁸⁴

Disatu pihak yang lain pada sengketa ini, PT Amarta Karya (pesero) adalah perusahaan nasional dengan lingkup usaha dibidang pemborongan jasa konstruksi yang terkadang mengerjakan proyek dengan skala internasional, didalam dan luar negeri. Dalam kapasitasnya sebagai salah satu perusahaan nasional dan berdasarkan pertimbangan adanya klausula perjanjian arbitrase, PT Amarta Karya dalam sengketa dengan PT Caltex Pacific Indonesia mengajukan permohonan arbitrase ke Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) di Jakarta - Indonesia.

⁸² Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 26. Lebih lanjut, **UCC** (Uniform Commercial Code) dan **Restatement Code (Second) of Contracts** meletakkan kewajiban itikad baik pada para pihak dalam melaksanakan kontrak. Section 1-203 UCC menyatakan “*Every contractor duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement*”; sedangkan Section 205 The Reinstatement Code (Second) of Contracts menyatakan bahwa “*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement*”. Dari kedua Codes tersebut UCC mengatur prinsip itikad baik secara lebih sempit. UCC tidak meletakkan kewajiban “*fair dealing*” dan UCC membatasi itikad baik yang berarti “*honesty in fact*”. Lihat Richard A. Hesse, “*Good Faith and Fair Dealing*”, *Retail Financial Services: Current Developments*, 1988, hlm. 265.

⁸³ Selain itu, kriteria besaran pada nilai tuntutan hukum (litigasi maupun arbitrase), sesuai peraturan dengan persetujuan Migas, perjanjian yang dibuat di Indonesia memperkenankan penentuan pilihan penyelesaian hukum oleh Caltex Corporation dapat dilakukan di Indonesia atau di Singapura.

Dalam sistem hukum Civil Law yang dianut di Indonesia, pendekatan terhadap prinsip itikad baik dalam berkontrak menitik beratkan pada hubungan para pihak. Hubungan ini mensyaratkan kewajiban itikad baik bukan saja ketika kontrak ditandatangani, tetapi juga sebelum kontrak ditutup. KUHPerdara Indonesia yang awalnya diadopsi dari BW Belanda mensyaratkan bahwa semua kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik dan penafsiran (kontraktualnya) pun harus disertai dengan kebiasaan. Hukum kebiasaan sebagai hukum tidak tertulis juga merupakan sumber hukum selain UU formil, yurisprudensi, doktrin para pakar, traktat. Mengacu pada rumusan hukum kontrak internasional oleh Sudargo Gautama, maka hukum kontrak nasional dapat pula diartikan sebagai hukum kontrak internasional tanpa adanya unsur asing.

Ciri dan substansi hukum kontrak internasional adalah adanya ketentuan-ketentuan yang memuat hukum kebiasaan internasional (*new lex mercatoria*).⁸⁴ *Lex Mercatoria* atau *the law of merchant* menurut Prof. Berthold Goldman sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf didefinisikan sebagai: *a set of general principles and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular system of law*.⁸⁶ Mengingat fluktuasi kenaikan harga minyak mentah dunia yang terus meningkat tajam dan dibayangi net pemakaian BBM yang terus meningkat serta produksi minyak dalam

⁸⁴ Huala Adolf, *op.cit.*; mengutip dari “*Global Harmonization of Contract Laws - Fact or Fiction?*”, *Construction Law Journal*, 2004, hlm. 15.

⁸⁵ Huala Adolf, *ibid*, hlm 39. Menurut Randall dan Norris ada dua masalah utama mengenai status *new lex mercatoria*, yaitu: Pertama, status *new lex mercatoria* sebagai sumber hukum yang sah yaitu karena sumber hukum ini tidak diciptakan oleh lembaga hukum yang sah; Kedua, sumber hukum ini juga menjadi sumber hukum yang digunakan oleh badan arbitrase untuk memutus sengketa.

⁸⁶ Huala Adolf, *ibid.*, hlm. 55.

negeri yang makin menurun, adanya kenaikan BBM sebagai kebijakan pemerintah Republik Indonesia merupakan hal yang controversial yang sering sulit diputuskan untuk diberlakukan. Ditanah air, yang menjadi masalah adalah kebijakan pemerintah. Pihak asing menganggap kebijakan pemerintah ini bukanlah keadaan kahar / *force majeure* / *overmacht*, tetapi pengusaha dalam negeri menganggapnya sebagai keadaan kahar. Karena itu, apakah kebijakan pemerintah itu merupakan suatu keadaan kahar atau tidak diserahkan sepenuhnya (harus diantisipasi – *front end loading principle*) kepada kesepakatan para pihak dalam merumuskannya didalam perjanjiannya, seperti adanya kemungkinan eskalasi harga karena kenaikan harga BBM.

4. Perubahan Keadaan dan Pengaruhnya terhadap Perjanjian

Perubahan keadaan yang berpengaruh pada perjanjian sering diartikan sebagai Keadaan Kahar atau *Force Majeure* atau *Overmacht*, yaitu keadaan yang terjadi diluar kekuasaan para pihak yang mengakibatkan salah satu atau semua pihak tidak dapat melaksanakan kewajiban dan/atau haknya tanpa harus memberikan alasan sah kepada pihak lainnya untuk mengajukan klaim atau tuntutan terhadap pihak yang tidak dapat melaksanakan kewajibannya (dan/atau haknya). Penggolongan resiko yang dapat dicakup oleh keadaan kahar secara umum meliputi:

- a) Timbulnya perang, pemberontakan, perang saudara, kekacauan, dan huru-hara.
- b) Bencana alam yang *dinyatakan resmi* oleh pemerintah, seperti adanya: banjir, gempa bumi, badai, gunung meletus, tanah longsor, angin topan.
- c) Keadaan yang *ditetapkan dalam perjanjian*, seperti wabah penyakit, pemogokan, kebakaran, kebijakan moneter, dll.

Keadaan kahar ini tidak termasuk hal-hal yang merugikan yang disebabkan oleh perbuatan atau kelalaian para pihak. Keterlambatan pelaksanaan pekerjaan yang diakibatkan oleh karena terjadinya keadaan kahar tidak dapat dikenakan sanksi.

Merupakan suatu hal yang wajar untuk menetapkan secara dini, pada perjanjian konstruksi jalan dengan jangka kerja relatif lama, eskalasi harga yang merupakan resiko diluar keadaan kahar adalah sebagai antisipasi perubahan keadaan yang disebabkan adanya perubahan nilai mata uang yang signifikan atau inflasi, ataupun adanya kebijakan pemerintah yang berpengaruh pada perekonomian yang akan berimbas pada proyek.

Dengan minimnya ketentuan hukum yang ada, siapa yang menanggung kerugian akibat terjadinya keadaan kahar yang demikian, diserahkan pada kesepakatan para pihak untuk mengaturnya. Hal ini menyebabkan kedudukan dan peranan suatu perjanjian konstruksi yang komprehensif menjadi semakin penting artinya; karena menurut hukum di Indonesia, hal-hal yang diatur dalam kontrak menjadi undang-undang atau kekuatannya sama dengan kekuatan undang-undang bagi para pihak.⁸⁷

Dalam menyikapi perubahan keadaan dalam pelaksanaan perjanjian, karena terjadinya kenaikan BBM hingga lebih dari 100%, permintaan eskalasi harga dapat disikapi dari berbagai sudut pandang sebagai berikut:⁸⁸

⁸⁷ Munir Fuady, *Kontrak Pemborongan Mega Proyek*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2002, hlm. 6.

⁸⁸ Dianalogikan oleh penulis dari Fons Trompenaars & Charles HampdenTurner, *Riding the waves of culture – Understanding Cultural Diversity in Business*, Nicholas Brealey Publishing Limited, Sonoma, CA, USA, 1997, p.47.

- a. Kontrak adalah kontrak, bila harga BBM naik kedua pihak tak perlu saling menyalahkan. Sikap atau respon yang terjadi dari Pengguna Jasa berkemungkinan sebagai berikut:
 - a.1. Hubungan kontrak macam apa yang Pemberi Jasa maksudkan? Toh Pengguna Jasa telah memperoleh kesepakatan sehingga dalam tawar menawar akan menang. Titik.
 - a.2. Pengguna Jasa, bagaimanapun, wajib mempertimbangkan suatu kontrak lain yang ketentuan-ketentuannya akan membantu mengurangi kerugian Pemberi Jasa.
- b. Kontrak merupakan simbol hubungan relasi, yaitu pernyataan tentang itikad baik dari maksud semula.
 - b.1. Ketentuan-ketentuan kaku terlalu rapuh untuk bertahan terhadap keadaan-keadaan yang secara drastis telah berubah; hanya bentuk-bentuk kerja sama yang *tacit*⁸⁹ memiliki kelenturan untuk bertahan.
 - b.2. Ketika keadaan mentransformasi semangat kerja sama kontrak, maka ketentuan-ketentuan harus dinegosiasi ulang untuk mempertahankan hubungan relasi.

Dikatakan bahwa sudut pandang itu terkait dengan budaya masyarakatnya, sehingga ada dua kelompok dominan yang dikategorikan sebagai *universalist* dan *particularist*. Bagi masyarakat Barat, khususnya Amerika Serikat (kelompok *universalist*) sebagaimana dikumandangkan Lawrence M. Friedman, hukum adalah tentang hak (rights) sehingga menegakkan hukum kontrak adalah menegakkan hak yang merupakan kewajiban pihak lain. Kontrak merupakan dokumen hukum, dan bila terbit perselisihan, kedua pihak harus kembali pada kontrak. Disisi lain, masyarakat timur yang mempunyai tradisi yang berakar dari nilai-nilai ajaran Confusius

⁸⁹ Dari beberapa ensiklopedia, arti Tacit adalah **1** : expressed or carried on without words or speech (the blush was tacit answer -- Bram Stoker), **2** : implied or indicated (as by an act or by silence)

(kelompok *particularist* seperti Cina, Korea, dan Jepang), kontrak tidak lebih simbol kerja sama dan bukan dokumen hukum yang selalu berdampingan dengan hukuman. Karena bukan dokumen hukum maka kontrak dapat dirubah setiap saat, yaitu ketika terjadi perubahan keadaan.⁹⁰ Hubungan bisnis adalah lebih pada hubungan kepercayaan (personal - *particularist*) daripada hubungan hukum, *trust the people than the paper*.⁹¹

Penerapan rumus eskalasi harga pada perjanjian dimaksudkan untuk mengantisipasi kenaikan harga akibat inflasi karena rentang waktu pelaksanaan proyek sehingga Pemberi Jasa tidak harus menaksir besarnya kenaikan harga pada waktu memasukkan penawaran/bid (proposal), terutama untuk kontrak yang waktu pelaksanaannya melebihi 12 – 24 bulan. Pada kontrak yang dibiayai dengan Bantuan Luar Negeri seperti JICA USAids dll dengan waktu pelaksanaan lebih dari 2 (dua) tahun mengharuskan pencantuman rumus eskalasi.

Disebutkan pada awal tesis ini bahwa suatu pekerjaan pemborongan konstruksi mengandung banyak resiko, sehingga perlu diadakan identifikasi, telaah

but not actually expressed < tacit consent > < tacit admission of guilt >; - **tac·it·ly** *adverb* ; - **tac·it·ness** *noun*.

⁹⁰ Bagaimana dengan Indonesia? Adanya pluralisme hukum dan pengaruh globalisasi di Indonesia, bila tidak disikapi dengan bijak dan bajik akan berpeluang menimbulkan pertentangan dan ketidak konsistenan hukum. Menurut Prof. Erman RAjagukguk, kondisi pluralisme hukum yang ada di Indonesia menyebabkan banyak permasalahan ketika hukum dalam kelompok masyarakat diterapkan dalam transaksi tertentu atau saat terjadi konflik, sehingga ada kebingungan tentang hukum yang manakah yang berlaku untuk individu tertentu dan bagaimana seseorang dapat menentukan hukum mana yang berlaku padanya.

⁹¹ Erman Rajagukguk, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, materi kuliah Program Pasca Sarjana untuk Magister Hukum di FH UII Yogyakarta; dan juga Syahmin AK, *Hukum Kontrak Internasional*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, halaman 94 – 95.

analisis, respon atau tanggap darurat. Secara teoritis, ada beberapa alternatif untuk mengatur dan mencegah resiko, sebagai berikut:⁹²

- a) Dengan Premium tertentu, resiko ditransfer ke pihak lain dalam kontrak;
- b) Resiko dapat diterima asal tidak berat sebelah;
- c) Resiko dapat dihindari oleh kedua belah pihak;
- d) Resiko dapat dialihkan kepada pihak ketiga dengan premium tertentu (garansi atau asuransi).

Resiko pada jasa konstruksi yang banyak dijumpai dalam praktek menurut John Murdoch dikategorikan sebagai berikut:⁹³

- a) Resiko fisik: Resiko berkenaan dengan keadaan fisik tentang tanah, keadaan artifisial yang menyebabkan kerusakan, material dan workmanship yang rusak atau dapat merusak, biaya terhadap pengetesan dan sampel, keadaan cuaca yang tidak bersahabat, penyediaan lokasi yang tidak tepat, ketidaklayakan dari buruh, staf, plant, material, waktu dan pendanaan.
- b) Resiko Penundaan dan Sengketa: Termasuk dalam hal ini adalah kepemilikan lokasi, pembebasan tanah, terlambatnya mensupply informasi, pelaksanaan pekerjaan yang tidak efisien, penundaan diluar kontrol para pihak, dan sengketa-sengketa yang timbul;
- c) Resiko Pengurusan dan Supervisi/Pengawasan: Misalnya ada pengawas yang tidak kompeten, tidak efisien, tidak reasonable, keberpihakan, kurang komunikasi, kesalahan dalam dokumentasi, kesalahan dalam desain, tidak memenuhi sepenuhnya persyaratan-persyaratan yang ditentukan, kurang jelas dan kurang spesifiknya persyaratan, kurang tepat dalam memilih konsultan, kontraktor perubahan persyaratan, dll;
- d) Resiko Kerugian terhadap Orang dan Properti: Dalam hal ini termasuk kelalaian dan tidak dipenuhinya warranty, ada hal yang tidak dicakup oleh asuransi seperti perang, keterbatasan waktu dan kejadian yang diliput oleh asuransi, dll.
- e) Resiko karena Faktor Eksternal: Termasuk resiko dalam kategori ini adalah perubahan policy pemerintah tentang pajak, perburuhan, UU Keamanan dan Gangguan, keterlambatan perolehan ijin atau persetujuan, masalah dana, akibat-akibat dari perang, kerusakan social, intimidasi, pemogokan buruh, dll.
- f) Resiko Pembayaran: Misalnya ada devaluasi, inflasi yang tinggi, gejolak mata uang, terlambatnya penyelesaian klaim dan sertifikasi, adanya batas-batas menurut hukum tentang perolehan bunga, kepailitan salah satu pihak yang terlibat, biaya untuk penggantian plant dan manajemen;

⁹² Munir Fuady, *op. cit.*, hlm. 4.

⁹³ *Ibid*

- g) Resiko Hukum dan Penyelesaian Sengketa: Termasuk dalam hal ini adalah terulurnya waktu dalam penyelesaian sengketa, ketidakadilan, ketidakpastian putusan pengadilan, ketidakpastian karena kekurangan atau kekaburan dokumen, biaya untuk proses peradilan/arbitrase, perubahan perundang-undangan yang berlaku, penafsiran baru dari pengadilan terhadap masalah-masalah terkait, dll.

Salah satu cara mengatasi resiko yang mungkin terjadi dalam suasana ketidakpastian tentang kenaikan BBM pada saat pelelangan, bila tidak diatur sebelumnya lewat tersedianya klausula eskalasi harga sebagaimana lazimnya pada proyek-proyek pemerintah ataupun swasta, sewajarnya untuk dibicarakan secara *amicable* dan tegas, jangan sampai menimbulkan penafsiran yang lain.

5. Perjanjian Tersamar

Tidak semua kontrak dapat terlihat dengan jelas adanya kata sepakat. Namun sampai batas-batas tertentu (hal tertentu dan memenuhi syarat tertentu), kontrak dianggap telah terbentuk, sungguhpun kesepakatan kehendak tidak jelas-jelas kelihatan; sehingga sering pula disebut sebagai kontrak *implied-in-law*. Kontrak tersamar ini diketemukan baik dalam tradisi hukum Eropa Kontinental (*Civil Law*) maupun tradisi hukum AngloSaxon (*Common Law*).⁹⁴ Walau demikian, pemahaman tentang kontrak tersamar secara tegas memang berasal dari tradisi hukum yang terakhir ini. Kewajiban yang ditimbulkan oleh hukum untuk alasan keadilan, merupakan suatu kontrak yang konstruktif, keharusan adanya suatu kewajiban menetapkan suatu kontrak, atau Kontrak tersamar secara hukum – *Contract Implied in Law*.

Ketentuan-ketentuan kontrak tersamar dalam tradisi Civil Law terkait pada kebiasaan dan kepatutan sebagaimana dibunyikan pada ketentuan pasal 1339 KUH Perdata, "*Persetujuan tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas*

⁹⁴ Munir Fuady, *Hukum Kontrak dari sudut pandang Hukum Bisnis, Op Cit.* (buku pertama), hlm. 59

dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan, diharuskan oleh keputusan, kebiasaan, atau undang-undang". Ketentuan tersebut terkait dengan bunyi ketentuan pasal 1347 KUH Perdata, *"Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam persetujuan meskipun tidak dengan tegas dinyatakan"*. Selain saling melengkapi, kedua ketentuan tersebut mengandung arti adanya nilai yang disetujui. Artinya, kebiasaan yang telah diakui untuk suatu perjanjian tertentu (dalam hal ini perjanjian jasa konstruksi), disamping hal-hal yang telah disetujui secara khusus oleh para pihak.

Kontrak tersamar yang diistilahkan dalam bahas Inggris sebagai *"Quasi Contract"* merupakan istilah yang tepat untuk suatu jenis keanekaragaman dari hubungan-hubungan legal/hukum yang mempunyai ciri umum bahwa tanpa persetujuan – dinyatakan maupun tidak – dan terkadang tanpa delik atau pelanggaran kewajiban pada salah satu pihak, pihak A telah dipaksa untuk membayar atau menyediakan sesuatu yang untuk itu pihak B seharusnya telah membayar atau menyediakan sesuatu, atau B telah menerima sesuatu yang seharusnya A yang menerimanya. Hukum dalam hal-hal demikian meletakkan suatu kewajiban pada B untuk kebaikan A yang mana memang merupakan haknya A.⁹⁵ Kontrak tersamar secara hukum ini merupakan satu-satunya jenis kontrak yang sebenarnya sama sekali

⁹⁵ Contoh: Seseorang menolong seorang pasien yang dalam keadaan tak sadar, kemudian dia menyerahkannya kepada seorang dokter untuk merawat pasien tersebut. Setelah dokter mengobati dan merawatnya hingga sadar/sembuh, secara langsung atau tidak langsung, sipasien terikat untuk membayar jasa dokter dan ongkos perawatannya; sungguhpun pasien tak pernah memberikan persetujuannya kepada dokter itu untuk melakukan perawatan tersebut. Dalam hal ini, semata-mata untuk pertimbangan keadilan, maka hukum mengasumsikan telah terjadi suatu kontrak antara dokter dengan pasien.

tidak ada unsur kesepakatan kehendak diantara para pihak, tetapi oleh hukum diasumsi adanya unsur kesepakatan kehendak tersebut. Secara umum, agar suatu kontrak tersamar ini dapat diakui, perlu pemenuhan unsur-unsur berikut:⁹⁶

- (1) Pengharapan untuk pembayaran bagi pihak yang menyerahkan barang/jasa.
- (2) Pengetahuan untuk dibayar. Disini pihak yang menerima barang/jasa patut mengetahui bahwa pihak yang menyerahkan jasa/barang mengharapkan untuk dibayar ketika diserahkannya barang/jasa tersebut.

Pengertian yang diperoleh dari Wikipedia Encyclopedia tentang kontrak semu atau *quasi contract* dalam *Common Law*:⁹⁷

*"A quasi-contract, also an implied-in-law contract, is a legal substitute for a contract. A quasi-contract is a **contract that should have been formed**, even though in actuality it was not. It is used when a court wishes to create an obligation upon a non-contracting party to avoid injustice."*

Terjemahan bebasnya:

Suatu kontrak semu, juga dikenal sebagai kontrak diam-diam, merupakan suatu pengalihan hukum untuk suatu kontrak. Sebuah kontrak semu merupakan suatu kontrak yang seharusnya sudah terbentuk, meskipun secara faktual tidak demikian. Hal ini dipakai bila suatu pengadilan berkehendak menciptakan suatu kewajiban terhadap suatu pihak yang tidak terikat secara kontraktual untuk menghindari keadilan.

Penjelasan pada kontrak tersamar bahwa:⁹⁸

*"The legal theory supporting the contractor's recovery is sometimes referred to as **quantum meruit** or quasi contract recovery **based on the owner's implied promise to pay for the benefit** rather than on the contract between the parties".*

Terjemahan bebasnya:

Teori hukum yang mendukung pemulihan (kerugian) kontraktor yang diistilahkan sebagai *quantum meruit* atau pemulihan kontrak semu berdasar

⁹⁶ Munir Fuady, *ibid*, hlm. 50

⁹⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/16_September_2007/ 22.00

⁹⁸ Jeremiah D. Lambert & Lawrence White, *Handbook of Modern Construction Law*, Prentice-Hall, Inc. – Englewood, NJ, USA, 1982, hlm. 116. Koersif penebalan huruf oleh penulis.

janji secara diam-diam oleh pemilik untuk membayar suatu kenikmatan, dari pada kontrak (yang tersurat) diantara para pihak.

Berdasar teori *Quantum Meruit* (ketentuan ini artinya: *as must as he deserved*) memungkinkan Pengadilan memutuskan bahwa pihak kontraktor berhak atas tambahan biaya atas pekerjaan tambahan tersebut, karena pekerjaan tambahan tersebut tidak dapat diantisipasi ketika dimulainya pembangunan proyek tersebut. Hal penting untuk membedakan kontrak tersamar (*Quasi-Contract*) dan kontrak sejati (*True Contract*) dapat dijelaskan sebagai berikut: Pada kontrak tersamar, **kewajiban** menentukan kontrak (*the duty defines the contract*); sedangkan pada kontrak sejati, **kontrak** menentukan kewajiban (*the contract defines the duty*).⁹⁹

Selain Kontrak Tersamar secara Hukum dikenal pula Kontrak Tersamar secara Fakta yaitu adanya kesepakatan secara diam-diam dalam kontrak. Syarat-syarat yang diam-diam (*implied terms*) adalah syarat-syarat yang tidak ditentukan secara tegas mengenai suatu hal dalam perjanjian.¹⁰⁰

Bagaimana dengan kemungkinan terjadinya perjanjian tersamar pada masalah yang ditinjau terutama yang terkait dengan risalah prebid meeting dan kickoff meeting? Dalam pelelangan dengan metode/cara dua tahap dipakai evaluasi kualitas pada tahap pertama dan evaluasi biaya pada tahap kedua, penyusunan berita acara penjelasan dokumen (seleksi dan pelelangan) beserta perubahannya merupakan kejadian penting yang harus didokumentasi secara baik dan benar. Kemudian,

⁹⁹ Clarence W. Dunham, et al, *Op Cit*, hlm. 19.

¹⁰⁰ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982, hlm.127.

sebelum kontrak dipersiapkan untuk ditandatangani, sepantasnya pula diperlukan tahapan klarifikasi dan negosiasi yang meliputi teknis dan biaya.

Semua peserta lelang, setelah mempelajari dokumen lelang, akan menafsirkan berbagai ketentuan dalam dokumen lelang dalam bentuk pertanyaan yang memerlukan konfirmasi dari penyelenggara. Adanya komunikasi dua arah atau kesepakatan penafsiran yang timbal-balik dalam suatu forum resmi untuk hal demikian, dalam jasa pemborongan jasa konstruksi, sering diistilahkan dengan *aanwijzing* atau rapat penjelasan pelelangan. *Aanwijzing* atau *prebid meeting* ini sangat penting karena merupakan salah satu bagian pokok dari rangkaian proses persiapan lelang. Berbagai pertanyaan dapat diajukan secara lisan atau tertulis. Tim/Panitia Lelang merespon secara tertulis pertanyaan-pertanyaan tersebut; dan merangkum keseluruhan tanya jawab tersebut dalam suatu BAP (Berita Acara Penjelasan Lelang - *Aanwijzing*).

Merupakan suatu kelaziman pada berbagai kontrak nasional di Indonesia, bahkan pada kontrak yang bersifat internasional, bahwa tanya - jawab dalam bentuk BAP atau *aanwijzing* (untuk jasa pemborongan konstruksi lewat pelelangan) merupakan satu kesatuan dengan dokumen lelang, menjadi addendum kontraktual yang sifatnya mengikat. Bagi Pemenang Lelang, dokumen lelang dengan menyertakan BAP setelah ditandatangani kedua pihak akan menjadi dokumen perjanjian. Bila karena suatu hal, pengintegrasian ketentuan/kesepakatan BAP ke dalam dokumen perjanjian tidak dilakukan, maka kesepakatan itu tak dapat terhapus demikian saja. Konsekuensinya, pemulihannya oleh yang berwenang dapat dilakukan lewat penafsiran dan pengakuan terjadinya perjanjian tersamar atau diam-diam.

B. Proses Terjadinya Perjanjian Konstruksi

Diadakannya pemborongan konstruksi dimengerti akan memberi peluang bagi kedua pihak memperoleh keuntungan lewat efisiensi pelelangan. Dalam perancangan perjanjian konstruksi, beberapa prinsip penting yang mendasar pada faktor ekonomi harus mendapat perhatian, yaitu tentang peralihan resiko, perubahan kontrak, penalti, keadaan kahar, dan alasan pemutusan perjanjian. Peralihan resiko atas kerugian yang timbul merupakan prinsip yang berlaku untuk jenis-jenis perjanjian tertentu, termasuk perjanjian jasa konstruksi, tanpa perlu memperjanjikannya dalam perjanjian bersangkutan, kecuali jika para pihak menginginkan peraturan peralihan resiko yang lain dari yang ditetapkan undang-undang. Klausul perubahan kontrak (*renegotiation clause*) dalam perjanjian mencerminkan sifat fleksibilitas untuk kontrak-kontrak jangka panjang.¹⁰¹

Ada berbagai jenis kontrak berdasarkan pembentukannya, dan mengingat sifat pekerjaan peningkatan, perbaikan, perawatan jalan dengan bahan tambahan kimiawi untuk lebih mendayagunakan sifat pemadatan tanah, maka sejak perancangan ditentukan kontrak jasa konstruksi berdasarkan *unit-price* atau *unit-rate*. Suatu kontrak jasa konstruksi berdasar harga satuan (*unit-price*) adalah kontrak didalam mana pembayaran pekerjaan dilakukan atas dasar perkiraan volume dari item pekerjaan yang telah dinyatakan secara khusus dan dibayar berdasar progress

¹⁰¹ Lihat Syahmin AK, *Hukum Kontrak Internasional*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2006, hlm. 98 – 101. Klausul perubahan kontrak ini jangan dilihat sebagai jalan bagi salah satu pihak untuk lari dari kewajibannya, tetapi bagaimana kontrak tersebut dapat memberikan jaminan; bagaimana kontrak tersebut dapat memberikan jaminan bahwa kedua belah pihak sama-sama mendapat keuntungan, ketika situasi dan kondisi telah berubah dibandingkan pada saat ditandatanganinya kontrak. Memasukkan klausul ini dalam kontrak dapat mengurangi timbulnya perselisihan karena memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menyesuaikan kontrak.

pekerjaan yang senyatanya telah dilaksanakan (secara aktual). Kontrak *unit price* dilakukan bila dokumen tender karena suatu sebab belum sepenuhnya siap atau pekerjaannya mengandung resiko/kesulitan yang belum dapat diperkirakan awalnya.

Bagi kedua belah pihak, jenis kontrak ini merupakan kontrak paling adil pembagian risikonya. Pemberi jasa atau kontraktor menanggung resiko harga satuan yang dikuasai olehnya, sedangkan pengguna jasa menanggung resiko volume pekerjaan yang hanya dikuasai olehnya pula. Konsekwensi adanya *unbalanced bid* demikian adalah harga total kontrak dapat membengkak ataupun menyusut. Adanya ketidak seimbangan demikian wajar-wajar saja dalam suatu pelelangan dan bukan merupakan suatu larangan. Risikonya kerugian bagi kontraktor bila harga satuan yang ternyata kemudian merugi justru volumenya ditambah, sementara itu harga satuan yang menguntungkan justru dikurangi volumenya. Kerugian bagi kontraktor disini merupakan keuntungan bagi pemilik, begitu pula sebaliknya.

Unbalance bid untuk profitabilitas. Disisi lain, prakiraan tersebut memungkinkan pemberi jasa mencantumkan harga satuan yang tidak sewajarnya dengan cara mengurangi nilai harga satuan pada beberapa pekerjaan yang berpotensi akan/dapat ditiadakan atau dikurangi volumenya; dan sebaliknya. Cara ini menjadi berbahaya bila prakiraannya menjadi sebaliknya. Hal ini diistilahkan sebagai *unbalanced bid* untuk suatu profitabilitas.

Unbalance bid untuk likuiditas. Disini, oleh Pemberi Jasa, harga satuan pekerjaan yang dilaksanakan diawal proyek sengaja dibuat lebih besar daripada semestinya. Tujuannya agar penerimaan pembayaran diawal proyek lebih banyak dari semestinya sehingga meringankan modal kerja. Risikonya adalah harga satuan

pekerjaan diakhir proyek mendapat harga satuan yang lebih kecil dari semestinya; padahal umumnya saat itu harga-harga sudah merambat naik. Cara ini berbahaya baik untuk kontraktor maupun untuk sipemilik. Bila ada kontraktor melakukan hal ini biasanya dikarenakan tidak adanya uang muka (*advanced payment*) diawal proyek.

Dari apa yang telah diuraikan dalam latar belakang pada BAB I - PENDAHULUAN, dipahami bahwa pembangunan infrastruktur secara kontrak pemborongan dalam praktek telah merupakan suatu usaha bisnis jasa konstruksi yang seharusnya menguntungkan kedua belah pihak. Seperti halnya dengan perdagangan, transaksi jasa konstruksi dilakukan melalui pemborongan, yaitu perjanjian dengan persyaratan yang disepakati.

Dalam menyiapkan dokumen perjanjian konstruksi, berbagai hal yang berpotensi menimbulkan masalah sepatutnya diantisipasi dan dimitigasi secara dini agar didalam proses pelaksanaan nantinya segala sesuatunya berjalan lancar sebagaimana diharapkan. Walau demikian - terkadang, selengkap apapun perjanjian dibuat, selalu ada saja yang membuat keadaan menjadi bermasalah. Selain negosiasi, mediasi, konsiliasi; salah satuantisipasi penyelesaian sengketa adalah adanya klausula arbitrase dalam perjanjian. Adanya masalah yang tidak segera mendapat penyelesaian secara *win-win solution*, sesuai kesepakatan dalam kontrak/perjanjian, akan berujung pada timbulnya sengketa yang harus diselesaikan secara arbitrase.

Risalah Prebid Meeting tanggal 25 Juli 2000 - butir no. 4 - menyebutkan bahwa lelang dilaksanakan berdasarkan ketentuan sebagaimana tertulis dalam SK Pertamina No. 027/C0000/2000-SO tentang Pengelolaan Rantai Suplai Kontraktor Kontrak Kerja Sama. Tinjauan pada Related Provisions BAB IV E.5 tertulis

”Perjanjian/Kontrak/SP/PO yang jangka waktunya lebih dari 1 tahun dapat memuat rumusan mengenai penyesuaian harga kontrak. Rumusan penyesuaian harga kontrak dimaksud akan diatur tersendiri.” Tak ada penjelasan lebih lanjut mengenai pengaturan tersendiri yang dimaksud.

Selain itu, atas pertanyaan salah satu peserta lelang tentang ketentuan mengenai eskalasi harga, dijawab bahwa eskalasi harga dimungkinkan **sesuai dengan situasi dan kondisi yang berlaku**. Tidak ada penjelasan lebih lanjut tentang hal itu. Pertanyaan tentang eskalasi harga berlanjut pada *Kick-off Meeting* dan dikonfirmasi (ditegaskan) oleh Panitia Lelang bahwa **eskalasi harga dibolehkan**, tetapi hanya biaya BBM **saja** dan **komponen terimbas**; sedangkan penyebab lain (seperti adanya inflasi, asuransi, dll) bisa diajukan sebagai alasan untuk permintaan eskalasi.¹⁰² Mengomentari hal “ketidak jelasan” yang diberikan tentang penulisan diatas, berikut dikutip tulisan David Melinkoff dalam bukunya yang berjudul *”Legal Writing: Sense & Nonsense”* sebagai berikut:¹⁰³

Unclear legal writing is one of the oldest causes of litigation. It is also the oldest cause of popular complaint about legal writing. Today the old complaint has more substance than ever. The law directly touches (or hits) more people. More people are expected to understand some legal writing. More people are trying to understand some legal writing.

¹⁰² Komentar Penulis: Jawaban yang diberikan Panitia Lelang merupakan suatu pernyataan terbuka yang seharusnya tidak diberikan secara sembrono, dan sebaiknya juga dimintakan pendapat (suatu umpan balik) dari peserta lelang, untuk terbitnya suatu kepastian. Pernyataan “.....tetapi hanya biaya BBM **saja**”, yang kemudian ditambahi “dan komponen terimbas; penyebab lain” menunjukkan adanya kerancuan karena menimbulkan arti yang saling bertentangan – *culpa lata*.

¹⁰³ Mellinkoff, David, *Legal Writing, Sense and Nonsense*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, USA, 1982, hlm. 61. Contoh tentang pentingnya tanda-tanda baca (*punctuation*) pada dua kalimat berikut: Apakah yang anda maksudkan

ini
The defect in my opinion is
the lack of any mention of
Jones v. Smith.

atau

ini
The defect, in my opinion,
is the lack of any mention
of *Jones v. Smith*

Artinya:

Penulisan hukum yang tidak jelas merupakan salah satu alasan lama terjadinya litigasi. Sekarang keluhan lama itu makin menjadi lebih berarti dibanding sebelumnya. Hukum makin menyentuh lebih banyak orang. Lebih banyak orang diharapkan mengerti cara-cara penulisan hukum. Lebih banyak orang sedang mencoba memahami penulisan hukum.

Suatu kontrak umumnya tidak berdiri sendiri, tetapi merupakan bagian dalam suatu rangkaian pembicaraan, kesepakatan, dan bahkan perjanjian-perjanjian lain. Seringkali karena banyaknya hal yang harus dijangkau dari rangkaian demikian oleh para pihak, mereka memandang perlu untuk menyatakan suatu perjanjian sebagai suatu kesepakatan yang merupakan kesimpulan dan bersifat final. Tetapi tidak selalu demikian halnya yang dipahami masing-masing pihak. Dari pemahaman demikian, ada beberapa kemungkinan pengaturan mengenai keseluruhan kontrak (*Entire Contract*, yang berbeda dengan *Divisible/Severable Contract*) sebagai berikut:¹⁰⁴

1. Kontrak yang terakhir dinyatakan sebagai **perjanjian yang terakhir dan satu-satunya** yang mengatur seluruh transaksi.
2. Kontrak yang terakhir dinyatakan **berlaku bersama-sama** dengan semua perjanjian dan kesepakatan yang telah dibuat sebelumnya.
3. *Semua perjanjian dan kesepakatan* yang dibuat sebelum kontrak yang terakhir dinyatakan tetap berlaku **kecuali jika diatur lain** dalam perjanjian yang terakhir itu.

Setelah Kontrak ditandatangani atau dalam tahap pelaksanaan perjanjian, yaitu pada pengajuan proposal eskalasi harga, dengan pemahaman *Entire Contract yang kedua (butir 2.)*, Penyedia Jasa mengusulkan suatu bentuk formula yang memperhitungkan juga kenaikan faktor lain selain BBM, seperti tenaga kerja, bahan material, peralatan dan dikenakan pada seluruh tarif yang tidak mengandung unsur pemakaian BBM.

Formula yang diajukan Penyedia jasa mengacu pada tata cara perhitungan penyesuaian harga yang dirumuskan pada Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah – Keppres RI No. 18/2000 (Sekarang: Keppres No. 80 Tahun 2003 dan Perubahannya), padahal Keppres No. 18/2000 **tidak dapat** diberlakukan terhadap PT Caltex Pacific Indonesia (PT CPI – Pengguna Jasa) karena pembelanjaan dan pengeluaran biaya PT CPI tidak termasuk dalam APBN/APBD, dan PT CPI tunduk kepada aturan SK Pertamina (sekarang aturan BP Migas) tersebut diatas.

Perlu diketahui bahwa dengan pemahaman *Entire Contract yang pertama dan ketiga*, Pengguna Jasa keheranan ketika disodori proposal eskalasi harga oleh Pemberi Jasa, karena tak sejalan dengan Perjanjian yang ditandatangani kedua belah pihak, pada pasal 39 Syarat-syarat Umum – General Condition, tentang ketentuan integrasi (1) dan ketentuan amandemen kontrak (2) yang menyebutkan:¹⁰⁵

Pasal 39 – PERJANJIAN LENGKAP

- (1).Perjanjian ini mengandung seluruh pengertian antara para pihak dan menggantikan semua perundingan, surat-menyurat, dan setiap perjanjian antara PEMBORONG dengan seorang lainnya, baik secara lisan atau tertulis berkenaan dengan masalah pokok perjanjian ini.¹⁰⁶
- (2).Perjanjian ini tidak dapat diubah atau diputuskan secara lisan. Tidak sekalipun perubahan atau pelepasan hak yang diakui akan mengikat

¹⁰⁴ Budiono Kusumohamidjojo, *op.cit.*, hlm.95 – 96.

¹⁰⁵ Pernyataan-pernyataan dalam Risalah *Prebid Meeting* dan *Kickoff Meeting* berdasar ketentuan ini **tidak mengikat, karena telah digantikan** oleh ketentuan Perjanjian Lengkap pada pasal 39 dari General Condition. Paragraf ke-2 dari ketentuan ini mengandung arti bahwa setiap perubahan harus dibuat secara tertulis dalam suatu *Addendum* yang ditandatangani oleh para pihak. Eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, yaitu karena adanya kenaikan harga BBM, merupakan suatu *perubahan keadaan yang justified* untuk suatu perubahan terhadap kontrak yang dapat dilakukan para pihak dalam bentuk *Addendum* terhadap Perjanjian.

¹⁰⁶ Klausul ini menyatakan bahwa kontrak hanya terkait dengan ketentuan yang ada di dalam kontrak saja, tidak terkait dengan kesepakatan atau kata-kata yang diucapkan selama bernegosiasi atau kesempatan lain.

kecuali bila dinyatakan secara tertulis dan ditandatangani oleh pihak yang terhadapnya hal itu hendak diberlakukan.¹⁰⁷

Adanya pasal 39 ini dimaksudkan bahwa berdasarkan ketentuan tersebut maka setiap perubahan atas Perjanjian harus dibuat tertulis (ditanda tangani oleh para pihak dan merupakan addendum pada Perjanjian. Hal inilah yang dimaksud dengan sesuai situasi dan kondisi yang berlaku, sebagai suatu permohonan yang harus dinegosiasikan untuk memperoleh kesepakatan tentang bagaimana menentukannya. Artinya, dalam hal terjadinya kebijakan pemerintah dalam bentuk kenaikan harga BBM maka eskalasi harga kontrak harus dinegosiasikan sehingga memperoleh kesepakatan yang akan dituangkan dalam Addendum (Perubahan pada Perjanjian).

Kontrak/perjanjian harus dipahami dalam konteks profesi hukum yang melahirkan bahasa hukum dari pemahaman suatu frase/hukum sederhana. Walau demikian, pemahaman diatas menjadi lain dalam pelaksanaan perjanjiannya sebagaimana akan dijelaskan dalam Sub dan/atau Bab-Bab berikut.

C. Telaah/Analisis mengenai isi Perjanjian Konstruksi

Dalam beberapa ketentuan Syarat-Syarat Khusus dari Perjanjian konstruksi no. BKS/PROD/057/BKBL/AK/2000 tentang Perbaikan-Peningkatan-Perawatan Jalan di Bekasap Utara sepanjang perkiraan 100 km panjang jalan, jangka waktu perjanjiannya berlaku untuk masa kerja selama tiga (3) tahun sejak dikeluarkannya Surat Penunjukan Kerja.

¹⁰⁷ Klausul ini merupakan kesepakatan dari awal yang mensyaratkan bahwa pihak-pihak yang berkehendak mengadakan perubahan kontrak agar membuat modifikasinya dalam bentuk tertulis. Hal ini merupakan upaya perlindungan yang bijaksana terhadap perubahan lisan.

Pada Syarat-Syarat Khusus, Pasal 3 – PENGUTAMAAN (*precedence*), menarik disimak bahwa tertulis:

Dalam hal adanya pertentangan diantara dokumen-dokumen kontrak manapun yang merupakan bagian dari Perjanjian ini, maka dokumen-dokumen tersebut harus diutamakan dengan urutan sebagai berikut:

- 3.1. Halaman Penandatanganan
- 3.2. Syarat-syarat Khusus
- 3.3. Daftar “A” – Syarat-syarat Teknis Khusus
- 3.4. Daftar “B” – Syarat-syarat Teknis Umum
- 3.5. Daftar “C” – Lembaran Perkiraan Biaya
- 3.6. Daftar “E” – Program K3L
- 3.7. Syarat-syarat Umum

Melihat isinya pada urutan tersebut, menjadi pertanyaan adalah mengapa tak ada Risalah Rapat Penjelasan? Mengapa digantikan dengan pengertian Pasal 39 Syarat-syarat umum? Hal ini dapat dijelaskan, karena kontrak yang terakhir dinyatakan sebagai perjanjian yang terakhir dan satu-satunya yang mengatur seluruh transaksi (*entire contract*). Walau demikian, melihat letak urutan dokumen Syarat-Syarat Umum pada yang terakhir dari keseluruhan dokumen, maka dapat disimpulkan bahwa secara *precedence* (Pengutamaan) maka ketentuan Syarat-syarat Umum (termasuk Pasal 39) tidak menentukan karena terletak paling bawah. Artinya, ada hal-hal lain yang lebih mengkemuka.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Semua risalah rapat penjelasan baik Prebid maupun Kickoff tidak terdapat dalam dokumen kontrak, sehingga segala konsekuensi yang timbul dari adanya rapat penjelasan tersebut ditampung dalam ketentuan Pasal 39 Syarat-syarat Umum yang diartikan sebagai ketentuan negosiasi terhadap resiko adanya perubahan. Hal ini terkait dengan pemahaman ***parol evidence rule*** yang berasal dari sistem common law, yaitu: *When parties put their agreement in written, all previous and the current agreements merge in the writing and a contract as written cannot be modified or changed by parol evidence*. Ada beberapa pengecualian, karena *parol evidence rule* hanya berlaku pada kontrak yang telah terintegrasi secara penuh. Hal ini dibuktikan oleh adanya inklusi klausula penggabungan (merger) hal-hal yang disepakati dalam Rapat Penjelasan sebelum diberlakukannya pasal 39 Syarat-syarat umum perjanjian pada tesis kasus yang merangkum seluruh pengertian bahwa kontrak ialah, secara fakta, merupakan keseluruhan persetujuan antara kedua belah pihak. Walau demikian, dalam banyak kasus kontemporer (modern) dijumpai banyak klausul penggabungan (*merger clause*) yang hanya

Rapat Penjelasan (*Prebid Meeting*) dilakukan dua (2) kali yaitu pada tanggal 25 Juli 2000 dan dilanjutkan pada 30 November 2000 untuk memberi penegasan aspek komersial maupun aspek legal dengan masih memberikan kesempatan pertanyaan yang bersifat konfirmasi hingga 5 Desember 2000.

Dalam catatan rapat penjelasan yang pertama, salah satu hal yang dipertanyakan Peserta Lelang dari PT Cipta Sarana adalah tentang ketentuan mengenai eskalasi harga, yang dijawab bahwa **“Eskalasi harga dimungkinkan sesuai dengan situasi dan kondisi yang berlaku”**. Tidak dijelaskan lebih lanjut mengenai situasi dan kondisi yang bagaimana.

Demikian pula pada *Kick-Off Meeting* (semacam *Pre-Construction Meeting*, yang sebenarnya dimaksudkan untuk membahas hal-hal teknis pelaksanaan) pertanyaan diulang dalam satu kata **“Eskalasi?”** dan direspon dalam catatan penjelasan bahwa **“Eskalasi dibolehkan, tapi hanya biaya BBM saja dan komponen terimbas. Penyebab lain (inflasi, asuransi, dll) bisa diajukan sebagai alasan untuk permintaan eskalasi”**.

Menarik untuk disimak pernyataan-pernyataan dalam bentuk jawaban-jawaban diatas (dengan penegasan berhuruf tebal) yang diberikan secara tertulis, walau kemudian tidak dimasukkan kedalam Perjanjian (sebagai Berita Acara Aanwijzing atau Risalah Rapat Penjelasan) karena telah dirangkum oleh Pasal 39 Syarat-syarat Umum Perjanjian. Maksudnya, segala permasalahan/perubahan yang timbul kemudian harus dinegosiasikan untuk suatu kesepakatan untuk dapat

merupakan suatu keyakinan untuk melawan balik lawan (*rebuttable presumption*) tanpa melihat proses terjadinya kontrak.

diberlakukan sebagai Addendum (perjanjian). Bilamana kesepakatan tak diperoleh maka konsekuensinya adalah tidak ada kesepakatan yang berakibat terjadinya suatu sengketa dan bila tak dapat diselesaikan secara damai akan berakibat harus diselesaikan pada tingkat akhir sebagaimana diatur pada ketentuan Pasal 33 tentang Perwasitan dalam Syarat-syarat Umum Perjanjian.

Bahwa eskalasi harga sesuai situasi dan kondisi yang berlaku mengandung pernyataan yang amat terbuka dan luas sekali maknanya. Situasi dan kondisi yang mana? Pihak Pengguna Jasa? Atau tergantung bagaimana nantinya sikap Pihak Pemberi Jasa? Atau menunggu adanya ketetapan pemerintah yang terkait? Merupakan suatu fakta bahwa Pemerintah RI dengan semua lembaga birokrasinya amat lambat dalam merespon hal demikian.¹⁰⁹ Sebaiknya, sebagai kontraktor berpengalaman tentang ketentuan eskalasi harga yang biasa dipakai dalam kontrak mengajukan beberapa alternatif rumusan eskalasi saat “*aanwijzing*”. Dan hal ini juga yang seharusnya pula dikomunikasikan oleh Pengguna Jasa dengan balik tanya, misal: “*Eskalasi harga seperti apa yang anda sebagai Kontraktor ingin sampaikan*”. Kebiasaan “*cin-cai*” dalam hal penting merupakan suatu kecerobohan atau kesalahan (*culpa*) pada *asas kehati-hatian dan kecermatan*, dimana konsep *front end loading* dalam memitigasi masalah menjadi penting dalam hal demikian.

Dari keterangan diatas yang mengindikasikan adanya janji penyesuaian harga karena adanya resiko kenaikan harga BBM, dapat disimpulkan bahwa semua penawaran kontraktor yang mengikuti pelelangan tidak memasukkan resiko kenaikan

harga BBM, karena amat *significant*. Bila ada yang memasukkan faktor resiko kenaikan BBM, tentunya akan berakibat melambungnya harga penawaran dan hal demikian berarti makin sulit memenangkan tender.

D. Sengketa dalam Pelaksanaan Perjanjian

Dalam pelaksanaan perjanjian konstruksi selalu ada resiko kejadian yang timbul diluar kemauan dan kemampuan para pihak yang akan menimbulkan kerugian bagi salah satu pihak. Adanya keuntungan yang menjanjikan dalam dinamika proyek konstruksi menyebabkan industri konstruksi merupakan salah satu industri yang dinamis dan banyak diminati, walau penuh resiko dan ketidakpastian.

Prinsip kehati-hatian dan kecermatan yang dimulai dari sejak awal proses atau *Front End Loading Principles* amat membantu menghindari hal-hal yang tidak diinginkan. Adanya kemungkinan kesalahan arah dari sesuatu persoalan, besar kemungkinan hal itu akan menjadi salah.¹¹⁰ Walau demikian, selalu ada saja hal yang berkemungkinan sulit diantisipasi seperti adanya hal-hal yang dikategorikan sebagai Keadaan Memaksa/Kahar.

Keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*) ini dalam kenyatannya ada yang bersifat mutlak (*absolute*) dan ada juga yang tidak bersifat mutlak (*relative*). Yang bersifat mutlak adalah keadaan dimana para pihak tidak mungkin melaksanakan hal dan kewajibannya, sedangkan yang bersifat relatif adalah keadaan yang masih

¹⁰⁹ Pemerintah lewat Peraturan Menteri baru merespon adanya penyesuaian harga satuan dan nilai kontrak karena kenaikan harga Bahan Bakar Minyak (BBM) diakhir 2005, dan memberlakukannya secara ketetapan sepihak.

memungkinkan para pihak untuk melaksanakan hal dan kewajibannya. Persoalan resiko yang diakibatkan oleh keadaan memaksa dapat diperjanjikan oleh para pihak, antara lain dengan menyediakan klausula eskalasi harga atau melalui lembaga pertanggungan (asuransi).

Dengan kontrak konstruksi yang umumnya bersifat lump-sump, kadang-kadang juga untuk *unit-price contract*, dalam situasi tertentu disediakan mekanisme untuk penyesuaian harga kontrak terhadap harga-harga kontrak yang telah disepakati. Penyesuaian harga yang bersifat alami dalam suatu kontrak konstruksi lewat mekanisme penyesuaian terjadi pada hal-hal berikut:

- a) Adanya variasi sub-pekerjaan yang memang dikehendaki terhadap konstruksi yang bersangkutan;
- b) Adanya data baru yang membawa kepastian (terukur), sedangkan data lama hanya merupakan acuan untuk penawaran.
- c) Adanya rintangan alami yang tidak terprediksi sebelumnya;
- d) Adanya perubahan kebijakan, situasi, kondisi, atau regulasi yang berkonsekuensi pada perubahan konstruksi yang bersangkutan.

Berbeda dengan penyesuaian harga yang bersifat alami, eskalasi harga lebih merupakan akibat dari perubahan-perubahan lain yang mempengaruhi biaya atau cost dari suatu kontrak karena adanya perubahan kebijakan pemerintah dibidang ekonomi, seperti adanya devaluasi mata uang, kenaikan BBM, dan lain-lain.

¹¹⁰ Murphy's Law: *Anything that can go wrong will go wrong*, atau: *that things will go wrong in any given situation, if you give them a chance.*

Saat para pihak masuk dalam suatu persetujuan dengan pengharapan bahwa suatu syarat tertentu akan dilaksanakan, kegagalan pada syarat demikian terlaksana tidak akan diberlakukan merupakan suatu pelanggaran kontrak kecuali salah satu pihak telah memberikan janji yang meyakinkan bahwa syarat itu akan benar-benar dipenuhi ataupun sesungguhnya telah ada. Dalam hukum kontrak hal demikian dipahami bahwa kerugian selalu diberikan kepada pihak yang menyediakan kontrak. Selain itu, teori hukum yang mendukung pemulihan kerugian kontraktor sering terkait dengan penggantian sepantasnya atau pemulihan kontrak tersamar lebih berdasar pada janji tersirat pemilik untuk membayar suatu kebaikan dari pada kontrak antara para pihak.

Sengketa antara kedua pihak makin menjadi-jadi setelah akhirnya Pemohon menegaskan bahwa eskalasi harga karena kenaikan BBM tidak dapat diterima karena maksud eskalasi tersebut tak sesuai dengan situasi dan kondisi *dari kontrak yang bersangkutan dan pelaksanaannya*, sedangkan menurut Pemohon, eskalasi adalah hal yang mutlak harus dilaksanakan karena telah diklarifikasi dan disetujui oleh Termohon dan peserta tender (termasuk Pemohon) sejak penjelasan tender & kickoff meeting (*preconstruction meeting*).

Pelaksanaan proyek secara keseluruhan, kecuali dalam hal adanya perselisihan yang berpangkal pada adanya kenaikan BBM yang tidak dikehendaki oleh semua pihak, masalah pelaksanaan pekerjaan konstruksi tidak mengalami kendala berarti dan dapat diatasi oleh kedua belah pihak secara memuaskan.

E. Diskusi Pra-Analisis

Dikatakan dalam putusan Arbitrase bahwa, ”.....namun dengan demikian, Majelis Arbitrase menganggap (menafsir) risalah *prebid&kickoff meeting* merupakan *bagian yang tidak dapat dipisahkan dari perjanjian.*” Dalam hal ini, kewajiban arbiter sebagai penegak hukum profesional bukan bertujuan untuk membebaskan atau menghukum tertuduh, melainkan membantu para pihak dalam menerapkan hukum secara *fair* dan *confidential* sehingga para pihak memperoleh perlakuan hukum yang adil dan pantas.

Menjadi pertanyaan mendasar pada tesis yaitu pada butir-butir pertimbangan diatas yang mana Majelis Arbitrase mendasarkan putusannya untuk **menghukum** Termohon?¹¹¹ Kata-kata pada butir 13 pertimbangan hukum Majelis Arbitrase dalam pokok perkara.....**namun dengan demikian merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan.....**menunjukkan adanya diskresi yang merupakan kewenangan Majelis Arbitrase, dimana alasan-alasan mengapa tiba pada keputusan demikian tidak diberikan secara tegas. Selain penjelasan tentang kepatutan pada isi perjanjian diatas, penjelasan pada kontrak tersamar bahwa *”The legal theory supporting the contractor’s recovery is sometimes referred to as quantum meruit or quasi contract recovery based on the owner’s implied promise to pay for the benefit rather than on the contract between the parties”* - sebagaimana telah dijelaskan dalam sub Bab

¹¹¹ Lihat M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, 2006, hlm. 879, bahwa: Kata atau kalimat menghukum atau memerintahkan merupakan istilah hukum (*legal term*) yang memiliki arti yang sama, oleh karena itu dalam praktek peradilan saling dapat dipertukarkan (*interchangeable*).

Kontrak Tersamar - dengan demikian, secara tersirat, merupakan salah satu jawaban mengenai alasan-alasan penghukuman terhadap Termohon.

Pasal 39 Syarat-syarat Umum Perjanjian merupakan cerminan penerapan *parol evidence rule* pada sistem *common law* pada kontrak-kontrak yang harus mengikuti ketentuan *common sense* dan *fairness*, yaitu suatu kontrak tertulis merupakan suatu persetujuan utuh antara para pihak yang terlibat. Ketika para pihak sepakat menuangkan persetujuan-persetujuan mereka secara tertulis, semua persetujuan sebelumnya maupun yang terakhir menjadi lebur dalam tulisan dan suatu kontrak tertulis demikian tidak dapat diubah oleh adanya bukti - pernyataan lisan diluarnya (*parol evidence*).¹¹² Adanya doktrin *promissory estoppel* dinegara yang menganut sistem *common law* dimaksudkan untuk memberikan perlindungan hukum

¹¹² *Parol evidence* tidak merupakan bagian dari suatu kontrak tetapi adanya Berita Acara Penjelasan Lelang resmi yang memuat berbagai konfirmasi, bersama-sama Halaman Penandatanganan, Syarat-syarat Khusus, Syarat-syarat Umum, Syarat-syarat Teknik Khusus, Syarat-syarat Teknik Umum, Gambar-gambar, dll., yang tersusun dalam *integration clause* – urutan pengutamaan harus dicermati agar *getting it included*. Ada beberapa pengecualian pada “*Parol evidence rule*”; keberadaan bukti (*evidence*) berikut merupakan pertimbangan (*Jacobs v. Batavia & General Plantations Trust Ltd [1924] 1 Ch 287*):

1. A contract that is partly written and partly oral or one in which the parties did not intend that the writing to be the entire agreement (A related agreement, if it does not contradict or change the main contract).
2. A clerical or typographical error that clearly does not represent the intent of the parties (Defects in the formation of the contract such as fraud, duress, mistake or illegality).
3. Evidence showing the lack of contractual capacity of one of the parties is admissible (Problems with the consideration, e.g. the consideration was never paid).
4. Evidence of a defense of conduct which would invalidate mutual assent is admissible (A condition that had to occur before contract performance was due).
5. Evidence of a condition precedent agreed upon is admissible (A prior valid agreement that is incorrectly reflected in the written instrument in question)).
6. Evidence of a subsequent mutual rescission or modification of the written contract is admissible.
7. *Parol evidence* is admissible to explain ambiguous terms in the contract (The parties’ intent regarding ambiguous terms).

kepada pihak yang dirugikan karena *reasonably relied* terhadap janji-janji yang diberikan lawannya dalam *preliminary negotiation*.¹¹³

Dalam sistem *Common Law* seperti yang berlaku di Amerika Serikat, dikenal juga cara penafsiran perjanjian untuk mengisi kekosongan hukum dalam perjanjian. Ada tiga cara melakukan penafsiran hukum berdasar *Uniform Commercial Code*, yaitu *Course of performance*, *Course of dealing*, dan *Usage of trade*.

Adanya ketentuan eskalasi harga kontrak merupakan praktek bisnis yang sudah biasa dalam pekerjaan pembangunan jalan dan jembatan yang umumnya diadakan oleh pemerintah, lewat Departemen PU (sekarang KimPrasWil) tetapi dalam hal ini nyatanya kurang dipahami oleh perusahaan minyak.¹¹⁴

Perhatikan hal-hal yg penting pada butir-butir Putusan Arbitrase sebagai berikut:

1. Pertimbangan (hal. 22, butir 9): telah ada kesepakatan **diluar perjanjian** pembangunan antara Pemohon dan Termohon yang terikat pada pelaksanaan Perjanjian, maka kesepakatan tersebut adalah berlaku **sah** sebagai perjanjian dan **mengikat** baik terhadap Pemohon maupun Termohon, sebagaimana diatur dalam Psl 1320 jo. 1338 KUHPerdara.
2. Pada Putusan (hal 27): Putusan dalam pokok perkara menyatakan bahwa risalah *prebid&kickoff meeting* adalah dokumen yang sah, namun hanya dokumen perjanjian yang mengikat dan harus ditaati Pemohon dan Termohon (hal 27, item 2).

¹¹³ Sejalan dengan teori hukum kontrak modern yang dianut dan dikemukakan oleh van Dunne (*civil law*) maupun Jack Beatson dan Daniel Friedman (*common law*) yang cenderung menghapuskan syarat-syarat formal bagi kepastian hukum dan lebih menekankan kepada terpenuhinya rasa keadilan (Jack Beatson dan Daniel Friedman, “*Good Faith and Faults in Contract Law*”, Oxford: Clarendon Press, 1995:14).

¹¹⁴ Penulis sewaktu bekerja di kontraktor pernah ikut tender internasional untuk *Trans Sumatra Highway* di tahun 1978 dimana eskalasi harga kontrak dengan berbagai rumusannya sudah merupakan bagian dari dokumen lelang.

Adanya pertimbangan tersebut menyimpulkan bahwa kesepakatan diluar perjanjian telah merupakan perjanjian yang sah dan mengikat, sehingga berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak. Pertimbangan tersebut seakan-akan tidak sejalan dengan Putusan yang diberikan Majelis Arbitrase. Bagaimana keterkaitan antara *kesepakatan diluar perjanjian* dengan *risalah prebid & kickoff meeting*?

Meskipun diatur bahwa perjanjian tak dapat dirubah kecuali bila dinyatakan tertulis dan ditandatangani oleh para pihak (Pasal 39 Syarat-syarat Umum Perjanjian Pembangunan); tetapi sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 jo. 1338 KUHPerdara – walau tak ada addendum dalam Perjanjian Pembangunan yang disetujui kedua pihak, namun apabila telah ada kesepakatan diluar Perjanjian Pembangunan antara kedua pihak yang terikat dengan pelaksanaan, maka kesepakatan itu adalah berlaku sah sebagai perjanjian dan mengikat terhadap kedua pihak.

Alasan lain, Berita Acara Penjelasan dalam bentuk risalah *prebid meeting* yang ditegaskan kembali dalam risalah *kickoff meeting* merupakan bagian dokumen kontrak telah merupakan suatu kebiasaan (*lex mercatoria*) dalam pelelangan jasa konstruksi yg bersifat khusus (pada konstruksi jalan dengan waktu pelaksanaan lebih dari 1 tahun), dapat diartikan sebagai salah satu sumber hukum selain UU, traktat, dll.

Dua alasan diatas agaknya yg menyitir Majelis Arbitrase menyatakan dalam pertimbangan hukum pada pokok perkara, ...bahwa namun demikian¹¹⁵ Majelis

¹¹⁵ Menurut penulis, paling tidak ada dua pasal KUHPerdara yang dapat dipakai untuk menjelaskan mengapa Majelis Hakim tiba pada anggapan tersebut. Pasal 1347, hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan atau dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan dalam perjanjian; Pasal 1349, jika terjadi keragu-raguan

menganggap (arti: menafsirkan) bhw risalah pertemuan *prebidmeeting & kickoff meeting merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan (dari dokumen perjanjian)*.¹¹⁶ Artinya, keberadaan dokumen *prebid* maupun *kickoff* ikut menentukan dan berperan proses kemudian, dimana kesepakatan diluar perjanjian yang dimaksud adalah diakuinya eskalasi harga dalam bentuk tawaran terakhir Termohon untuk membayar eskalasi harga, walau ditolak Pemohon.

Dengan demikian, bagi Majelis Arbitrase, permasalahan selanjutnya adalah eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, yang belum memperoleh kesepakatan.

Berikut adalah penjelasan Penulis dari sisi pandang lain yaitu berdasarkan ketentuan hukum yang terkait dengan itikad baik, baik pada prakontrak (asas kejujuran dan niat baik) maupun pada pelaksanaan perjanjiannya (asas kepatutan dan rationalitas – *appropriateness* dan *consideration*).

Mengacu pasal 32 Syarat-syarat Umum Perjanjian tentang *Governing Laws*, tertulis bahwa masa berlaku, penafsiran, dan pelaksanaan Perjanjian tunduk pada dan ditafsirkan sesuai dengan perundang-undangan Republik Indonesia (*the validity, interpretation, and performance of this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Indonesia*).

Dengan berlakunya hukum Indonesia, itikad baik diberlakukan sejak tahap prakontrak dan bukan hanya pada pelaksanaan kontrak saja. *Prebid meeting* (dan

terhadap suatu hal dalam perjanjian, maka suatu perjanjian harus ditafsirkan atas kerugian orang yang telah meminta diperjanjikannya sesuatu hal, dan untuk keuntungan orang yang telah mengikatkan dirinya untuk itu.

kickoff meeting) adalah perwujudan itikad baik dalam bentuk kewajiban para pihak untuk bernegosiasi, yakni kewajiban untuk meneliti pada satu pihak dan kewajiban untuk menjelaskan pada pihak lain.

Pemberi Jasa wajib meneliti apakah ada rencana pemberian eskalasi harga karena kemungkinan adanya kenaikan harga BBM nantinya. Jika Pemberi Jasa tidak melakukan kewajiban tersebut, dan ternyata ada kenaikan harga BBM, maka Pemberi Jasa tidak dapat menuntut hal itu karena ada kesesatan.¹¹⁷

Dipihak lain, Pengguna Jasa memiliki kewajiban untuk menjelaskan semua informasi yang ia ketahui dan penting bagi pembeli. Kalau Pengguna Jasa telah menyatakan dengan tegas bahwa tidak ada rencana resmi yang demikian itu, Penyedia Jasa dapat mempercayai pernyataan itu, dan Penyedia Jasa itu tak perlu meneliti lagi.¹¹⁸ Demikian pula pada keadaan sebaliknya, yaitu bila Pengguna Jasa telah menyatakan dengan tegas bahwa ada rencana resmi yang demikian itu, Penyedia Jasa perlu meneliti lebih dalam lagi sejauh mana pengaturannya.

Hakim harus mempertimbangkan kewajiban-kewajiban itu satu dengan lainnya dengan ukuran itikad baik.¹¹⁹ Sekalipun demikian harus diakui, bahwa kalau ada pertentangan antara Undang-Undang yang bersifat menambah dengan kebiasaan, pemilihan antara keduanya harus didasarkan asas kepatutan, asal jangan diartikan

¹¹⁶ Menafsirkan disini harus terkait ketiga (3) fungsi itikad baik, yaitu fungsi mengajarkan, fungsi menambahkan, dan fungsi membatasi atau meniadakan.

¹¹⁷ Ridwan Khairandy, *op. cit*, hlm 252.

¹¹⁸ *ibid*

¹¹⁹ *ibid*

bahwa Undang-undang yang bersifat menambah dan kebiasaan baru berlaku kalau ia patut.¹²⁰

Ketentuan Pasal 1339 KUHPerdata mengatakan demikian, “*Persetujuan tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang*”. Yang penting diperhatikan adalah, bahwa Pasal 1339 tidak memberikan kewenangan kepada Hakim untuk – atas dasar pertimbangan kepatutan – mengubah atau menyingkirkan perjanjian, yang sejak semula memang mengandung unsur-unsur yang tidak patut untuk salah satu pihak.¹²¹

Ketentuan Pasal 1339 itu terkait dengan isi ketentuan dalam pasal 1347 KUHPerdata bahwa, “*Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam persetujuan meskipun tidak dengan tegas dinyatakan*”.

Kedua ketentuan tersebut selain bersifat melengkapi (*aanvullend recht*), merupakan pula adanya nilai yang telah disetujui (*valeur conventionnelle*) dalam arti kebiasaan yang telah diakui untuk suatu perjanjian tertentu, disamping hal-hal yang telah disetujui secara khusus oleh para pihak.¹²² Hanya kalau kebiasaan atau janji yang selalu diperjanjikan bertentangan dengan tata krama dan ketertiban umum, maka

¹²⁰ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, buku kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 253.

¹²¹ *Ibid*

¹²² Herlien Budiono, *op. cit.*, hlm. 140 – 141.

perjanjian itu, berdasarkan Pasal 1337 – jadi bukan atas dasar Pasal 1339 – tidak mempunyai daya mengikat.¹²³

Penyelesaian suatu sengketa yang terkait dengan pemahaman eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya antara kedua belah pihak tidaklah patut diserahkan kepada diskresi keputusan (kebijaksanaan) salah satu dari para pihak itu. Disini, penyelesaian perbedaan melalui perolehan keputusan dengan kebijaksanaan salah satu dari para pihak yang diperoleh dari proses yang ditentukan oleh Pasal 1339 Syarat-syarat Umum Perjanjian merupakan hal tidak memenuhi kepatutan.

Dari penjelasan diatas – tinjauan *secara kepatutan*, dapat disimpulkan bahwa pertemuan *prebid meeting* maupun *kickoff meeting* antara para pihak dan segala risalahnya merupakan bagian yang tak dapat dipisahkan dari Perjanjian Pembangunan. Hanya saja, selanjutnya, dalam hal ketidak jelasan rumusan eskalasi harga kontrak (yang tidak diatur atau diperjanjikan sebelumnya) akan berpeluang menjadi masalah bagi kedua pihak.

Agar tercapai hasil kesesuaian yang diharapkan kedua pihak dalam bentuk kesepakatan, masing-masing pihak tidak seharusnya bersikukuh pada kebenarannya sendiri. Adanya kesadaran pemikiran “*out of the box*” atau paradigma desentralisasi hukum, yaitu pendekatan konsensus lewat perangkat negosiasi untuk musyawarah mufakat/sepakat dalam mempertemukan kepentingan-kepentingan pihak-pihak yang bersengketa serta berusaha mendapatkan hasil penyelesaian sengketa *secara win-win solution – give a little and get a little*, sepatutnya lebih mengemuka.¹²⁴

¹²³ J. Satrio, *op. cit.*, hlm.253

¹²⁴ Nilai kebijakan dan kebajikan (*sapientia et virtus*).

Kesepakatan diluar perjanjian yang telah dicapai ternyata tidak cukup bagi kedua pihak untuk memperoleh penyelesaian yang diharapkan sehingga memerlukan pihak ke-3 (tiga) – Majelis Arbiter, dalam penyelesaian secara arbitrase (sengketa bisnis yang sudah diatur oleh undang-undang No. 30/1999). Adanya tawaran terakhir Termohon yang menawarkan pembayaran eskalasi harga sebesar Rp. 2,04 MM dan ditanggung secara bersama antara Pemohon sebesar 50% dan Termohon sebesar 50%, akan tetapi tawaran Termohon tersebut ditolak oleh Pemohon. Adapun perhitungan Pemohon mengenai eskalasi BBM adalah Rp. 2,60 MM. Melalui diskresinya, Majelis Arbitrase menghukum Termohon melunasi pembayaran eskalasi harga BBM dan imbas dari kenaikan BBM sebesar Rp. 2.725.805.000,- (dijelaskan pada bagian 4.2. Penentuan Eskalasi Harga Kontrak yang Tidak Diatur Sebelumnya).

Dalam Undang-Undang Arbitrase dikatakan bahwa yang kalah harus membayar biaya perkara. Dalam hal ini (Putusan *Condemnatoir* adalah putusan yang bersifat menghukum pihak yg dikalahkan untuk memenuhi prestasi) hanya CPI yg dihukum tapi dalam putusannya juga menghukum kedua pihak masing2 bayar setengahnya. Timbul pertanyaan: Pada hal apa PT Amarta Karya dihukum? Hanya karena tidak semua permohonnya dikabulkan bukanlah suatu alasan yang memenuhi ketentuan pasal 77 ayat (1) UU No. 30/1999 tentang pembebanan biaya perkara.¹²⁵ Bukankah dalam Arbitrase sebagai *extra judicial* atau *quasi judicial* maupun dalam Litigasi, keadilan yang dicapai melalui mekanisme penyelesaian sengketa *win-lose solution* dengan pendekatan adverserial dimana *the winner takes all*.

¹²⁵ Pasal 77 ayat (1) UU no. 30/1999 tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa Alternatif, bahwa : *Biaya arbitrase dibebankan kepada pihak yang kalah*.

BAB IV

ANALISIS YURIDIS PUTUSAN ARBITRASE TENTANG PENENTUAN ESKALASI HARGA KONTRAK YANG TIDAK DIATUR SEBELUMNYA¹²⁶

A. Penerapan Hukum pada Putusan Arbitrase

Penerapan hukum, oleh Majelis Arbitrase, yang tercermin pada butir-butir putusan penting terkait dengan sengketa, sesuai urutan rumusan masalah dalam tesis, selanjutnya disajikan dan disertai penjelasan – secara ringkas - sebagai berikut:

Pertama: Analisis Pertanyaan Hukum 1.

[Bagaimana Majelis Arbitrase memutus perkara jika tidak diberi wewenang untuk memutus perkara berdasar keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*)? ¹²⁷]

Pemohon minta dikabulkan tuntutananya kepada Majelis Arbitrase atau apabila Majelis Arbitrase berpendapat lain, putusannya akan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*) berdasarkan Pasal 15 ayat (1), (2), dan (3) Peraturan Prosedur BANI.

¹²⁶ Dalam hal adanya penjelasan hukum yang berasal dari *Common Law* pada tesis ini dimaksudkan untuk lebih memperkuat penerapan hukum yang berlaku. Erman Rajagukguk mengemukakan bahwa sebagai negeri yang menganut sistem *civil law*, kita menekankan kepada penalaran deduktif; namun mengkombinasikannya dengan penalaran analogi dari sistem *common law* akan banyak membantu menganalisa suatu permasalahan hukum, karena sedikitnya dua hal. Pertama, penalaran deduktif adalah penalaran terhadap *law in the book*, sedangkan penalaran terhadap putusan pengadilan adalah penalaran terhadap *law in action*, terlepas apakah putusan tersebut memuaskan kita atau tidak. Kedua, jika salah satu pihak yang berperkara dari negeri *common law*, ia akan lebih familiar, atau lebih cepat mengerti apa yang diterangkan. Sayangnya di Indonesia tidak mudah menemukan putusan-putusan pengadilan yang sudah menjadi yurisprudensi.

¹²⁷ Pemeriksaan perkara secara *ex aequo et bono* tidak dapat diterima Majelis Arbitrase. Lihat dan bandingkan keterangan Huala Adolf, *Hukum penyelesaian sengketa internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, hlm. 89, berdasarkan Pasal 38 ayat (2) Statuta, Mahkamah Internasional berwenang untuk memutus suatu sengketa berdasarkan prinsip *ex aequo et bono* apabila para pihak menyepakatinya. Sumber hukum *ex aequo et bono* belum pernah diterapkan Mahkamah sampai saat ini. Walau demikian, menurut Shaw, meskipun Mahkamah Internasional belum pernah menerapkan sumber hukum ini, namun Mahkamah memiliki wewenang untuk menerapkan prinsip pertimbangan yang adil (*equitable consideration*) terhadap suatu sengketa dalam kerangka hukum internasional.

Dalam memberikan Putusannya, ternyata pertimbangan Majelis Arbitrase berdasarkan Pasal 15 ayat (3) Peraturan Prosedur BANI dan Pasal 56 ayat (1) UU Arbitrase. Berdasar Pasal 15 ayat (3) Peraturan Prosedur BANI, Majelis Arbitrase dapat memutus perkara secara *ex aequo et bono* apabila para pihak telah menyatakan kesepakatan mengenai hal itu. Pemohon minta secara demikian tetapi Termohon menolak, sehingga tidak ada kesepakatan demikian.

Berdasar Pasal 56 ayat (1) UU Arbitrase, Majelis Arbitrase dapat memutus perkara berdasarkan: Pertama, ketentuan hukum; atau Kedua, berdasarkan keadilan dan kepatutan. Demikian pula pada Penjelasan Pasal 56 ayat (1) UU Arbitrase disebutkan bahwa pada dasarnya para pihak dapat mengadakan perjanjian agar Majelis Arbitrase dalam memutus perkara wajib berdasarkan ketentuan hukum atau secara rasa keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*).¹²⁸ Namun dalam hal Majelis Arbitrase tidak diberi kewenangan (oleh salah satu pihak yang berperkara) untuk memutus perkara berdasarkan *ex aequo et bono*, maka Majelis Arbitrase hanya dapat memutus berdasarkan kaidah hukum materiil. Artinya, Kaidah hukum materiil sebagai ketentuan-ketentuan yang diperjanjikan didalam perjanjian (dalam hal ini adalah mengenai isi perjanjian), bukti-bukti yang dilampirkan, serta hukumnya. Dalam hal isi perjanjian mengandung hal-hal yang berbeda dari maksud semula para pihak, perikatan berdasar undang-undang akan memberi isi (penafsiran) lebih lanjut.

Adanya ketentuan memakai kaidah hukum materiil dan bukan *ex aequo et bono* tidak menghalangi Majelis Arbitrase untuk menetapkan bahwa *risalah Prebid dan Kickoff Meeting* merupakan bagian yang tak terpisahkan dari perjanjian.

Kedua: Analisis Pertanyaan Hukum 2.

[Ketentuan/kaidah/asas/nilai hukum materiil mana yang dapat diterapkan oleh Majelis Arbitrase dalam memberikan putusan perkara yang bukan atau tidak diputus secara ex aequo et bono?]

Eskalasi harga, bila diatur secara tegas, sesungguhnya dimungkinkan berdasarkan alasan masa pelaksanaan proyek lebih dari 12 bulan.¹²⁹ Harus dipahami bahwa Petunjuk Teknis Keppres No. 18 tahun 2000 (Sekarang Keppres No. 18 Tahun 2003) sebagaimana didalilkan oleh Pemohon **tidak berlaku** dalam Perjanjian Pembangunan antara Pemohon dan Termohon, karena Pasal 6 ayat (2) Keppres tersebut hanya berlaku pada pengadaan barang/jasa untuk investasi di lingkungan BI, Pertamina, BUMN/BUMD yang pembiayaannya sebagian atau seluruhnya dibebankan pada APBN/APBD.

Meskipun Pemohon adalah sebuah perusahaan BUMN (persero), namun dalam hal ini, kedudukan Pemohon adalah sebagai kontraktor atau pelaksana proyek dalam perjanjian pembangunan. Pada sisi lain, kedudukan Termohon adalah perusahaan swasta patungan luar negeri yang menyelenggarakan proyek swasta dan pembiayaannya juga ditanggung Termohon.

Pengertian bahwa eskalasi harga dapat diterapkan *disini* harus berdasarkan SK Pertamina No. 027/C0000/2000-SO; Related provisions Bab IV E.5: *“Perjanjian/Kontrak/SP/SO yang jangka waktunya lebih dari 1 tahun dapat memuat*

¹²⁸ Secara umum, keadilan bersifat subyektif dan kepatutan bersifat obyektif sesuai keterkinian.

¹²⁹ Sesuai SK Pertamina No. 027/C0000/2000-SO; Related provisions Bab IV E.5: *“Perjanjian/Kontrak/SP/SO yang jangka waktunya lebih dari 1 tahun dapat memuat rumusan mengenai penyesuaian harga kontrak. Rumusan penyesuaian harga dimaksud akan diatur terendiri”*.

rumusan mengenai penyesuaian harga kontrak. Rumusan penyesuaian harga dimaksud akan diatur tersendiri”.

Semua dokumen dan surat-menyurat adalah **sah**, dan hanya dokumen perjanjian yang mempunyai kekuatan **mengikat**. Adanya hal-hal yang dibicarakan dalam *prebid meeting* maupun *kickoff meeting* dan dituangkan dalam risalah atau notulen rapat adalah sah, walau tidak mengikat.¹³⁰ Hanya dokumen perjanjian saja yang tetap merupakan dokumen yang mengikat dan harus ditaati oleh kedua belah pihak. Dalam hal notulen rapat adalah sah, Majelis Arbitrase berpendapat (menemukan hukum - *rechtsvindings*) bahwa:¹³¹

1. *Suatu perjanjian / perikatan, berdasarkan Pasal 1320, Pasal 1313 jo Pasal 1233 KUHPerdata, **dapat** dibuat baik secara tertulis ataupun secara lisan dan dalam suatu akta otentik maupun tidak dalam suatu akta otentik. Artinya, risalah *prebid meeting* dan *Kickoff meeting* sebagai janji yang belum mempunyai kekuatan mengikat adalah Kontrak Tersamar secara fakta atau perjanjian secara diam-diam. Disini perikatannya lahir dari Undang-undang. Konsekuensinya, risalah merupakan bagian dari perjanjian.*
2. *Suatu perjanjian / perikatan yang dibuat tanpa suatu akta otentik adalah tetap mengikat para pihak sebagai undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUHPerdata sehingga **meskipun** Pasal 39 paragraf 2 Perjanjian Pembangunan diatur bahwa perjanjian tidak dapat dirubah atau diputuskan secara lisan atau tidak ada suatu perubahan atau pelepasan hak yang diakui akan mengikat kecuali bila dinyatakan tertulis dan ditandatangani oleh para pihak. Artinya, eskalasi harga kontrak sebagai isi risalah *prebid meeting* dipulihkan keberlakuannya.*

Fungsi terpenting akta adalah sebagai alat bukti. Bagaimanakah kekuatan pembuktian akta dibawah tangan (secara lahir/formil/materiil) dalam suatu perjanjian/perikatan? Kalau tanda tangan pada akta dibawah tangan tersebut diakui

¹³⁰ koersif oleh penulis.

¹³¹ Putusan Arbitrase No. 203/XI/ARB-BANI/2004, Jakarta, hlm. 21. Koersif oleh penulis.

oleh yang bersangkutan, maka akta tersebut merupakan bukti yang sempurna yang berlaku terhadap para pihak yang bersangkutan.¹³²

Termohon tidak melakukan perbuatan ingkar janji / wanprestasi. Tidak ada tindakan Termohon melakukan perbuatan ingkar janji (wanprestasi) yang terbukti melanggar Perjanjian Pembangunan yang telah ditandatangani kedua belah pihak pada tanggal 27 Mei 2002. Dalam pertimbangannya, Majelis berpendapat bahwa meskipun ada negosiasi mengenai masalah eskalasi harga, akan tetapi tidak pernah ada bukti kesepakatan yang terjadi antara kedua belah pihak (hubungan kontraktual) mengenai eskalasi harga BBM tersebut sehingga tak ada perjanjian / perikatan yang sah mengikat berdasarkan Pasal 1338 KUH Perdata terhadap kedua belah pihak mengenai masalah eskalasi harga.

Eskalasi harga tersebut merupakan isu masalah pokok karena tidak diatur sejak awalnya, dan dalam pelaksanaan kontrak perjanjian tak memperoleh penyelesaian, sehingga belum ada perjanjian yang dimaksud (penyelesaiannya). Benarkah demikian halnya?

Bagaimana dengan kemungkinan adanya penyalahgunaan hak dalam pembentukan perjanjian yang juga merupakan kesalahan perdata (*tort*) – adanya suatu Perbuatan Melawan Hukum (PMH)?¹³³ Secara umum, ada empat (4) pengertian PMH (*onrechtmatigedaad*), yaitu perbuatan melawan undang-undang, perbuatan melawan

¹³² Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm.125-126.

¹³³ KUHPerdata tidak mendefinisikan dan merumuskan PMH. Definisi yang diambil dari Common Law: *Tort is a wrongful act other than a breach of contract*. Artinya: PMH merupakan kesalahan perdata selain daripada pelanggaran kontraktual. Perumusannya diserahkan kepada doktrin dan yurisprudensi. Pasal 1365 KUHPerdata hanya mengatur barang siapa melakukan perbuatan melawan hukum harus mengganti kerugian yang ditimbulkannya.

ketertiban umum, perbuatan melanggar kesusilaan (kehati-hatian) dan perbuatan melanggar kepatutan.

Sesuai ketentuan Pasal 1365 KUH Perdata, suatu perbuatan melawan hukum seharusnya mengandung unsur-unsur yang lengkapnya sebagai berikut:¹³⁴

1. Adanya suatu perbuatan: suatu perbuatan dari si pelaku atau adanya sesuatu hal yang dilakukan oleh pelaku, baik berbuat sesuatu (dalam arti aktif), maupun tidak berbuat sesuatu (dalam arti pasif), atau juga perbuatan yang timbul dari kewajiban dan/atau hukum yang berlaku.
2. Perbuatan tersebut melawan hukum: perbuatan yang dilakukan pelaku tersebut melanggar atau melawan hukum. Unsur melanggar atau melawan hukum ini diartikan seluas-luasnya sejak 1919 yang meliputi hal sebagai berikut:
 - a. melanggar undang-undang yang berlaku;
 - b. melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum;
 - c. bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku;
 - d. bertentangan dengan kesusilaan (*goedenzeden*);
 - e. bertentangan dengan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain.
3. Adanya kesalahan dari pihak pelaku: karena Pasal 1365 KUH Perdata mensyaratkan adanya unsur kesalahan (*schuld*) dalam suatu perbuatan melawan hukum, maka suatu tindakan tersebut dianggap oleh hukum mengandung unsur kesalahan sehingga dapat dimintakan tanggung jawabnya secara hukum jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:
 - a. ada unsur kesengajaan, atau
 - b. ada unsur kelalaian (*negligence, culpa*), dan
 - c. tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (*rechtvaardigingsgrond*), seperti keadaan paksa (*overmacht*), membela diri, tidak waras, ataupun dari peraturan perundang-undangan.
4. Adanya kerugian bagi korban: yaitu kerugian nyata (materiil) yang diderita oleh korban karena perbuatan melanggar atau melawan hukum yang dilakukan pelaku.
5. Adanya hubungan kausal antara Perbuatan dan Kerugian: yaitu hubungan sebab akibat secara faktual (*causation in fact*) yang dapat diartikan tidak ada hasil kerugian tanpa ada penyebabnya (*sine qua non*).¹³⁵

¹³⁴ Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum – Pendekatan Kontemporer*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 10.

¹³⁵ *Sine qua non* atau *conditio sine qua non* berasal dari istilah hukum Latin untuk “without which it could not be” (“but for”). Hal tersebut merujuk pada suatu tindakan yang amat diperlukan dan bersifat menentukan, kondisi, atau unsur. Jadi, apa yang menjadi sebab dari suatu peristiwa itu adalah beberapa sebab tertentu yang mempunyai hubungan satu sama lain. Dengan kata lain, ada beberapa

Dalam pertimbangannya, Majelis Arbitrase menganggap bahwa pertemuan *prebid meeting* maupun *kickoff meeting* dan segala risalahnya antara para pihak merupakan bagian yang tak dapat dipisahkan satu dengan lainnya.

Meskipun Majelis Arbitrase tidak mengemukakan adanya PMH yang dilakukan Pengguna Jasa dalam pertimbangannya, ada baiknya hal ini dilihat sebagai suatu kemungkinan yang menyebabkan Majelis Arbitrase berpendapat bahwa risalah penjelasan pada *prebid dan kickoff meeting* merupakan bagian yang tak terpisahkan dengan perjanjian.¹³⁶ Artinya, lewat adanya suatu proses klarifikasi, isi risalah penjelasan *Prebid* sepatutnya telah merupakan bagian dari kontrak/perjanjian.

Penyalahgunaan hak tersebut dalam bentuk kecerobohan untuk tidak menindaklanjuti eskalasi harga kontrak bila terjadi kenaikan harga BBM dan memasukkan hasil kesepakatan penuntasan masalah tersebut (risalah rapat penjelasan *prebid*) kedalam kontrak. Walau penyalahgunaan hak dimaksud adalah perbuatan yang didasarkan atas wewenang sah dari seseorang sesuai hukum yang berlaku tetapi perbuatan tersebut dilakukan secara menyimpang atau dengan maksud lain dari tujuan hak tersebut dilakukan.¹³⁷

Dalam hal ini penyalahgunaan dimaksud merupakan suatu kelalaian dengan tidak memasukkannya risalah penjelasan *prebid + kickoff meeting* dan menggantikannya dengan pengertian bahwa hal itu telah dirangkum pada pasal 39

sebab yang satu sama lain tidak ada yang utama, tetapi semuanya menyebabkan timbulnya suatu akibat.

¹³⁶ Putusan Arbitrase, Namun dengan demikian, Majelis **menganggap** bahwa pertemuan

¹³⁷ E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1961, hlm.277.

Syarat-syarat umum perjanjian tentang Perjanjian Lengkap, padahal tidak ada *merger clause* yang menjembatani kepentingan demikian pada suatu *integrated contract*.

Perbuatan penyalahgunaan hak *an sich* bukan merupakan PMH; akan tetapi, jika perbuatan penyalahgunaan hak itu memenuhi unsur dalam pasal 1365 KUH Perdata, seperti timbulnya kerugian bagi pihak lain (perbuatan yang melanggar hak-hak orang lain), adanya pelanggaran kepantasan (adanya perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku), bertentangan dengan kesusilaan atau ketidakhati-hatian, adanya hubungan causa (sebab-akibat) dengan kerugian, maka perbuatan penyalahgunaan hak itu sudah merupakan PMH menurut pasal 1365 KUH Perdata.¹³⁸

Pelanggaran kesusilaan atau ketidakhati-hatian terkait dengan tidak ditindaklanjutnya penyempurnaan isi Berita Acara Rapat Penjelasan (Risalah *Prebid Meeting*) lewat suatu klarifikasi; bahkan terkesan sembrono (*deliberately negligence*) dengan hanya ditandatangani salah satu pihak, serta tidak mengintegrasikan butir-butirnya kedalam dokumen kontrak. Apalagi menyangkut isu kritis yaitu pemakaian BBM secara signifikan pada komponen peralatan berat yang menjadi karakteristik pekerjaan jalan.¹³⁹

Potensi kerugian kepada Pemberi Jasa menimbulkan suatu perikatan yang lahir dari Undang-undang berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata, sehingga hubungan

¹³⁸ Munir Fuady, *Op. Cit.*, hlm. 9. Sebagai suatu perikatan yang tidak halal, Perbuatan Melawan Hukum (PMH) dalam arti sempit adalah melanggar undang-undang, sedangkan dalam arti luas sebagai pelanggaran terhadap kepatutan, kehati-hatian, kesusilaan, dan ketertiban umum.

¹³⁹ Berkemungkinan akan lebih baik bila Pengguna Jasa menolak secara tegas kemungkinan adanya pemberian eskalasi harga disaat prebid meeting dan kickoff meeting, sehingga jika semua peserta lelang (Pemberi Jasa) setuju menanggung resiko (memasukkan contingency kedalam penawaran sebagai resiko adanya kenaikan harga BBM dimasa pelaksanaan kontrak nantinya – *voluntary assumption of risk* atau *volenti non fit injuria*) maka Pemberi Jasa tidak dapat mengajukan klaim atau gugatan tentang hal itu.

dan akibat hukum selanjutnya harus ditentukan oleh Undang-undang. Untuk mengajukan gugatan berdasar PMH, tak perlu adanya hubungan kontraktual antara pihak yang dirugikan dan pihak yang menimbulkan kerugian. Kerugian tersebut merupakan perhitungan keuntungan yang diharapkan seringkali adalah *ex aequo et bono*.¹⁴⁰

Kerugian karena terjadinya kenaikan harga BBM yang bersifat menentukan dalam bentuk eskalasi harga terjadi karena disingkirkannya ketentuan eskalasi harga dari dokumen kontrak yaitu risalah penjelasan prakontrak dan yang kemudian didalihkan dengan ketentuan Pasal 39 Syarat-syarat Umum dari Perjanjian tentang Perjanjian lengkap. Padahal, dalam hukum kontrak, yang dimaksud klausula integrasi (*merger clause* atau *entire agreement clause*) merupakan suatu ketentuan dalam bahasa kontrak yang menyatakan kontrak sebagai lengkap dan final antara para pihak.

Dalam hal demikian, pengertiannya adalah bahwa Pasal 39 Syarat-syarat Umum baru dapat diberlakukan setelah hal-hal yang dibahas dalam Risalah Penjelasan Prakontrak (ketentuan eskalasi harga kontrak berdasar *Prebid* dan *Kickoff Meeting*) diintegrasikan terlebih dahulu kedalam dokumen kontrak. Bilamana eskalasi harga kontrak telah diintegrasikan ke dalam dokumen kontrak, maka hal ini baru dapat diberlakukan *Parol Evidence Rule*.¹⁴¹ Demikianlah pemahaman hukumnya.

Kerugian secara nyata tersebut merupakan kesalahan perdata atau PMH karena pihak yang dirugikan percaya dan menaruh pengharapan (*reasonably relied*)

¹⁴⁰ J. Satrio, *Hukum Perikatan – Perikatan yang lahir dari Undang-Undang*, buku ke-1, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 246 – 247.

terhadap janji-janji yang diberikan oleh pihak lawannya dalam rapat penjelasan lelang maupun risalahnya, walau kemudian tidak diklarifikasi lebih lanjut pada preliminary negotiation – bahkan – tidak dimasukkan kedalam dokumen kontrak.

Dari keseluruhan penjelasan diatas dapat ditarik kesimpulan bahwa: *Pertama*, Persetujuan eskalasi harga dalam *Prebid dan Kickoff meeting* adalah sah walau belum mengikat karena tidak diatur sebelumnya. Pengaturan demikian merupakan tanggung jawab Responden yang terkait asas kehati-hatian sebagai salah satu syarat tidak terjadinya kesalahan perdata atau PMH. *Kedua*, Pengaturan eskalasi harga harus tegas dan dapat dilaksanakan (*doable*). Kelalaian tidak memasukkan hal demikian bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku (kewajiban yang ditentukan undang-undang), melanggar hak subyektif orang lain (hak yang ditentukan undang-undang), bertentangan dengan kesusilaan (kepatutan, ketelitian, kehati-hatian), yang sewajarnya dimiliki seseorang dalam pergaulan masyarakat.

Dengan demikian, Responden tidak melanggar kewajiban hukum secara sempit (berdasar teori klasik yaitu melanggar undang-undang) tetapi karena perbuatannya tidak menyelesaikan pengaturan eskalasi harga bertentangan dengan hal-hal yang disebutkan diatas maka dikualifikasikan sebagai perbuatan melawan hukum atau telah terjadi suatu kesalahan perdata.

Merupakan diskresi Majelis Arbitrase untuk tidak mengungkapkan perbuatan melawan hukum atau kesalahan perdata ini dalam putusannya, berkemungkinan terkait dengan kerahasiaan (*confidentiality*) dan kepraktisan (*practicalability*) proses

¹⁴¹ *Parol Evidence Rule* berdasar *Common Law*: *When parties put their agreement in written, all previous and the current agreements merge in the writing and a contract as written cannot be modified*

pengambilan putusan arbitrase. Bukankan hal demikian, asal tidak diartikan sebagai pemberian putusan berdasar *ex aequo et bono*, memang dimungkinkan bila dikaitkan dengan “Kebijakan dan Kebajikan” (*Sapientia et Virtus*)?

Ketiga: Analisis Pertanyaan Hukum 3.

[*Bagaimana sebaiknya pertimbangan Majelis Arbitrase menentukan eskalasi harga kontrak, yang belum diatur sebelumnya, dalam perjanjian kerja konstruksi antara PT Caltex Pacific Indonesia dengan PT Amarta Karya?*]

Suatu putusan arbitrase adalah suatu pernyataan yang dituangkan dalam bentuk tertulis dan kemudian diucapkan oleh Majelis Arbitrase sebagai wasit yang diberi kewenangan oleh kedua belah pihak untuk itu. Hasil putusan tersebut dibacakan dipersidangan arbitrase dengan tujuan mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara/sengketa antara para pihak, dan menetapkan hak atau hukumnya.

Menurut Priyatna Abdurrasyid, ada sepuluh (10) syarat-syarat substantial yang harus diperhatikan oleh arbiter dalam memberikan suatu putusan arbitrase.¹⁴² Salah satu syarat adalah bahwa putusan haruslah final, jika tidak maka putusan itu dapat dibatalkan atau dikesampingkan. Syarat lain terkait adalah sebuah putusan agar menjadi pasti, maka harus berisikan pokok-pokok yang meyakinkan dan isinya tidak menimbulkan keraguan mengenai pendapat arbiter yang menyusunnya. Untuk itu, arbiter membuat cara-cara untuk menghitung suatu jumlah dengan memperhatikan hasilnya.

or changed by parol evidence.

Suatu Putusan Arbitrase yang bersifat mengikat didasarkan cara-cara atau mekanisme penyelesaian sengketa untuk industri konstruksi, tetapi realitas secara sederhana lebih kompleks. Ada sebagian pendapat bahwa putusan arbitrase lebih berdasarkan *equity atau kepatutan*, bukan kontrak atau hukum (*“the law between the parties”*). Bila seseorang yang menentukan putusan suatu sengketa dapat mengabaikan kontrak, apa “point”nya untuk mempunyai suatu kontrak. Tanpa kontrak/hukum, Majelis Arbitrase tak punya dasar yang diatasnya membuat suatu keputusan. Suatu tanggapan umum menyebutkan bahwa *“Ultimately, neither of the parties will feel fairly treated, and they will not come back”*.

Walau begitu, tanggapan lain mengatakan bahwa *“Different arbitrators will have different perceptions of the same situation and different arbitrators will go to different fundamentals to help them evaluate, resulting a different awards for the same set of facts.”*¹⁴³ Untuk perbandingan, AAA’s Prosedur Penyelesaian Sengketa (Rule no. R-43) pada industri konstruksi menyebutkan: *“The arbitrator may grant any remedy or relief, including equitable relief, that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties”*. Bahkan JAM’s di Jepang menginstruksikan kepada arbitrater agar *“Unless the Parties specify a different standard, in determining the Award the Arbitrator will be guided by principles of law and equity as applied to the facts found at the Arbitration Hearing, including those facts relating to custom and agreement between the Parties”*.

¹⁴² Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, FIKAHATI bekerja sama dengan BANI, 2002, hlm. 160 – 161.

Dari dua pemahaman diatas yang sering bertentangan, disimpulkan bahwa Majelis Arbitrase dalam menentukan esensi suatu masalah seperti eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, mau tak mau harus mengambil suatu sikap seobyektif mungkin yang dilandasi pada asas kemanfaatan suatu putusan. Seobyektif apapun - yang ukurannya adalah kepatutan, faktor subyektif yang isinya terkait perasaan keadilan akan ikut berbicara. Dengan demikian, *ex aequo et bono*, mau tak mau akan diberlakukan oleh arbiter dalam penentuan eskalasi harga yang tidak diatur sebelumnya dalam kontrak.

Catatan-catatan lainnya terkait Putusan Arbitrase.

1. Permohonan ganti rugi bunga 1% per bulan atau Rp. 730.000.000.- oleh Pemohon, karena eskalasi harga yang belum dibayarkan sejak November 2002, tidak dapat dikabulkan.¹⁴³ Penjelasannya sebagai berikut:

Klaim bunga atas keterlambatan pembayaran klaim menurut Pasal 18.4 dari Syarat-syarat Umum Perjanjian menyebutkan: *“Payment of dispute portion shall be made interest free after settlement of such dispute”*. Berdasar ketentuan tersebut, Majelis Arbitrase, apalagi karena tidak ada pembicaraan tentang klaim bunga dalam *prebid meeting* maupun *kickoff meeting*, membuat suatu putusan tentang ada tidaknya suatu ingkar janji atau wanprestasi.

Pada Putusan (hlm 27): Termohon tidak melakukan perbuatan Ingkar Janji (wanprestasi), *karena memang tidak ada bukti kesepakatan antara kedua pihak mengenai eskalasi harga yang diajukan oleh Pemohon kepada Termohon*. Berdasar hal ini maka pengenaan bunga yang diminta terhadap kerugian tidak dikabulkan Majelis Arbitrase.

¹⁴³ George Ossman III, *“Construction Arbitration: A Survey of Arbitrator’s Award Consistency”*, a Master’s Thesis Research at Pepperdine University, Malibu, USA, 2002, hlm. 7. Sumber: http://cmaonet.org/user_images/arbitration_paper_ossman.pdf ; diakses 25 Okt. 2007; 22:00 WIB.

¹⁴⁴ Menurut Undang-undang (stb. 1848 No. 22 jo 1849 No. 63, dan merupakan yurisprudensi MA), moratorium dalam bentuk bunga yang tidak diperjanjikan ditentukan sebesar 6% per annum, berlaku bila para pihak dalam perjanjian tidak menentukan besarnya bunga.

2. Penetapan sita jaminan tidak dikabulkan.

Wanprestasi atau cidera janji Termohon tidak terbukti, dan Majelis Arbitrase tidak dapat menemukan perbuatan-perbuatan Termohon yang memenuhi Pasal 227 HIR sebagai syarat-syarat untuk menetapkan sita jaminan.¹⁴⁵ Selain itu, karena seluruh aset yang dikuasai PT Caltex Pacific Indonesia – bergerak maupun tidak bergerak – dimiliki negara, penyitaan terhadap aset negara tersebut harus seizin Mahkamah Agung.

B. Penentuan Eskalasi Harga Kontrak yang tidak diatur sebelumnya

Untuk menentukan eskalasi harga yang tidak diatur sebelumnya dalam kontrak, beberapa cara perhitungan yang berguna untuk kajian/telaah hukum ekonomi mau tak mau harus dikuasai oleh arbiter.¹⁴⁶

Majelis Arbitrase harus menentukan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, dan hingga tahap pengajuan arbitrase masih terdapat beda perhitungan pada besaran antara Rp. 3.75 MM (100% kenaikan BBM Rp. 2.60 MM **ditambah** komponen terimbas Rp. 1.15 MM) dan Rp 1.02 MM (50% kenaikan BBM Rp. 2.04 MM **tanpa** komponen terimbas). Komponen terimbas (*indirect damage*) merupakan *consequential damage* yang sulit dibuktikan dan diukur.

¹⁴⁵ Pasal 227 HIR, butir (1): Jika ada sangka yang beralasan bahwa seorang yang berutang sebelum dijatuhkan keputusan kepadanya, atau sedang keputusan yang dijatuhkan kepadanya, baik yang tidak tetap, baik yang tetap dengan maksud akan menjauhkan barang itu dari penagih utang, maka ketua, atas surat permintaan yang dimasukkan untuk itu, oleh orang yang berkepentingan, dapat memberi perintah supaya barang itu disita akan menjaga hak orang yang meminta itu dan kepadanya hendaklah diberitahukan, bahwa ia akan menghadap persidangan pertama yang akan datang dari pengadilan negeri untuk memajukan tuntutan dan meneguhkannya.

¹⁴⁶ Baca lebih lanjut: Eston Quah dan William Nelson, “*Law and Economic Development: Cases and Materials from Southeast Asia, Singapore*”, Longman Singapore Publishers(Pte) Ltd, 1993, p.361.

Formula yang diusulkan Pemberi Jasa memperhitungkan juga kenaikan faktor selain BBM, yaitu seperti Tenaga Kerja, Bahan Material, Peralatan; dan dikenakan kepada seluruh tariff, walaupun pada tariff tersebut tidak ada unsur kenaikan BBM.

Dalam Putusannya, Majelis arbitrase menganggap bahwa pertemuan *Prebid Meeting* maupun *Kickoff Meeting* dan segala risalahnya antara para pihak merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari Perjanjian. Artinya, dalil Termohon bahwa risalah *Prebid Meeting* dan *Kickoff Meeting* telah dirangkum lewat pasal 39 Syarat-syarat umum tidak dibenarkan. Sepantasnya risalah tersebut setelah melalui penyempurnaan lewat adanya suatu klarifikasi harus merupakan bagian dari perjanjian. Dengan demikian, untuk hal itu dan secara implisit, maka Termohon dapat dinyatakan bersalah dan dihukum. Kesalahan tersebut bersifat kelalaian yang dapat dipahami karena proyek yang ditangani menyangkut pembangunan jalan yang terisolasi dengan latar belakang Termohon sebagai perusahaan minyak (*crude oil*).

Karena tuntutan Pemohon selebihnya ditolak Majelis Hakim, maka untuk hal demikian, prinsip *ex aequo et bono* pada penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya dapat diberlakukan dengan cara *splitting the baby* atau *the winner does not take all*. Konsekuensi selanjutnya, Majelis Arbitrase mempertimbangkan eskalasi harga BBM dengan menjumlahkan angka yang diajukan oleh para pihak dan membagi dua, dengan perincian sebagai berikut:

1. Perhitungan Pemohon mengenai eskalasi BBM Rp. 2,60 MM;
2. Perhitungan Termohon mengenai eskalasi harga BBM Rp. 2,04 MM;

sehingga perhitungan eskalasi harga BBM rata-rata adalah $\{Rp. 2,60 + Rp. 2,04\} \times \frac{1}{2}$ atau Rp. 2,32 MM.

Selain itu imbas yang timbul akibat adanya kenaikan harga BBM ditentukan besarnya sebesar $1.9475\% \times \text{Nilai Kontrak (Rp. 20.837.233.833.-)}$ atau dibulatkan Rp. 405.805.000.- Nilai imbas rata-rata 1.9475% diperoleh dari perhitungan berdasar data Badan Pusat Statistik. Dengan demikian, total eskalasi harga ditentukan Rp. 2.725.805.000.- atau 13.08% dari nilai kontrak awal.

Merupakan hal yang patut bahwa eskalasi harga yang diberikan Majelis Arbitrase seharusnya terbatas kepada kerugian yang sebenarnya dialami oleh Pemohon dan tidak termasuk nilai keuntungan yang dinafikan (imbas yang timbul). Dengan tidak dikenakannya ganti rugi bunga Rp. 0.73 MM kepada Termohon, berkemungkinan hal itu merupakan suatu timbal balik dengan imbas yang timbul yang dibebankan kepada Termohon. Walau tidak dijelaskan, secara tersirat, cara-cara demikian merupakan diskresi atau kebijakan Majelis Arbitrase yang dapat dipahami.

Sebagai suatu perbandingan, berdasarkan Peraturan Menteri Keuangan No. 105/PMK.06/2005 tentang Penyesuaian Harga Satuan dan Nilai Kontrak Kegiatan Pemerintah Tahun Anggaran 2005 yang ditetapkan pada 9 Nopember 2005,¹⁴⁷ eskalasi harga kontrak karena kenaikan BBM untuk proyek-proyek pemerintah berkisar 15 - 25%.

¹⁴⁷ Enam bulan setelah dibacakannya putusan arbitrase.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Dari hasil penelitian yang telah diuraikan dalam bab-bab terdahulu, maka dapat dikemukakan kesimpulan-kesimpulan sebagai berikut:

Pertama, *Bagaimana Majelis Arbitrase memutus perkara jika tidak diberi wewenang untuk memutus perkara berdasar keadilan dan kepatutan (ex aequo et bono)?*

Memilih forum diluar pengadilan negeri untuk menyelesaikan sengketa komersial pada dasarnya merupakan bagian dari kebebasan para pihak dalam membuat kesepakatan mengenai berbagai obyek perjanjian. Sebelum proses persidangan arbitrase maupun selama proses persidangan arbitrase berlangsung tidak ada perjanjian atau kesepakatan yang meminta agar Majelis Arbitrase memutus perkara berdasarkan *ex aequo et bono*. Tidak diberikannya wewenang oleh salah satu pihak yang bersengketa untuk memutus perkara berdasarkan keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*), maka Majelis Arbitrase hanya dapat memutus perkara berdasarkan ketentuan atau kaidah hukum materiil. Kaidah hukum materiil yang dimaksud adalah hal-hal yang diperjanjikan didalam dokumen perjanjian. Dalam hal perjanjian tidak mengatur suatu hal, maka undang-undang, ketertiban umum, dan Yurisprudensi (kebiasaan dan kesusilaan/kepatutan) akan melengkapinya.

Walau begitu, pemakaian kaidah hukum material dan bukan *ex aequo et bono* tidak menghalangi Majelis Arbitrase untuk menetapkan bahwa risalah Prebid Meeting merupakan bagian yang tak terpisahkan dengan perjanjian.

Kedua, *Ketentuan hukum materiil mana yang dapat dipakai Majelis Arbitrase dalam memberikan putusan perkara yang bukan atau tidak diputus secara ex aequo et bono?*

Risalah *Prebid meeting* yang diikuti risalah *Kickoff meeting* walau bukan merupakan akta otentik, tanpa pernyataan kehendak kedua belah pihak secara tegas, berdasar Pasal 1320 KUHPerdara adalah suatu bentuk perjanjian/perikatan yang sah dan karenanya “berlaku” atau “mengikat para pihak” sebagai undang-undang sebagaimana ditegaskan oleh Pasal 1338 KUHPerdara Ayat (1). Hal ini terkait dengan pasal-pasal berikutnya, yaitu Pasal 1339 (asas kepatutan pada fungsi menambah) dan Pasal 1347 (tambahan kesepakatan tentang pengaturan eskalasi yang seharusnya diatur dalam kontrak) maupun Pasal 1365 KUHPerdara. Untuk memenuhi asas preferensi/keutamaan, dalam sengketa ini, ketentuan Pasal 39 paragraf 2 Syarat-syarat Umum dari Dokumen Kontrak yang merupakan kaidah hukum materiil sebagai ketentuan yang diperjanjikan dalam perjanjian, harus secara tegas dikesampingkan. Resiko ketidakpastian hukum yang lebih luas karena ketentuan-ketentuan yang *lex superior* umumnya menyimpang dari asas-asas hukum yang *lex inferior*. Hal ini sejalan dengan pemahaman pada kontrak tersamar, bahwa ” *The legal theory supporting the contractor’s recovery is sometimes referred to as quantum meruit or quasi contract recovery based on the owner’s implied promise to pay for the benefit rather than on the contract between the parties*”.

Ketiga, *Bagaimana sebaiknya pertimbangan Majelis Arbitrase menentukan eskalasi harga kontrak, yang belum diatur sebelumnya, dalam perjanjian kerja konstruksi antara PT Caltex Pacific Indonesia dengan PT Amarta Karya?*

Dalam menentukan eskalasi harga kontrak yang belum diatur sebelumnya dalam perjanjian kerja konstruksi antara PT Caltex Pacific Indonesia dengan PT Amarta Karya, Majelis Arbitrase lebih menekankan asas manfaat untuk tercapainya suatu putusan berdasarkan keadilan yang dapat diterima dua belah pihak. Untuk itu metode keadilan yang dipakai dalam memberikan hukuman kepada pihak yang melakukan kesalahan/kelalaian adalah “*splitting the baby*” sebagaimana banyak dilakukan dalam putusan-putusan arbitrase yang serupa. Tidak dikenakan bunga kepada Termohon merupakan “barter – tukar” terhadap dikenakan faktor imbas karena kenaikan BBM, yang merupakan pencerminan adanya *win – win solution* melalui pembagian *fifty – fifty* pada resiko yang harus dipikul kedua belah pihak.

B. Rekomendasi

Dari hasil penelitian dan kesimpulan diatas, dapat dikemukakan saran atau rekomendasi hal-hal sebagai berikut:

Pertama, Majelis Arbitrase dalam mengambil pertimbangan-pertimbangan hukum untuk suatu putusan arbitrase mengenai penentuan eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, sebaiknya tidak hanya mendasarkan pada ketentuan peraturan KUH Perdata, Undang-undang No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Undang-undang No. 18 tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi, serta peraturan-peraturan hukum lainnya, tetapi juga memperhatikan kekuatan berlakunya peraturan tersebut dengan selalu melihat asas-asas hukum dan juga tata urutan perundang-undangan. Selain itu, dalam menerapkan kaidah hukum, arbiter harus selalu berpedoman bahwa arbiter mempunyai tiga (3) fungsi yaitu

penerapan hukum tanpa suatu rekayasa, penafsiran untuk menemukan hukum, dan penciptaan hukum sehingga tercipta keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Bila ada kejanggalan atau bahkan pertentangan norma/kaidah hukum maka harmonisasi hukum merupakan orientasi yang dapat dipergunakan berdasar asas dan nilai hukum. Untuk itu, berbagai ketentuan pada undang-undang tentang jasa konstruksi dan yang terkait perlu lebih ditingkatkan agar lebih komprehensif dan sesuai dengan kemajuan zaman.

Kedua, Sifat Putusan Arbitrase, baik yang berdasarkan pada ketentuan hukum maupun berdasar *ex aequo et bono*, tentu saja dapat bersifat menghukum (*condemnatoir*). Hal demikian tampak dalam peraturan prosedur BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia) yang berlaku efektif 1 Maret 2003, dimana dalam Pasal 39 Peraturan Prosedur tersebut ditemukan dalam kalimat: "Biaya-biaya eksekusi Putusan ditanggung oleh Pihak yang kalah dan lalai untuk memenuhi ketentuan-ketentuan dalam putusan". Adanya putusan Majelis Arbitrase yang menghukum Pemohon dan Termohon membayar biaya perkara yang timbul dalam perkara ini masing-masing $\frac{1}{2}$ bagian menimbulkan pertanyaan mengenai pada hal mana Majelis Arbitrase menghukum Pemohon. Karenanya, dalam perkara eskalasi harga kontrak yang tidak diatur sebelumnya, walau arbitrase merupakan forum extra adjudication yang juga menganut pendekatan *adversarial* (pertentangan dengan putusan *the winner takes all*), istilah menghukum dalam putusan ini sebaiknya (lebih tepat) diganti dengan istilah membebani atau memerintahkan.

Ketiga, Proses pelelangan yang dilaksanakan oleh Pengguna Jasa tidak terstruktur secara profesional hingga makan waktu lebih dari dua (2) tahun - dari

prebid meeting yang pertama hingga penandatanganan perjanjian (25 July 2000 hingga 27 Mei 2002), lagipula dengan tidak adanya kepemimpinan (*leadership*) Manager Proyek, menyebabkan berbagai kesalahan terjadi tanpa adanya koreksi yang memadai. Proses klarifikasi sebagai kesempatan untuk mengkonfirmasi berbagai hal, yang seharusnya dilakukan sebelum dikeluarkannya Surat Penunjukan, terlewatkan begitu saja. Padahal klarifikasi merupakan kesempatan untuk mengkaji ulang berbagai hal untuk menjadikan adanya satu pemahaman terhadap timbulnya suatu potensi masalah. Kecerobohan demikian walau dikategorikan sebagai kelalaian ringan dikarenakan kurang hati-hati dan tidak cermat merupakan indikasi tidak adanya profesionalisme dalam menjalankan tugas pengembangan.

Keempat, Banyaknya pihak-pihak yang merespon masalah secara langsung, pada satu pihak kepada pihak yang lain tanpa suatu "*single entry point*" pada pihak Pengguna Jasa, berpotensi memperkeruh sengketa. Paling tidak dipihak Termohon ada empat (4) Jajaran Pimpinan yang berbeda (dari Team Leader, Manager, General Manager) yang memberikan tanggapan secara langsung dalam berkorespondensi dengan Pemohon. Ada *misperception* dalam mengartikan team work, dimana setiap unit kerja terkait merasa bertanggungjawab untuk memberikan respon secara langsung. Dalam hal ini, resiko ketidakkonsistenan jawaban/respon yang mencerminkan ketidakhati-hatian dan ketidakcermatan dalam menyikapi permasalahan makin memperuncing permasalahan menjadi sengketa yang makin tak terhindarkan, bahkan terus meningkat menjadi pertentangan yang adverserial (*win – lose solution*). Suatu penyelesaian yang *amicable* lewat penyelesaian *win-win solution* berkemungkinan besar (sepatutnya) lebih dapat diselesaikan bila diterapkan

”one door policy” atau ”*single entry point*” Singkatnya, suatu permintaan yang tidak ditanggapi secara profesional sejak awalnya berpeluang meningkat menjadi sengketa.

Kelima, Dalam mewasiti perkara dimana arbiter tidak diberikan wewenang memutus berdasar *ex aequo et bono*, bagaimanapun juga Majelis Arbitrase dapat terkesan memutus perkara secara demikian. Mengapa? Bukankah suatu putusan arbitrase bagaimanapun juga akan bersifat *binding dan final*?¹⁴⁸ Pemahaman demikian sering menyesatkan orang yang tidak tahu hukum, yang berkemungkinan juga dapat terjadi pada pihak yang kalah. Untuk menghindari pandangan demikian, kewajiban mengemukakan alasan hukum yang mendasari suatu putusan adalah mutlak. Kata-kata ”Namun dengan demikian, Majelis menganggap bahwa....., maka berdasar hal tersebut, Majelis akan.....” hanyalah suatu diskresi tanpa adanya suatu alasan yang jelas. Tanpa adanya alasan demikian dapat menimbulkan permasalahan baru, bahkan berkemungkinan dapat *menggugurkan* putusan.

Keenam, Hubungan kerja dalam dunia konstruksi sarat dengan berbagai kepentingan yang mengandung banyak resiko pertentangan yang terkadang sulit untuk diantisipasi.¹⁴⁹ Pencegahan terjadinya sengketa lewat penerapan *prudential principles* (kehati-hatian/*carefulness* dan kecermatan/*thoroughness*) dan/atau *due*

¹⁴⁸ kecuali dalam hal-hal tertentu.

¹⁴⁹ Lihat CST Kansil dan Christine S.T, Kansil, *Modul Hukum Perdata, termasuk Asas-Asas Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2006, hlm. 228, sebagai berikut: Pengertian resiko sehari-hari ialah tanggung jawab seseorang sebagai akibat perbuatannya; sedangkan resiko dalam hukum perikatan lebih radikal lagi ialah kewajiban memikul kerugian terhadap suatu kejadian diluar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda seperti yang dimaksud dalam perjanjian. Demi lengkapnya perjanjian itu dan tidak terjadi sengketa pada kemudian hari atau memudahkan dalam penyelesaian sengketa itu, seharusnya para pihak dengan tegas menetapkan dalam perjanjian tentang resiko itu. Penegasan resiko dalam isi perjanjian akan memudahkan penyelesaian sengketa pihak-pihak sebagai akibat dari tanggung jawabnya. Sesuai dengan asas Hukum Penambahan (*aanvullenrecht*) kalau pihak-pihak tidak menetapkan resiko dalam perjanjian itu, maka akan berlakulah pasal-pasal tentang resiko yang terdapat dalam Buku III KUHPerd.

diligence (uji tuntas) yang mencerminkan adanya profesionalitas dalam suatu pertanggungjawaban adalah lebih baik daripada penanggulangannya. Contohnya: Pertama, pengaturan eskalasi harga dalam kontrak harus dengan formula yang jelas/tegas; Kedua, *Kickoff Meeting* atau *Pre-construction Meeting* dimaksudkan untuk hal-hal berkenaan dengan pelaksanaan pekerjaan secara teknis dan koordinasi lapangan. Disini, bertolak dari doktrin "*caveat emptor*" tentang "*the buyer shall beware*" maka pemahaman akan integritas dan toleransi berkomunikasi amatlah dominan dalam melakukan uji tuntas. Untuk itu, peran hukum jasa konstruksi yang lebih komprehensif dalam pembangunan infrastruktur di Indonesia sangatlah menentukan untuk memberikan perlindungan hukum bagi para pihak yang terlibat didalamnya.

=End of December '07=

Daftar Pustaka

- Abd Thalib. 2005. *Arbitrase dan Hukum Bisnis*, ctk. Ke- 1, UIR Press, Pekanbaru.
- Ahmadi Miru. 2007. *Hukum Kontrak & Perancangan Kontrak*, ctk. Ke-1, Rajagrafindo Persada, Jakarta.
- Abdulkadir Muhammad. 1986. *Hukum Perjanjian*, ctk. Ke-2, Alumni, Bandung.
- _____ 1982. *Hukum Perikatan*, ctk. Ke-2, Alumni, Bandung.
- Budiono Kusumohamidjojo. 2004. *Panduan untuk Merancang Kontrak*, ctk. Ke-2, Grasindo, Jakarta.
- Carla C.Shippey. 2004. *A Short Course in International Contract*, World Trade Press, Novato, CA, USA – diterjemahkan oleh PPM, Jakarta.
- Clarence W. Dunham, et al. 1979. *Contracts, Specifications, and Law for Engineers*, McGraw-Hill Book Company, USA.
- Craig A. Peterson & Claire McCarthy. 1986. *Arbitration Strategy and Technique-Contemporary Litigation Series*, The Michie Company, New York, USA.
- CST Kansil dan Christine S.T. Kansil. 2006. *Modul Hukum Perdata, termasuk Asas-Asas Hukum Perdata*, ctk. Ke- 5, Pradnya Paramita, Jakarta.
- David Mellinkoff. 1982. *Legal Writing, Sense and Nonsense*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, USA.
- Erman Rajagukguk, 2007. *Arbitrase di Indonesia*, materi kuliah Magister Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.
- Eman Suparman. 2004. *Pilihan Forum Arbitrase dalam Sengketa Komersial untuk Penegakan Keadilan*, ctk. Ke-1, Tatanusa, Jakarta.
- Eston Quah dan William Nelson. 1993. *Law and Economic Development: Cases and Materials from Southeast Asia*, Singapore, Longman Singapore Publishers (Pte) Ltd, Singapore.
- Fons Trompenaars dan Charles Hampden Turner. 1997. *Riding the waves of culture – Understanding Cultural Diversity in Business*, Nicholas Brealey Publishing Limited, Sonoma, CA, USA.
- Hamid Shahab. 1997. *Aspek Teknis dan Aspek Hukum penggunaan sistem pondasi dalam*, ctk. Ke-1, Jambatan, Jakarta.

- Huala Adolf. 2006. *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, ctk. Kedua, Sinar Grafika, Jakarta.
- _____. 2007. *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, ctk. Pertama, Refika Aditama, Bandung.
- Herlien Budiono. 2006. *Asas-asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, ctk. Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- _____. 2007. *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*, ctk. Pertama, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- H.R. Daeng Naja. 2006. *Contract Drafting-Seri Ketrampilan Merancang Kontrak Bisnis*, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Jeremiah D. Lambert & Lawrence White. 1982. *Handbook of Modern Construction Law*, Prentice-Hall, Inc. – Englewood, NJ, USA.
- James C. Freund. 1992. *Smart Negotiating – How to make Good Deals in the Real World*, Simon & Schuster Ltd, London.
- J. Satrio. 2001. *Hukum Perikatan, Perikatan Yang lahir dari Perjanjian*, Buku ke-1 dan Buku ke-2, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- _____. 2001. *Hukum Perikatan, Perikatan Yang lahir dari Undang-Undang*, Buku ke-1 dan Buku ke-2, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Kusnu Goesniadhie. 2006. *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan (Lex Specialis Suatu Masalah)*, ctk. Ke-1, JP Books, Surabaya.
- Mariam Darus Badruzaman, *et al.* 2001. *Kompilasi Hukum Perikatan*, ctk. Ke-1, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Munir Fuady. 2003. *Hukum Kontrak dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, buku ke-1 dan buku ke-2, ctk. Ke-1, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- _____. 2002. *Kontrak Pemborongan Mega Proyek*, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- _____. 2005. *Perbuatan Melawan Hukum – Pendekatan Kontemporer*, ctk. Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Nazarkhan Yasin 2004. *Mengenal Klaim Konstruksi & Penyelesaian Sengketa Konstruksi*, ctk. Kesatu, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Philipus M. Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati. 2005. *Argumentasi Hukum*, ctk. Ke-II, Gajah Mada University Press, Yogyakarta.

- Ridwan Khairandy. 2004. *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, cetakan ke-II, FH Universitas Indonesia, Jakarta.
- R. Subekti. 2004. *Perbandingan Hukum Perdata*, ctk. Ke- , Pradnya Paramita, Jakarta.
- _____. 2004. *Hukum Perjanjian*, Intermasa, ctk. ke-20, Jakarta.
- _____. 1995. *Aneka Perjanjian*, ctk. Ke-6, Alumni, Bandung.
- Salim H.S. 2005. *Hukum kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, ctk. Ke-3, Sinar Grafika, Jakarta.
- _____. 2005. *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, ctk. Ke-3, Sinar Grafika, Jakarta.
- Syahmin AK. 2006. *Hukum Kontrak Internasional*, ctk. Ke-1, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Sudikno Mertokusumo. 2006. *Penemuan Hukum – Sebuah Pengantar*, ctk. Ke-4, Liberty, Yogyakarta.
- _____. 1999. *Mengenal Hukum – Suatu Pengantar*, ctk. Ke-3, Liberty, Yogyakarta
- Suharnoko. 2005. *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, ctk. Ketiga, Kencana Prenada Group, Jakarta.
- Soetandyo Wignyosoebroto. 2002. *Hukum – Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya, dalam rangka peringatan 70 tahun Prof. Soetandyo Wignyosoebroto*, ctk. Ke-1, ELSAM, Jakarta.
- _____. 2006. *Profesionalisme dan Permasalahannya dalam Pengelolaan Hukum Nasional*”, Materi Kuliah Sosiologi Hukum, Program Magister Hukum, FH – UII, Yogyakarta.
- Sutan Remy Syahdeini. 1993. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, ctk. Ke-1, Institut Bankir Indonesia, Jakarta.
- Try Widiyono. 2006. *Aspek Hukum Operasional Transaksi Produk Perbankan di Indonesia*, ctk. Ke-I, Ghalia Indonesia, Bogor.
- William Jabine. 1973. *Case Histories in Construction Law, A Guide for Architects, Engineers, Contractors, Builders*, Cahners Publishing Company Inc., Boston, Massachusetts, USA.

Wirjono Prodjodikoro. 1960. *Asas-Asas Hukum Perdjanjian*, ctk. Ke-5, Sumur, Bandung.

Jurnal/Makalah dan Kamus

Business News 7396/4-8-2006, “Asas-asas Umum dalam Arbitrase”, Jakarta, 2006.

J. Westberg, “Contract Excuse in International Business Transaction: Awards of the Iran – US Claims Tribunal,” *4 ICSID Review* 215, 1989

Journal of Construction Engineering and Management, ASCE, Mitropoulos and Howell, 2001 “*Model for Understanding, Preventing, and Resolving Project Disputes*”.

Ossman III, George, “Construction Arbitration: “A Survey of Arbitrator’s Award Consistency”, *Master’s Thesis Research* at Pepperdine University, Malibu, USA, 2002.

Molineaux, Charles, “Moving Toward a Construction Lex Mercatoria- A Lex Constructionis”, *International Arbitration Conference di Boston*, USA, 1996.

Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 25 No.1 – Tahun 2006. Ridwan Khairandy, “Tanggung Jawab Pengangkut Dan Asuransi Tanggungjawab Sebagai Instrumen Perlindungan Konsumen Angkutan Udara”.

Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 25 No.1 - Tahun 2006. Adi Sulistiyono, “Budaya Musyawarah untuk Penyelesaian Sengketa Win-Win Solution dalam perspektif Hukum”.

Merriam Webster’s Collegiate Dictionary – tenth edition, Merriam-Webster, Incorporated, Springfield, Massachusetts, USA.

Collins Dictionary of the English Language, William Collins Sons & Co. Ltd, London, 1983.

http://ftsi.itb.ac.id/kk/manajemen_dan_rekayasa_konstruksi Soekirno, P., Wirahadikusumah, R., Abduh, M., (2007), “*Sengketa dalam Penyelenggaraan Proyek Konstruksi di Indonesia: Penyebab dan Penyelesaiannya*”, Buku Referensi, Konstruksi: Industri, Pengelolaan, dan Rekayasa, Penerbit ITB, Bandung.

<http://www.hukumonline.com>, *Ketika Hakim Memutus Berdasarkan Prinsip Ex Aequo et Bono*, [24/5/07]

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=993643 Leon Trakman, “Ex Aequo et Bono: De-mystifying an Ancient Concept”, *University of New South Wales, Law Research Paper* No. 2007 - 39 edisi 27 July 2007.

http://cmaanet.org/user_images/arbitration_paper_ossman.pdf George Ossman III, “Construction Arbitration: A Survey of Arbitrator’s Award Consistency”, a Master’s Thesis Research at Pepperdine University, Malibu, USA, 2002.

Daftar Peraturan PerUndang-Undangan & Turunannya

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, buku ke III tentang Perikatan.

Undang-Undang Republik Indonesia No. 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi,

Undang-Undang Republik Indonesia No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (dan khususnya Peraturan Prosedur BANI).

Keputusan Presiden No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah diubah dengan Keputusan Presiden No. 61/2004

Surat Keputusan Pertamina No. 027/C0000/2000-SO tentang Pengelolaan Rantai Suplai Kontraktor Kontrak Kerja Sama

Peraturan Pemerintah No. 28/2000 tentang Usaha dan Peran Serta Jasa Konstruksi - Perubahan Ketiga - No. 28/2002

Peraturan Pemerintah No. 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi,

Peraturan Pemerintah No. 30 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Pembinaan Jasa Konstruksi

Perjanjian Kerja dan Putusan Arbitrase

Perjanjian Kerja untuk Jasa-jasa Peningkatan dan Perawatan Jalan Tanah di Bekasap Utara, Kabupaten Bengkalis, Provinsi Riau; No. Kontrak: BKS/PROD/057/BKBL/AK/2000, antara PT Caltex Pacific Indonesia dan PT Amarta Karya (Pesero).

Putusan No. 203/XI/ARB-BANI/2004, perkara antara PT Amarta Karya (Persero) sebagai Pemohon melawan PT Caltex Pacific Indonesia sebagai Termohon yang dibacakan oleh Majelis Arbitrase pada tanggal 4 Mei 2005.

Tentang Penyusun Tesis:



Stanley Hariman Wibisono adalah praktisi pembangunan dan pemerhati hukum yang banyak terlibat dalam proses perancangan, persiapan dokumen lelang-kontrak, pelaksanaan dan pengawasan proyek, dengan berbagai pengalamannya dalam mengatasi berbagai masalah, sengketa, dan tuntutan. Setelah menyelesaikan studinya di UGM pada tahun 1976 dibidang Teknik Sipil, ia bekerja pada berbagai posisi dalam berbagai pembangunan proyek seperti Supervisor, Kontraktor, Konsultan Perencana, termasuk sebagai Pengajar diberbagai Perguruan Tinggi, sebelum kemudian bekerja pada suatu korporasi multinasional, PT Caltex Pacific Indonesia (sekarang: PT Chevron Pacific Indonesia), yang bersama DirJen Migas merupakan salah satu penghasil minyak mentah terbesar di Indonesia, hingga masa purna bakti. Proyek Konstruksi terakhir yang diselesaikannya adalah Politeknik Caltex Riau diatas lahan seluas 17 hektar. Beberapa tahun terakhir menjelang pensiun ia memfokuskan diri pada masalah *Health Safety Environment - K3L / HSE & Operational Excellence*. Kini, ia dan isterinya menghabiskan beberapa tahun terakhir ini untuk mulai menyederhanakan hidup mereka, sambil masih berkarya untuk Yayasan Pendidikan Cendana di lingkungan PT Chevron Pacific Indonesia, kini hidup dengan tenang di Pekanbaru – Riau.

Ad Maiorem Dei Gloriam
