



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENGARUH PERUBAHAN KEADAAN DAN PERUBAHAN
PERATURAN PERUNDANG UNDANGAN TERHADAP KONTRAK
KERJA SAMA MIGAS**

SKRIPSI

Aji Agung Nugroho

0606078683

FAKULTAS HUKUM PROGRAM

SARJANA REGULER DEPOK

DESEMBER 2010



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENGARUH PERUBAHAN KEADAAN DAN PERUBAHAN
PERATURAN PERUNDANG UNDANGAN TERHADAP KONTRAK
KERJA SAMA MIGAS**

SKRIPSI

**Diajukan untuk memenuhi persyaratan mencapai gelar Sarjana Hukum pada
Fakultas Hukum Universitas Indonesia**

Aji Agung Nugroho

0606078683

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI HUKUM TENTANG KEGIATAN EKONOMI
DEPOK
DESEMBER 2010**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Skripsi ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk telah saya nyatakan dengan benar

Nama : Aji Agung Nugroho

NPM : 0606078683

Tanda tangan :

Tanggal : 28 Desember 2010

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Aji Agung Nugroho
NPM : 0606078683
Program Studi : Sarjana
Judul Skripsi : Pengaruh Perubahan Keadaan dan Perubahan Perundan-undangan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.

Telah berhasil dipertahankan dihadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Studi Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing I : Prof. Rosa Agustina, S.H., M.H. (.....)
Pembimbing II : Tri Hayati, S.H., M.H. (.....)
Penguji : Myra Rosana Bachtiar, S.H., M.H. (.....)
Penguji : Dr. Nurul Elmiyah, S.H (.....)
Penguji : Eka Sri Sunarti, S.H., M.Si. (.....)

Ditetapkan di : Depok
Tanggal : 5 Januari 2010

KATA PENGANTAR

Assalamualaikum Wr. Wb.

Alhamdulillahirrabbi'lalamin, segala puji dan syukur kehadirat Allah SWT, berkat limpahan rahmat dan karunia-Nya hingga saat ini penulis dapat menyelesaikan penulisan skripsi ini dengan baik. Penulisan ini merupakan sebuah pembelajaran yang sangat berharga dan bernilai bagi pribadi penulis khususnya, dan tentunya diharapkan membawa kemudahan dan pemahaman bagi para pembaca dalam menginterpretasikan materi yang disajikan dalam penulisan ini.

Melalui lembar ini penulis hendak menyampaikan rasa terima kasih yang sebesar-besarnya kepada :

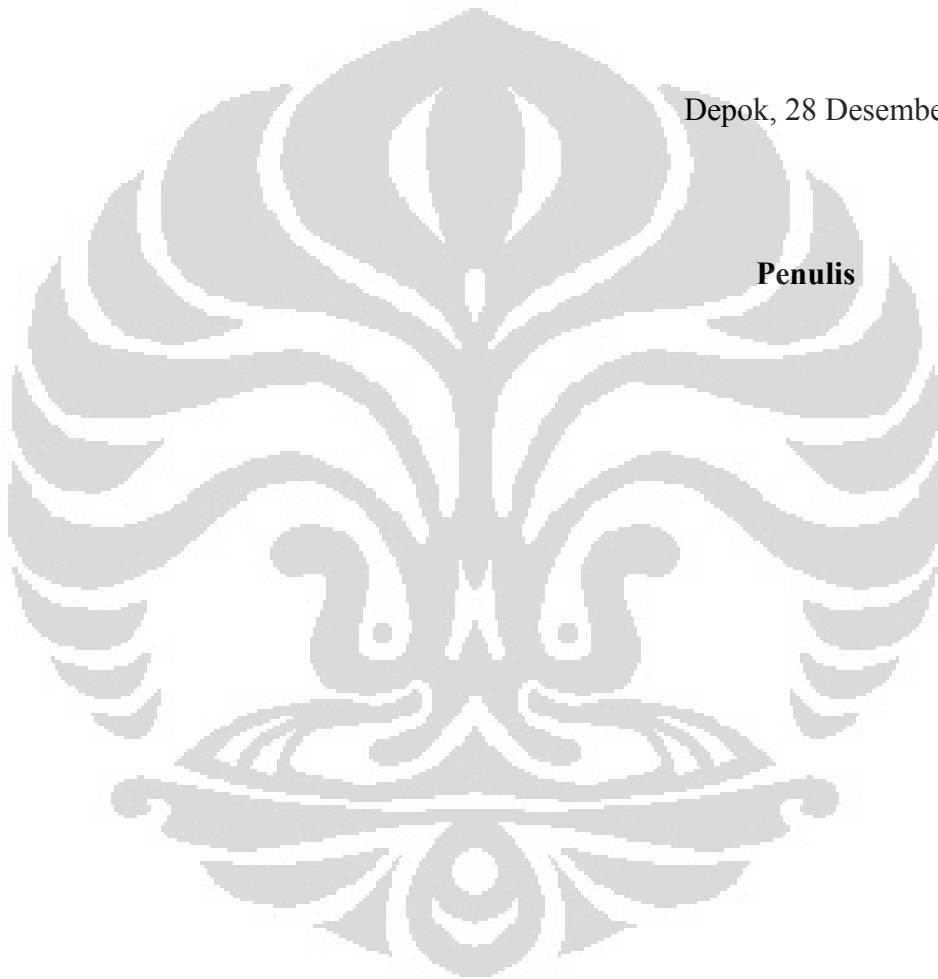
1. Allah SWT, Sang Penentu dan Pemegang Kuasa diatas segalanya, terima kasih Ya Allah, Engkau jawab doa-doaku. Engkau hantarkan kebaikan kepadaku. Izinkan aku mengukir cita-cita yang lebih tinggi dan berkahi langkahku untuk menjalani niat ini.
2. Ibu, Bapak, dan Kakak yang telah memberikan kepercayaan dan dorongan dari awal sampai akhir perjalanan pendidikan sarjana ini. Segala prestasi yang saya raih tidak lain ditujukan untuk kalian semua. Terima kasih ada kesabaran menunggu ananda yang berjuang mengejar asa meskipun harus lulus bukan pada waktu umumnya. Terima kasih atas segala kepercayaan yang diberikan bagi ananda untuk memilih jalan yang terbaik.
3. Kepada kedua pembimbing skripsi, Prof. Rosa dan Ibu Tri yang atas segala bimbingan dan arahnya skripsi ini saya bisa selesaikan. Terima kasih atas segala bimbingan yang diberikan di padatnya jadwal kegiatan beliau masih menyempatkan waktu untuk membimbing penulis dalam penulisan skripsi ini.
4. Kepada teman-teman terdekat Firman, Arlan, Gerry, Megha, Ucup, Zulham, Randi, Adhiem, Lebdo, Akbar, Anggun, Adilaz, Hafizh, Yahdi, Gina, dan yang terkasih Delfi Hidayahni, serta teman-teman seperjuangan di Business Law Society (BLS), Lembaga Kajian Keilmuan (LK2), BEM UI, Majelis Wali Amanat (MWA UM), Revo (R) dan kepada teman-teman FHUI 2006 lainnya

yang tidak mungkin disebutkan satu persatu. Terima kasih atas kenangan masa-masa kuliah yang tak terlupakan.

Semoga harapan yang kita punya bisa terus dikejar dan diwujudkan. Pantang bagi seorang pejuang untuk berkata lelah dan menyerah. Semoga Allah SWT meridhoi kita semua. Amin.

Depok, 28 Desember 2010

Penulis



**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS AKHIR
UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIK**

Sebagai civitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : Aji Agung Nugroho.
NPM : 0606078683
Program Studi : Sarjana Hukum
Departemen : Program Kekhususan IV (Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi)
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty Free Right*)** atas karya saya yang berjudul :

Pengaruh Perubahan Keadaan dan Perubahan Perundan-undangan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan), dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalih media/format-kan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya.

Dibuat di : Depok

Pada tanggal : 28 Desember 2010

Yang menyatakan,

Aji Agung Nugroho

ABSTRAK

Nama : Aji Agung Nugroho
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : **Pengaruh Perubahan Keadaan dan Perubahan Perundang-undangan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.**

Letter of Credit (L/C) merupakan jenis pembayaran ekspor yang cukup digemari karena adanya unsur jaminan di dalamnya sepanjang syarat-syarat yang ada di dalam L/C tersebut dipenuhi oleh importir. Karena unsur jaminan tersebut, L/C dianggap sebagai metode pembayaran yang paling aman dibanding metode pembayaran lainnya. Namun ternyata L/C tidak luput dari risiko-risiko yang dapat menyebabkan *beneficiary* tidak mendapatkan pembayaran. Asuransi Ekspor yang dijamin L/C (Asuransi L/C) adalah jenis pertanggungan atas kerugian yang menjamin resiko-resiko yang mungkin terjadi pada transaksi yang menggunakan metode pembayaran dengan L/C. Tentunya menjadi penting diperhatikan yakni landasan yuridis dari pertanggungan jenis asuransi ini, termasuk proses pelaksanaannya meliputi jenis-jenis risiko yang ditanggung, pengajuan klaim, sampai proses penyelesaian klaim. Selain itu, keberadaan asuransi ini juga perlu diperhatikan dari segi manfaatnya serta kendala atas pelaksanaan asuransi ini dalam rangka mendukung dalam dunia usaha ekspor.

Kata kunci : asuransi, ekspor, *Letter of Credit*, L/C.

ABSTRACT

Name : Aji Agung Nugroho
Study Program : Law
Title : **Juridical Review of Export Transaction Secured by Letter of Credit.**

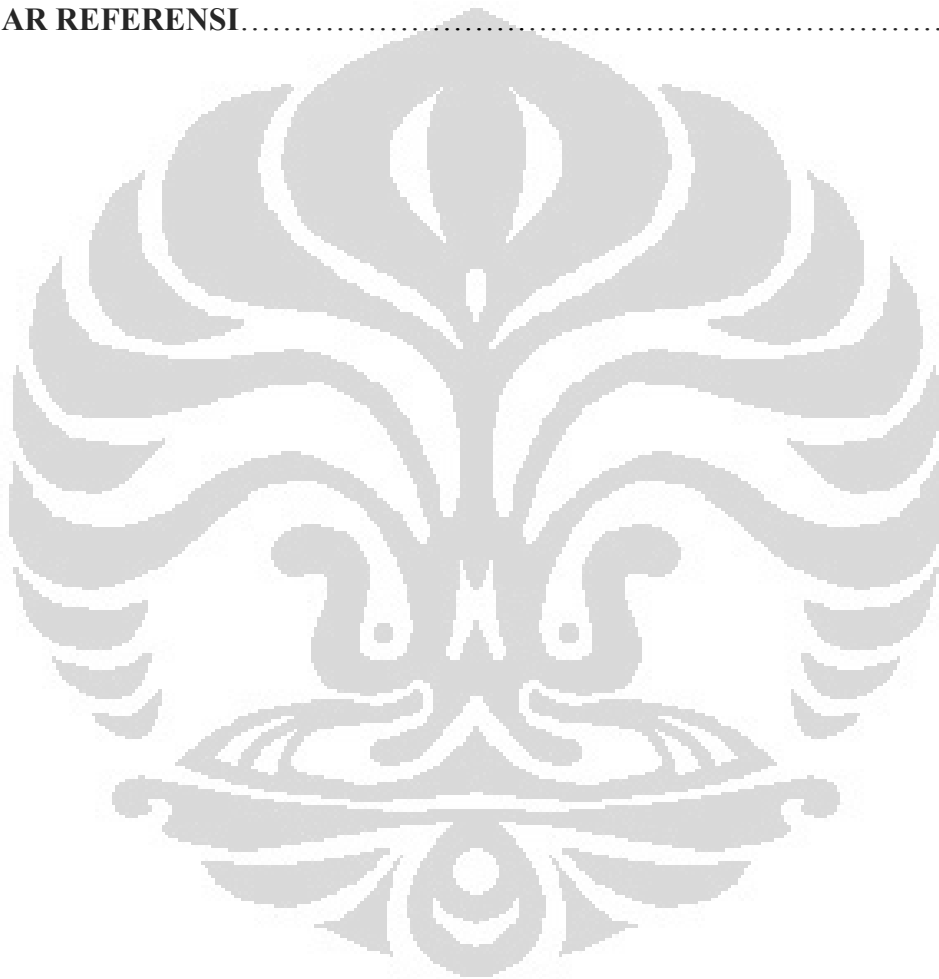
Letters of Credit (L/C) is an export payment method which quite popular since its security factor as long the existing conditions in the L/C are met by the exporter. By this security factor, L/C is considered as the most secure export payment method. But apparently, L/C does not cover all the risks that could cause the exporter not receive the payment. Export insurance secured by L/C (L/C Insurance) is coverage for damages that ensure the risks that might occur in transactions using the payment method with the L/C. It is important to note the juridical aspect of this type of insurance coverage, including the implementation process from the types of risk assumed, the filing of claim, to the claims settlement process. In addition, the existence of this insurance is also worth noting, concerning its benefits and obstacles to the implementation of this insurance in order to support the export businesses.

Key word: Insurance, Export, Letter of Credit, L/C.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii
LEMBAR PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	vi
ABSTRAK.....	vii
DAFTAR ISI.....	viii
1. PENDAHULUAN	
1.1 Latar belakang.....	1
1.2 Pokok permasalahan.....	6
1.3 Tujuan Penulisan.....	7
1.4 Definisi Operasional.....	7
1.5 Metode penelitian.....	9
1.6 Sistematika penulisan.....	11
2. ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK DAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	
2.1 Teori hukum perjanjian.....	12
2.2 Pengertian Kontrak.....	16
2.3 Asas dalam hukum perikatan.....	18
2.4 Asas Asas Hukum Perikatan dalam Penerapan Kontrak.....	26
2.5 Pembatasan terhadap Asas Kebebasan Berkontrak.....	29
2.6 Kedudukan Negara terhadap Asas Kebebasan Berkontrak.....	32
2.7 Asas Rebus Sic Stantibus.....	34
2.8 Peraturan Perundang-undangan.....	38
3. KONTRAK KERJA SAMA MIGAS DALAM KEGIATAN USAHA HULU MIGAS	
3.1 Tinjauan Umum Kegiatan Usaha Hulu Migas.....	48
3.1.1 Hak Menguasai Negara.....	52
3.2 Sejarah Kontrak Migas.....	57
3.3 Bentuk Kontrak.....	62
3.3.1 Karakteristik Kontrak.....	64
3.3 Kedudukan Pemerintah dalam Kontrak Kerja Sama Migas.....	68
3.3.1 Pemerintah sebagai badan hukum publik.....	70
3.3.2 Pemerintah sebagai badan hukum privat.....	73
4. ANALISIS KONTRAK KERJA SAMA DALAM HUBUNGAN DENGAN PERUBAHAN KEADAAN DAN PERUBAHAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN.	
4.1. Para Pihak dalam Kontrak Kerja Sama Migas.....	79
4.1.1 Kontraktor Kontrak Kerja Sama Migas.....	79
4.1.2 Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Migas.....	80
4.2 Hak dan Kewajiban para pihak.....	81
4.2.1 Hak dan Kewajiban Kontraktor.....	83

4.2.1 Hak dan Kewajiban Badan Pelaksana Migas.....	86
4.3 Kedudukan Negara Sebagai Regulator dan Sebagai Pihak dalam Kontrak Kerja Sama Migas.....	88
4.4 Pengaruh Perubahan Peraturan Perundang-undangan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.....	92
4.5 Pengaruh Perubahan Keadaan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.....	102
5. PENUTUP	
5.1 Kesimpulan.....	121
5.2 Saran.....	122
DAFTAR REFERENSI	123



ABSTRAK

Nama : Aji Agung Nugroho
Program Studi : Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi
Judul : Pengaruh Perubahan Keadaan dan Perubahan Peraturan Perundang Undangan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.

Fokus dari penelitian ini adalah tentang bagaimana kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas dalam kaitannya dengan perubahan keadaan dan perubahan peraturan perundang-undangan. Penelitian ini hendak mengupas permasalahan mengenai asas-asas hukum perjanjian di Indonesia dalam hubungannya dengan Kontrak Kerja Sama Migas yang merupakan Perjanjian Internasional yang tunduk dengan asas hukum dan kebiasaan bisnis Internasional dan bagaimana pelaksanaannya di Indonesia. Perubahan keadaan seringkali terbentur dengan asas hukum perikatan seperti *pacta sunt servanda* dan itikad baik sedangkan dalam hukum perikatan Indonesia hanya dikenal *force majeure* sebagai dasar yang akan mempengaruhi kedudukan kontrak. Dalam UNIDROIT yang telah diratifikasi, terdapat sebab lain yang dapat mempengaruhi seperti asas *rebus sic stantibus* (perubahan mendasar), *gross disparity*, dan *unfair supraise* sehingga suatu perubahan keadaan dapat mempengaruhi kedudukan kontrak kerja sama migas. Dalam penelitian ini juga akan dibahas kedudukan pemerintah sebagai badan hukum publik dan privat dalam mengelola industri Migas. Tatanan dan kebutuhan sosial yang berubah menyebabkan negara harus dapat mengakomodasi dan melindungi kehidupan warga negara dengan membuat peraturan perundang-undangan. Dalam Kontrak Kerja Sama Migas yang merupakan hal yang strategis dalam kehidupan bangsa, terdapat didalamnya aspek publik yang harus dilindungi. Oleh karena itu Kontrak Kerja Sama harus terus menyesuaikan aturan perundang-undangan yang dibuat pemerintah sebagai badan hukum publik.

Kata Kunci : Kontrak Kerja Sama Migas, Perubahan Keadaan, Perubahan Peraturan Perundang Undangan.

ABSTRACT

Name : Aji Agung Nugroho
Study Program : Law of Economic Activity
Title : The Impact of Change of Circumstances and Change of Laws toward to Oil and Gas Cooperation Contract.

The focus of this research is about how the position of Oil and Gas Cooperation Contract in relation to changing circumstances and changes in legislation. This study would explore issues about the principles of contract law in Indonesia in connection with the Oil and Gas Cooperation Contract which is International Covenant, subject to the principle of law and international business practices and how its implementation in Indonesia.

Changes in state law often collide with the principle of pacta sunt servanda and principle of good faith, Indonesia is only known force majeure as a basis that will affect the position of the contract. In the UNIDROIT which has been ratified, there are other reasons that can affect such as rebus sic stantibus principle (fundamental change), gross disparity, and Unfair surprise so that a change in circumstances may affect the status of contract oil and gas cooperation. This research also will examine the position of the government as a legal entity of public and private entity in managing oil and gas industry. The changes of social needs causes the state should be able to accommodate and protect the lives of citizens by making legislation. In the Oil and Gas Cooperation Contract, which is strategic sector of the nation, public aspects contained therein must be protected. Therefore Contractor must continue to adjust the rules of legislation that created the government as a public legal entity.

Kata Kunci : Oil and Gas Cooperation Contract, Change of Circumstances, Change of Laws

BAB 1

PENDAHULUAN

III.1. Latar Belakang Pemasalahan

Sektor Pertambangan Minyak dan Gas Bumi (Migas) merupakan salah satu primadona Indonesia dalam membangun perekonomian Indonesia. Indonesia merupakan negara yang kaya akan bahan galian (tambang). Bahan galian ini meliputi emas, perak, tembaga, batu bara, minyak, gas bumi, dan bahan galian lain.¹ Dalam hal ini, sektor migas merupakan kekayaan alam yang perlu dikelola untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sesuai dengan amanat UUD 1945. Sektor ini telah memberikan kontribusi nyata dalam peningkatan devisa negara secara signifikan. Perkembangan suatu negara sangat ditentukan dari kemampuan negara tersebut meningkatkan devisanya untuk memperbesar pendapatan perkapita dari masyarakat.

Bidang usaha minyak dan gas bumi masih menjadi isu utama dalam menyokong pembangunan nasional. Sumber daya energi ini merupakan bahan galian vital dan strategis bagi bangsa. Kekayaan mineral, minyak dan gas bumi yang ada di Indonesia menjadi potensi yang dapat meningkatkan devisa suatu negara. Saat ini negara yang mempunyai cadangan minyak terbesar di dunia adalah Arab Saudi dengan cadangan minyak mencapai 265 milyar barrel. Sementara di Indonesia diperkirakan mempunyai cadangan minyak sebesar 907,3 juta barrel dengan produksi 1.5 juta barel per hari.² Indonesia adalah negara pengekspor terpenting minyak bumi di kawasan asia dan pengekspor gas bumi terbesar di dunia untuk komoditi Minyak dan Gas bumi.³ Begitu pentingnya

¹ H.Salim H.S (A), *Hukum Pertambangan di Indonesia, Cet. 5.* (Jakarta: Rajawali Pers, 2008), hal 1.

² *Ibid.*

kedudukan Migas di Indonesia menyebabkan pengaturannya pun khusus diadakan tersendiri oleh Pemerintah. Industri ini memiliki kekhususan bukan hanya pada penguasaan wilayah pertambangannya saja tetapi juga pengusahaannya hanya menjadi kekuasaan Negara. Kekayaan tambang dalam tanah di bawah permukaan menjadi milik negara.⁴ Hal ini yang mendasari adanya Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 yang mengatakan bahwa Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat oleh karena itu setiap warga negara, walaupun memiliki sebidang tanah di permukaan, tidak mempunyai hak untuk menguasai berbagai kekayaan alam yang ada dibawah permukaan tersebut,⁵

Dalam Undang-undang No.22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi membagi usaha Minyak dan Gas Bumi menjadi 2 (dua) bagian, yaitu:⁶

1. Kegiatan Usaha Hulu
2. Kegiatan Usaha Hilir

Kegiatan Usaha Hulu adalah kegiatan usaha yang berintikan atau bertumpu pada kegiatan usaha eksplorasi dan usaha eksploitasi⁷. Proses eksplorasi dimulai dengan pencarian wilayah yang mengandung cadangan minyak dan gas. Pemetaan geologi dan survey geofisika dan seismik dilakukan untuk mengetahui daerah-daerah mana saja yang mempunyai kandungan minyak dan gas. Setelah ditemukan daerah yang mempunyai cadangan minyak maka dimulailah pemasangan fasilitas produksi dan pengeboran/*drilling*, kemudian pengangkatan minyak, penyulingan, proses produksi dan distribusi.⁸ Kegiatan Usaha Hilir diatur dalam Pasal 1 angka 10, Pasal 5, Pasal 7, Pasal 23 sampai dengan Pasal 25 UU

³ Gadis "Asuransi dan Energi (Minyak dan Gas Bumi)", <http://www.reindo.co.id/reinfokus/edisi23/asuransi_minyak.htm>, diakses 3 Februari 2010.

⁴ Mochtar Kusuma-Atmadja, *Perminyakan di Indonesia dan Kontrak Bagi Hasil*. (Depok: FHUI, 1994), hal 2.

⁵ H.Salim H.S (A),. *op.cit.*, hal 287.

⁶ Indonesia (A) , *Undang-Undang Tentang Minyak dan Gas Bumi*, UU No. 22 Tahun 2001, LN.136 Tahun 2001, TLN. No. 4152, Pasal 5

⁷ H.Salim H.S (A),. *op.cit.*, hal 237.

⁸ Gadis., *loc.cit.*

Migas. Kegiatan di sektor ini bertumpu pada kegiatan usaha pengolahan, pengangkutan, penyimpanan, dan niaga.⁹ Kegiatan ini dilakukan dengan izin usaha yang diberikan kepada badan usaha yang bergerak dalam bidang kegiatan usaha minyak dan gas bumi.¹⁰ Berbeda dengan Kegiatan Usaha Hilir yang menggunakan rezim perijinan, Kegiatan Usaha Hulu memakai rezim kontrak sehingga dalam pembahasan dalam penelitian ini hanya akan terfokus pada Kegiatan Usaha Hulu migas yang menggunakan rezim kontrak.

Kegiatan Usaha Hulu dilaksanakan dan dikendalikan melalui, Kontrak Kerja Sama yang merupakan kontrak bagi hasil atau bentuk Kontrak Kerja Sama lain dalam kegiatan eksplorasi dan eksploitasi yang lebih menguntungkan negara dan hasilnya dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.¹¹ Kontrak Kerja Sama ini berlaku sejak tahun 1964 sampai dengan sekarang. Dalam sistem ini perusahaan pertambangan minyak dan gas bumi hanya diberikan kuasa pertambangan dengan prinsip pembagiannya adalah pembagian hasil minyak dan gas bumi bukan pembagian keuntungan dalam bentuk finansial.¹² Kegiatan Usaha Hulu migas menggunakan model Kontrak Kerja Sama dimana Pemerintah berperan sebagai pihak dalam perjanjian, dengan kata lain dalam hal ini Pemerintah menjalankan fungsinya sebagai bahan hukum privat. Adapun Kontrak Kerja Sama disini merupakan perjanjian yang tentu saja tunduk terhadap asas kebebasan berkontrak yang dianut KUHPer yang termuat dalam pasal 1338 KUHPer. Dalam Pasal ini juga dianut adanya asas *Pacta Sunt Servanda* yang menyatakan bahwa perjanjian itu merupakan undang-undang bagi para pihaknya. Ide dasar yang melandasi asas kebebasan berkontrak adalah individu dapat bebas melakukan perjanjian tanpa adanya campur tangan dari pihak luar. Dengan demikian hukum atau negara sekalipun tidak dapat campur tangan terhadap perjanjian yang dibuat oleh para pihak.

⁹ H.Salim H.S (A), *op.cit.*, hal 243.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Indonesia (A). *Op cit.* Pasal. 1 Angka 19

¹² Salim H.S(A), *op.cit.* Hal. 268.

Penguasaan Negara terhadap minyak dan gas bumi diselenggarakan oleh Pemerintah sebagai pemegang kuasa pertambangan. Kemudian Pemerintah membentuk Badan Pelaksana sebagai lembaga yang melakukan pengendalian dalam Kegiatan Usaha Hulu migas berdasarkan Kontrak Kerja Sama yang ditandatangani Badan Pelaksana dengan kontraktor. Selain sebagai pengendali, Badan Pelaksana bersama-sama Departemen ESDM/ Direktorat Jenderal Minyak dan Gas Bumi dan departemen lain yang terkait bertindak pula sebagai pengawas. Dalam melakukan fungsi pengawasan terdapat perbedaan diantara kedua institusi tersebut Badan Pelaksana melakukan pengawasan berdasarkan KKS yang ditandatangani, sedangkan Departemen ESDM/Direktorat Jenderal Minyak dan Gas Bumi dan departemen lain yang terkait, melakukan pengawasan terhadap ditaatinya peraturan perundang-undangan yang berlaku yang terkait dengan pengaturan Kegiatan Usaha Hulu migas. Kedua badan ini adalah badan dibawah kendali Pemerintah, Badan Pelaksana yang telah melakukan Kontrak Kerja Sama dengan Konraktor, bisa mendapatkan gangguan dalam kontrak ketika Kementerian terkait membuat peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan Kontrak Kerja Sama Migas.

Dalam industri Minyak dan Gas bumi di Indonesia, Pemerintah mempunyai peran ganda yaitu sebagai regulator sekaligus pihak dalam kontrak sebagaimana dijabarkan diatas. Pola ini dilandasi oleh Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang pertama kali diterapkan dalam Perjanjian Karya (*Contract of Work*) di bidang minyak dan gas bumi yang ditandatangani pertama kali dalam tahun 1963 berdasarkan Undang-undang Nomor 44 Prp Tahun 1960 Tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi, yang kemudian diganti dengan Kontrak Production Sharing (KPS). Dapat dilihat Pemerintah menjalankan peran ganda yaitu sebagai pihak di satu sisi dan menjadi pengawas dari peraturan perundang-undangan yang dibuat Pemerintah sebagai regulator. Sebagai Regulator, Pemerintah bertindak sebagai badan hukum publik. Pemerintah juga diberikan kewenangan dalam Undang-Undang Dasar untuk membuat Undang-Undang. Terlebih lagi dalam lingkup kerjanya, Kementerian memiliki kemampuan untuk membuat aturan teknis yang bukan tidak mungkin akan bertentangan dengan Kontrak Kerja Sama yang dibuat Pemerintah sebagai Badan Hukum Publik dengan alasan kepentingan

umum, seperti halnya dalam ketentuan ketenagakerjaan yang diatur oleh Kementerian Tenaga Kerja dan Transmigrasi atau permasalahan lingkungan yang diatur oleh Kementerian Lingkungan Hidup. Kedua hal tersebut adalah termasuk dalam aspek-aspek publik yang terdapat dalam kontrak. Menurut PS Atiyah, campur tangan dalam kontrak dapat datang dari Pemerintah melalui peraturan perundang-undangan yang menetapkan ketentuan-ketentuan yang diperkenankan atau dilarang, pihak pengadilan berupa putusan pengadilan yang membatalkan suatu klausul, ataupun pernyataan bahwa perjanjian tersebut batal demi hukum.¹³

Posisi Pemerintah dengan sifatnya sebagai badan hukum privat dan publik dalam menjalankan fungsi pengelolaan terhadap minyak dan gas bumi memiliki implikasi lain. Peran Pemerintah sebagai badan hukum privat tentunya adalah sebagai penyelenggara negara yang tidak hanya mencoba mencari keuntungan pragmatis semata untuk kepentingan segelintir pemegang saham, namun dalam hal ini Pemerintah tetap harus bekerja untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Oleh karena itu, dalam membuat dan menjalankan Kontrak Kerja Sama Pemerintah harus mempertimbangkan dengan sungguh-sungguh apakah kontrak tersebut menguntungkan negara yang akan berimplikasi pada meningkatnya kesejahteraan rakyat.

Kontrak Kerja Sama merupakan kontrak jangka panjang yang memiliki jangka waktu kontrak tiga puluh lima tahun. Adapun dalam jangka waktu yang sangat panjang tersebut tentunya keadaan berubah sedemikian rupa. Nilai tukar mata uang, tingkat inflasi, harga minyak dunia, semua berubah mengikuti perkembangan jaman. Dalam konteks ini Kontrak Kerja Sama Migas menemui hambatannya yaitu apakah hal-hal yang disepakati dalam Kontrak Kerja Sama masih relevan atau masih menguntungkan bagi negara apabila terjadi perubahan keadaan tersebut. Indonesia pernah mengalami keadaan seperti ini yaitu sekitar pada tahun 1970-an dimana harga minyak melambung tinggi, namun dalam kontrak disepakati bahwa pembagian produksi antara perusahaan minyak dan Pemerintah tetap. Hal ini tentunya membawa kerugian tidak langsung yang signifikan bagi negara. Negara memiliki kewajiban untuk mengelola minyak dan gas bumi yang berada di wilayahnya untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

¹³ Atiyah (A), *Hukum Kontrak*, (Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1979), hal 1.

Perubahan keadaan harga minyak dunia ini membuat kondisi dalam kontrak tidak relevan lagi seperti saat kontrak tersebut dibuat.

Menyikapi hal tersebut diatas, terdapat asas hukum internasional yaitu asas *rebus sic stantibus* yang menyatakan apabila terdapat perubahan keadaan yang mendasar pada kondisi kehidupan, maka hal itu dapat mempengaruhi pelaksanaan kontrak. Pada saat harga minyak bumi melambung tinggi pada tahun 1970-an, maka Pemerintah melakukan penyesuaian dalam kontrak pada awal rumusan bagi hasil (setelah pengembalian biaya) dalam Kontrak Kerja Sama MIGAS adalah 65 persen untuk Negara dan 35 persen untuk kontraktor, yang kemudian diubah menjadi 85 persen untuk Negara dan 15 persen untuk kontraktor.¹⁴ Asas ini seolah-olah mengesampingkan asas *pacta sunt servanda*, sehingga dalam hal ini kepastian hukum menjadi bias. Asas kebebasan berkontrak dalam perkembangannya hanya bisa dicapai tujuannya apabila para pihak memiliki *bargaining position* yang seimbang, jika ada yang lemah maka akan melanggar rasa keadilan dan kelayakan. Apabila ini diabaikan tentu dapat menyebabkan potensi konflik kedepannya. Kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas jika dikaitkan dalam dua peran Pemerintah ini memiliki implikasi yang kompleks. Oleh karena itu dalam ini penulis ingin mencoba menguraikan lebih jauh perihal kedudukan kontrak tersebut dalam penelitian yang lebih jauh lagi, yaitu dalam skripsi dengan judul pengaruh perubahan keadaan dan perubahan peraturan perundang-undangan terhadap Kontrak Kerja Sama Migas.

III.2. Pokok Permasalahan

Mengacu pada latar belakang yang telah diuraikan di atas, permasalahan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana kedudukan negara sebagai regulator dan negara sebagai pihak dalam Kontrak Kerja Sama Migas?

¹⁴ Penyesuaian pertama dilakukan pada akhir tahun 1973 mengikuti melonjaknya harga minyak dari dibawah US\$ 2.00 menjadi diatas US\$ 10.00 per barrel akibat dari perang di Timur tengah. Penyesuaian kedua dilakukan pada pada tahun 1976 setelah terjadinya krisis keuangan PERTAMINA.

2. Bagaimana kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas terhadap perubahan peraturan perundang undangan yang mengintervensi ketentuan dalam Kontrak Kerja Sama Migas?
3. Bagaimana kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas terhadap perubahan keadaan yang terjadi dalam pelaksanaan kontrak?

III.3. Tujuan Penelitian

Berdasarkan pada latar belakang dan pokok masalah tersebut diatas, tujuan dari penulisan skripsi ini disamping guna memenuhi syarat kelulusan untuk mendapatkan gelar kesarjanaan, adalah :

Tujuan Umum :

Memberikan gambaran mengenai kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas terhadap perubahan peraturan perundang undangan yang mengintervensi ketentuan dalam kontrak kerjasama migas dikaitkan dengan peran Pemerintah sebagai regulator sekaligus sebagai pihak yang terlibat dalam Kontrak Kerja Sama Migas.

Tujuan Khusus :

Sementara itu, yang menjadi tujuan khusus dari penyusunan skripsi ini yaitu :

1. Memperoleh gambaran yang jelas mengenai kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas terhadap perubahan peraturan perundang undangan yang mengintervensi ketentuan dalam Kontrak Kerja Sama Migas.
2. Mengetahui kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas terhadap perubahan keadaan yang terjadi dalam pelaksanaan kontrak.
3. Mengetahui kedudukan negara sebagai regulator dan negara sebagai pihak dalam Kontrak Kerja Sama Migas.

Secara teoritis hasil penelitian diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran kepada pengembangan teori ilmu hukum kontrak terutama dalam hal ini mengenai kontrak-kontrak minyak dan gas bumi, serta dapat melengkapi kepustakaan pada pengajaran hukum bisnis.

III.4. Definisi Operasional

Pada penelitian ini, dalam membahas permasalahannya akan diberikan batasan pengertian atas istilah yang terkait. Pembatasan tersebut diharapkan akan dapat membantu dalam menjawab pokok permasalahan penelitian ini. Diharapkan pula terdapat persamaan pemahaman atau persepsi antara penulis dan pembaca terhadap beberapa hal tertentu.

- Kontrak Kerja Sama Migas

Kontrak Kerja Sama adalah Kontrak Bagi Hasil atau bentuk Kontrak Kerja Sama lain dalam kegiatan Eksplorasi dan Eksploitasi yang lebih menguntungkan Negara dan hasilnya dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.¹⁵ Dalam skripsi ini hanya akan membahas mengenai kontrak bagi hasil yang telah digunakan dalam dunia industri minyak dan gas.

- Kegiatan Usaha Hulu Migas

Kegiatan Usaha Hulu adalah kegiatan usaha yang berintikan atau bertumpu pada kegiatan usaha Eksplorasi dan Eksploitasi.¹⁶

- Badan Pelaksana

Badan Pelaksana adalah suatu badan yang dibentuk untuk melakukan pengendalian Kegiatan Usaha Hulu di bidang Minyak dan Gas Bumi.¹⁷

- Minyak

Minyak Bumi adalah hasil proses alami berupa hidrokarbon yang dalam kondisi tekanan dan temperatur atmosfer berupa fasa cair atau padat, termasuk aspal, lilin mineral atau ozokerit, dan bitumen yang diperoleh dari proses penambangan, tetapi tidak termasuk batubara atau endapan hidrokarbon lain yang berbentuk padat yang diperoleh dari kegiatan yang tidak berkaitan dengan kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi;¹⁸

¹⁵ Indonesia (A). *op.cit.*, Pasal 1 angka 19

¹⁶ *Ibid.*, Pasal 1 angka 7

¹⁷ *Ibid.*, Pasal 1 angka 23

¹⁸ *Ibid.*, Pasal 1 angka 1

- Gas Bumi

Gas Bumi adalah hasil proses alami berupa hidrokarbon yang dalam kondisi tekanan dan temperatur atmosfer berupa fasa gas yang diperoleh dari proses penambangan Minyak dan Gas Bumi.¹⁹

- Pemerintah Pusat, selanjutnya disebut Pemerintah,

Adalah perangkat Negara Kesatuan Republik Indonesia yang terdiri dari Presiden beserta para Menteri.

- Peraturan perundang undangan

Peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Dilihat dari sisi materi muatannya, peraturan perundang-undangan bersifat mengatur (regelling) secara umum dan abstrak, tidak konkrit dan individual seperti keputusan penetapan.²⁰

- Perubahan keadaan

Mariam Darus memberikan pengertian perubahan keadaan adalah keadaan ketika perjanjian diadakan dan setelah berjalan terdapat perubahan-perubahan yang menimbulkan masalah dalam menerapkan azas sum servanda dan itikad baik, Perubahan keadaan juga terjadi bila ada ketidakseimbangan para pihak dalam perjanjian sehingga harus dipulihkan lewat restrukturisasi perjanjian. Adapun dalam skripsi ini yang dimaksud perubahan keadaan khususnya yang terjadi dalam bidang ekonomi

- Kontraktor KKS

Adalah perusahaan yang menjadi pihak dalam Kontrak Kerja Sama, selain pihak Pemerintah.

III.5. Metode Penelitian

Dalam penelitian guna penulisan skripsi ini menggunakan metode penelitian kualitatif. Sifat penelitian ini adalah yuridis analitis dilakukan berdasarkan metode penelitian kepustakaan. Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif yang menitikberatkan penelitian pada data kepustakaan dan data

¹⁹ *Ibid.*, Pasal 1 angka 2.

²⁰ Indonesia (B), *Undang Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Undang Undang Nomor 10 Tahun 2004, . Pasal 1 butir 2

sekunder.²¹ Penelitian kepustakaan adalah salah satu metode penelitian yang menggunakan alat pengumpul data berupa studi dokumen, dengan menggunakan data sekunder. Spesifikasi penelitian adalah deskriptif analitis dengan sasaran mendapatkan gambaran fakta-fakta disertai analisis mengenai peraturan perundang-undangan yang berlaku dihubungkan dengan teori-teori dan prinsip-prinsip hukum serta akan menyinggung sedikit mengenai kebiasaan internasional. Berdasarkan jenis-jenis data yang digunakan dalam penelitian ini, jenis data utama adalah data sekunder. Data sekunder ini diperoleh dari bahan pustaka mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, majalah, artikel lepas. Data sekunder yaitu data yang diperoleh dari hasil-hasil penelitian pustaka, mencakup:²²

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat dan terdiri dari peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini peraturan perundang-undangan yang digunakan, seperti Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang Minyak dan Gas Bumi, Peraturan Pemerintah serta peraturan lainnya yang berhubungan dengan topik penelitian.
2. Bahan hukum sekunder, yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti buku-buku, hasil penelitian, artikel ilmiah, jurnal, majalah, surat kabar, makalah-makalah, skripsi, tesis, dan disertasi yang berkaitan dengan topik penelitian.
3. Bahan hukum tersier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus dan ensiklopedi hukum.

Di samping itu penulis juga menggunakan alat pengumpul data berupa wawancara, terutama dilakukan dengan pihak narasumber.

²¹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1990), hal 5

²² Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet. 3., (Jakarta: Ui Press, 1986), Hal. 43.

III.6. Sistematika Penulisan

Sistematika Penulisan merupakan suatu uraian susunan penulisan itu sendiri secara teratur dan rinci. Sistematika penulisan yang dimaksud adalah untuk mempermudah dan memberikan gambaran secara jelas dan menyeluruh dari hasil penelitian tersebut.

Penulisan hukum ini terbagi atas enam bab, yang masing-masing bab dirinci menjadi beberapa sub-bab. Bab I merupakan bab pendahuluan yang dalam bab ini penulis mengemukakan latar belakang permasalahan, pokok permasalahan, dan tujuan dari penelitian. Selain itu akan dibahas pula mengenai metode penelitian, definisi operasional serta sistematika penulisan. Selanjutnya Bab II merupakan bab yang menjelaskan mengenai Asas Kebebasan Berkontrak yang dalam bab ini penulis mengemukakan teori hukum perjanjian, pengertian kontrak, asas kebebasan berkontrak serta pembatasannya. Selain itu akan dibahas pula mengenai asas *rebus sic stantibus* dan teori mengenai peraturan perundang undangan. Pada bab III dibahas mengenai Kontrak Kerja Sama Migas dalam Kegiatan Usaha Hulu Migas dimana bab ini penulis mengemukakan tinjauan umum Kegiatan Usaha Hulu migas yang menyangkut hak menguasai negara dan pemberian kuasa oleh negara. Juga akan dibahas mengenai bentuk kontrak yang meliputi karakteristik kontrak. Selain itu akan dibahas pula mengenai kedudukan Pemerintah dalam kontrak sebagai badan hukum publik dan badan hukum privat. Selanjutnya Bab IV akan membahas mengenai Analisis Kontrak Kerja Sama dalam Hubungannya dengan Perubahan peraturan perundang undangan yang dalam bab ini penulis mengemukakan mengenai para pihak dalam kontrak, hak dan kewajiban dalam kontrak, dan perubahan peraturan perundang undangan yang mempengaruhi kontrak. Selain itu akan dibahas pula mengenai kedudukan kontrak kerjasama migas terhadap perubahan peraturan perundang undangan yang mengintervensi ketentuan dalam kontrak kerjasama migas, kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas dikaitkan dengan perubahan keadaan yang terjadi dalam pelaksanaan kontrak, dan kedudukan negara sebagai regulator dan negara dalam menjadi pihak dari kontrak kerjasama migas. Selanjutnya sebagai penutup akan dituangkan dalam Bab V yang merupakan Kesimpulan dan Saran yang akan penulis sampaikan terhadap seluruh topik yang dibahas dalam skripsi ini.

BAB II.

Asas Kebebasan Berkontrak dan Peraturan Perundang Undangan

2.1. Teori hukum perjanjian

Hukum Perjanjian di Indonesia diatur dalam buku III KUH Perdata, yang mulai berlaku pada tanggal 30 April 1847 yang dituangkan dalam St.No. 23/1847.²³ Dalam Pasal 1313 KUH Perdata definisi “Perjanjian” atau “Persetujuan” adalah “suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”. Dengan menganut sistem stelsel terbuka, Hukum Perjanjian memberikan kebebasan seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan.

Hukum kontrak adalah bagian hukum perdata (privat). Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*) dan akibat dari dikerjakan kewajiban tersebut maka berhaklah ia akan suatu prestasi timbal balik. Disebut sebagai bagian dari hukum perdata disebabkan karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak.²⁴ Peristiwa ini menimbulkan suatu hubungan antara dua pihak yang dinamakan perikatan. Perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, yang mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Maka hubungan hukum antara perikatan dan perjanjian adalah bahwa perjanjian

²³ M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 1986) hal. 3

²⁴ Atiyah (A), *op.cit.*, hal 1.

itu menerbitkan perikatan. Sehingga dapat disimpulkan bahwa perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua pihak yang membuatnya.

Perjanjian adalah sumber perikatan. Perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis. Suatu perjanjian dinamakan juga persetujuan, karena dua orang atau lebih itu sepakat untuk melakukan sesuatu. Suatu perikatan adalah suatu hubungan antara dua orang atau lebih dimana pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan, demikian juga sebaliknya.²⁵ Hubungan hukum adalah hubungan yang menimbulkan akibat hukum. Akibat hukum disebabkan karena timbulnya hak dan kewajiban, dimana hak merupakan suatu kenikmatan, sedangkan kewajiban merupakan beban. Adapun unsur-unsur yang tercantum dalam hukum perjanjian/kontrak dapat dikemukakan sebagai berikut²⁶:

1. Adanya kaidah hukum

Kaidah dalam hukum perjanjian dapat terbagi menjadi dua macam, yakni tertulis dan tidak tertulis. Kaidah hukum perjanjian tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, traktat, atau yurisprudensi. Sedangkan kaidah hukum perjanjian tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum yang timbul, tumbuh, dan hidup dalam masyarakat, seperti: jual beli lepas, jual beli tahunan, dan lain sebagainya. Konsep-konsep hukum tak tertulis ini berasal dari hukum adat.

2. Subyek hukum

Istilah lain dari subjek hukum adalah *rechtsperson*. *Rechtsperson* diartikan sebagai pendukung hak dan kewajiban. Dalam hal ini yang menjadi subjek hukum dalam hukum kontrak adalah Pemerintah dan kontraktor. Kontraktor adalah perusahaan yang melakukan kontrak dengan Pemerintah untuk menjalankan Kegiatan Usaha Hulu Migas.

²⁵ Subekti (A), *Aneka Perjanjian*. (Bandung: Citra Aditia Bakti, 1997), Hal 1.

²⁶Salim HS (B), "*Hukum Kontrak: Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*," Cet. II, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hal 4.

3. Adanya Prestasi

Prestasi adalah apa yang menjadi hak satu pihak dan kewajiban pihak lain. Suatu prestasi umumnya terdiri dari beberapa hal sebagai berikut:

1. memberikan sesuatu;
2. berbuat sesuatu;
3. tidak berbuat sesuatu.

4. Kata sepakat

Menurut asas konsensualitas, pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sah dilahirkan sejak terciptanya kesepakatan, dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila telah ada kata sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah perlu suatu formalitas.²⁷

5. Akibat hukum

Setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak akan menimbulkan akibat hukum. Akibat hukumnya ialah timbulnya hak dan kewajiban. Hukum kontrak/perjanjian diatur dalam Buku III KUHPer, terdiri atas 18 bab dan 631 pasal. Pasal tersebut dimulai dari Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1864 KUHPer. Secara garis besar, perjanjian yang diatur/dikenal didalam KUHPer adalah perjanjian jual beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, kerja, persekutuan perdata, perkumpulan, hibah, penitipan barang, pinjam pakai, bunga tetap dan abadi, untung-untungan, pemberian kuasa, penanggung utang dan perdamaian. Dalam teori ilmu hukum, perjanjian-perjanjian tersebut disebut dengan perjanjian *nominaat*. Selain perjanjian yang disebutkan dalam KUHPer, dikenal pula perjanjian lainnya, seperti kontrak *joint venture*, kontrak *production sharing*, *leasing*, *franchise*, kontrak karya, beli sewa, dan lain sebagainya selain yang tidak disebutkan dalam KUHPer. Perjanjian jenis ini disebut perjanjian *innominaat*, yakni perjanjian yang timbul, tumbuh, hidup, dan berkembang dalam praktik kehidupan masyarakat. Hal ini timbul karena perkembangan hukum yang ada di masyarakat yang kemudian

²⁷ Subekti (A.), *op.cit.*, hal. 15.

menghendaki adanya bentuk kontrak-kontrak tersebut. Keberadaan perjanjian baik *nominaat* maupun *innominaat* tidak terlepas dari adanya sistem yang berlaku dalam hukum perjanjian itu sendiri bahwa dalam hukum kontrak setiap orang berhak menentukan kontrak yang akan dibuat.

Hukum perjanjian di Indonesia menganut beberapa asas, antara lain asas kebebasan mengadakan perjanjian (*partij otonomi*), asas konsensualisme (persesuaian kehendak), asas kebiasaan, asas kekuatan mengikat, asas persamaan hukum, asas keseimbangan, asas kepentingan umum, asas moral, asas kepatuhan, asas perlindungan bagi golongan yang lemah, dan asas sistem terbuka.²⁸

Dalam hukum perjanjian dikenal “asas kebebasan berkontrak” (*mabda' hurriyah al-ta'aqud*), asas ini berarti bahwa kebebasan seseorang untuk membuat perjanjian macam apapun dan berisi apa saja sesuai dengan kepentingannya dalam batas-batas kesusilaan dan ketertiban umum, sekalipun perjanjian itu bertentangan dengan pasal-pasal hukum perjanjian.²⁹ Kontrak, dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. Kontrak merupakan wujud dari kebebasan (*freedom of contract*) dan kehendak bebas untuk memilih (*freedom of choice*).³⁰

Sejak abad ke-19 prinsip-prinsip itu mengalami perkembangan dan berbagai pergeseran penting. Pergeseran demikian disebabkan oleh tumbuhnya bentuk-bentuk kontrak standar, berkurangnya makna kebebasan memilih dan kehendak para pihak, sebagai akibat meluasnya campur tangan Pemerintah dalam

²⁸ Mariam Darus Badruzaman (A), *Kerangka Dasar Hukum Perjanjian dalam Seri Dasar Ekonomi, Hukum Kontrak di Indonesia*, (Jakarta; ELIPS, 1998), Hal 2.

²⁹ Yusdani, *Perjanjian (Aqad) Menurut Perspektif Hukum Islam*, Millah Vol. II. No. 2 Januari 2002.

³⁰ Atiyah. ,*op.cit*, hal. 5.

kehidupan rakyat, dan masuknya konsumen sebagai pihak dalam berkontrak. Ketiga faktor ini berhubungan satu sama lain.³¹

2.2. Pengertian Kontrak

Istilah “kontrak” dalam hukum kontrak merupakan kesepakatan dari istilah “*contract*” dalam bahasa Inggris. Istilah kontrak dalam bahasa Indonesia sebenarnya merupakan istilah yang asing.³² Istilah hukum perjanjian atau hukum kontrak merupakan terjemahan dari bahasa Inggris yaitu *contract law*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah *overeenscomrecht*.³³ Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.³⁴ Hal ini berkesesuaian dengan ciri kontrak yang utama, yaitu merupakan suatu tulisan yang memuat persetujuan dari para pihak, lengkap dengan ketentuan dan syarat, serta yang berfungsi sebagai alat bukti tentang adanya seperangkat kewajiban.³⁵

Dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata disebutkan bahwa perjanjian adalah suatu persetujuan yaitu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Salah satu definisi kontrak yang diberikan oleh salah satu kamus adalah suatu kesepakatan yang diperjanjikan (*promissory agreement*) di antara dua atau lebih pihak yang dapat menimbulkan memodifikasi, atau menghilangkan hubungan hukum.³⁶

³¹ Atiyah (A), , *op.cit.*, hal. 13.

³² Munir Fuady (A), *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, (Bandung: :PT. Citra Aditya Bakti , 2001), hal.2

³³ Salim H.S (B) , *op.cit*, hal. 3

³⁴ Subekti (A), *op.cit.*, hal. 1.

³⁵ Budiono Kusumohamidjojo, *Dasar-Dasar Merancang Kontrak*, (Jakarta: PT. Grasindo, 1998), hal. 5-6.

³⁶Henry Campbel Black, *Black's Law Dictionary*, (St. Paul Minnosota, USA: West Publishing Co, 1968) , hal.394

Berdasarkan alasan yang dikemukakan di atas maka perlu dirumuskan kembali apa yang dimaksud dengan perjanjian itu. Beberapa sarjana hukum yang memberikan definisi mengenai perjanjian antara lain adalah Setiawan yang memberikan definisi bahwa Perjanjian adalah suatu perbuatan hukum, di mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.³⁷ Selanjutnya Subekti memberikan pengertian bahwa suatu perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.³⁸ Ahli lain yang mengemukakan hal ini adalah Sudikno Mertokusumo yang mengemukakan bahwa perjanjian adalah hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum.³⁹ Dalam dunia internasional, ahli yang memberikan pengertian mengenai perjanjian tersebut adalah Atiyah, mengambil dari *The American Restatement of Contract*, yang mendefinisikan kontrak sebagai “*promise or a set promises for the breach of which the law gives remedy, or the performance of which the law in some way recognises a duty.*”⁴⁰ Selanjutnya R. Wiryono Pradjadikor memberikan pengertian kontrak sebagai suatu perbuatan hukum dimana mengenai harta benda kekayaan antara dua pihak, dalam mana satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan suatu hal, sedangkan pihak lain berhak menuntut pelaksanaan janji tersebut. Ahli lain yang memberikan pengertian adalah KRMT Tirtadiningrat yang menyatakan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat diantara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat-akibat hukum yang diperkenankan oleh undang-undang.

49 ³⁷ R. Setiawan (A), *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Bina Cipta, 1987) hal.

³⁸ Subekti (A), *op.cit.*, hal. 1.

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, (Yogyakarta: Liberty, 1986), hal. 96.

⁴⁰ Atiyah (A) , *op.cit.*, hal. 28

2.3. Asas-asas dalam hukum perikatan

Dalam teori hukum kontrak, terdapat 5 (lima) asas yang dikenal. Kelima asas itu antara lain adalah asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*), asas konsensualisme (*concsensualism*), asas kepastian hukum (*pacta sunt servanda*), asas itikad baik (*good faith*) dan asas kepribadian (*personality*). Berikut adalah penjabaran mengenai asas-asas dimaksud:

1. Asas Kebebasan Berkontrak (*freedom of contract*)

Kebebasan berkontrak adalah refleksi dari perkembangan paham persaingan bebas yang dipelopori oleh Adam Smith.⁴¹ Hal yang sama menjadi dasar pemikiran Jeremy Bentham yang dikenal dengan utilitarianism. Utilitarianism dan teori ekonomi klasik *laissez faire* dianggap saling melengkapi dan sama-sama menghidupkan pemikiran liberal *modernsilitis*.⁴²

Latar belakang munculnya asas kebebasan berkontrak adalah adanya paham individualisme yang lahir dalam zaman Yunani, yang kemudian diteruskan oleh kaum Epicuristen dan berkembang pesat dalam zaman *renaissance* melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, John Locke dan J.J. Rosseau.⁴³ Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendakinya.⁴⁴ Selain itu, kebebasan berkontrak merupakan refleksi dari perkembangan paham pasar bebas yang dipelopori oleh Adam Smith

⁴¹ Neli Mac Cormick, *Adam Smith On Law*, (Valparaisto University Law Review, vol. 15, 1981), hal.258-259 dikutip dari *Azaz Kebebasan Berkontrak Dalam Lembaga Keuangan Syari'ah*, Al Fitri, S.Ag.,S.H

⁴² Atiyah.. *op.cit.*, hal. 324.

⁴³ Salim H.S (B), *op.cit.*, hal. 9.

⁴⁴ Salim.dkk (C)., *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding (MoU)*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2007.) Hal. 2.

dengan teori ekonomi klasiknya mendasarkan pemikirannya pada ajaran hukum alam yang menjadi dasar pemikiran Jeremy Bentham yang dikenal dengan utilitarianism. Utilitarianism dan teori ekonomi klasik *laissez faire* dianggap saling melengkapi dan sama-sama menghidupkan pemikiran liberal *modernsilitis*.⁴⁵ Dalam hukum kontrak, asas ini diwujudkan dalam asas “kebebasan berkontrak”. Teori *leisbet fair in* beranggapan bahwa *the invisible hand* akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas. Oleh sebab itu, Pemerintah sama sekali tidak boleh mengadakan intervensi didalam kehidupan ekonomi masyarakat. Paham individualisme memberikan peluang yang luas kepada golongan ekonomi kuat untuk menguasai golongan ekonomi lemah. Pihak ekonomi kuat yang menentukan kedudukan pihak yang lemah. Pihak yang lemah berada dalam cengkeraman pihak yang kuat.

Dalam bahasa Arab asas kebebasan berkontrak dikenal dengan *mabda' hurriyah al-ta'aqud*. Menurut Sjahdeini, asas kebebasan berkontrak adalah asas yang menekankan kebebasan para pihak yang terlibat dalam suatu perjanjian untuk dapat menyetujui klausal-klausal dari perjanjian tersebut, tanpa campur tangan pihak lain (arti dasar, yaitu tanpa batas).⁴⁶ Asas kebebasan berkontrak menyatakan bahwa setiap orang bebas mengadakan suatu perjanjian apa saja baik perjanjian itu sudah diatur dalam undang-undang maupun belum diatur dalam undang-undang.⁴⁷ Dalam hukum positif, asas kebebasan berkontrak dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPer, yang menyatakan semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Asas ini merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

⁴⁵ Atiyah (A), *op.cit.*, hal 324

⁴⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian*, (Jakarta: Institut Indonesia, 1993), hal. 11.

⁴⁷ A. Qirom Meliala, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, (Yogyakarta: Liberty, 1985), hal. 18.

- a. Membuat atau tidak membuat perjanjian;
- b. Mengadakan perjanjian dengan siapa pun;
- c. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya, serta
- d. Menentukan bentuk perjanjiannya apakah tertulis atau lisan.

2. Asas Konsensualisme (*concensualism*)

Asas konsensualisme diatur dalam Pasal 1320 ayat (1) KUHPer. Pada pasal tersebut ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian adalah adanya kata sepakat antara kedua belah pihak. Menurut asas konsensualitas, pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sah dilahirkan sejak terciptanya kesepakatan, dengan kata lain perjanjian itu sudah sah apabila telah ada kata sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah perlu suatu formalitas.⁴⁸ Jadi perjanjian para pihak terjadi hanya dengan kata sepakat tanpa memerlukan formalitas tertentu. Pengecualian asas ini adalah perjanjian riil dan perjanjian formal, perjanjian riil misalnya perjanjian pinjam pakai yang menurut Pasal 1740 KUHPerdara baru tercipta dengan diserahkannya barang yang menjadi obyek perjanjian. Perjanjian formal misalnya perjanjian perdamaian yang menurut Pasal 1851 ayat (2) kontrak perjanjian harus dituangkan secara tertulis.

Asas konsensualisme muncul dari hukum Romawi dan hukum Jerman. Dalam hukum Jerman tidak dikenal adanya istilah asas konsensualisme, tetapi lebih dikenal dengan sebutan perjanjian riil dan perjanjian formal. Perjanjian riil adalah suatu perjanjian yang dibuat dan dilaksanakan secara nyata, yang dalam hukum adat di Indonesia disebut secara kontan. Sedangkan perjanjian formal adalah suatu perjanjian yang telah ditentukan bentuknya, yaitu tertulis (baik berupa akta otentik maupun akta bawah tangan). Hukum Romawi mengenal istilah *contractus verbis literis* dan *contractus innominat* yang artinya bahwa terjadinya perjanjian

⁴⁸ Subekti (A), *op.cit.*, hal. 15.

apabila memenuhi bentuk yang telah ditetapkan. Asas konsensualisme yang dikenal dalam KUHPer adalah berkaitan dengan bentuk perjanjian.⁴⁹

3. Asas Kepastian Hukum (*pacta sunt servanda*)

Asas kepastian hukum atau biasa disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda* merupakan asas yang berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* merupakan asas yang menyatakan bahwa tiap pihak harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya daya mengikat dalam undang-undang.

Asas ini pada awalnya dikenal dalam hukum gereja dimana disebutkan bahwa terjadinya suatu perjanjian bila ada kesepakatan antar pihak yang melakukannya dan dikuatkan dengan sumpah. Hal ini mengandung makna bahwa setiap perjanjian yang diadakan oleh kedua pihak merupakan perbuatan yang sakral dan dikaitkan dengan unsur keagamaan. Namun, dalam perkembangan selanjutnya asas *pacta sunt servanda* diberi arti sebagai *pactum*, yang berarti sepakat yang tidak perlu dikuatkan dengan sumpah dan tindakan formalitas lainnya.⁵⁰ Falsafah ini juga terdapat dalam syari'at Islam, sebagaimana dalam Surat Al Maidah ayat pertama yang berbunyi “Yaa ayyuhalladziina amanuu aufuu bil ‘uqud” yang artinya “wahai orang-orang yang beriman tepatilah janji- janji itu” dan Surat Al Isra ayat 34 yang berbunyi “wa aufu bil”ahdi innal ‘ahda kana mas uulan” yang artinya “dan penuhilah olehmu akan janji, sesungguhnya janji itu akan ditanyakan (dimintakan pertanggungjawaban)”.

Asas *pacta sunt servanda* terdapat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPer, dimana:

Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak

⁴⁹Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis, Universitas Padjajaran. Hal. 25

⁵⁰ *ibid*, hal, 27

dapat ditarik kembali selain dengan sekapat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikat baik.

Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdato mengatur bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang undang bagi mereka yang membuatnya. Unsur terpenting dalam perjanjian adalah isi dari perjanjian itu sendiri. Karena itu, isi dari suatu perjanjian ditentukan sendiri oleh para pihak sehingga para pihak telah menentukan sendiri isinya dan tentunya bersedia untuk memenuhinya, maka para pihak tidak dapat membatalkan perjanjian secara sepihak. Apabila salah satu pihak ingin perjanjian itu batal, maka harus berdasarkan pada kemauan kedua belah pihak atau berdasarkan alasan yang cukup menurut Undang-Undang.⁵¹ Adapun alasan-alasan yang cukup menurut hukum tersebut adalah:

1. Perjanjian yang bersifat terus menerus, seperti dalam pasal 1571 KUHPerdato tentang sewa menyewa yang dibuat secara tidak tertulis yang dapat dihentikan dengan memberitahukan kepada penyewa.
2. Dalam pasal 1587 KUHPerdato tentang perjanjian sewa suatu rumah, setelah masa sewa berakhir seperti ditentukan dalam perjanjian tetapi penyewa tetap menguasai rumah tersebut tanpa ada teguran dari pemilik, maka penyewa dianggap meneruskan perjanjian sewa dengan ketentuan sewa sebagaimana yang telah ditentukan dalam perjanjian sewa menyewa tersebut maka ia harus memberitahukannya kepada penyewa.
3. Perjanjian pemberian kuasa dimana si pemberi kuasa dapat menarik kuasanya apabila ia menghendaki (pasal 1814 KUHPerdato).

⁵¹J. Satrio, *Hukum Perjanjian*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1992). hal. 357-364

4. Perjanjian pemberi kuasa dimana si penerima kuasa dapat membebaskan diri dari kuasanya diterimanya dengan melakukan pemberitahuan kepada pemberi kuasa (pasal 1817 KUHPerdara).⁵²

4. Asas Itikad Baik (*good faith*)

Asas itikad baik tercantum dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPer yang berbunyi bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Asas ini menyatakan bahwa para pihak harus yakin satu sama lain dalam hal pelaksanaan kontrak harus dianggap memiliki itikad baik dan apabila ada yang menuduh adanya ketiadaan itikad baik, maka pihak tersebut harus dapat membuktikan. Asas itikad baik juga berarti bahwa pelaksanaan perjanjian tidak boleh bertentangan dengan kesusilaan dan keadilan.

Asas Itikad baik dapat dibedakan antara itikad baik yang subyektif dan itikad baik yang obyektif. Itikad baik yang subyektif diartikan sebagai kejujuran seseorang berarti dalam hati, sikap batin seseorang pada waktu melaksanakan perjanjian. Sedangkan itikad baik yang obyektif mempunyai pengertian bahwa pelaksanaan suatu perjanjian itu harus didasarkan pada norma kepatutan atau apa yang dirasakan sesuai dengan apa yang patut dalam masyarakat.⁵³ Wirjono Prodjodikoro, dalam Purwakhid Patrik⁵⁴ mengemukakan bahwa azas itikad baik berbeda dengan kepatutan, itikad baik pada hakekatnya terletak dalam diri orang yang bersangkutan, dan merupakan unsur subyektif. Sedangkan kepatutan merupakan unsur obyektif yang pada pokoknya tergantung dari keadaan perjanjian..

5. Asas Kepribadian (*personality*)

⁵² Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 1986). hal. 98

⁵³ Purwakhid Patrik, *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*, (Jakarta: Elips Project, 1993), hal .3

⁵⁴ *Ibid.* hal. 4

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan/atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan pribadinya saja. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1315 dan Pasal 1340 KUHPer. Pasal 1315 KUHPer menegaskan bahwa pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri. Inti ketentuan ini sudah jelas bahwa untuk mengadakan suatu perjanjian, orang tersebut harus untuk kepentingan dirinya sendiri. dalam pasal 1340 KUHPer menyatakan bahwa perjanjian hanya berlaku antara pihak yang membuatnya. Hal ini mengandung maksud bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak hanya berlaku bagi mereka yang membuatnya, yaitu pribadi masing-masing dari para pihak.

Kemudian dalam perkembangannya asas ini mendapatkan pengecualian sebagaimana diperkenalkan dalam Pasal 1317 KUHPer yang menyatakan dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu. Pasal ini mengkonstruksikan bahwa satu pihak dapat mengadakan perjanjian/kontrak untuk kepentingan pihak ketiga, dengan adanya suatu syarat yang ditentukan seperti halnya adanya perjanjian antara pihak ketiga tersebut dengan pihak yang membuat kontrak. Sedangkan di dalam Pasal 1318 KUHPer, tidak hanya mengatur perjanjian untuk diri sendiri, melainkan juga untuk kepentingan ahli warisnya dan untuk orang-orang yang memperoleh hak daripadanya.

Jika dibandingkan kedua pasal itu maka Pasal 1317 KUHPer mengatur tentang perjanjian untuk pihak ketiga, sedangkan dalam Pasal 1318 KUHPer untuk kepentingan dirinya sendiri, ahli warisnya dan orang-orang yang memperoleh hak dari yang membuatnya. Dengan demikian, Pasal 1317 KUHPer mengatur tentang pengecualiannya, sedangkan Pasal 1318 KUHPer memiliki ruang lingkup yang luas.

Disamping kelima asas yang telah diuraikan diatas, dalam Lokakarya Hukum Perikatan yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional

(BPHN), Departemen Kehakiman RI pada tanggal 17 – 19 Desember 1985 telah berhasil dirumuskannya delapan asas hukum perikatan nasional. Kedelapan asas tersebut adalah sebagai berikut⁵⁵:

1. Asas Kepercayaan

Asas kepercayaan mengandung pengertian bahwa setiap orang yang akan mengadakan perjanjian akan memenuhi setiap prestasi yang diadakan diantara mereka dibelakang hari.

2. Asas Persamaan Hukum

Asas persamaan hukum mengandung maksud bahwa subjek hukum yang mengadakan perjanjian mempunyai kedudukan, hak dan kewajiban yang sama dalam hukum. Mereka tidak boleh dibeda-bedakan antara satu sama lainnya, walaupun subjek hukum itu berbeda warna kulit, agama, dan ras.

3. Asas Keseimbangan

Asas keseimbangan adalah asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. mempunyai kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan pihak lain, namun satu pihak memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik.

4. Asas Kepastian Hukum

Perjanjian sebagai figur hukum mengandung kepastian hukum. Kepastian ini terungkap dari kekuatan mengikatnya perjanjian, yaitu sebagai undang-undang bagi yang membuatnya.

5. Asas Moralitas

Asas moral ini terikat dalam perikatan wajar, yaitu suatu perbuatan sukarela dari seseorang tidak dapat menuntut hak baginya untuk menggugat prestasi dari pihak debitur. Hal ini terlihat dalam *zaakwarneming*, yaitu seseorang melakukan perbuatan dengan sukarela (moral). Yang bersangkutan mempunyai kewajiban hukum untuk meneruskan dan menyelesaikan perbuatannya. Salah satu faktor yang memberikan motivasi pada yang

⁵⁵ Tim Naskah Akademis BPHN, “*Naskah Akademis Lokakarya Hukum Perikatan*,” (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 1985)

bersangkutan melakukan perbuatan hukum itu adalah didasarkan pada kesusilaan (moral) sebagai panggilan hati nuraninya.

6. Asas Kepatutan

Asas kepatutan tertuang dalam Pasal 1339 KUHPer. Asas ini berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian yang diharuskan oleh kepatutan berdasarkan sifat perjanjiannya.

7. Asas Kebiasaan

Asas ini dipandang sebagai bagian dari perjanjian. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti.

8. Asas Perlindungan

Asas perlindungan mengandung pengertian bahwa antara para pihak harus dilindungi oleh hukum. Namun, yang perlu mendapat perlindungan itu adalah pihak yang berada pada posisi yang lemah. Asas-asas inilah yang menjadi dasar pijakan dari para pihak dalam menentukan dan membuat suatu kontrak/perjanjian dalam kegiatan hukum sehari-hari. Dengan demikian dapat dipahami bahwa keseluruhan asas diatas merupakan hal penting dan mutlak harus diperhatikan bagi pembuat kontrak/perjanjian sehingga tujuan akhir dari suatu kesepakatan dapat tercapai dan terlaksana sebagaimana diinginkan oleh para pihak.

2.4. Asas-Asas Hukum Perikatan dalam Penerapan Kontrak

Asas kebebasan berkontrak menyatakan bahwa setiap orang bebas mengadakan persetujuan dengan siapa saja yang dikehendaki, menentukan isi, daya kerja dan persyaratan-persyaratan persetujuan sesuai dengan pandangan sendiri untuk kemudian menuangkannya dalam bentuk tertentu. Kebebasan tersebut juga termasuk kepada tunduk atau tidak tunduknya pada ketentuan-ketentuan perundang-undangan tertentu yang dipilih. Menurut Absori semua orang bebas untuk mengadakan perjanjian yang memuat apa saja dan syarat-syarat perjanjian dengan macam apapun dalam menentukan secara bebas apa yang menjadi hak, kewajiban dan tanggungjawab sepanjang tidak melanggar

ketertiban umum,⁵⁶. Asas ini sangat erat hubungannya dengan asas konsensualisme dan juga terkait dengan asas *pacta sunt servanda*, dimana dengan adanya asas *pacta sunt servanda* otoritas para pihak untuk berkontrak dijamin.

Adapun asas kebebasan berkontrak ini sudah dikenal sebagai asas yang berlaku universal di negara-negara di dunia secara umum. Dalam hukum Anglo-Amerika asas tersebut dikenal dengan nama *party autonomy or freedom of contract*.⁵⁷ Grotius mencari dasar konsensus itu dalam Hukum Kodrat dengan mengatakan bahwa “janji itu mengikat” (“*pacta sunt servanda*”) dan “kita harus memenuhi janji kita” (*promissorum implendorum obligati*). Falsafah ini terdapat juga dalam sebuah istilah Melayu yang mengatakan “kerbau dipegang talinya, manusia dipegang janjinya” (Mariam Darus Badruzaman)⁵⁸. Selanjutnya, Hans Wehberg menyatakan bahwa *pacta sunt servanda* sebagai prinsip dasar hukum (*general principles of law*) yang ditemukan dalam semua bangsa. Prinsip tersebut mengikuti cara yang sama, apakah dia berhubungan dengan kontrak antar negara atau kontrak antara negara dengan perusahaan swasta.⁵⁹ Asas kekuatan mengikat pada perjanjian, sebagaimana para pihak harus memenuhi apa yang mereka terima sebagai kewajiban masing-masing atau sebagaimana Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata menyatakan bahwa “persetujuan merupakan undang-undang bagi pihak-pihak yang mengadakannya”. Dalam sistem *civil law*, kebebasan berkontrak terdiri dari lima macam kebebasan, yakni kebebasan untuk membuat perjanjian atau tidak membuat perjanjian, memilih dengan pihak mana membuat perjanjian, menentukan isi perjanjian, menentukan bentuk perjanjian

⁵⁶ Absori, *Hukum Ekonomi Indonesia (Beberapa Aspek Pengembangan Pada Era Liberalisme Perdagangan)*, (Surakarta: Muhammadiyah University Press UMS, 2006,) hal. 85.

⁵⁷J.r. William F. Fox, *International Commercial, Agreement*, (Netherland: Kluwer Law and Taxation Publisher, 1992), hal. 50 Dikutip Implementasi Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Perjanjian Leasing (Analisis Kasus Sengketa Kontrak Leasing) Oleh: *Muyassarotussolichah**

⁵⁸ Mariam Darus Badruzaman, dkk (B)., , *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal 83-84

⁵⁹ Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, <http://tldk.uni-koeln.de/php/pub>, diakses 2 Agustus 2010

dan menentukan cara pembuatan perjanjian. Asas kebebasan berkontrak yang bertanggungjawab, yang mampu memelihara keseimbangan perlu dipelihara sebagai modal pengembangan kepribadian untuk mencapai kesejahteraan dan kebahagiaan hidup lahir batin yang serasi, selaras, dan seimbang dengan kepentingan masyarakat.⁶⁰

Asas ini telah secara universal diterima dalam kontrak atau perjanjian komersial internasional. Asas yang juga sering disebut “asas kesucian kontrak” (sanctity of contract), setiap pihak dalam perjanjian bertanggung jawab untuk hal-hal yang tidak dijalankan, meskipun kegagalan itu diluar kekuasaannya dan tidak dapat dilihat lebih dahulu pada waktu penandatanganan perjanjian. Feenstra dan Ahsman menyatakan bahwa *pacta sunt servanda* yang diperkenalkan dalam ilmu hukum pada abad XII merupakan adagium yang dipergunakan dalam perjuangan mengenai apa yang sekarang disebut konsensualisme.⁶¹ Betapapun persetujuan-persetujuan itu nuda atau tidak sempurna. Formulasi ini akan berhadapan dengan klausula “*rebus sic stantibus*”, suatu persyaratan yang dianggap diterima secara diam-diam bahwa kita tidak akan memenuhi janji-janji dalam hal terjadi perubahan-perubahan di dalam situasi dan kondisi.⁶² Kesucian kontrak merupakan hal esensial dalam kehidupan sosial yang menurut Wehberg tidak akan ada hubungan ekonomi antara negara dengan perusahaan asing tanpa prinsip *pacta sunt servanda*.⁶³ Subekti menyatakan bahwa hukum itu selalu mengejar dua tujuan, yaitu menjamin kepastian (ketertiban) dan memenuhi tuntutan keadilan. Kalau ayat pertama Pasal 1338 KUH Perdata dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan

⁶⁰ Mariam Darus Badruzaman (C), *Pembentukan Hukum Nasional dan Permasalahannya*, (Bandung: Alumni, 1981), hal. 123-124

⁶¹ Soedjono Dirdjosisworo, *Kontrak Bisnis (Menurut Sistem Civil Law, Common Law dan Praktek Dagang Internasional)*, (Bandung: Mandar Maju, 2003), hal 65 -99 yang menyadur tulisan Feenstra, R. dan Ahsman, M, *Contract Aspecten Van de begrippen contract en contractvrijheid in historich perspectief*, (Kluwer-Deventer de Nederlands), hal 3 – 25.

⁶² *Ibid*

⁶³ Hans Wehberg, *loc.cit*, diakses 2 Agustus 2010

kepastian hukum (janji itu mengikat), maka ayat ketiga Pasal 1338 KUH Perdata harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan.⁶⁴ Menurut Subekti, itikad baik merupakan suatu sendi yang terpenting dalam hukum perjanjian.⁶⁵ Dengan demikian selain terletak pada hati sanubari manusia, itikad baik dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang timbul dari suatu hubungan hukum (perjanjian) harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang mungkin menimbulkan kerugian pihak lain.⁶⁶

2.5. Pembatasan Terhadap Asas Kebebasan Berkontrak

Pada abad kesembilan belas, seiring dengan makin berpengaruhnya doktrin. pemikiran ekonomi *laissez faire*, asas kebebasan berkontrak menjadi prinsip utama yang merupakan perwujudan dari prinsip pasar bebas. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang⁶⁷. Dalam kenyataannya tidak selalu pihak yang terlibat dalam perjanjian yang berasaskan kebebasan berkontrak memiliki posisi yang seimbang.⁶⁸ Pada akhir abad ke-19, paham individualisme mulai pudar akibat desakan paham etis dan sosialis. Sejak berakhirnya Perang Dunia II, paham ini kemudian tidak mencerminkan keadilan dalam masyarakat. Masyarakat menginginkan pihak yang lemah mendapat lebih banyak

⁶⁴ Subekti, *op.cit.*, hal. 41

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Cetakan VII, (Bandung.: Sumur Bandung, 1979), hal 85.

⁶⁷ A.G, Guest. *Chity on Contract, Volume I, general Principle* (London : Sweet & Maxwell, 1983), hal 3. dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 64.

⁶⁸ Z. Asikin Kusumah Atmaja, ed., *Beberapa yurisprudensi perdata yang penting serta hubungan ketentuan hukum acara perdata*, (Jakarta : mahkamah Agung Republik Indonesia, 1992), hal 107

perlindungan dari negaranya. Oleh karena itu, kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak, tetapi diberi arti relatif dan dikaitkan selalu dengan kepentingan umum. Pengaturan substansi kontrak tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak namun perlu juga diawasi dalam perumusannya. Asas kebebasan berkontrak ini juga merupakan dasar dalam Principles of International Commercial Contracts, seperti tercantum dalam Article 1.1 UNIDROIT yang berbunyi:

“The parties are free to enter into a contract and to determine its content”.⁶⁹

Mariam Darus Badruzaman berpendapat bahwa kebebasan berkontrak tetap perlu dipertahankan sebagai asas utama di dalam Hukum Perjanjian Nasional.⁷⁰ Pemahaman atas asas berkontrak ini bukan dalam pengertian kebebasan yang mutlak, karena dalam kebebasan tersebut terdapat berbagai pembatasan, antara lain oleh undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Friedman mengatakan bahwa kebebasan berkontrak masih dianggap aspek yang esensial dari kebebasan individu, tetapi tidak lagi mempunyai nilai absolut seperti satu abad yang lalu.⁷¹

Pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Karena dalam perjalanannya banyak perjanjian-perjanjian yang didalamnya terdapat aspek publik yang menjadi tanggung jawab negara, misalnya mengenai ketenagakerjaan dan penguasaan sumber daya alam. Melalui penerobosan hukum kontrak oleh Pemerintah maka terjadi pergeseran hukum kontrak dari aspek perdata ke aspek hukum publik. Hal ini dikarenakan negara harus melindungi warganya dari

⁶⁹ UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994, hal 7.

⁷⁰ Mariam Darus Badruzaman (B)., *op .cit*, hal 85

⁷¹ Friedman, *Legal Theory*, Fourth edition, (Stevens & Sons Limited, 1960), hal 369. dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 64.

eksploitasi ekonomi yang kerap kali dilakukan oleh pelaku pasar. Oleh karena itu, melalui intervensi Pemerintah inilah terjadi pemasyarakatan (*vermastchappelijking*) hukum kontrak/perjanjian.

Dalam perkembangannya di abad kedua puluh ini, asas kebebasan berkontrak bergeser ke arah paradigma kepatutan. Asas kebebasan berkontrak bukan lagi kebebasan berkontrak yang tanpa batas.⁷² Pembatasan kebebasan berkontrak tersebut setidaknya-tidaknya dipengaruhi dua faktor, yakni:

1. Berkembangnya pengaruh ajaran itikad tidak baik, dimana itikad baik tidak hanya ada pada saat dibuat kontrak.
2. Berkembangnya ajaran penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden* atau *undue influence*).

Purwahid Patrik menyatakan bahwa terjadinya berbagai pembatasan kebebasan berkontrak disebabkan⁷³ :

1. Berkembangnya lapangan ekonomi yang membentuk persekutuan-persekutuan dagang, badan-badan hukum atau perseroan-perseroan, dan golongan-golongan masyarakat lain (misalnya golongan buruh dan tani),
2. Terjadinya pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) keinginan adanya keseimbangan antara individu dan masyarakat yang tertuju kepada keadilan sosial.
3. Timbulnya formalisme perjanjian
4. Makin banyak aturan hukum tata usaha negara.

Dalam hukum positif di Indonesia pun asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh pasal-pasal yang berada dalam KUHP. Pasal 1320 ayat jo.1337 menentukan bahwa para pihak tidak bebas untuk membuat perjanjian yang menyangkut causa yang dilarang oleh undang-undang (sebab yang halal). selain itu, dalam hal obyek perjanjian diatur lebih lanjut dalam pasal 1332 yang menyebutkan bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang

⁷² M Yahya Harahap, *Dua Sisi Putusan Hakim Tidak Adil Bagi Yang Kalah Dan Adil Bagi Yang Menang*, Varia Peradilan, tahun VII no 95 (agustus 1993), hal, 107.

⁷³ Setiawan (B), *Tinjauan Hukum Indonesia Dalam Perselisihan Pinjaman Luar Negeri, Masalah Wajib Laporan Serta Akibat Hukumnya*, varia peradilan, tahun V no, 56 (mei 1990): 136-139

dapat menjadi pokok suatu perjanjian. Dengan demikian maka menurut pasal tersebut hanya barang-barang yang mempunyai nilai ekonomis saja yang dapat dijadikan obyek perjanjian. Kemudian pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak juga dapat disimpulkan melalui pasal 1338 ayat (3) yang menyatakan bahwa suatu perjanjian hanya dilaksanakan dengan itikad baik. Oleh karena itu para pihak tidak dapat menentukan sekehendak hatinya klausul-klausul yang terdapat dalam perjanjian tetapi harus didasarkan dan dilaksanakan dengan itikad baik. Akibat hukum atas perjanjian tersebut adalah dapat dibatalkan.⁷⁴

Dalam ilmu hukum moral tersebut di atas disebut *misbruik van omstandigheden* (penyalahgunaan kesempatan atau penyalahgunaan keadaan). Penyalahgunaan kesempatan dapat digunakan dalam kategori cacat dalam menentukan kehendaknya untuk memberikan persetujuan. Hal ini merupakan alasan untuk menyatakan batal atau membatalkan suatu perjanjian yang tidak diatur dalam Undang-undang melainkan merupakan suatu konstruksi yang dapat dikembangkan melalui Yurisprudensi.

2.6. Kedudukan Negara terhadap Asas Kebebasan Berkontrak

Dari penjabaran sebelumnya, harus diakui bahwa penerapan asas berkontrak ini adalah tidak bebas sebeb-bebasnya.⁷⁵ Tahun 1870, dimana saat itu merupakan puncak perkembangan asas kebebasan berkontrak, setiap orang diberikan kebebasan untuk memilih siapa mitra kontraknya, bebas menentukan bentuk, isi, tujuan, dan dasar hukum dari suatu kontrak.⁷⁶ Pemerintah maupun pengadilan sama sekali tidak dibenarkan intervensi, bahkan sampai muncul

⁷⁴ Rosa Agustina T. Pangaribuan, *Asas Kebebasan Berkontrak dan Batas-Batasnya dalam Hukum Perjanjian*, <<http://www.theceli.com/dokumen/jurnal/rosa/r001.shtml>>, diakses 10 Agustus 2010

⁷⁵ Felix S. Soebagjo, *Perkembangan Azas-azas Hukum Kontrak dalam Praktek Bisnis Selama 25 Tahun Terakhir*, (makalah disampaikan dalam Pertemuan Ilmiah Perkembangan Hukum Kontrak dalam Praktek Bisnis Indonesia, Jakarta, 18 – 19 Februari 1993), hal. 5.

⁷⁶ Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 64.

doktrin “*ceveat emptor*” atau “*let the buyer beware*” atau hukum mewajibkan pembeli untuk berhati-hati dan harus berupaya menjaga diri mereka sendiri.⁷⁷

Negara kemudian memerankan perannya sebagai penjaga bagi rakyatnya yang terlibat dalam kontrak. Negara memiliki kewajiban untuk melindungi rakyatnya dari eksploitasi yang kerap kali terjadi di pasar bebas. Negara dalam fungsinya sebagai regulator mengatur dengan menjabarkan aturan perlindungan tersebut dalam aturan perundang-undangan. Asas kebebasan berkontrak dapat dibatasi dimana pembatasan tersebut ditentukan oleh keadaan sosial dan ekonomis seperti perlindungan konsumen, pencegahan penyalahgunaan wewenang dari penguasa ekonomi serta menjaga iklim persaingan yang adil dalam sistem ekonomi bebas.⁷⁸ Kebebasan berkontrak di Indonesia dibatasi oleh keberadaan peraturan perundang-undangan yang mengatur kontrak-kontrak tertentu yang boleh dilaksanakan di Indonesia. Undang-undang yang membatasi kebebasan berkontrak antara lain:

1. UU 13/2003 Ketenagakerjaan (UUTK);
2. UU 8/1999 Perlindungan Konsumen (UUPK);
3. UU 5/1999 Larangan Praktik Monopoli; dan
4. UU 22/2001 Minyak dan Gas Bumi (UU MIGAS 2001).

Pembatasan ini dilakukan mengingat hal tersebut termasuk ke dalam ranah publik, dimana Pemerintah wajib melindungi warga negaranya misalnya dalam Undang Undang Ketenagakerjaan dimana terdapat posisi yang tidak seimbang antara pekerja dan pengusaha, oleh karena itu negara hadir untuk memberikan perlindungannya. Secara khusus Undang Undang Minyak dan Gas Bumi nomor 22 tahun 2001, Kontrak Kerja Sama memuat:

1. Penerimaan negara, pengembalian wilayah kerja, kewajiban pengeluaran dana, jangka waktu kontrak & perpanjangan, DMO, pasca operasi, kelestarian lingkungan. pengutamakan pemanfaatan barang/

⁷⁷ Made Rawa Aryawan, *Asas Kebebasan Berkontrak dalam Kaitannya dengan kewenangan Hakim untuk Menilai Eksistensi Kontrak*, Jurnal Ilmu Hukum Vol. 1, No. 1, 2003, hal. 1.

⁷⁸ Clive M Scmitthof, *Nature And Revolution Of The Transnational Law Of Commercial Transactions*. (London: kluwer, 1995), hal. 20, dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 67

jasa dalam negeri, penggunaan tenaga kerja Indonesia & pengembangan masyarakat.

2. Usaha-usaha konservasi sumber daya alam dan penerapan kaidah-kaidah keteknikan yang baik dalam operasi.

Melalui penerobosan hukum perjanjian oleh Pemerintah terjadi pergeseran hukum perjanjian ke bidang Hukum Publik. Melalui campur tangan Pemerintah ini terjadi pemasyarakatan (*vermaatschappelijking*) Hukum Perjanjian.⁷⁹ Dalam hal suatu kontrak ternyata bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan, kontrak tersebut batal demi hukum.⁸⁰ Secara historis kebebasan berkontrak mengandung makna adanya 5 (lima) macam kebebasan⁸¹, yaitu:

1. Kebebasan bagi para pihak untuk menutup atau tidak menutup kontrak;
2. Kebebasan untuk menentukan dengan siapa para pihak akan menutup kontrak;
3. Kebebasan bagi para pihak untuk menentukan bentuk kontrak;
4. Kebebasan bagi para pihak untuk menentukan isi kontrak;
5. Kebebasan bagi para pihak untuk menentukan cara pembuatan kontrak.

Selain itu, sehubungan dengan pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak, Prof. Asikin Kusuma Atmadja menyatakan bahwa Hakim berwenang untuk memasuki/meneliti isi suatu kontrak apabila diperlukan, karena isi dan pelaksanaan suatu kontrak bertentangan dengan nilai-nilai dalam masyarakat.⁸²

2.7. *Asas Rebus Sic Stantibus*

Konsep *rebus sic stantibus* diakui dalam hukum internasional dan berkembang pada abad XVIII. Dalam perjalanannya asas ini mendapat banyak

⁷⁹ Mariam Darus Badruzaman (B), *op.cit.*, hal. 85

⁸⁰ Setiawan (C), *Menurunnya Supremasi Asas Kebebasan Berkontrak*, PPH Newsletter (Desember 2003)

⁸¹ Johannes Gunawan, dalam Bernadette M. Waluyo, *Hukum Perjanjian sebagai Ius Constituendum (Lege Ferenda)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hal. 60-61.

⁸² Asikin Kusuma Atmadja (B), *Pembatasan Rentenir sebagai Perwujudan Pemerataan Keadilan*, *Varia Peradilan* (Februari 1987), hal. 17.

kritik karena tidak kejelasan dan tidak kepastiannya. Konsep ini harus ditafsirkan secara sempit, karena dapat berdampak negatif terhadap kesucian kontrak (*contract sanctity*). Dengan makin menguatnya paham liberalisme pada abad XIX yang menghendaki kebebasan berkontrak, klausula *rebus sic stantibus* kehilangan pengaruhnya di negara-negara dengan sistem hukum kontinental (civil law). Klausula *rebus sic stantibus* ini umumnya ditemukan dalam hukum internasional publik.⁸³

Dalam pelaksanaan perjanjian, sering dijumpai situasi di mana keadaan sudah berubah sedemikian rupa dari saat dilakukan penandatanganan perjanjian tersebut. Adapun perubahan tersebut harus dapat menyebabkan para pihak tidak dapat melaksanakan perjanjian. Tidak dapat dilaksanakannya perjanjian tersebut adalah dikarenakan perubahan yang terjadi adalah perubahan yang sangat mendasar. Apabila terjadi keadaan-keadaan yang menimbulkan perubahan fundamental atas keseimbangan dari perjanjian tersebut, maka keadaan tersebut merupakan situasi yang dikecualikan dalam suatu perjanjian. Sebagai suatu pengecualian, kewajiban untuk memenuhi janji mungkin dapat dimaafkan apabila peristiwa yang luar biasa telah menyebabkan kewajiban tersebut tidak dapat dilaksanakan prestasinya. Pengecualian ini kemudian melahirkan doktrin *rebus sic stantibus* (sesuatunya masih tetap), yang diartikan secara implisit bahwa kewajiban dalam suatu perjanjian berlaku selama situasi masih sama dengan pada waktu ditandatangani atau situasi tidak berubah dan dengan demikian prinsip sifat mengikatnya kontrak bagi para pihaknya menjadi bukan sesuatu yang mutlak seperti dalam pembahasan sebelumnya.

Asas ini menjadi pengecualian dari asas kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda*. Aspek penting dari doktrin *rebus sic stantibus* ini adalah memberikan perhatian pada perubahan yang bertentangan dengan harapan atau ekspektasi para pihak, sehingga mengalahkan maksud dari perjanjian. Hal ini mengakibatkan bahwa pelaksanaan kontrak akan selalu menghadapi dua pilihan, yaitu penerapan secara kaku *pacta sunt servanda* untuk menjaga kepatuhan terhadap kontrak atau penerapan klausul *rebus sic stantibus*. Penerapan *pacta sunt*

⁸³Liu Chengwei, Remedies for Non Performance : perspective from CISG. UNINDROIT Principle and PECL. Chapter 19 Change of Circumstances, September 2003, diakses <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-79html>.

servanda secara kaku diartikan bahwa kontrak-kontrak yang secara hukum sah dan berjalan harus dihormati dan dengan demikian kontrak tidak dapat diganggu gugat maupun diubah. Doktrin *rebus sic stantibus* ini, diartikan sebagai pemberian maaf kepada kontrak-kontrak yang tidak dapat dilaksanakan karena berubahnya keadaan yang mendasar.

Berubahnya keadaan umumnya memberikan dua efek yang berbeda terhadap kontrak di mana para pihak dapat menetapkan bahwa pelaksanaan kontrak tidak dapat dilanjutkan atau pembebasan kewajiban hanya diberlakukan untuk satu pihak. Hal ini dapat diartikan bahwa doktrin *rebus sic stantibus* ini diarahkan kepada⁸⁴:

- 1) Adanya suatu prinsip bahwa kontrak menampung perubahan keadaan atau keadaan sulit (*hardship*). Penekanan kepada kepatuhan terhadap kontrak tidak harus selalu diartikan bahwa dengan asas *pacta sunt servanda* kesepakatan para pihak tidak dapat diubah. Dalam hal *pacta sunt servanda*, hanya berarti bahwa kontrak yang secara hukum sah dan berlaku harus ditaati, yang berarti tidak diganggu gugat (*invioability*) dan bukan tidak dapat diubah.
- 2) Pemberian ganti rugi dilarang dan bahwa kewajiban dalam perjanjian akan berakhir apabila terjadi perubahan keadaan, yakni *force majeure*.

Pada saat ini, konsep *rebus sic stantibus* telah diakui dalam hukum internasional dan banyak negara telah menjabarkan dalam perundang-undangannya. Konsep ini harus ditafsirkan secara sempit, karena dapat mengikis asas kekuatan mengikat dari janji-janji kontraktual, yang dapat berdampak negatif terhadap kepatuhan terhadap kontrak (*contract sanctity*). Konsep-konsep yang berkembang dalam tingkat nasional berbeda untuk setiap negara. Dalam tingkat internasional, doktrin *rebus stic stantibus* juga diterapkan dalam perdagangan internasional dan hukum internasional publik.

Dalam dunia Internasional, asas *rebus sic stantibus* diatur dalam Konvensi Wina mengenai *Law of Treaties* (1969) yang memuat ketentuan-ketentuan

⁸⁴ Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 64.

mengenai ‘*fundamental changes of circumstances*’ sebagai *rebus sic stantibus*.⁸⁵ Dalam Konvensi Wina 1969 ini, kriteria yang digunakan sebagai dasar untuk menghentikan suatu perjanjian atau untuk menarik diri dari perjanjian, apabila dipenuhi syarat-syarat tertentu, antara lain adalah⁸⁶ :

- .1. Perubahan suatu keadaan yang fundamental dalam perjanjian;
- .2. Tidak terdapat pada waktu pembentukan perjanjian;
- .3. Tidak dapat diramalkan sebelumnya oleh para pihak;
- .4. Merupakan dasar yang penting atas mana diberikan persetujuan terikatnya (*consent*) para pihak,
- .5. Radikal sehingga mengubah luas lingkup kewajiban yang harus dilaksanakan menurut perjanjian.

Berdasarkan hal-hal tersebut diatas banyak negara sudah menerapkan asas ini dalam hukum positifnya masing-masing.

Dengan perubahan pemikiran hukum dalam abad XX yang berlandaskan pada ide itikad baik dan persamaan, hukum kontrak telah meninggalkan doktrin kewajiban mutlak. Sistem hukum mulai memberikan kepada salah satu atau kedua belah pihak untuk tidak melaksanakan kewajibannya apabila suatu kontrak menjadi tidak mungkin dilaksanakan. Menurut Liu Chengwei, perubahan ini berbeda untuk setiap negara, dalam banyak negara pelepasan melaksanakan kewajiban ini ditampung dengan konsep “*force majeure*”, sementara di Inggris diterapkan “*doctrine of frustration*”. Hak untuk memberlakukan *force majeure* sebagai alasan untuk tidak melaksanakan tidak dapat hanya diasumsikan, tetapi harus dinyatakan dalam kontrak.⁸⁷

Di Indonesia, doktrin *rebus sic stantibus* belum merupakan suatu asas dalam hukum perjanjian yang saat ini berlaku. Konsep yang dekat dengan doktrin ini adalah *force majeure* yang dapat berasal dari peristiwa yang menimbulkan keadaan yang sulit. Dalam KUHPdata, keadaan memaksa tidak dirumuskan, namun dari bunyi pasal-pasal

⁸⁵ *Ibid.*, hal.67

⁸⁶ *Ibid.*, hal 80

⁸⁷ Chengwei, Liu, loc.cit

tersebut dapat disimpulkan bahwa keadaan memaksa adalah suatu keadaan sedemikian rupa.

Asas *Rebus Sic Stantibus* di beberapa negara memiliki perbedaan satu sama lain. Di beberapa sistem hukum, seperti Perancis situasi yang dimaksud tidak memberikan efek. Di sistem yang lain, seperti di Inggris situasi tersebut mungkin sinonim dengan “impossibility”, sementara di Jerman atau Amerika pengadilan dapat melakukan penyesuaian kontrak.⁸⁸ Perancis, dalam hukum kontraknya tidak memberikan keringanan untuk perubahan situasi yang menyulitkan pelaksanaan kontrak tetapi masih dapat dijalankan. Perancis mengenal adanya doktrin *imprevision*. Doktrin tersebut hanya diterapkan oleh Pengadilan Tata Usaha untuk kontrak-kontrak yang berkaitan dengan kepentingan atau perusahaan-perusahaan publik (*public entities*).⁸⁹ Dalam kontrak-kontrak komersial, harga kontrak yang disepakati tidak dipengaruhi oleh kenaikan harga atau depresiasi mata uang. Doktrin *imprevision* ini dikembangkan dari asas “itikad baik” dalam French Civil Code oleh Counsel d’Etat berkaitan dengan kontrak-kontrak yang menyangkut pelayanan kepada publik.⁹⁰

Negara lain yang mengenal asas *rebus sic stantibus* adalah Swiss. Dalam perjalanannya, Swiss Federal Tribunal telah menghentikan kontrak-kontrak jangka panjang disebabkan oleh adanya perubahan situasi yang mendasar dalam kontrak. Adapun perubahan yang terjadi tersebut tidak dapat dilihat sebelumnya saat perumusan kontrak. Penghentian ini dilakukan berdasarkan asas itikad baik dalam Swiss Civil Code. Hanya terhadap perubahan-perubahan yang tidak dapat diantisipasi yang berdampak terhadap dasar kontrak dan merubah secara mendasar kewajiban atau memperkaya salah satu pihak secara tidak adil yang dapat

⁸⁸ Achmad Madjedi Hasan, *loc.cit*, hal 84

⁸⁹ *Ibid.*, hal 84

⁹⁰ Nalga Nassar., *Sanctity of Contracts Revisited*, (London: Dordrecht 1995,) hal. . 193.dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 70

diberikan keringanan.⁹¹ dengan demikian klausula *rebus sic stantibus* diterapkan sangat terbatas.⁹²

Peraturan Perundang-undangan

Peranan Ilmu Perundang-undangan dalam hukum kontrak sangatlah diperlukan, mengingat dalam hukum kontrak, perjanjian tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan. Pemerintah dalam hal mengatur warga negaranya, diwujudkan dalam membuat peraturan perundang-undangan yang akan menjadi koridor berperilaku bagi warga negaranya. Dalam hal ini Pemerintah menjalankan fungsinya sebagai regulator. Regulasi yang dihasilkan pun digunakan sebagai perlindungan yang diberikan kepada warganya. Regulasi menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah pengaturan. Regulasi di Indonesia diartikan sebagai sumber hukum formil berupa peraturan perundang-undangan yang memiliki beberapa unsur, yaitu merupakan suatu keputusan yang tertulis, dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang, dan mengikat umum.⁹³ Dalam memahami peraturan perundang-undangan, penting untuk memahami tentang asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan. Hal ini dikarena di dalamnya terdapat acuan bagaimana cara melahirkan sebuah produk hukum, dalam hal ini undang-undang, yang sesuai dengan kebutuhan publik pada saat itu. Apabila tidak berpedoman kepada asas-asas tersebut maka besar kemungkinan akan mendapatkan banyak kekeliruan dalam penetapan dalam sebuah hukum.

Asas adalah dasar atau sesuatu yang dijadikan tumpuan berpikir, berpendapat dan bertindak.⁹⁴ Asas-asas pembentuk peraturan perundang-undangan berarti dasar atau sesuatu yang dijadikan tumpuan dalam menyusun

⁹¹ Achmad Madjedi Hasan, *loc. cit.*, hal 86

⁹² Nalga Nassar , *loc. cit.*

⁹³ Maria Farida Indrati S..*Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan.* (Yogyakarta: Kanisius, 2007) hal. 12.

⁹⁴ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia* , Edisi III , (Jakarta, Balai Pustaka, 2002), , hal.70

peraturan perundang-undangan. Padanan kata asas adalah prinsip, yang berarti kebenaran yang menjadi pokok dasar dalam berpikir, berpendapat, dan bertindak.

Adapun beberapa ahli yang mengemukakan asas perundang-undangan. Prof. Purnadi Purbacaraka dan Prof. Soerjono Soekanto, memperkenalkan enam asas sebagai berikut⁹⁵:

1. Peraturan perundang-undangan tidak berlaku surut (*non retroaktif*);
2. Peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula;
3. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus menyampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum (*lex specialis derogat lex generalis*);
4. Peraturan perundang-undangan yang berlaku belakangan membatalkan peraturan perundang-undangan yang berlaku terdahulu (*lex posteriori derogate lex periori*);
5. Peraturan perundang-undangan tidak dapat di ganggu gugat;
6. Peraturan perundang-undangan sebagai sarana untuk semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spiritual dan materil bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian (*asas welvaarstaat*).

Hampir sama dengan pendapat ahli sebelumnya Amiroedin Sjarief, mengajukan lima asas, sebagai berikut.⁹⁶

1. Asas tingkatan hirarkhi;
2. Peraturan perundang-undangan tidak dapat di ganggu gugat;
3. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus menyampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum (*lex specialis derogate lex generalis*);
4. Peraturan perundang-undangan tidak berlaku surut;

⁹⁵ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Peraturan perundang-undangan dan Yurisprudens,i* Cet. Ke-3, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1989), hal. 7-11

⁹⁶ Amiroedin Sjarief, *Perundang-undangan: Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, (Jakarta: Bina Aksara.h. 1987), hal 78-84

5. Peraturan perundang-undangan yang baru menyampingkan peraturan perundang-undangan yang lama (*lex posteriori derogat lex periori*).

A. Hamid S. Attamimi sebagaimana dikutip oleh Maria Farida, mengatakan bahwa pembentukan peraturan perundang-undangan Indonesia yang patut akan mengikuti pedoman dan bimbingan yang diberikan oleh cita negara hukum yang tidak lain adalah Pancasila. Hal ini oleh Attamimi diistilahkan sebagai bintang pemandu, prinsip negara hukum dan konstitusionalisme, di sebuah negara yang menganut paham konstitusi.⁹⁷ Lebih lanjut mengenai A. Hamid. S. Attamimi, mengatakan jika dihubungkan pembagian atas asas formal dan materil, maka pembagiannya sebagai berikut:⁹⁸

a. Asas-asas formal:

1. Asas tujuan yang jelas.
2. Asas perlunya pengaturan.
3. Asas organ / lembaga yang tepat.
4. Asas materi muatan yang tepat.
5. Asas dapat dilaksanakan.
6. Asas dapat dikenali.

b. Asas-asas materil:

1. Asas sesuai dengan cita hukum Indonesia dan norma fundamental negara.
2. Asas sesuai dengan hukum dasar negara.
3. Asas sesuai dengan prinsip negara berdasarkan hukum.
4. Asas sesuai dengan prinsip Pemerintahan berdasarkan konstitusi.

Selain itu, secara terperinci, I.C van der Vliesdi mana asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan dapat dibagi menjadi dua, yaitu asas formal dan asas materil. Asas formal tersebut mencakup:⁹⁹

- a. Asas tujuan yang jelas (*beginsel van duetlijke doelstelling*);

⁹⁷ Maria Farida Indrati S., *op.cit.*, hal. 197

⁹⁸ A. Hamid Attamimi, dalam *Ibid.*, . hal. 254-256.

⁹⁹ I.C. van der Vlies, *Het wetsbegrip en beginselen van behoorlijke regelgeving*, 's-Gravenhage: Vuga 1984 hal 186 seperti dikutip oleh A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, hal. 330, dalam Maria Farida Indrati, S., *Ilmu Perundang-undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, (Jakarta: Kanisius,) hal. 253-254.

- b. Asas organ / lembaga yang tepat (*beginsel van het juiste organ*);
- c. Asas perlu pengaturan (*het noodzakelijkheids beginsel*);
- d. Asas dapat dilaksanakan (*het beginsel van uitvoerbaarheid*);
- e. Asas konsensus (*het beginsel van consensus*).

Sedangkan yang masuk asas materiil adalah sebagai berikut:

- a. Asas terminologi dan sistematika yang benar (*het beginsel van duidelijke terminologie en duidelijke systematiek*),
- b. Asas dapat dikenali (*het beginsel van de kenbaarheid*);
- c. Asas perlakuan yang sama dalam hukum (*het rechtsgelijkheids beginsel*);
- d. Asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginsel*);
- e. Asas pelaksanaan hukum sesuai dengan keadaan individual (*het beginsel van de individuele rechtsbedeling*).

Dalam hukum positif Indonesia, perundang-undangan diatur dalam Undang Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan perundang-undangan, dimana dalam undang-undang tersebut juga merumuskan mengenai asas perundang-undangan, berikut contohnya sebagai berikut :

- a. Peraturan perundang-undangan tidak berlaku surut (*non retroaktif*)
Peraturan perundang-undangan yang dibuat hanya berlaku pada peristiwa-peristiwa hukum yang terjadi setelah peraturan perundang-undangan itu lahir. Namun demikian, mengabaikan asas ini dimungkinkan terjadi dalam rangka untuk memenuhi keadilan masyarakat. Sebagai contoh UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, yang digunakan untuk mengadili peristiwa pelanggaran hak asasi manusia yang terjadi di Timor Timur yang terjadi pada 1999.
- b. Asas kepatuhan pada hirarkhi (*lex superior derogat lex inferior*)
Peraturan perundang-undangan yang ada di hirarkhi yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berada pada hirarkhi lebih tinggi. Dan seterusnya sesuai dengan hirarkhi norma dan peraturan perundang-undangan.

- c. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus menyampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum (*lex specialis derogat lex generalis*)

Sebagai contoh UU No. 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh adalah *lex specialis* yang banyak mengesampingkan UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

- d. Peraturan perundang-undangan yang berlaku belakangan membatalkan peraturan perundang-undangan yang berlaku terdahulu (*lex posteriori derogate lex periori*)

Dalam setiap peraturan perundang-undangan biasanya terdapat klausul yang menegaskan keberlakuan peraturan perundang-undangan tersebut dan menyatakan peraturan perundang-undangan sejenis yang sebelumnya digunakan, kecuali terhadap pengaturan yang tidak bertentangan.

Dalam hal sumber peraturan perundang-undangan, ada tiga kategori landasan yang disebutkan oleh Amiroeddin Syarief, yaitu :

- a. Landasan filosofis, di mana norma-norma yang diadopsi menjadi materi muatan peraturan perundang-undangan mendapat justifikasi atau pembenaran secara filosofis.
- b. Landasan sosiologis, di mana rumusan norma-norma hukum mencerminkan kenyataan, keyakinan umum atau kesadaran hukum masyarakat.
- c. Landasan yuridis, di mana norma-norma yang tertuang merujuk pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang derajat hirarkhinya lebih tinggi. Landasan yuridis dibagi menjadi dua (1) landasan yuridis formal, yaitu ketentuan-ketentuan hukum yang memberi kewenangan kepada organ pembentuknya; dan (2) landasan yuridis materil, yaitu ketentuan-ketentuan hukum tentang masalah atau materi-materi yang harus diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Adapun ruang lingkup dari peraturan perundang-undangan telah ditentukan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan

Peraturan Perundang-undangan. Dalam Pasal 7 Ayat (1) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyatakan tentang jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dalam Pasal 7, yang dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan adalah sebagai berikut:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - c. Peraturan Pemerintah;
 - d. Peraturan Presiden;
 - e. Peraturan Daerah.
- (2) Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) huruf e meliputi:
 - a. Peraturan Daerah Provinsi dibuat oleh dewan perwakilan rakyat daerah provinsi bersama gubernur;
 - b. Peraturan Daerah kabupaten/kota dibuat oleh dewan perwakilan rakyat daerah kabupaten/kota bersama bupati/walikota;
 - c. Peraturan Desa/peraturan yang setingkat, dibuat oleh badan perwakilan desa atau nama lainnya bersama dengan kepala desa atau nama lainnya.

Dalam penjelasan Pasal 7 dinyatakan bahwa Ayat (1), Ayat (2) huruf b dan huruf c, serta Ayat (3) dan Ayat (5) adalah “*cukup jelas*”, sedangkan ayat-ayat yang diberi penjelasan antara lain, adalah :

- a. Ayat (2) Huruf yang menyatakan termasuk dalam jenis Peraturan Daerah Provinsi adalah Qanun yang berlaku di Daerah Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dan Perdasus serta Perdasi yang berlaku di provinsi Papua.
- b. Ayat (4) Jenis Peraturan Perundang-undangan selain dalam ketentuan ini, antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, kepala badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati, Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat

Adapun otoritas pembentuk peraturan perundang-undangan, dalam hal ini Undang-Undang, adalah dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden.¹⁰⁰ Sedangkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa.¹⁰¹ Peraturan Perundang-undangan di bawah Undang-Undang adalah Peraturan Pemerintah. Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya.¹⁰² Keberadaan Pemerintah hanya untuk menjalankan amanat Undang-Undang. Secara yuridis konstitusional tidak satupun Peraturan Pemerintah yang dikeluarkan dan/atau ditetapkan oleh Presiden di luar perintah dari suatu Undang-Undang.¹⁰³ Sementara itu, asas-asas yang harus dikandung dalam materi muatan Peraturan Perundang-undangan dirumuskan dalam Pasal 6 ayat (1) dan penjelasannya sebagai berikut:

A. Pengayoman;

Yang dimaksud dengan “asas pengayoman” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus berfungsi memberikan perlindungan dalam rangka menciptakan ketenteraman masyarakat.

B. Kemanusiaan;

Yang dimaksud dengan “asas kemanusiaan” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan hak-hak asasi manusia serta harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.

C. Kebangsaan;

Yang dimaksud dengan “asas kebangsaan” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus

¹⁰⁰ Indonesia (B), *loc. cit*, Pasal 1 Angka 3.

¹⁰¹ *Ibid.*, Pasal 1 Angka 4.

¹⁰² *Ibid.*, Pasal 1 Angka 5.

¹⁰³ B. Hestu Cipto Handoyo. *Prinsip-Prinsip Legal Drafting dan Desain Naskah Akademik*. (Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2008.). hal. 110.

mencerminkan sifat dan watak bangsa Indonesia yang pluralistik (kebhinnekaan) dengan tetap menjaga prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.

D. Kekeluargaan;

Yang dimaksud dengan “asas kekeluargaan” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan musyawarah untuk mencapai mufakat dalam setiap pengambilan keputusan.

E. Kenusantaraan;

Yang dimaksud dengan “asas kenusantaraan” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan senantiasa memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila.

F. Bhinneka tunggal ika;

Yang dimaksud dengan “asas bhinneka tunggal ika” adalah bahwa Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus memperhatikan keragaman penduduk, agama, suku, dan golongan, kondisi khusus daerah, dan budaya khususnya yang menyangkut masalah-masalah sensitif dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

G. Keadilan;

Yang dimaksud dengan “asas keadilan” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara tanpa kecuali.

H. Kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;

Yang dimaksud dengan “asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan” adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan tidak boleh berisi hal-hal yang bersifat

membedakan berdasarkan latar belakang, antara lain, agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial.

I. Ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau

Yang dimaksud dengan "asas ketertiban dan kepastian hukum" adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus dapat menimbulkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan adanya kepastian hukum.

J. Keseimbangan; keserasian, dan keselarasan.

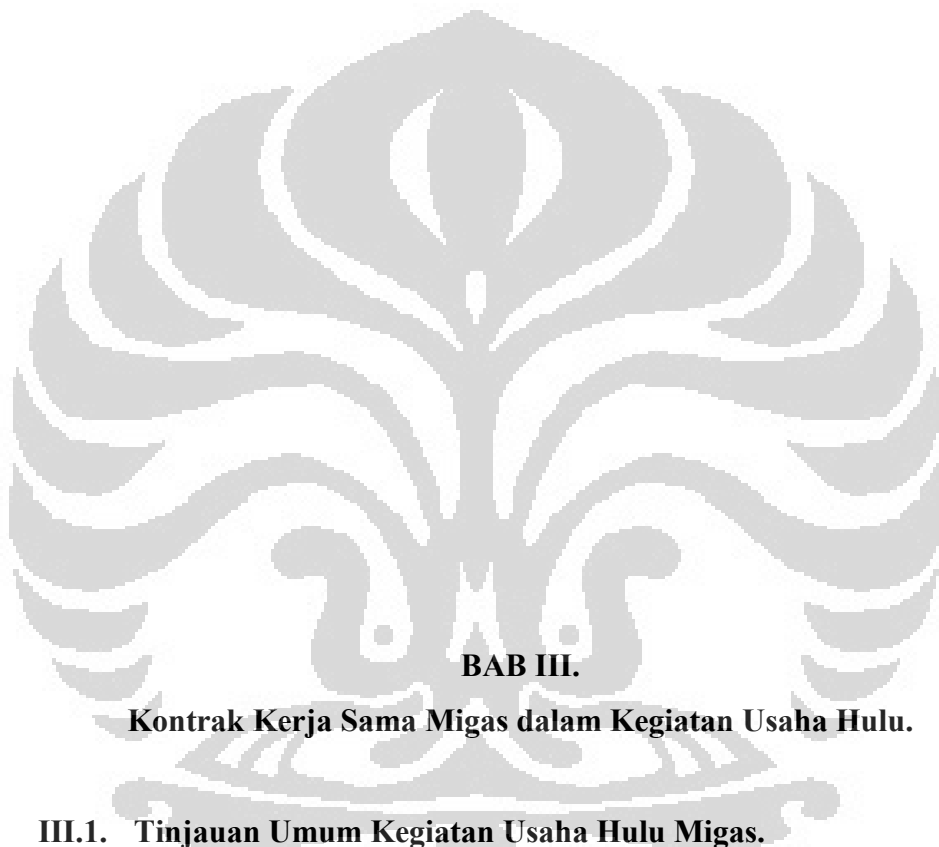
Yang dimaksud dengan "asas keseimbangan, keserasian, dan keselarasan" adalah bahwa setiap Materi Muatan Peraturan Perundang-undangan harus mencerminkan keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, antara kepentingan individu dan masyarakat dengan kepentingan bangsa dan negara.

Selain asas sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) diatas , Peraturan Perundang-undangan tertentu dapat berisi asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan.¹⁰⁴ Adapun yang dimaksud dengan "asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan", antara lain:

- a. Dalam Hukum Pidana, misalnya, asas legalitas, asas tiada hukuman tanpa kesalahan, asas pembinaan narapidana, dan asas praduga tak bersalah;
- b. Dalam Hukum Perdata, misalnya, dalam hukum perjanjian, antara lain, asas kesepakatan, kebebasan berkontrak, dan itikad baik.

Perumusan Peraturan perundang undangan sangat penting dikaitkan dengan hukum kontrak, dalam hal ini Kontrak Kerja Sama Migas, dimana dalam kasus ini Pemerintah berperan sebagai pihak dalam kontrak dan sebagai regulator. Pengetahuan mengenai peraturan perundang-undangan ini dibutuhkan dalam menganalisis peraturan perundang-undangan yang akan mengintervensi ketentuan kontrak.

¹⁰⁴ Indonesia (B), *loc. cit.*, Pasal 6 ayat (2).



BAB III.

Kontrak Kerja Sama Migas dalam Kegiatan Usaha Hulu.

III.1. Tinjauan Umum Kegiatan Usaha Hulu Migas.

Perkembangan suatu negara sangat ditentukan dari kemampuan negara tersebut meningkatkan devisanya untuk memperbesar pendapatan perkapita dari masyarakatnya. Bidang usaha minyak dan gas bumi masih menjadi isu utama dalam pembangunan nasional sampai saat ini. Indonesia dengan kekayaan sumber daya alamnya yang melimpah merupakan karunia yang harus dimanfaatkan dengan sebaik mungkin. Sumber daya energi ini merupakan bahan galian vital dan strategis bagi bangsa. Kekayaan mineral, minyak dan gas bumi yang ada di Indonesia menjadi potensi yang dapat meningkatkan devisa negara. Negara yang mempunyai cadangan minyak terbesar di dunia adalah Arab Saudi dengan

cadangan minyak mencapai 265 milyar barrel. Sementara di Indonesia diperkirakan mempunyai cadangan minyak sebesar 907,3 juta barrel dengan produksi 1.5 juta barel per hari.¹⁰⁵ Indonesia menjalankan industri migasnya, dalam hal ini kegiatan usaha hulu migas, menggunakan mekanisme kontrak. Bisnis dalam bidang apapun hampir tidak dapat dilepaskan dari keberadaan suatu kontrak, dimana ada bisnis di situ ada kontrak.¹⁰⁶

Kegiatan Usaha Hulu adalah kegiatan usaha yang berintikan atau bertumpu pada kegiatan usaha, yaitu usaha eksplorasi dan usaha eksploitasi¹⁰⁷. Kegiatan hulu (*upstream*) yang meliputi eksplorasi dan eksploitasi serta kegiatan hilir (*downstream*) yang meliputi pengolahan, penyulingan, pemasaran, dan distribusi.¹⁰⁸ Kegiatan dalam sektor migas bernilai jutaan dollar amerika, maka dalam pengelolaannya juga terdapat risiko yang sangat besar apabila terjadi kegagalan dalam pengelolaannya. Dilihat dari gradasi kerugian dari akibat yang ditimbulkan oleh risiko tersebut, Kegiatan Usaha Hulu migas jauh lebih berisiko karena meliputi kegiatan produksi dari minyak dan gas serta melibatkan peralatan-peralatan berat yang bernilai milyaran rupiah.

Kegiatan Usaha Hulu migas merupakan usaha yang membutuhkan modal yang besar atau padat modal untuk membiayai kegiatan praproduksi, termasuk sarana produksi misalnya alat pengebor minyak. Dari modal yang besar itu kemudian melahirkan resiko yang besar pula, resiko itu menyangkut dari keberadaan penemuan minyak dan gas dari dalam perut bumi. Tidak seluruh kegiatan pengeboran yang berasal dari proses *seismic* dalam proses eksplorasi mendapatkan minyak, hal ini merupakan resiko terbesar mengingat biaya yang dikeluarkan selama masa eksplorasi sangatlah besar. Peluang ditemukannya minyak dari sepuluh pengeboran minyak bumi mungkin hanya bisa didapatkan

¹⁰⁵ H.Salim H.S (A), *op.cit.*, Hal 1.

¹⁰⁶ Munir Fuady (B), *Hukum Bisnis Dalam Teori Dan Praktek*, Buku Ke Empat (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), Hal. 3.

¹⁰⁷ H.Salim H.S (A), *op.cit.*, Hal 237.

¹⁰⁸ H.Salim H.S (A), *op.cit.*, Hal 243.

dalam satu sumur minyak bumi sedangkan dalam sekali pengeboran membutuhkan dana jutaan dollar amerika.¹⁰⁹ Kerusakan pada alat-alat padat modal sampai kepada keselamatan personil-personil yang mengoperasikan alat-alat tersebut merupakan resiko lain yang ada dalam Kegiatan Usaha Hulu migas. Oleh karena itu dibutuhkan modal yang sangat besar dan teknologi yang tinggi untuk mengurangi resiko tersebut.

Resiko tidak hanya timbul dari proses produksi minyak dan gas, resiko tersebut juga terdapat pada rentannya perubahan iklim politik dan kebijakan Pemerintah yang sedang berkuasa. Hal ini dikarenakan sektor minyak dan gas merupakan sektor yang strategis sehingga didalamnya terdapat tarik menarik kepentingan politik. Selain faktor dari dalam negeri tersebut, minyak dan gas bumi juga dipengaruhi faktor eksternal, faktor eksternal tersebut meliputi turun naiknya kondisi perekonomian dunia, harga minyak yang fluktuatif, dan kondisi politik dan konflik di negara timur tengah yang merupakan lumbung minyak dunia, menjadikan bisnis ini makin beresiko untuk mendapat untung atau rugi. Semua resiko ini merupakan resiko yang bernilai jutaan dollar amerika, dalam hal ini Pemerintah belum sanggup untuk menanggung resiko yang sangat besar tersebut, sehingga dalam Kegiatan Usaha Hulu Pemerintah menggandeng perusahaan minyak yang sanggup untuk menanggung resiko tersebut. Pengelolaan minyak dan gas bumi belum dapat dilaksanakan secara maksimal oleh investor dalam negeri oleh karena itu pemerintah menggandeng investor luar negeri untuk berinvestasi di bidang minyak dan gas bumi di Indonesia. Dalam hal ini terdapat perjanjian antara Pemerintah dan perusahaan minyak tersebut untuk melaksanakan usaha hulu migas dalam bentuk Kontrak Kerja Sama Migas yang berbentuk kontrak bagi hasil (*Production Sharing Contract*).

Disamping dibutuhkan terhadap modal yang sangat tinggi, investasi dalam Kegiatan Usaha Hulu migas terhitung merupakan investasi jangka panjang yang waktu pengembalian modalnya lebih lama dibandingkan dengan industri lain. Masa kontrak dalam Kontrak Kerja Sama Migas adalah sepanjang 30 tahun dengan waktu eksplorasi sepanjang 10 tahun sehingga dapat diperkirakan bahwa pengembalian dari modal yang ditanamkan dalam usaha hulu migas baru dapat

¹⁰⁹ Hasil Wawancara dengan Hakim Nasution, Partner dari Konsultan Hukum Hakim dan Rekan, tanggal 3 November 2010.

dinikmati setelah kurang lebih 10 tahun. Pengembalian modal yang ditanam hanya dapat diperoleh apabila terdapat cadangan yang dinyatakan menguntungkan (komersil) untuk dilanjutkan kedalam tahap eksploitasi. Apabila tidak ditemui cadangan minyak atau dinyatakan cadangan minyak tersebut tidak komersil, maka investor akan merugi dan tidak ada pengembalian modal.¹¹⁰ Dengan kondisi seperti ini, tidak semua investor berani masuk ke dalam industri migas di Indonesia. Indonesia membutuhkan investor yang berani untuk menanggung resiko yang besar tersebut dan mampu berinvestasi secara berkesinambungan untuk memantapkan produksi dan kegiatan eksplorasi menemukan cadangan sumber daya baru di Indonesia, untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat Indonesia.

Kegiatan Usaha Hulu dilaksanakan melalui Kontrak Kerja Sama (KKS) antara Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap dengan Badan Pelaksana Minyak dan Gas Bumi (BP MIGAS). Adapun didalam KKS tersebut terdapat prinsip-prinsip yang harus dipenuhi dalam setiap KKS, prinsip tersebut meliputi :

- a. Kepemilikan sumberdaya alam tetap di tangan Pemerintah sampai pada titik penyerahan;
- b. Pengendalian manajemen operasi berada pada Badan Pelaksana;
- c. Modal dan resiko seluruhnya ditanggung Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap.

Prinsip-prinsip diatas diatur dalam UU nomor 22 tahun 2001 yang berguna untuk menjaga kedaulatan negara Indonesia atas kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Dalam prinsip tersebut juga dinyatakan secara tegas bahwa negara tidak menanggung resiko apapun dari industri migas tersebut. Hal ini sangatlah menguntungkan negara sebagai pihak yang menguasai sumber daya alam Indonesia. Adapun pihak yang dapat melakukan Kegiatan Usaha Hulu dan hilir adalah :

- a. Badan Usaha Milik Negara;
- b. Badan usaha Milik daerah;
- c. Koperasi; usaha kecil;

¹¹⁰ Hasil Wawancara dengan Hakim Nasution, Partner dari Konsultan Hukum Hakim dan Rekan, tanggal 3 November 2010.

d. Bentuk Usaha Tetap

Pihak yang dapat melakukan kegiatan tersebut harus memenuhi ketentuan tertentu dimana untuk ketentuan pada bentuk usaha tetap hanya dapat melakukan Kegiatan Usaha Hulu saja, badan usaha dan bentuk usaha tetap yang telah melakukan Kegiatan Usaha Hulu tidak diperbolehkan melakukan kegiatan usaha hilir demikian sebaliknya. Bentuk Usaha Tetap merupakan bentuk khusus yang dirancang khusus sebagai pihak dalam kegiatan usaha hulu. Hal ini ditempuh mengingat Kegiatan Usaha Hulu merupakan kegiatan yang membutuhkan modal yang besar. Modal-modal ini dimiliki oleh perusahaan-perusahaan migas kelas dunia. Bentuk usaha tetap dibuat untuk memudahkan investor yang ingin melakukan Kegiatan Usaha Hulu di Indonesia. Hal ini juga dilakukan untuk kepentingan penghitungan pajak dari perusahaan minyak tersebut.

III.1.1. Hak Menguasai Negara

Sumber daya alam yang berada di perut bumi Ibu Pertiwi merupakan kekayaan alam yang dianugerahkan Tuhan kepada negeri Indonesia. Kekayaan alam tersebut perlu dimanfaatkan untuk kemakmuran seluruh rakyat Indonesia sebagaimana diatur kepada Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menetapkan bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Selanjutnya, Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 menyatakan bahwa cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh Negara. Dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 yang diamendemen pengelolaan diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi, berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional, kemakmuran segala orang. Sehingga dapat disimpulkan bahwa yang menguasai dan mengelola sumber daya alam yang terkandung di dalam bumi Indonesia adalah pemerintah dan harus digunakan untuk kemanfaatan rakyat..

Prinsip hak menguasai dari negara terhadap kekayaan alamnya juga diakui dalam hukum internasional, seperti yang terdapat di berbagai Resolusi Majelis Umum PBB antara lain dalam Resolusi MU PBB 626 (VII) tahun 1952 yang

menyatakan hak setiap negara untuk memanfaatkan dan eksploitasi secara bebas sumber daya alamnya untuk kemajuan dan pengembangan ekonomi. Hal ini juga diatur dalam Resolusi MU PBB 1803 (XVII) tahun 1962 yang memperluas ruang lingkup meliputi kekayaan alam di dasar laut, tanah di bawahnya dan di perairan laut yg berada dalam yurisdiksi nasional suatu negara. Resolusi lain yang mengatur antara lain, dalam Resolusi 2158 (XXI) dalam 1966, Resolusi 3016 (XXVIII) tahun 1972, Resolusi 3281 (XXIX) tahun 1974 (*Charter of Economic Rights and Duties of States*), dan Pembentukan Tata Ekonomi Internasional Baru (3201 S-VI/1974). Dalam *Declaration on the Human Environment* pada tahun 1972 di Stockholm, menyatakan bahwa negara bertanggung jawab atas setiap kegiatan yg merugikan lingkungan dari hak berdaulat untuk memanfaatkan kekayaan alamnya sesuai dengan kebijakan pemeliharaan lingkungannya.¹¹¹ Resolusi-resolusi tersebut menegaskan hak setiap negara untuk memanfaatkan dan eksploitasi secara bebas kekayaan dan sumber daya alamnya untuk kemajuan dan pengembangan ekonomi.

Jadi dapat dilihat bahwa segala kekayaan alam yang ada di dalam perut bumi Indonesia merupakan milik Indonesia dan harus dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat. Adapun kekayaan alam yang melimpah tersebut belum akan berguna untuk rakyat Indonesia ketika hanya terdapat di dalam tanah. Kekayaan alam tersebut baru akan bermanfaat ketika sudah dikeluarkan dari dalam tanah.¹¹² Permasalahan yang timbul adalah, Pemerintah tidak memiliki cukup kemampuan untuk mengelola kekayaan alam yang ada, khususnya minyak dan gas bumi dengan alasan utama yaitu modal dan teknologi. Bagaimana mungkin kekayaan alam tersebut dapat memakmurkan rakyat Indonesia apabila masih diendapkan saja di dalam perut bumi. Kekayaan alam itu barulah dapat bermanfaat ketika sudah diangkat dari perut bumi. Oleh karena itulah negara melakukan kerjasama dengan pihak-pihak yang mampu mengelola kekayaan alam tersebut agar dapat bermanfaat untuk masyarakat.

¹¹¹ Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, Business Law Society, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Juni 2010.

¹¹² Hasil Wawancara dengan Hakim Nasution, Partner dari Konsultan Hukum Hakim dan Rekan, tanggal 3 November 2010.

Pengertian dikuasai oleh negara juga diberikan oleh Wakil Presiden Pertama Indonesia, Moh. Hatta mengatakan bahwa konsep menguasai oleh negara dalam pasal 33 UUD 1945 tidak berarti negara sendiri menjadi pengusaha, usahawan atau ondernemer.¹¹³ Kekuasaan negara dapat tercermin pada kewenangan untuk membuat peraturan guna melancarkan jalan ekonomi, peraturan yang melarang pula “penghisapan” orang yang lemah oleh orang lain yang bermodal. Cita-cita yang tertanam dalam pasal 33 UUD 1945 ialah produksi yang berskala besar sedapatnya dilaksanakan oleh Pemerintah terutama digerakkan tenaga-tenaga Indonesia yang lemah dengan jalan Koperasi.¹¹⁴ Selain itu, diberi kesempatan kepada golongan swasta untuk mengerahkan pekerja dan kapital nasional. Pengerahan tersebut dilakukan dengan pinjaman modal yang diberikan oleh asing dan pengusahaannya tetap berada di tangan tenaga Indonesia. Apabila bangsa asing tidak bersedia meminjamkan modalnya, maka diberi kesempatan kepada mereka untuk menanam modalnya di Tanah Air kita dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh Pemerintah Indonesia sendiri.¹¹⁵ Dari pengertian ini maka Ketentuan Kontrak Kerja Sama yang dimana mengatur secara rinci hal-hal apa saja yang harus diikuti oleh asing di dalamnya merupakan perwujudan dari hak menguasai sebagai mana dimaksud oleh Moh. Hatta. Kesempatan yang dibuka bagi bangsa asing untuk menanam modal mereka di Indonesia ialah supaya mereka ikut serta mengembangkan kemakmuran bangsa kita, bangsa Indonesia.¹¹⁶

Setiap negara yang memiliki sumber daya migas berusaha mendapatkan manfaat dari eksploitasi migas dengan menghubungkan konsep hak menguasai dari negara atas kekayaan alam negara masing-masing dan menyesuaikannya dalam bentuk kontrak yang akan diberlakukan kepada kontraktor migas. Di

¹¹³ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 76

¹¹⁴ *Ibid.*, hal 78

¹¹⁵ Mohammad Hatta, *Bung Hatta Menjawab*, (Jakarta: Gunung Agung, 1979), Hal 201 – 204

¹¹⁶ *Ibid.*, Hal 201 – 204

Indonesia, upaya tersebut dilakukan dengan memisahkan kepemilikan sumber daya alam dari kepemilikan atas tanah, yang biasa disebut dengan pemisahan horizontal, dalam peraturan perundang-undangan. Upaya lain yang ditempuh yaitu menempatkan penguasaan migas yang terkandung dalam bumi pada sebagai hal yang dikuasai negara dan bukan merupakan sesuatu yang dimiliki oleh pemilik sebidang tanah di atasnya. Pengaturan di berbagai negara mengenai Hak Menguasai memiliki perbedaan di masing-masing negara, walaupun beberapa diantaranya memiliki kemiripan dalam nilai dan ideologi.

Di Amerika Serikat berdasarkan *Rule of Capture*, pemilik tanah memiliki hak (*title*) atas minyak dan gas bumi di bawah tanah miliknya. Minyak dan Gas bumi tersebut dapat diproduksi dari sumur yang dibor di atas tanah milik warga negara pribadi dan minyak yang keluar dari tanah milik warga negara tersebut menjadi milik dari warga negara tersebut.¹¹⁷ Hal ini membuat setiap warga negara Amerika yang dapat tanah pekarangannya terdapat minyak maka secara ekonomi minyak tersebut menjadi miliknya.¹¹⁸

Di Inggris, pada awalnya mengakui bahwa pemilik tanah adalah juga pemilik mineral terkandung di bawahnya seperti aturan mengenai hak menguasai negara di Amerika Serikat. Pada perkembangannya aturan tersebut berubah sejak tahun 1934 berdasarkan *Petroleum (Production) Act* hak penguasaan atas migas di bawah tanah dialihkan menjadi milik dari Kerajaan Inggris.¹¹⁹ Undang-undang memberikan wewenang kepada Kerajaan untuk mengeluarkan izin (*license*) kepada perorangan untuk mencari dan menambang minyak bumi.

Dalam sejarahnya di Indonesia kepemilikan bahan galian, termasuk migas, pada awalnya ada pada para Sultan, yang berhak mengeluarkan izin konsesi.¹²⁰ Hak para Sultan ini kemudian ditiadakan setelah diterbitkan *Indische Mijnwet*

¹¹⁷ Hasil Wawancara dengan Tengku Nathan Machmud, Partner dari Konsultan Hukum Hakim dan Rekan, tanggal 3 November 2010.

¹¹⁸ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, hal. 87

¹¹⁹ *Ibid*, hal. 86

¹²⁰ *Ibid*, hal. 75.

(1899). Peraturan ini berintikan bahwa semua bahan galian termasuk migas menjadi dikuasai oleh Pemerintah. Kegiatan pertambangan hanya dapat dilakukan dengan izin konsesi yang dikeluarkan oleh Gubernur Jenderal.¹²¹ Adapun izin konsesi hanya diberikan kepada warga negara Belanda dan penduduk Belanda/Hindia Belanda, atau perusahaan-perusahaan yang didirikan di negeri Belanda/Hindia Belanda. Setelah proklamasi kemerdekaan, hak menguasai dari negara atas kekayaan alam dipertegas dalam UUD 1945. Pasal 33 UUD 1945 yang mengatur bahwa cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh Negara dan bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Definisi-definisi yang diberikan diatas menekankan bahwa hal yang terpenting dalam penguasaan negara adalah negara tetap mengatur dan menguasai cabang-cabang produksi yang penting bagi negara yang menguasai hajat hidup orang banyak. Namun di lapangan masih dapat mempunyai berbagai pengertian dan perbedaan pemahaman mengenai konsepsi “dikuasai negara”. Hal ini dapat dilihat dari adanya pengujian terhadap Undang-undang Nomor 20 Tahun 2002 Tentang Ketenagalistrikan (UULISTRIK 2002) dimana dalam putusan Mahkamah Konstitusi atas pengujian Undang-undang Nomor 20 Tahun 2002 Tentang Ketenagalistrikan (UULISTRIK 2002) tersebut dinyatakan bahwa ‘dikuasai negara’ harus diartikan dikelola oleh negara melalui BUMN dengan biaya sendiri atau bermitra dengan pihak swasta.¹²² Berkaitan dengan industri migas, dalam pengujian atas UUMIGAS 2001, MK dapat menerima *unbundling* kegiatan hulu dan kegiatan hilir. Hal ini berdasar dalam kegiatan hulu hak kuasa pertambangan masih ada pada negara dan negara telah membentuk BPMIGAS untuk mengendalikan kegiatan-kegiatan pertambangan minyak dan gas melalui Kontrak Kerja Sama dengan investor. Sementara itu, di sektor hilir kegiatan pengolahan,

¹²¹ Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, Business Law Society, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Juni 2010.

¹²² Mahkamah Konstitusi, Putusan Perkara Nomor 001-021-022/Puu-I/2003, 1 Desember 2004, Diucapkan Dalam Persidangan Terbuka, 15 Desember 2004, Dimuat Dalam Berita Negara Ri Nomor 102 Tahun 2004, 21 Desember 2004.

pengangkutan, penyimpanan, dan niaga merupakan kegiatan usaha yang tidak terintegrasi dan dapat dikendalikan melalui izin-izin yang dikeluarkan oleh Pemerintah. Menurut MK, *unbundling* dalam sektor kegiatan usaha hilir migas bertujuan menghindari monopoli yang tidak bermanfaat bagi rakyat, tetapi tidak menghilangkan PERTAMINA yang masih dapat berperan dalam kegiatan hulu maupun kegiatan hilir.¹²³

Dalam mengelola kekayaan alam, Pemerintah memberikan kuasanya kepada suatu subyek hukum. Menurut KUHPerdara, pemberian kuasa adalah suatu perjanjian dengan mana seorang memberikan kekuasaan (wewenang) kepada seorang lain, yang menerimanya, untuk atas namanya menyelenggarakan suatu urusan (Pasal 1792 KUH Perdata). Orang yang menerima kuasa atau penerima kuasa melakukan perbuatan hukum tersebut atas nama orang yang memberikan kuasa atau juga mewakili pemberi kuasa. Artinya menurut Subekti adalah apa yang dilakukan adalah atas tanggungan pemberi kuasa dan segala hak dan kewajiban yang timbul dari perbuatan yang dilakukannya itu menjadikan hak dan kewajiban pemberi kuasa, atau bahwa kalau yang dilakukan itu berupa membuat suatu perjanjian, maka pemberi kuasalah yang menjadi pihak dalam perjanjian itu.¹²⁴

Pemberian kuasa dapat dilakukan secara khusus, yaitu mengenai hanya satu kepentingan tertentu atau lebih, atau secara umum, yaitu meliputi segala kepentingan pemberi kuasa (Pasal 1795 KUH Perdata). Penerima kuasa tidak boleh melakukan apapun yang melampaui kuasanya, kekuasaan yang diberikan untuk menyelesaikan suatu perkara secara damai, tidak mengandung hak untuk menggantung penyelesaian perkara pada keputusan wasit (Pasal 1797 KUH Perdata). Pemberi kuasa dapat menggugat secara langsung orang dengan siapa penerima kuasa telah bertindak dalam kedudukannya dan menuntut dari padanya pemenuhan perjanjiannya (Pasal 1799 KUH Perdata).

¹²³ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*.hal. 76

¹²⁴ Subekti (A), *op.cit.*, hal 141

Dari pengertian-pengertian yang telah disebutkan diatas yang paling terpenting dari konsep menguasai negara adalah dapat ditentukan dari kepemilikan dan pengelolaan secara langsung atau tidak langsung oleh negara. Hal yang penting disini adalah negara tetap mengatur cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Kekuasaan negara diwujudkan dalam, pembuatan peraturan guna melancarkan jalan ekonomi, peraturan tersebut juga merupakan perlindungan yang diberikan negara kepada warga negaranya yang melarang ‘penghisapan’ orang yang lemah oleh orang lain yang bermodal.

III.2. Sejarah Kontrak Migas

Sejarah minyak dan gas di dunia, dimulai saat situasi pra perang dunia II, dimana kegiatan usaha eksplorasi & eksploitasi migas di negara-negara berkembang dikendalikan oleh perusahaan migas internasional. Akses kepada modal dan teknologi, dan mampu menanggung beban risiko merupakan suatu hal yang wajib dilakukan untuk menjalankan Kegiatan Usaha Hulu migas. Pada fase ini terjadi bagian dari proses industrialisasi di belahan bumi bagian ‘utara’ dan proses kolonialisasi di belahan bumi bagian ‘selatan’.¹²⁵ Di belahan bumi bagian selatan inilah sumber daya alam yang penting ditemukan dan dieksploitasi sesuai kepentingan kolonial. Struktur dari Pemerintahan penjajahan kolonial telah membuat sistem yang menguntungkan bagi asing untuk mengeksploitasi sumber daya alam di negara-negara jajahan, misalnya dengan sistem pemberian konsesi. Dalam sistem ini negara mengalihkan haknya yang melekat dengan hak menguasai kepada perusahaan swasta.

Konsesi merupakan instrumen untuk eksploitasi kekayaan alam di wilayah jajahan oleh perusahaan-perusahaan dari negara-negara barat. Dimulai dengan operasi *Royal Dutch Shell* di Indonesia pada akhir abad ke-19, yang dibuat berlandaskan pada Pasal 5A *Indische Mijnwet* 1899.¹²⁶ selain itu pemberian konsesi kepada *Irak Petroleum Company* (1925) merupakan tonggak sejarah

¹²⁵ Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, Business Law Society, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Juni 2010.

¹²⁶ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*.hal. 76

bentuk konsesi dalam eksploitasi migas.¹²⁷ Sementara itu di belahan bumi bagian barat, perusahaan-perusahaan Amerika Serikat mulai mendapatkan hak di Meksiko dan negara Amerika Latin. Akhir tahun 1920, kegiatan eksplorasi dan produksi dikuasai oleh 'seven sisters'.¹²⁸ Sistem pemberian hak kepada perusahaan asing berbeda antara negara yang satu dengan yang lainnya. Namun demikian, perjanjian-perjanjian tersebut mengikuti pola yang sama dan memuat kondisi-kondisi yang sama yaitu Hak eksklusif kepada pemegang konsesi selama jangka waktu tertentu yang cukup lama, misalnya 75 tahun, untuk melakukan kegiatan usaha eksplorasi dan eksploitasi minyak bumi. Hak lain yang didapat yaitu hak untuk menjual minyak bumi termasuk produk turunannya (hasil pengilangan) yang dihasilkan dari wilayah konsesi.¹²⁹ Dalam sistem konsesi, lahan yang diberikan bervariasi tetapi umumnya sangat luas dan hak yang diberikan kepada pemegang konsesi hampir tidak terbatas dan penuh dengan kemudahan (*privilege*) yang berlebihan. Imbalan atas pemberian konsesi itu hanya berupa pembayaran royalti yang didasarkan pada volume produksi dengan tarif tetap.¹³⁰

Dalam sistem konsesi pemegang konsesi tidak dikenakan pajak penghasilan.¹³¹ Kepemilikan dari sumber daya migas berdasarkan sistem konsesi adalah hak milik (*'right in rem'*), yang dapat dijadikan jaminan. Pemegang hak akan menjadi pemilik segera setelah sumber daya tersebut diproduksi. Pemerintah tidak diikutsertakan dalam kepemilikan perusahaan dan manajemen kegiatan operasional, selain menerima pembayaran royalti dan pungutan-pungutan lain. Sistem kontrak berisi beberapa ketentuan dan persyaratan yang menunjukkan adanya ketidakseimbangan di antara pihak yang berkontrak seperti adanya disparitas kekuatan antara tuan rumah dan perusahaan pada saat

¹²⁷Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, Business Law Society, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Juni 2010.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*.hal. 76

dimulainya sistem konsesi telah membuat perusahaan dapat memberlakukan kondisi yang asimetris kepada tuan rumah.¹³²

Menjelang dan pasca perang dunia terjadi Proses Dekolonisasi. Di banyak negara terjadi Nasionalisasi seperti yang terjadi di Meksiko (1938), Bolivia (1938), Iran (1950).¹³³ Selain itu juga terjadi Restrukturisasi hubungan dengan mengubah/mengganti perjanjian konsesi lama dengan sistem konsesi modern, perjanjian karya, perjanjian bagi hasil, perjanjian jasa dan *joint venture*. Proses perubahan moderat tersebut didukung oleh kemajuan teknologi dan ditemukannya cadangan minyak yang sangat besar di negara-negara Timur Tengah bersamaan dengan meningkatnya kebutuhan akan minyak di Eropa. Selain itu perubahan tersebut juga dipengaruhi faktor ekstern yaitu berkembangnya forum internasional yaitu Resolusi Majelis Umum PBB dan Konvensi Internasional.¹³⁴

Secara khusus, sejarah migas di atas Indonesia juga memiliki sejarah Migas yang Panjang. Pra tahun 1963 Indonesia masih menggunakan sumber hukum warisan penjajahan yaitu *Indische Mijwet* 1899, dimana dalam Pasal 5A (1910) terdapat ketentuan mengenai kontrak kerja sama yang pada intinya berisi sebagai berikut¹³⁵:

- Pemerintah berwenang untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi selama hal ini tidak bertentangan dengan hak-hak yang telah diberikan kepada pemegang hak konsesi;
- Pemerintah dapat melakukan sendiri eksplorasi dan eksploitasi atau mengadakan perjanjian dengan perorangan/ perusahaan di mana perusahaan wajib melaksanakan eksploitasi atau eksplorasi dan eksploitasi;
- Perjanjian demikian itu tidak akan dilaksanakan kecuali telah disahkan dengan undang-undang.

¹³² Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, *op.cit.*,

¹³³ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*.hal. 76

¹³⁴ Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, *op.cit.*,

¹³⁵ *Ibid.*

Periode selanjutnya terjadi pada kisaran tahun 1963 – 2001. Sebagaimana diatur dalam UUD 1945 Pasal 33 ayat (2) dan (3) yang menjelaskan kepemilikan migas adalah dikuasai negara dan dipergunakan untuk kesejahteraan rakyat. Kemudian pasal tersebut diterjemahkan dan diatur secara lebih khusus dalam Undang-undang No. 44 Prp/1960 Tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi yang pada intinya berisi tentang¹³⁶:

- Pertambangan migas hanya dapat dilaksanakan oleh Negara yang pengoperasiannya dilakukan oleh Perusahaan Negara.
- Termasuk dalam kegiatan pertambangan adalah eksplorasi, eksploitasi, pengolahan, transportasi, dan penjualan..
- Dapat ditunjuk pihak ketiga sebagai kontraktor dari PN bilamana PN tidak dapat melakukannya sendiri.

Selain itu Pemerintah juga mengeluarkan Undang-undang No. 15 tahun 1962 Tentang Kewajiban Perusahaan Minyak Memenuhi Kebutuhan Dalam Negeri dan Undang-undang No. 8/1971 Tentang Pertamina untuk melengkapi instrument hukum minyak dan gas bumi di Indonesia.

Periode selanjutnya dimulai sesudah tahun 2001 dengan terbitnya UU nomor 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi dimana di dalamnya terdapat perubahan-perubahan. Dalam undang undang ini telah membedakan kegiatan migas dalam Kegiatan Usaha Hulu & hilir. Selain itu undang-undang ini mencabut hak pertambangan yang diberikan kepada Pertamina dan membentuk BPMIGAS sebagai pemegang hak pertambangan/ mewakili Pemerintah dalam KKS.¹³⁷ Undang undang ini menghapuskan dominasi Pertamina dalam industri migas yang sebelumnya memiliki peran sebagai pemain dan wasit dalam industri migas. Hal ini membuat Pertamina yang sangat dominan menjadi hanya sebagai pemain dengan dibentuknya BP Migas sebagai wasit dari Kegiatan Usaha Hulu migas. Dalam kegiatan hilir partisipasi swasta dibuka untuk masuk ke usaha hilir. Dari undang undang ini juga dibentuk Badan Pengatur Kegiatan Hilir Migas sebagai regulator. Kedudukan Pertamina dialihkan menjadi Persero dan

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*. hal. 75

memberlakukannya sama dengan perusahaan lain. Pemain dalam kegiatan usaha migas ditetapkan yaitu BUMN, BUMD, Koperasi/Usaha Kecil/Swasta, dan Badan Usaha Tetap. Pengaturan dalam undang undang ini juga mengalami perubahan dan aturan aturan yang lebih khusus mengatur seperti berikut¹³⁸:

- 1) Kegiatan Usaha Hulu dilaksanakan berdasarkan KKS antara Badan Usaha dengan BPMIGAS (diberitahukan tertulis kepada DPR).
- 2) Setiap badan usaha hanya diberikan satu setiap wilayah.
- 3) Pemerintah sbg pemegang Kuasa Pertambangan.
- 4) Kegiatan Usaha Hulu dilaksanakan dan dikendalikan melalui Kontrak Kerja Sama yang paling sedikit memuat persyaratan:
- 5) Kepemilikan sumber daya di tangan Pemerintah sampai pada titik penyerahan;
- 6) Pengendalian manajemen operasi berada pada Badan Pelaksana;
- 7) Modal dan risiko seluruhnya ditanggung oleh Kontraktor.
- 8) Badan Pelaksana melakukan pengendalian kegiatan usaha hulu.

Secara singkat dapat dijelaskan dalam table sebagai berikut:

Masa	Kontrak	Pihak Yang Berkontrak
Pra 1963 (<i>Indische Mijnwet</i>)	Kontrak 5A	Pemerintah & investor
1963 – 1966 (UU 44/Prp/1960)	Kontrak Karya	BUMN & investor
1966 – 2001 (UU 44/Prp/1960)	Kontrak Bagi Hasil	PERTAMINA & investor
Sesudah 2001 (UU 22/2001)	Kontrak Bagi Hasil	BPMIGAS & investor

Tabel diambil dari workshop TERM BLS FHUI.

III.3. Bentuk Kontrak

Model Kontrak Bagi Hasil, yang biasa juga disebut Kontrak Kerja Sama Migas (KKS) mulai diperkenalkan pada awal tahun 1960an untuk penanaman modal asing dalam bidang Kegiatan Usaha Hulu minyak dan gas bumi. Model ini

¹³⁸ Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, *op.cit*

merupakan penemuan bangsa Indonesia yang telah diterima oleh banyak negara di dunia.¹³⁹ Perjanjian migas yang pertama yang menerapkan konsep bagi hasil adalah kontrak-kontrak dengan Kobayasi, Refican dan Asamera, namun di kalangan industri umumnya menganggap bahwa kontrak antara IIAPCO dan PERMINA pada tahun 1966 merupakan Kontrak Kerja Sama MIGAS modern yang pertama.¹⁴⁰ Kontrak IIAPCO ini merupakan titik awal evolusi perjanjian-perjanjian migas baik di Indonesia maupun di dunia. Dalam perkembangannya, Kontrak Kerja Sama MIGAS di Indonesia dapat dibedakan dalam empat generasi. Model Kontrak Kerja Sama MIGAS yang diperkenalkan Indonesia hampir 50 tahun yang lalu telah dipergunakan di lebih dari 50 negara di dunia untuk penanaman modal asing dalam bidang pertambangan migas.¹⁴¹ Hal ini menunjukkan bahwa model Kontrak Kerja Sama MIGAS telah terbukti dapat mengakomodasi aspirasi mengenai hak menguasai dari negara atas kekayaan alam.

Diciptakannya KKS tersebut bertujuan untuk menampung kepentingan bangsa Indonesia yang ingin tetap ambil andil dalam pengelolaan kekayaan alamnya sesuai dengan amanat dalam Pasal 33 UUD 1945, meski dengan keterbatasan modal dan teknologi kemudian mengharuskan untuk bekerja sama dengan pihak swasta sebagai mitra. Kontrak Kerja Sama Migas mengatur hubungan hukum antara Pemerintah dan Investor, dengan dilandasi pada hak dari negara atas kekayaan alam tersebut. Selain itu Kontrak Kerja Sama Migas berfungsi sebagai alat pengatur arah kegiatan kearah yang dikehendaki pembangunan hal ini tercermin dari rencana kerja dan program dari kontraktor terkait dengan usaha hulu migas yang dijalankan

Dalam Kontrak Kerja Sama ini memiliki aturan-aturan khusus yang dapat mengakomodasi kepentingan Nasional Indonesia. Kontrak Kerja Sama dijalankan berdasarkan bagi hasil produksi antara Pemerintah (BUMN) dan investor (kontraktor). Dalam hal permodalan, Kontraktor menyediakan dana dan

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

menanggung beban risiko investasi dan biaya operasi sebelum produksi. Dalam konteks ini Negara tidak mengeluarkan modal apapun dalam melakukan produksi Migas. Dalam hal pengendalian / manajemen dilakukan secara bersama oleh kontraktor dan BP Migas. Dalam Kontrak Kerja Sama, Kontraktor kewajiban kontrak untuk pembiayaan kegiatan usaha eksplorasi berupa program kerja dan dana minimum untuk membiayai program enam tahun pertama. Komitmen ini diatur dalam UU Migas sebagai suatu kewajiban yang harus dipegang oleh kontraktor. Komitmen ini merupakan salah satu kewajiban utama kontraktor, yang dibagi dalam dua tahapan, yaitu untuk tiga tahun pertama dan tiga tahun berikutnya. Kewajiban lain kontraktor adalah menyerahkan sebagian keuntungan berupa produksi yang diterimanya untuk memenuhi kebutuhan BBM dalam negeri, membayar pajak dan mengutamakan barang dan jasa dari dalam negeri.

Sebagai imbalan atas kewajiban-kewajiban tersebut, hak-hak yang diberikan kepada kontraktor termasuk hak mendapatkan kembali investasi (*cost recovery*) dan pembagian keuntungan serta hak untuk menjual, memindahkan dan melepaskan semua atau sebagian dari kewajiban dan haknya kepada afiliasinya atau pihak ketiga sesuai dengan aturan perundang-undangan. Secara garis besar klausul manajemen berada di tangan pemerintah, pengembalian biaya kepada kontraktor, dan pembagian hasil keuntungan berupa produksi merupakan jiwa dari Kontrak Kerja Sama MIGAS. Tata cara klaim pengembalian biaya dijabarkan cukup rinci dalam naskah kontrak, termasuk tata pembukuan dan klasifikasi biaya dan jumlah yang dapat diklaim setiap tahun.¹⁴² Dalam Kontrak Kerja Sama MIGAS, kontraktor mendapatkan penggantian atas biaya kapital dan operasional yang telah dibelanjakan dalam bentuk produksi. Sebagaimana telah diuraikan di muka, batas jumlah klaim pengembalian biaya telah mengalami perubahan.

III.3.1. Karakteristik Kontrak

Seperti dibahas sebelumnya Kegiatan Usaha Hulu migas merupakan Industri padat modal dan berisiko tinggi. Tidak semua investor tertarik dan mampu untuk menjalankan bisnis dengan resiko sebesar ini. Dunia industri migas industri dikuasai oleh perusahaan-perusahaan minyak dunia yang menanamkan

¹⁴² Hasil Wawancara dengan Tengku Nathan Machmud , *op.cit*

modalnya di negara-negara tempat sumber-sumber minyak. Kondisi semacam ini disebabkan oleh mereka yang memiliki modal dan teknologi yang memadai dalam industri Migas dan perusahaan lokal Indonesia tidak memiliki modal dan kemampuan yang cukup dalam mengelola kekayaan alam Indonesia. Hal ini yang membuat masih banyak perusahaan asing yang melakukan Kegiatan Usaha Hulu migas. Dalam melakukan Kegiatan Usaha Hulu migas dilakukan perjanjian antara Pemerintah (BUMN/Badan Publik) dan Investor. Perjanjian tersebut menghubungkan negara, sebagai pemilik sumber daya migas dengan perusahaan swasta trans-nasional yang menyediakan dana, teknologi dan peralatan yang diperlukan.

Kontrak Kerja Sama merupakan kontrak jangka panjang yang memiliki jangka waktu tiga puluh tahun dan dapat diperpanjang lagi selama dua puluh tahun. Mengingat jangka waktu yang sangat panjang ini hubungan kontrak ini sering mengalami perubahan. Hal itu menyangkut tujuan dari kedua pihak yang berkontrak berbeda dan bahkan sering bertentangan. Selain itu selama menjalankan kontrak kedudukan kedua pihak dapat berubah dan keseimbangan kekuasaan dapat bergeser.

Seperti diketahui secara umum bahwa Hukum kontrak adalah bagian hukum perdata (privat). Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Disebut sebagai bagian dari hukum perdata, karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak.¹⁴³ Kontrak, dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. Kontrak merupakan wujud dari kebebasan (*freedom of contract*) dan kehendak bebas untuk memilih (*freedom of choice*).¹⁴⁴ Sejak abad ke-19 prinsip-prinsip itu mengalami perkembangan dan berbagai pergeseran yang signifikan. Pergeseran tersebut disebabkan oleh tumbuhnya bentuk-bentuk kontrak standar, berkurangnya makna kebebasan memilih dan kehendak para pihak, sebagai akibat meluasnya campur tangan

¹⁴³ Atiyah (A.), *op.cit.*, Hal 1.

¹⁴⁴ *Ibid*, Hal. 5.

Pemerintah dalam kehidupan rakyat, dan masuknya konsumen sebagai pihak dalam berkontrak.¹⁴⁵

Jenis Kontrak secara nasionalitas dibagi menjadi dua yaitu kontrak nasional dan kontrak internasional. Kontrak nasional dibuat oleh dua subyek hukum dalam suatu wilayah hukum negara yang tidak ada unsur asingnya sedangkan kontrak internasional melibatkan unsur asing dalam kontrak tersebut. Melihat dari pihak yang berkontrak, Kontrak Migas di Indonesia dapat berupa kontrak nasional dan kontrak internasional. Menurut Sudargo Gautama, dimaksudkan dengan kontrak internasional adalah suatu kontrak yang di dalamnya ada atau terdapat unsur asing (*foreign element*), sedangkan kontrak nasional adalah kontrak yang dibuat oleh dua individu (subjek hukum) dalam suatu wilayah hukum negara yang tidak ada unsur asingnya.¹⁴⁶

Dalam undang-undang mengenai perjanjian internasional, yang dimaksud Perjanjian Internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik. Sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 9 Undang-Undang nomor 22 tahun 2001 tentang Migas (UU Migas), bahwa selain badan hukum asing (Bentuk Usaha Tetap atau BUT), Kegiatan Usaha Hulu migas dapat dilaksanakan oleh badan-badan hukum yang didirikan di Indonesia, seperti BUMN, BUMD, koperasi/usaha kecil, dan swasta lain. Jadi dalam hal ini kontrak yang diselenggarakan dengan Bentuk Usaha Tetap akan menjadi Kontrak Internasional.

Adanya dua pihak atau lebih yang kewarganegaraannya berbeda dalam kontrak membawa konsekuensi hukum terhadap status kontrak, yang terkait dengan status hukum personal masing-masing warga negara tersebut yang berbeda aturan dan sistem hukumnya. Perbedaan status personal hukum ini membawa akibat mengenai hukum apa yang akan berlaku terhadap kontrak tersebut. Hukum yang berlaku terhadap kontrak dapat berupa hukum nasional salah satu pihak atau pihak lainnya, hukum kebiasaan internasional dan hukum internasional. Adapun

¹⁴⁵ *Ibid*, Hal. 13.

¹⁴⁶ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*. hal. 41.

indikator untuk menentukan adanya unsur asing dalam suatu kontrak dapat ditentukan sebagai berikut¹⁴⁷:

- 1) Kebangsaan dan domisili hukum para pihak yang berbeda;
- 2) Hukum yang dipilih adalah hukum asing;
- 3) Digunakan hukum asing, bahasa asing atau mata uang (asing) ;dan
- 4) Penyelesaian sengketa di luar negeri.

Kewarganegaraan berbeda membawa konsekuensi hukum status kontrak, terkait dengan status hukum personal yaitu hukum apa yang akan berlaku terhadap kontrak tersebut. Pilihan hukum tersebut menyangkut kedalam hukum nasional salah satu pihak, hukum kebiasaan internasional, atau hukum internasional. Dalam dunia internasional setidaknya terdapat empat bentuk kontrak internasional, seperti sebagai berikut¹⁴⁸ :

- 1) Kontrak antara perusahaan domestik dengan perusahaan asing;
- 2) Kontrak antara negara dengan perusahaan asing;
- 3) Kontrak antara negara dengan negara; dan
- 4) Kontrak antara organisasi internasional dengan perusahaan domestik.

Kontrak Kerja Sama Migas biasanya merupakan kontrak antara negara & perusahaan asing. Dua subyek hukum dengan kapasitas yang berbeda ini menimbulkan kedudukan yang tidak seimbang. Negara adalah subyek hukum yang sempurna, memiliki kekuasaan untuk membuat dan melaksanakan hukum dalam negaranya, hal ini juga berkaitan dengan fungsinya melindungi warga negaranya lewat peraturan perundangundangan sebagai hukum yang berlaku serta mengubah hukum itu sesuai dengan perkembangan jaman. Kedudukan yang tidak seimbang ini akan berdampak terhadap kedudukan para pihak, masalah hukum yang berlaku sampai pada masalah penyelesaian sengketa.

Pilihan hukum dalam hukum kontrak internasional ditentukan berdasarkan prinsip kebebasan para pihak yang didasarkan pada kesepakatan. Kontrak Internasional juga mengikuti prinsip *bonafide*, yang mendasarkan pilihan hukum

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, hal. 71.

pada itikad baik seperti halnya asas perikatan di Indonesia. Itikad baik dalam kontrak internasional menggunakan standar yang digunakan adalah ketertiban umum. Pilihan hukum dapat dinyatakan secara tegas oleh para pihak dalam suatu klausul kontrak, tersirat dengan kesepakatan para pihak untuk menyerahkan pilihan hukum kepada pengadilan, ataupun Pengadilan/arbitrase akan memutuskan sengketanya berdasarkan prinsip-prinsip Hukum Perdata Internasional yang berlaku.

Kontrak Kerja Sama Migas di Indonesia memiliki karakteristik yang dapat dilihat dalam Undang Undang 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi dimana salah satunya adalah kendali manajemen operasi berada di tangan Pemerintah. Dalam hal ini yang melakukan manajemen operasi adalah Badan Pelaksana Migas (BP Migas). Dari Kontrak Kerja Sama, yang dalam hal ini adalah merupakan *Production Sharing Contract*, pembagian berdasarkan hasil produksi minyak dalam bentuk Minyak (*in kind*) bukan dalam bentuk uang. Selain itu peralatan yang dibeli kontraktor menjadi milik Badan Pelaksana setelah memasuki wilayah pabean Indonesia. Kontraktor juga memiliki kewajiban *Domestic Market Obligation* sebesar 25 persen dari produksi bagian Kontraktor, untuk dijual di dalam negeri dengan harga yang ditentukan oleh Pemerintah.

Kontrak Kerja Sama Migas ini sangat berarti bagi Indonesia yang memiliki kekayaan alam yang luar biasa. Ini merupakan sarana pembangunan ekonomi dan hukum, yang lahir karena adanya kebutuhan negara akan dana investasi untuk membiayai eksploitasi sumber daya migas. Kontrak Kerja Sama Migas mengatur hubungan hukum antara Pemerintah dan Investor, dilandasi pada hak dari negara atas kekayaan alam. Kontrak Kerja Sama ini hendaknya diselaraskan dengan arah kegiatan kearah yang dikehendaki pembangunan.

III.4. Kedudukan Pemerintah Dalam Kontrak Kerjasama

Pemerintah saat melaksanakan tugasnya, dapat menjalankan kewenangannya berdasarkan hukum publik maupun hukum privat. Pemerintah harus menentukan kapan Pemerintah menjalankan tindakan komersial (*acts jure gestionisi*) dan kapan Pemerintah menjalankan kegiatan Pemerintahan (*acts jure*

imperial). Dalam hal penyelenggaraan kepentingan umum, Pemerintah harus mengatur dalam bentuk tindakan publik dengan peraturan perundang-undang yang berarti pemerintah saat ini bertindak sebagai badan hukum publik. Saat menjadi pihak dalam Kontrak Kerja Sama tentunya pemerintah melakukannya sebagai badan hukum privat.

Ahli hukum administrasi Belanda, P. de Haans mengemukakan bahwa cakupan keterlibatan Negara ada pada seluruh aspek.¹⁴⁹ Bahkan penggunaan sarana-sarana hukum privat (*gebruik van privaatrecht/civil instrument*) untuk melakukan kontrol atas kehidupan ekonomi di suatu Negara memang dimungkinkan. Menurut Philipus M. Hadjon, badan-badan atau pejabat tata usaha negara dapat bertindak melalui dua macam peranan, yaitu:¹⁵⁰

1. Selaku pelaku hukum publik (*public actor*) yang menjalankan kekuasaan publik (*public authority, openbaar gezag*), yang dijemakan dalam kualitas penguasa (*authorities*) seperti halnya badan-badan tata usaha negara dan pelbagai jabatan yang disertai wewenang penggunaan kekuasaan publik;
2. Selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan pelbagai perbuatan hukum keperdataan (*privaaterechtelijke handeling*), seperti halnya mengikat perjanjian jual beli, sewa menyewa, pemborongan dan sebagainya, yang dijemakan dalam kualitas badan hukum (*legal person, rechtspersoon*).

Perbedaan antara badan hukum publik dengan badan hukum perdata, terletak pada bagaimana cara pendiriannya badan hukum tersebut, seperti yang diatur di dalam Pasal 1653 KUHPerdata yaitu ada tiga macam, yakni :

1. Badan hukum yang diadakan oleh kekuasaan umum (Pemerintah atau Negara).
2. Badan hukum yang diakui oleh kekuasaan umum.

¹⁴⁹De Haans, Et.Al. Dalam F.A.M. Sroink Dan Steenbeek, *Inleiding In Het Staats En Administratiefrecht*, Samsom, 1983, Hal. 10. dikutip dari Desertasi Tatiek Djatmiati,

¹⁵⁰ Philipus M Hadjon (A), *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction To The Indonesian Administrative Law)* Cetakan VIII, (Gadjah Mada University Press, 2002), Hal 165-166.

3. Badan hukum yang *diperkenankan* dan yang *didirikan* dengan tujuan tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan (badan hukum dengan konstruksi keperdataan).

Badan hukum perdata ialah badan hukum yang didirikan oleh perseorangan, sedangkan pada badan hukum publik ialah badan hukum yang diadakan oleh kekuasaan umum. Soenawar Soekowati beranggapan bahwa badan hukum yang didirikan dengan konstruksi hukum publik, belum tentu merupakan badan hukum publik dan juga belum tentu mempunyai wewenang publik. Sebaliknya juga, badan hukum yang didirikan oleh orang-orang swasta, namun dalam stelsel hukum tertentu badan tersebut dapat mempunyai kewenangan publik. Jika untuk kepentingan umum, maka badan hukum itu adalah badan hukum publik, tapi jika untuk perseorangan adalah badan hukum perdata. Dalam stelsel hukum Indonesia dapat digunakan kriteria, yaitu ¹⁵¹:

1. Dilihat dari cara pendiriannya atau terjadinya, artinya badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yaitu didirikan oleh penguasa dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya.
2. Lingkungan kerjanya, yaitu apakah dalam melaksanakan tugasnya badan hukum bertindak dengan kedudukan yang sama dengan masyarakat publik atau tidak. Jika tidak, maka badan hukum itu merupakan badan hukum publik karena badan hukum, tersebut berada diatas publik, dalam arti harus melaksanakan kepentingan publik.
3. Mengenai *wewenangnya*, yaitu apakah badan hukum yang didirikan oleh penguasa itu diberi wewenang untuk membuat keputusan, ketetapan atau peraturan yang mengikat umum. Jika ada wewenang publik, maka ia adalah badan hukum publik.

Jika ketiga kriteria diatas terdapat pada suatu badan atau badan hukum, maka dapat disebut badan politik.

III.4.1. Pemerintah Sebagai Badan Hukum Publik.

Dalam konsep hukum publik setiap orang atau badan hukum privat (*privatrechtelijkerechtspersoon*) merupakan badan yang tidak termasuk dalam

¹⁵¹ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.* hal.86

golongan badan Pemerintahan umum atau badan hukum publik (*publiekrechtelijke rechtspersoon*). Namun dengan atribut tertentu badan hukum privat dapat saja memiliki wewenang hukum publik. Kewenangan publik terkait dengan badan semacam ini harus digolongkan dalam desentralisasi fungsional dari kewenangan-kewenangan yang dimiliki oleh badan hukum publik. Untuk penggolongan itu diperlukan suatu syarat tambahan agar badan hukum privat (*privatrechtelijke rechtspersoon*) tersebut dapat digolongkan dalam “organisasi Pemerintah”.¹⁵² Untuk itu Philipus M. Hadjon menyatakan bahwa lebih baik tidak menggolongkan badan hukum privat ini kedalam desentralisasi (yang fungsional), tetapi pada suatu desentralisasi fungsional hukum perdata.¹⁵³

Dalam desentralisasi fungsional hukum perdata, pertanggungjawaban tidak perlu diuraikan dengan jelas dalam satu atau lebih perundang-undangan yang dapat diketahui oleh setiap orang. Desentralisasi fungsional hukum perdata terjadi bila kewenangan dilaksanakan oleh pejabat yang dalam pelaksanaan kewenangan itu secara hirarki tidak berada di bawah suatu kekuasaan yang lebih tinggi. Jadi desentralisasi fungsional adalah pelaksanaan kewenangan oleh pejabat-pejabat yang berkedudukan tidak resmi. Badan-badan tergolong dalam desentralisasi fungsional hukum perdata adalah:¹⁵⁴

1. Badan-badan yang memiliki wewenang hukum publik (yang bukan wewenang penasehat dan kekuasaan kehakiman)
2. Badan-badan hukum yang memiliki wewenang hukum perdata yang ditetapkan dengan undang-undang.
3. Lembaga Pemerintahan yang menurut surat keputusan organisasi mereka telah memperoleh otonomi tertentu terhadap Menteri.

Makna untuk pengaturan ini bahwa “fungsi kemanfaatan umum”, adalah terkait pada layanan umum yang sebenarnya menjadi tugas Pemerintah.¹⁵⁵ Pada dasarnya

¹⁵² Philipus. M Hadjon (B),, *Yuridika*, No. 5 & 6 Tahun Xii, Sep-Des 1997, Hal. 71

¹⁵³ *Ibid.* Hal. 72

¹⁵⁴ *Ibid.*, Hal. 73

penyelenggaraan kemanfaatan umum adalah untuk perlindungan rakyat. Penyelenggaraan kemanfaatan umum terkait erat dengan kepentingan umum, dan pemenuhan hajat hidup orang banyak. Kepentingan umum adalah kepentingan negara, yang meliputi kepentingan Pemerintah dan kepentingan masyarakat.

Terkait kewenangan publik, dalam konsep hukum administrasi juga dikenal tiga macam penggunaan kewenangan publik yaitu kewenangan mengatur, mengontrol, dan pemberian sanksi atau penegakan hukum.¹⁵⁶ E. Utrecht menyebutkan bahwa penyelenggaraan kepentingan umum oleh negara dapat dilakukan melalui beberapa tindakan yaitu:¹⁵⁷

1. Administrasi negara sendiri;
2. Subyek hukum (badan hukum) lain yang tidak termasuk administrasi negara dan yang mempunyai hubungan istimewa atau hubungan biasa dengan pemerintah, baik diatur dengan hukum publik maupun privat, seperti penanaman modal asing;
3. Subyek hukum lain yang tidak termasuk administrasi negara dan yang menyelenggarakan pekerjaan berdasarkan suatu konsesi (*concessie*) atau berdasarkan suatu izin (*vergunning*) yang diberikan oleh pemerintah;
4. Subjek hukum yang lain yang tidak termasuk administrasi negara dan yang diberi subsidi pemerintah, seperti sekolah swasta;
5. Pemerintah bersama-sama dengan subjek hukum lain (beberapa subjek hukum) yang tidak termasuk administrasi negara dan kedua belah pihak itu bergabung dalam bentuk kerja sama tertentu yang diatur dalam hukum privat atau menempatkan tenaga pengawas;
6. Yayasan yang didirikan atau diawasi pemerintah;
7. Koperasi didirikan atau diawasi pemerintah;
8. Perusahaan negara;

¹⁵⁵ Penjelasan Pasal 65 (1) Pp No. 45 Tahun 2005.

¹⁵⁶ P. De Haans, Et. Al. Dalam F.A.M. Sroink Dan Steenbeek, *Inleiding In Het Staats En Administratiefrecht*, Samsom, 1983, Hal. 75. Dalam Tatiek Djatmiati, Desertasi,

¹⁵⁷ Utrecht. E., *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Cet Iv, (Bandung: Fakultas Hukum Dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Negeri Padjajaran, 1960), Hal. 79 – 80.

9. Subjek hukum lain yang tidak termasuk administrasi negara tetapi diberi suatu kekuasaan pemerintah (delegasi perundang-undangan).

Dalam paparan ini E Utrecht menyebutkan bahwa subyek hukum lain dapat menyelenggarakan kepentingan umum apabila mempunyai hubungan dengan Pemerintah, seperti:

1. Hubungan istimewa atau hubungan biasa;
2. Hubungan pekerjaan dengan pemerintah;
3. Merupakan penerima subsidi;
4. Hubungan kerja sama;
5. Yayasan, koperasi, perusahaan negara;

Berdasarkan KEPPRES No. 44 dan 45 Tahun 1975 yang diperbaharui dengan KEPPRES No. 172 Tahun 2000 diatur mengenai tugas pokok dari Departemen ESDM dan departemen lain yang terkait, yaitu:

1. Menyelenggarakan fungsi kegiatan perumusan kebijaksanaan dan kebijaksanaan teknis, bimbingan dan pembinaan, pemberian izin serta penetapan kebijakan umum lainnya;
2. Menyelenggarakan fungsi pengawasan atas pelaksanaan tugasnya.

Adapun Direktorat Jenderal Minyak dan Gas Bumi memiliki tugas Merumuskan dan melaksanakan kebijakan dan standardisasi teknis bidang minyak dan gas bumi. Selain itu Dirjen migas juga memiliki fungsi sebagai berikut:

1. Penyiapan perumusan kebijakan departemen dibidang minyak dan gas bumi;
2. Pelaksanaan kebijakan dibidang minyak dan gas bumi sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku;
3. Perumusan standar, norma, pedoman, kriteria, dan prosedur dibidang minyak dan gas bumi;
4. Pemberian bimbingan teknis dan evaluasi;
5. Pelaksanaan administrasi Direktorat Jenderal

Dalam hal ini pemerintah sebagai badan hukum publik dilakukan oleh kementerian ESDM, yang secaralebih khusus berada pada lingkup kerja Dirjen Migas. Dirjen Migas termasuk ke dalam badan hukum public yang berasal dari fungsi adminisitrasi negara itu sendiri.

III.4.2. Pemerintah Sebagai Badan Hukum Privat

Dalam Kontrak Kerja Sama Migas, negara mendudukan dirinya sebagai badan hukum privat. Hal ini dilakukan dengan membentuk lembaga yang difungsikan sebagai kepanjangan tangan negara dalam mengurus Kontrak Kerja Sama Migas. Hal ini sesuai dengan doktrin pemberian kuasa dalam hukum perdata.

Kontrak Migas merupakan suatu perjanjian antara Pemerintah suatu negara berdaulat dengan investor. Dalam kontrak ini, Pemerintah dapat diwakili oleh badan yang didirikan negara untuk keperluan perdata. Indonesia memiliki badan yang mewakili Pemerintah dalam Kontrak Kerja Sama MIGAS, yang pada awalnya adalah PERTAMINA, kemudian digantikan oleh BPMIGAS yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Migas dan Peraturan Pemerintah nomor 42 tahun 2002 yang mengatur bahwa BPMIGAS berstatus BHMN yang bersifat nirlaba. Adapun tugas BPMIGAS¹⁵⁸, adalah:

1. Memberikan pertimbangan kepada Menteri dalam hal penyiapan & penawaran wilayah kerja & Kontrak Kerja Sama;
2. Melakukan penandatanganan Kontrak Kerja Sama;
3. Memberikan persetujuan rencana pengembangan lapangan, kecuali yang pertama kali (Menteri);
4. Memberikan persetujuan Rencana Kerja dan Anggaran (RKA);
5. Melaksanakan *monitoring* dan melaporkan kepada Menteri mengenai pelaksanaan Kontrak Kerja Sama;
6. Menunjuk penjual minyak bumi dan/atau gas bumi bagian negara.

Dalam Hukum Perikatan dalam KUHPer juga mengatur mengenai badan hukum privat yang dibentuk oleh Pemerintah, dalam Pasal 1653 KUHPer berbunyi :

Selain perseroan perdata sejati, perhimpunan orang-orang sebagai badan hukum juga diakui undang-undang, entah badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum atau diakuinya sebagai demikian, entah pula badan hukum itu diterima sebagai yang diperkenankan atau telah didirikan untuk

¹⁵⁸Peraturan Pemerintah Nomor 42 tahun 2002

suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan.

Dari definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa badan hukum privat merupakan jenis badan hukum yang didirikan oleh kekuasaan umum. Dengan demikian BP migas dalam hal ini selaku badan hukum dapat melakukan tindakan perdata dan sebagai subjek hukum perdata BP Migas dapat mengikatkan diri dengan pihak ketiga, dapat pula digugat atau menggugat dipengadilan perdata.¹⁵⁹

Dalam menjalankan Kontrak Kerja Sama Migas, Pemerintah harus menempatkan diri sebagai badan hukum privat dikarenakan oleh adanya sovereign principle dan Act of State Doctrine. Asas tersebut menyatakan bahwa suatu negara tidak dapat dituntut di hadapan forum pengadilan negeri (tuntutan dimungkinkan apabila negara melakukan tindakan yang merugikan warga dan negara lain).¹⁶⁰ Tindakan dari suatu negara berdaulat tidak akan dapat diadili/diuji keabsahannya oleh hakim dari negara berdaulat lain (*jure imperii*). Dalam Prinsip Imunitas Kedaulatan Terbatas, negara dianggap melepaskan/menanggalkan kedaulatannya sehubungan dengan tindakan negara tersebut di bidang bisnis (*jure gestiones*).¹⁶¹ Penanggalan ini diperlukan agar kedudukan para pihak dalam kontrak atau transaksi komersial seimbang. Hal ini diperkuat dengan diratifikasinya konvensi internasional dalam bentuk undang-undang. Salah satu undang –undang tersebut adalah Undang Undang nomor 5 tahun 1968, yang meratifikasi Konvensi ICSID (*New York Convention*). Selain dalam bentuk undang-undang, ratifikasi mengenai hal terkait juga dilakukan dengan Keputusan Presiden nomor 32 tahun 1998, yang menyetujui sengketa PMA disalurkan melalui forum arbitrase ICSID. Kontrak Kerja Sama merupakan kontrak komersil sehingga kerugian dari suatu kontrak bukan merupakan kerugian dari warga negara tempat perusahaan minyak tersebut berasal.

¹⁵⁹ Hikmahanto Juwana, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi Dan Hukum Internasional*, Lentera Hati, Jakarta, 2001 Hal 42, Yang Mengutip Apeldoorn, L.J, *Pengantar Ilmu Hukum*, Noor Komala, Jakarta, 1962, Hal 164,

¹⁶⁰ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.* hal. 77

¹⁶¹ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.* hal. 77

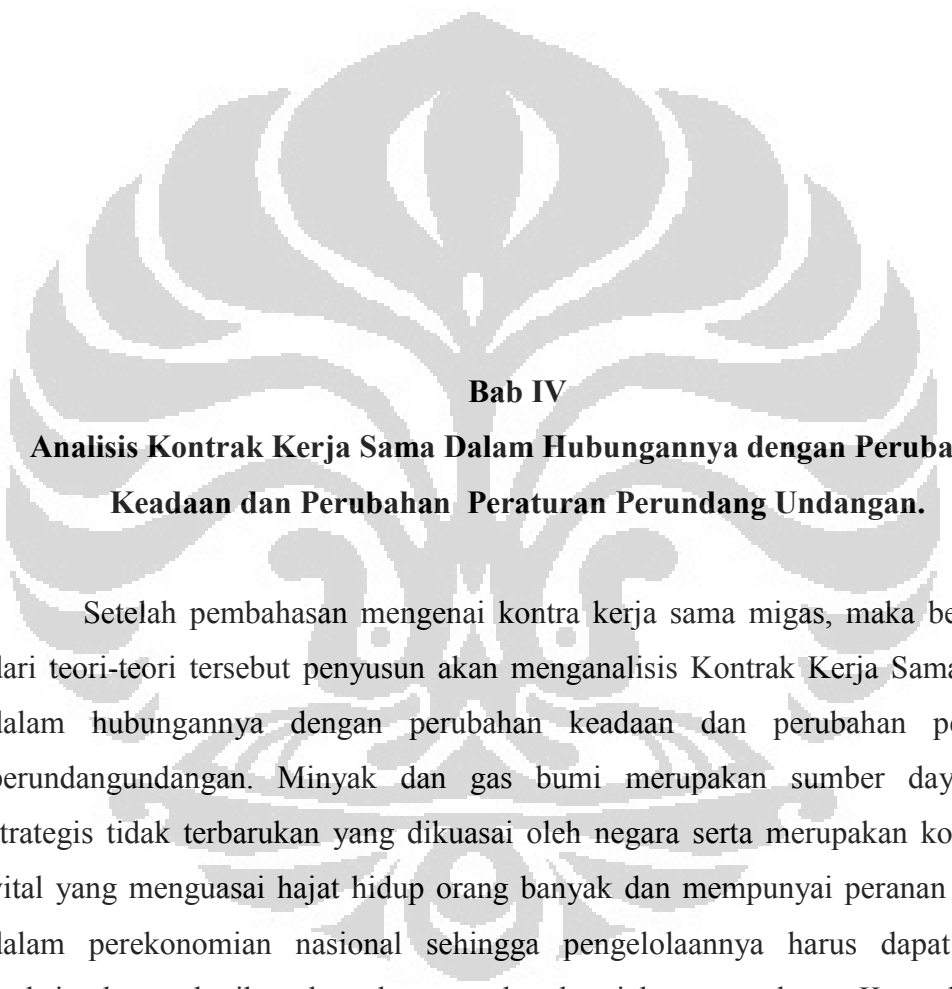
Upaya lain yang dapat dilakukan untuk memisahkan kedaulatan negara sebagai badan hukum publik dan badan hukum privat dapat ditempuh dengan klausula tambahan dalam kontrak. Hal ini pernah dilakukan dalam kontrak antara PLN dan *Independent Power Producer* (IPP) yang dalam kontraknya menyatakan bahwa "Pelaksanaan kontrak merupakan perbuatan bersifat komersial dan bukan perbuatan kenegaraan; dan Tidak digunakannya hak imunitas kedaulatan dalam penyelesaian sengketa."

Seperti telah dijabarkan di atas sebelumnya bahwa Pemerintah dalam badan hukum privat diwakili oleh Badan Pelaksana Migas (BP Migas). Adapun dalam melaksanakan tugasnya BP migas memiliki penugasan khusus yang diberikan oleh Pemerintah sebagai penguasa dari kekayaan alam Indonesia, yang dalam hal ini adalah minyak dan gas. Penugasan khusus ini menunjukkan pada hubungan vertikal BP Migas yang dalam hal ini berkedudukan sebagai pelaksana pelayanan publik mewakili Pemerintah. Sebab tugas penyelenggaraan kemanfaatan umum ini adalah tugas Pemerintah.

Dalam melakukan pengawasan terhadap Kegiatan Usaha Hulu agar pengambilan sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi dapat memberikan manfaat dan penerimaan yang maksimal bagi Negara, untuk mewujudkan hal tersebut BP Migas memiliki wewenang:

1. Membina kerja sama dalam rangka terwujudnya integrasi dan sinkronisasi kegiatan operasional kontraktor Kontrak Kerja Sama;
2. Merumuskan kebijakan atas anggaran dan program kerja kontraktor Kontrak Kerja Sama;
3. Mengawasi kegiatan utama operasional kontraktor K K S;
4. Membina seluruh asset kontraktor KKS yang menjadi milik Negara;
5. Melakukan koordinasi dengan pihak dan/atau instansi terkait yang diperlukan dalam pelaksanaan Kegiatan Usaha Hulu.

Seperti diuraikan bahwa kewenangan publik seharusnya hanya dapat dimiliki oleh seorang penguasa atau Pemerintah (*bestuur*). Dalam BP MIGAS kewenangan diberikan pada ketua sebagai penanggungjawab perusahaan. Dengan demikian ketua BP Migas dapat disebut sebagai penguasa (*bestuur*).¹⁶²



Bab IV
**Analisis Kontrak Kerja Sama Dalam Hubungannya dengan Perubahan
Keadaan dan Perubahan Peraturan Perundang Undangan.**

Setelah pembahasan mengenai kontra kerja sama migas, maka berangkat dari teori-teori tersebut penyusun akan menganalisis Kontrak Kerja Sama Migas dalam hubungannya dengan perubahan keadaan dan perubahan peraturan perundangundangan. Minyak dan gas bumi merupakan sumber daya alam strategis tidak terbarukan yang dikuasai oleh negara serta merupakan komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak dan mempunyai peranan penting dalam perekonomian nasional sehingga pengelolaannya harus dapat secara maksimal memberikan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Kontrak Kerja Sama yang dibuat dalam jangka waktu panjang, harus dapat memberi kemanfaatan sebesar-besarnya selama jangka waktu kontrak yang panjang tersebut. Perubahan keadaan yang terjadi di masyarakat tentunya berpengaruh terhadap pelaksanaan Kegiatan Usaha Hulu migas. Hal ini perlu dicermati dalam

¹⁶² Philipus. M Hadjon (B)., *op.cit*, Hal. 72

pelaksanaan kegiatan migas agar senantiasa memberikan kemanfaatan untuk rakyat.

Dalam mengelola minyak yang merupakan sumber kekayaan alam strategis bangsa, dimana dalam pengelolaannya Indonesia menggunakan rezim kontrak, maka Kontrak Kerja Sama Migas tersebut harus merupakan kontrak yang baik dan dapat mengakomodasi kepentingan negara. Peter Mahmud mengemukakan bahwa ada dua prinsip yang harus diperhatikan di dalam mempersiapkan kontrak, yaitu *beginselen der contractvrijheid* atau *party autonomy*, dan *pacta sunt servanda*.¹⁶³ *Beginselen der contractvrijheid* atau *party autonomy*, menyatakan bahwa para pihak bebas untuk memperjanjikan apa yang mereka inginkan, dengan syarat tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan seperti yang juga diatur dalam KUHPer. Dalam perumusan suatu kontrak, guna menghindari ketidakjelasan maksud dari para pihak, maka langkah pertama yang harus dilakukan oleh para pihak yaitu menjelaskan sejelas-jelasnya kepada mereka yang terlibat dan bertugas di dalam melakukan perjanjian. Dalam hal ini Pemerintah tentunya harus menjelaskan bahwa maksud dari diberlakukannya kontrak ini adalah untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat yang diatur dalam konstitusi Republik Indonesia. Dalam hal ini pihak yang melaksanakan fungsi mewakili kepentingan negara dalam Kontrak Kerja Sama Migas adalah BP Migas.

Dalam hukum positif di Indonesia, hal tersebut diatur dalam pasal 1338 KUHPerdara ayat (2) yang merupakan suatu akibat dari kalimat janji itu mengikat. Para pihak tidak dapat menarik diri dari akibat-akibat perjanjian yang dibuatnya secara sepihak, akan tetapi harus dengan persetujuan kedua belah pihak. Menurut pendapat Van Dunne (1990), seorang ahli hukum perdata Belanda, dalam suatu kontrak tidak hanya dikaji dari sisi kontraktual belaka, akan tetapi juga memperhatikan tahapan-tahapan sebelumnya.¹⁶⁴ Tahapan-tahapan sebelumnya tersebut adalah tahap *precontractual* yang merupakan tahap penawaran dan penerimaan dan tahap *postcontractual* yang merupakan pelaksanaan perjanjian.

¹⁶³ Peter Mahmud, *Kontrak dan Pelaksanaannya*, (Bali: ,2000), hal 17-19.

¹⁶⁴ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 72

Pada proses pembuatan perjanjian (*precontractual*) harus dilihat apakah sudah mengikuti ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata sebelum kontrak tersebut ditandatangani dan berlaku seluruh asas dalam hukum perjanjian, antara lain *pacta sunt servanda* dan itikad baik yang selalu mengiringi suatu perjanjian. Dalam proses *precontractual*, antara Pemerintah dan kontraktor kerja sama, harus ada kecocokan mengenai kehendak yang dikaitkan penyesuaian dan syarat-syarat perjanjian yang bersangkutan, sehingga kata sepakat (*toestemming*) terjadi. Dua elemen yang mendasari kata sepakat adalah penawaran (*aanbod*) dan penerimaan atas penawaran (*akseptasi*).¹⁶⁵ Dengan adanya penyesuaian diantara dua kehendak tersebut perjanjian abligator atau *verbintenissen scheppende overeenkomst* (perjanjian yang melahirkan perikatan) telah terjadi. Apabila setiap pihak telah mengerti kepentingan dari masing-masing pihak maka adalah penting kepentingan tersebut dirumuskan dalam perjanjian yang dibuat. Erman Rajaguguk seperti dikutip Salim¹⁶⁶ mengemukakan sepuluh prinsip dasar yang harus diperhatikan dalam kontrak-kontrak yang lazim digunakan di Indonesia dan patut menjadi perhatian perancang kontrak dagang internasional. Kesepuluh hal itu meliputi:

- 1) Penggunaan istilah,
- 2) Prinsip kebebasan berkontrak,
- 3) Prinsip penawaran dan penerimaan,
- 4) Itikad baik,
- 5) Peralihan risiko,
- 6) Ganti kerugian,
- 7) Keadaan darurat,
- 8) Alasan pemutusan,
- 9) Pilihan hukum, dan
- 10) Penyelesaian sengketa.

Pembuatan Kontrak Kerja Sama Migas Harus dapat dibuat secara cermat dalam mengakomodasi kepentingan para pihak, khususnya dalam hal ini kepentingan Badan Pelaksana karena mewakili kepentingan negara secara luas. Penentuan kepentingan ini secara filosofis dapat menjadi dasar dalam menjalankan Kontrak

¹⁶⁵ *Ibid.*, Hal. 73

¹⁶⁶ Salim (B)., *op.cit.*, hal: 62

Kerja Sama Migas. Ditinjau dari perumusan yang diberikan Prof. Erman Radjaguguk terdapat adanya poin keadaan darurat, alasan pemutusan, dan itikad baik yang akan dibahas lebih rinci pada pembahasan selanjutnya.

IV.1. Para Pihak Dalam Kontrak

IV.1.1. Kontraktor Kontrak Kerja Sama

Kontraktor kontra kerja sama adalah pihak yang melakukan perjanjian dengan Pemerintah dalam hal pengelolaan migas. Disebut kontraktor adalah dikarenakan dalam hal ini negara sebagai penguasa dari kuasa pertambangan hanya memberikan tugas kepada kontraktor tersebut untuk mengerjakan pekerjaan tertentu yang tertuang dalam Kontrak Kerja Sama Migas. Dalam hal ini hak atas minyak dan gas bumi tetap berada di tangan negara sampai batas yang ditentukan. Batas yang ditentukan ini diatur dalam Undang Undang nomor 22 tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi dimana titik penyerahan tersebut merupakan flense terluar dari pipa muat setelah pengukur penjualan akhir pada terminal pengiriman, atau titik lain yang disetujui para pihak.¹⁶⁷ Setelah melewati batas ini barulah kontraktor memiliki hak atas minyak bumi. Kontraktor dalam menjalankan tugasnya bukan dapat melakukan semua hal sesuai dengan keinginannya. Kontraktor harus membuat rencana kerja dan anggaran yang kemudian disetujui oleh BP Migas sebagai pihak dari Pemerintah. Pengembangan yang dilakukan oleh kontraktor terhadap wilayah kerjanya tidak boleh dilakukan secara sepihak, jumlah minyak bumi yang diangkat juga harus disetujui oleh BP Migas. Dalam hal inilah negara melakukan pengelolaannya terhadap sumber daya alam.

IV.1.2. Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi

Minyak dan Gas Bumi sebagai sumber daya alam strategis tak terbarukan yang terkandung di dalam Wilayah Hukum Pertambangan Indonesia merupakan kekayaan nasional yang dikuasai oleh negara.¹⁶⁸ Adapun penguasaan oleh negara

¹⁶⁷ Model Kontrak Bagi Hasil Minyak dan Gas Bumi,.., section I, point 1.2.39

¹⁶⁸ Indonesia (A), *op.cit.*, pasal 4 ayat 1

tersebut diselenggarakan oleh Pemerintah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan.¹⁶⁹ Kuasa Pertambangan adalah wewenang yang diberikan Negara kepada Pemerintah untuk menyelenggarakan kegiatan Eksplorasi dan Eksploitasi.¹⁷⁰

Dalam Kontrak Kerja Sama Migas, negara mendudukan dirinya sebagai badan hukum privat. Hal ini dilakukan dengan membentuk lembaga yang difungsikan sebagai kepanjangan tangan negara dalam mengurus Kontrak Kerja Sama Migas. Hal ini sesuai dengan doktrin pemberian kuasa sebagaimana dijelaskan dalam pasal 1317 KUHPer yang menyatakan bahwa dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu. Pasal ini mengisyaratkan bahwa satu pihak dapat mengadakan perjanjian/kontrak untuk kepentingan pihak ketiga, dengan adanya suatu syarat yang ditentukan seperti halnya adanya perjanjian antara pihak ketiga tersebut dengan pihak yang membuat kontrak. Hal ini juga ditambahkan dalam pasal dari KUHPer mengenai badan hukum yang dibuat oleh kekuasaan umum, dalam hal ini adalah Pemerintah, dimana Pemerintah dapat membuat suatu badan hukum untuk mengurus kepentingan tertentu. Dalam hal ini BP migas merupakan Badan hukum yang didirikan oleh pemerintah untuk mengurus tugas tertentu. Dalam Peraturan Pemerintah nomor 42 tahun 2002 mengatur bahwa BPMIGAS berstatus BHMN yang bersifat nirlaba dan memiliki tugas sebagai berikut ¹⁷¹:

1. Memberikan pertimbangan kepada Menteri dalam hal penyiapan & penawaran wilayah kerja & kontrak kerja sama;
2. Melakukan penandatanganan kontrak kerja sama;
3. Memberikan persetujuan rencana pengembangan lapangan , kecuali yang pertama kali (Menteri);
4. Memberikan persetujuan Rencana Kerja dan Anggaran (RKA);

¹⁶⁹ *Ibid.*, pasal 4 ayat 2

¹⁷⁰ *Ibid.*, pasal 1 angka 5

¹⁷¹Peraturan Pemerintah Nomor 42 tahun 2002 tentang Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi.

5. Melaksanakan *monitoring* dan melaporkan kepada Menteri mengenai pelaksanaan kontrak kerja sama;
6. Menunjuk penjual minyak bumi dan/atau gas bumi bagian negara.

IV.2. Hak Dan Kewajiban Para Pihak

Dalam Kontrak Kerja Sama Migas, hal mengenai hak dan kewajiban para pihak diatur dalam Pasal 11 ayat (3) UU nomor 22 tahun 2001 tentang minyak dan gas bumi dan Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2004 Tentang Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (PP Migas). Aturan-aturan tersebut menetapkan bahwa Kontrak Kerja Sama wajib memuat paling sedikit ketentuan-ketentuan pokok sebagai berikut:

1. Penerimaan negara
2. Wilayah kerja dan pengembaliannya;
3. Kewajiban Kontraktor untuk mengeluarkan dana;
4. Perpindahan kepemilikan hasil produksi atas minyak dan gas bumi
5. Penyelesaian perselisihan;
6. Kewajiban kontraktor menyerahkan sebagian dari hasil produksi yang menjadi haknya untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri;
7. Berakhirnya kontrak;
8. Kewajiban pasca pertambangan;
9. Keselamatan dan kesehatan kerja;
10. Pengelolaan lingkungan hidup;
11. Pengalihan hak dan kewajiban;
12. Pelaporan yang diperlukan;
13. Rencana pengembangan lapangan;
14. Pengutamaan pemanfaatan barang dan jasa dalam negeri;
15. Pengembangan masyarakat sekitarnya dan jaminan hak-hak masyarakat adat.
16. Pengutamaan penggunaan tenaga kerja Indonesia.

Ketentuan seperti ini pertama kali diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 1994 Tentang Syarat-Syarat dan Pedoman Kerja Sama Kontrak Bagi Hasil Minyak dan Gas Bumi (PP Kontrak Kerja Sama Migas). Dalam ketentuan lebih lanjut penjelasan pasal Pasal 47 Ayat (2) UU Migas menjelaskan bahwa yang

dimaksud dengan tenaga profesional adalah pihak-pihak yang mempunyai keahlian, pengalaman dan pengetahuan yang dibutuhkan antara lain di bidang perminyakan, lingkungan hidup, hukum, ekonomi dan sosial serta mempunyai integritas tinggi dalam melakukan tugas dan kewajibannya. Selanjutnya pada Pasal 61 Huruf b menyatakan yang dimaksud dengan Kontrak Kerja Sama dalam ketentuan ini memuat kewajiban pembayaran kepada negara yang besarnya sesuai dengan ketentuan yang berlaku pada Wilayah Kuasa Pertambangan Pertamina selama ini dengan memasukkan rincian sesuai dengan ketentuan yang dijabarkan pada *section V* model kontrak kerja sama migas. Dalam hubungannya dengan peraturan perundang-undangan, dalam pasal penjelasan Pasal 11 Ayat (1) UU Migas Pemerintah menuangkan kewajiban-kewajiban dalam persyaratan Kontrak Kerja Sama, sehingga dengan demikian Pemerintah dapat mengendalikan Kegiatan Usaha Hulu melalui persyaratan kontrak tersebut maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku.

IV.2.1. Hak Dan Kewajiban Kontraktor

Layaknya dalam perjanjian, maka pasti ada suatu hal yang menjadi prestasi. Adapun dalam pemenuhan prestasi tersebut ditempuh dengan aturan-aturan yang tertuang dalam hak dan kewajiban para pihak. Hak dan kewajiban tersebut menjadi koridor bagi para pihak dalam memenuhi prestasi kontrak. Hal ini sangatlah dibutuhkan untuk menjaga kesucian dari kontrak itu sendiri, para pihak harus menghargai hak dan kewajiban tersebut dan menjalankannya.

Hak dan Kewajiban para pihak dalam model Kontrak Bagi Hasil yang ditetapkan oleh BP migas diatur dalam *Section I* dan *V* model kontrak bagi hasil, yang antara lain menetapkan Kontraktor bertindak sebagai operator dan bertanggung jawab dalam mengambil keputusan yang berkaitan dengan kegiatan operasi. Dalam pelaksanaannya, Kontraktor berkewajiban menyampaikan Rencana Kerja dan Anggaran (RKA) untuk mendapatkan persetujuan BP Migas. Hal ini merupakan perwujudan dari fungsi pengendalian yang dilakukan oleh negara dalam rangka menggunakan kekayaan alam untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Kontraktor tidak dapat sepihak menentukan arah dari Kegiatan Usaha Hulu tersebut dan mengeksploitasi minyak di Indonesia secara

semena-mena. Disamping kewajiban melaporkan hasil kegiatan eksplorasi dan produksi dan hasil keuangan, kewajiban kontraktor yang khas dari Kontrak Kerja Sama Migas adalah kontraktor wajib menanggung seluruh resiko dalam operasi Minyak apabila minyak tidak ditemukan.¹⁷² Kontraktor yang mengeluarkan modal dalam mengembangkan produksi minyak bumi, hanya akan mendapatkan kembali biaya operasional apabila ditemukan cadangan minyak, apabila tidak ditemukan maka hal itu merupakan resiko yang harus ditanggung oleh kontraktor.

Kewajiban kontraktor pokok yang lain adalah memberikan bantuan teknis termasuk tenaga asing, mengendalikan peralatan yang dibeli, melakukan pelatihan, melaporkan hasil operasi dan menyerahkan data operasi. Dalam penjelasan Pasal 31 Ayat (1) UU Migas menyatakan bahwa karena Kegiatan Usaha Hulu yang berupa Eksplorasi dan Eksploitasi adalah kegiatan pengambilan sumber daya alam tak terbarukan yang merupakan kekayaan negara, maka disamping kewajiban membayar pajak, bea masuk, dan kewajiban lainnya, kontraktor, yang dalam hal ini adalah Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap, diwajibkan menyerahkan Penerimaan Negara Bukan Pajak yang terdiri dari bagian negara, pungutan negara, dan bonus. Perihal Bonus diatur dalam *Section VIII* dalam Model Kontrak Bagi Hasil. Dalam Model Kontrak Bagi Hasil, kewajiban Kontraktor dijabarkan pada *section V* nomor .5.2 dimana di dalamnya terdapat kewajiban penyediaan modal yang diperlukan untuk tahap praproduksi, menyediakan bantuan teknis, melakukan pembayaran terhadap pihak ketiga pada tahap praproduksi, dan menyampaikan laporan berkala kepada BP Migas seperti halnya yang diatur dalam UU Migas

Kewajiban Kontraktor juga dibahas dalam Pasal 40 UU Migas dimana menyatakan bahwa Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap menjamin standar dan mutu yang berlaku sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku serta menerapkan kaidah keteknikan yang baik. Selain itu Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap menjamin keselamatan dan kesehatan kerja serta pengelolaan lingkungan hidup dan menaati ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi. Hal ini merupakan perlindungan yang diberikan oleh Negara untuk

¹⁷² Model Kontrak Bagi Hasil, Section I nomor 1.1.4

menjaga Kontrak Kerja Sama agar tetap mematuhi aspek-aspek publik. Kontraktor juga memiliki tanggung jawab lingkungan sebagaimana diatur dalam pasal 40 ayat (3) UU Migas sebagaimana disebutkan diatas dimana pengelolaan lingkungan hidup tersebut berupa kewajiban untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan pencemaran serta pemulihan atas terjadinya kerusakan lingkungan hidup, termasuk kewajiban pascaoperasi pertambangan.. Dalam perlindungan terhadap lingkungan kontraktor diatur dalam *section V* model kontrak bagi hasil nomor 5.2.6 huruf (a) sampai (g) yang melingkupi kewajiban mengenai analisis mengenai dampak lingkungan.

Kontraktor juga harus memperhatikan aspek publik lain dari Kontrak Kerja Sama Migas yaitu ketenagakerjaan dimana dalam pasal 40 ayat (4) UU Migas menyatakan bahwa Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang melaksanakan kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi harus mengutamakan pemanfaatan tenaga kerja setempat, barang, jasa, serta kemampuan rekayasa dan rancang bangun dalam negeri secara transparan dan bersaing. Kontraktor harus memprioritaskan tenaga kerja lokal sebagaimana diatur dalam *section XII* model Kontrak Bagi Hasil yang mana mengamanatkan untuk melakukan pelatihan terhadap tenaga kerja lokal dimana biaya tersebut dapat dimasukkan dalam biaya operasi.

Selain itu untuk meningkatkan potensi daerah sekitar penambangan minyak dan gas tersebut Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap harus ikut bertanggung jawab dalam mengembangkan lingkungan dan masyarakat setempat, hal ini sebagaimana dimaksud dalam pasal 40 ayat (5) UU Migas. Guna menjaga tersedianya pasokan minyak dalam negeri, pasal 22 Ayat (1) UU migas menyatakan harus menyediakan kebutuhan dalam negeri (*Domestic Market Obligation*) yang dibatasi tidak melebihi 25 persen dari bagian laba yang merupakan hak kontraktor.

Kontraprestasi yang diberikan untuk kontraktor atas usaha dan investasinya di Indonesia diberikan melalui hak mendapatkan pengembalian biaya (*cost recovery*) dan pembagian laba berupa minyak dan gas bumi. Rumusan bagi hasil untuk laba pada awalnya adalah 65 persen untuk Negara dan 35 persen

untuk Kontraktor.¹⁷³ Termasuk dalam 65 persen penerimaan Negara pajak penghasilan dan pajak atas dividen serta pajak-pajak lain seperti PBB, dan pajak lainnya. Dalam perjalanannya atas permintaan Pemerintah rumusan bagi hasil ini mengalami beberapa kali perubahan sekarang pembagiannya adalah 85 persen untuk Negara dan 15 persen untuk kontraktor sesudah dikurangi hal-hal tertentu. Selain itu kontraktor juga berhak untuk mendapatkan pembagian hasil produksi berupa minyak bumi setelah melewati titi ekspor.¹⁷⁴

IV.2.2. Hak Dan Kewajiban Badan Pelaksana

Berbeda dengan Perjanjian Karya, dalam Kontrak Bagi Hasil ditetapkan bahwa Badan Pelaksana memegang kendali atas manajemen. Dalam Kontrak Kerja Sama yang dimaksud dengan manajemen tidak dijelaskan secara rinci dalam naskah kontrak. Dalam perjanjian karya kendali dilakukan melalui *post audit* dari kegiatan usah Migas, namun saat ini manajemen tersebut dilaksanakan dengan pengawasan terhadap realisasi RKA dan POD dengan mensyaratkan agar Kontraktor minta persetujuan terdahulu untuk merealisasikan setiap kegiatan dalam RKA dan POD.¹⁷⁵ Kesepakatan para pihak dalam menafsirkan ketentuan-ketentuan ini penting dalam rangka penciptaan iklim investasi yang kondusif dan kesucian kontrak. Lebih lanjut, *Section V.3.1* dalam model Kontrak Bagi Hasil menetapkan bahwa BP Migas berkewajiban membantu Kontraktor dalam pelaksanaan Rencana Kerja dengan menyediakan sarana, suplai dan tenaga kerja, mendapat visa, izin kerja, transportasi, dan perlindungan keamanan dan hak memasuki wilayah kerja apabila diminta oleh Kontraktor. Selain hasil finansial dari kegiatan operasi, hak BP Migas seperti diatur dalam *Section V* ini meliputi kepemilikan data asli yang didapat dari kegiatan operasi dan dapat menggunakan

¹⁷³ Makalah Training On The Law Of Energy And Mineral Resources, Business Law Society, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Juni 2010.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid*

peralatan yang ada untuk keperluan BP Migas dan tidak membocorkan data tersebut.

Dalam Pasal 8 Ayat (2) UU Migas Pemerintah berkewajiban untuk menjaga agar kebutuhan Bahan Bakar Minyak di seluruh tanah air, termasuk daerah terpencil, dapat terpenuhi dan juga menjaga agar selalu tersedia suatu cadangan nasional dalam jumlah cukup untuk jangka waktu tertentu. Selain itu Pemerintah juga harus melakukan pembinaan terhadap kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38 UU Migas. Pembinaan tersebut meliputi ¹⁷⁶:

1. Penyelenggaraan urusan Pemerintah di bidang kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi;
2. Penetapan kebijakan mengenai kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi berdasarkan cadangan dan potensi sumber daya Minyak dan Gas Bumi yang dimiliki, kemampuan produksi, kebutuhan Bahan Bakar Minyak dan Gas Bumi dalam negeri, penguasaan teknologi, aspek lingkungan dan pelestarian lingkungan hidup, kemampuan nasional, dan kebijakan pembangunan.

Adapun pelaksanaan pembinaan harus dilakukan secara cermat, transparan, dan adil terhadap pelaksanaan kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi.¹⁷⁷ Fungsi Badan Pelaksana adalah melakukan pengawasan terhadap Kegiatan Usaha Hulu agar pengambilan sumber daya alam Minyak dan Gas Bumi milik negara dapat memberikan manfaat dan penerimaan yang maksimal bagi negara untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.¹⁷⁸ Selanjutnya Tugas Badan Pelaksana adalah ¹⁷⁹:

1. Memberikan pertimbangan kepada Menteri atas kebijaksanaannya dalam hal penyiapan dan penawaran Wilayah Kerja serta Kontrak Kerja Sama;
2. Melaksanakan penandatanganan Kontrak Kerja Sama;

¹⁷⁶ Indonesia (A), *op.cit.*, pasal 39 , ayat (1)

¹⁷⁷ *Ibid.*, pasal 39 , ayat (2)

¹⁷⁸ *Ibid.*, pasal 44 , ayat (2)

¹⁷⁹ *Ibid.*, pasal 44 , ayat (3)

3. Mengkaji dan menyampaikan rencana pengembangan lapangan yang pertama kali akan diproduksi dalam suatu Wilayah Kerja kepada Menteri untuk mendapatkan persetujuan;
4. Memberikan persetujuan rencana pengembangan lapangan
5. Memberikan persetujuan rencana kerja dan anggaran;
6. Melaksanakan monitoring dan melaporkan kepada Menteri mengenai pelaksanaan Kontrak Kerja Sama;
7. Menunjuk penjual Minyak Bumi dan/atau Gas Bumi bagian negara yang dapat memberikan keuntungan sebesar-besarnya bagi negara.

Dilihat dari organisasi, BP Migas Pasal merupakan badan hukum milik negara.¹⁸⁰ BP Migas terdiri atas unsur pimpinan, tenaga ahli, tenaga teknis, dan tenaga administratif.¹⁸¹ Kepala Badan Pelaksana diangkat dan diberhentikan oleh Presiden setelah berkonsultasi dengan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dan dalam melaksanakan tugasnya bertanggung jawab kepada Presiden.¹⁸²

IV.4. Kedudukan Negara Sebagai Regulator Dan Negara Sebagai Pihak Dalam Kontrak Kerjasama Migas.

Pemerintah sebagai pemilik dari kekayaan alam yang ada di Indonesia harus mengatur sesuai dengan amanat UUD 1945 yang mengamanatkan bahwa kekayaan alam Indonesia harus dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Pemerintah bekerja sebagai regulator dalam mengatur kehidupan rakyat Indonesia, namun dalam industri migas pemerintah menjadi badan hukum perdata saat menjadi pihak dalam Kontrak Kerja Sama Migas.

Adapun alasan dibutuhkannya badan hukum privat dalam Kontrak Kerja Sama Migas karena Indonesia sebagai negara yang berdaulat, memiliki imunitas atau hak kekebalan dari gugatan dalam pengadilan negara lain. Negara dalam hal

¹⁸⁰ *Ibid.*, pasal 45 , ayat (1)

¹⁸¹ *Ibid.*, pasal 45 , ayat (2)

¹⁸² *Ibid.*, pasal 45 , ayat (3)

ini merupakan suatu hal yang abstrak, seperti halnya dalam Pemerintahan yang didalamnya juga merupakan entitas yang abstrak. Imunitas ini diberikan pula kepada badan-badan dari Pemerintah yang bukan merupakan badan hukum terpisah. Tuntutan hanya dimungkinkan apabila suatu negara telah dianggap melakukan tindakan yang merugikan warga dan negara lain, maka negara ini dapat diajukan oleh negara lain tersebut kepada Mahkamah Agung Internasional di Den Haag. Dalam Kontrak Kerja Sama Migas merupakan kontrak antara Pemerintah Indonesia dengan perusahaan minyak yang merupakan badan hukum suatu negara yang bukan merupakan bentuk Pemerintahan dari suatu negara. Di sisi lain, perusahaan adalah subyek hukum dengan kapasitas terbatas.

Dalam perkembangannya, penerapan kekebalan secara mutlak tersebut telah menimbulkan kesulitan. Pemerintah yang dalam prakteknya harus memperhatikan kepentingan umum warga negaranya dan berhak untuk mengatur dalam bentuk perundang-undangan dalam arti publik tidak dapat serta merta menjadi pihak dalam Kontrak Kerja Sama karena akan menimbulkan suatu kedudukan yang tidak seimbang dalam Kontrak Kerja Sama. Menghadapi kedudukan yang kurang seimbang ini, Pemerintah harus memisahkan status negara sebagai suatu negara yang berdaulat (*jure imperii*) dan status negara yang melakukan tindakan-tindakan perdata yang bersifat komersial (*jure gestiones*).¹⁸³ Berdasarkan konsep *jure gestiones* negara dianggap telah melepaskan atau menanggalkan imunitas atau kedaulatannya sehubungan dengan tindakan negara tersebut di bidang bisnis. Penanggalan ini diperlukan agar kedudukan para pihak dalam kontrak atau transaksi komersial seimbang.

Adanya pertentangan kaidah antara hukum publik dan hukum privat menimbulkan pertanyaan terkait urgensi atau pentingnya pemisahan tegas antara hukum publik dan hukum privat. Banyak para ahli hukum tidak sependapat dengan pemisahan tegas antara kedua hukum ini. Apeldoorn memisahkan hukum publik dan hukum privat berdasar isi aturan-aturan hukum. Dikatakan bahwa pada dasarnya isi aturan-aturan hukum adalah mengatur mengenai kepentingan-kepentingan yang khusus (personal) dan kepentingan-kepentingan yang umum. Kepentingan-kepentingan yang khusus diatur dalam hukum privat, sedang

¹⁸³ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.* hal. 76

kepentingan-kepentingan yang umum diatur dalam hukum publik.¹⁸⁴ Pemisahan ini mempunyai kelemahan, sebab pada satu aturan hukum dapat berisi kepentingan umum dan sekaligus kepentingan khusus. Selain itu hukum privat yang seharusnya melindungi kepentingan khusus, dapat dikesampingkan oleh hukum publik. Sebagai contoh dalam hal terjadinya penyitaan atas dasar kepentingan umum.¹⁸⁵ Dalam hubungannya dengan penguasa atau Pemerintah, hal ini menimbulkan akibat penting. Pemerintah tidak dapat mempertahankan hukum privat, kecuali diperlukan oleh yang berkepentingan. Pemerintah dapat memberikan bantuan melalui hakim apabila diminta yang berkepentingan, sebab Pemerintah tidak dapat mencampuri kepentingan khusus apabila tidak didasarkan pada aturan hukum.¹⁸⁶ Hal ini dapat dikatakan bahwa Pemerintah dapat melanggar hukum privat atas dasar kepentingan umum.

Mariam Darus menyatakan bahwa dalam perkembangannya batas antara hukum privat dan hukum publik tidak lagi bersifat absolut.¹⁸⁷ Untuk kepentingan umum, hukum publik mengintervensi hukum perdata, misalnya bagaimana mengatur pemanfaatan tanah, bagaimana membangun gedung dan perumahan, bagaimana membuktikan hak atas suatu benda, masalah kontrak ketenagakerjaan seluruhnya terdapat persinggungan antara hukum publik dan hukum privat. Hal ini terjadi secara evolusioner. Kebebasan individu di dalam masyarakat dipersempit karena masyarakat tidak lagi berorientasi kepada kepentingan individu semata-mata, tetapi juga kepada kepentingan umum. Masyarakat mencari keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan umum.

¹⁸⁴ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum (Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Recht)*, Terjemahan Oetarid Sadino, Cetakan Ke 29, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2001), Hal. 171.

¹⁸⁵ *Ibid.*, Hal. 172.

¹⁸⁶ *Ibid.*, Hal. 175.

¹⁸⁷ Mariam Darus, Batas-Batas Perbuatan Melanggar Hukum (Hukum Perdata) Dan Perbuatan Melawan Hukum (Hukum Pidana), Makalah, Disampaikan Pada Seminar Nasional Aspek Pertanggung Jawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik Dari Tindakan Pidana Korupsi, Kejaksaan Agung Republik Indonesia Bekerjasama Dengan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 6-7 Mei 2004, Hal. 3. dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal 64.

Dalam kegiatan usaha hulu migas, agar terjadi keseimbangan antara kepentingan umum dan kepentingan individu, didalam UU Nomor 22 Tahun 2001 mengatur mengenai tugas kelembagaan dalam bidang minyak dan gas bumi ini, yaitu:

1. Pemerintah (Departemen ESDM cq. Direktorat Jenderal Minyak dan Gas Bumi) melaksanakan Tugas-tugas kebijakan, pengaturan, pembinaan dan pengawasan dalam penyelenggaraan penguasaan minyak dan gas bumi.
2. Badan Pelaksana Minyak dan Gas Bumi (BP MIGAS) Melaksanakan tugas pengendalian ketentuan dalam Kontrak Kerja Sama pada Kegiatan Usaha Hulu migas.
3. Badan Pengatur Minyak dan Gas Bumi (BPH MIGAS) mengalokasikan persediaan dan pendistribusian BBM serta menetapkan tarif pengangkutan gas bumi melalui pipa.

Peran yang harus dijalankan Pemerintah dalam Kegiatan Usaha Hulu migas adalah fungsi Pengawasan. Tanggung jawab kegiatan pengawasan atas pekerjaan dan pelaksanaan kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi terhadap ditaatinya ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku berada pada departemen yang bidang tugas dan kewenangannya meliputi kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi dan departemen lain yang terkait.¹⁸⁸ Hal ini mengaju ke departemen-departemen yang berhubungan dalam aspek publik pada Kontrak Kerja Sama Migas. Seperti disebutkan dalam pembahasan sebelumnya, Kontrak Kerja Sama Migas menyangkut aspek publik antara lain adalah ketenagakerjaan oleh kementerian tenaga kerja dan transmigrasi, lingkungan oleh kementerian lingkungan, dan perpajakan oleh kementerian keuangan, dalam hal ini Dirjen Pajak. Pengawasan atas pelaksanaan Kegiatan Usaha Hulu berdasarkan Kontrak Kerja Sama dilaksanakan oleh Badan Pelaksana (BP Migas).¹⁸⁹ Pengawasan yang dimaksud diatas antara lain meliputi ¹⁹⁰

¹⁸⁸ *Ibid.*, pasal 41 , ayat (1)

¹⁸⁹ *Ibid.*, pasal 41 , ayat (2)

¹⁹⁰ *Ibid.*, pasal 42

1. Konservasi sumber daya dan cadangan Minyak dan Gas Bumi;
2. Pengelolaan data Minyak dan Gas Bumi;
3. Penerapan kaidah keteknikan yang baik;
4. Jenis dan mutu hasil olahan Minyak dan Gas Bumi;
5. Alokasi dan distribusi Bahan Bakar Minyak dan bahan baku;
6. Keselamatan dan kesehatan kerja;
7. Pengelolaan lingkungan hidup;
8. Pemanfaatan barang, jasa, teknologi, dan kemampuan rekayasa dan rancang bangun dalam negeri;
9. Penggunaan tenaga kerja asing;
10. Pengembangan tenaga kerja Indonesia;
11. Pengembangan lingkungan dan masyarakat setempat;
12. Penguasaan, pengembangan, dan penerapan teknologi Minyak dan Gas Bumi;
13. Kegiatan-kegiatan lain di bidang kegiatan usaha Minyak dan Gas Bumi sepanjang menyangkut kepentingan umum.

Pemerintah saat melaksanakan tugasnya, dapat menjalankan kewenangannya berdasarkan hukum publik maupun hukum privat. Pemerintah harus dapat membedakan kapan Pemerintah menjalankan tindakan komersial (*acts jure gestionisi*) dan kapan Pemerintah menjalankan kegiatan Pemerintahan (*acts jure imperil*). Dalam hal penyelenggaraan kepentingan umum, Pemerintah harus mengatur dalam bentuk tindakan publik dengan peraturan perundang-undang yang berarti pemerintah saat ini bertindak sebagai badan hukum publik yaitu melalui kementerian terkait dan saat menjadi pihak dalam Kontrak Kerja Sama tentunya pemerintah melakukannya sebagai badan hukum privat yaitu melalui BP Migas.

IV.4. Pengaruh Perubahan Peraturan Perundang Undangan yang Mengintervensi Ketentuan dalam Kontrak Kerja Sama Migas.

Kontrak Kerja Sama Migas merupakan kontrak jangka panjang yang memiliki jangka waktu kontrak sampai tiga puluh tahun dan dapat diperpanjang dua puluh tahun. Tentunya dalam kurun waktu tersebut tatanan sosial masyarakat

mengalami perubahan. Perubahan dalam masyarakat tersebut menimbulkan hal-hal baru yang sebelumnya tidak dikenal. Teknologi yang berubah, taraf hidup yang berubah, iklim politik demokrasi yang berubah menyebabkan dibutuhkan aturan yang dapat mengikuti perubahan sosial dalam masyarakat. Perubahan ini memang perlu dilakukan, hukum harus dapat berjalan beriringan dengan perubahan masyarakat agar hukum tersebut masih relevan dan dapat tetap menjadi koridor berperilaku bagi masyarakat.

Dari perubahan peraturan tersebut lalu bagaimana kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas yang sedang berjalan saat peraturan perundang-undangan tersebut diubah. Pemerintah selaku regulator memiliki kepentingan untuk senantiasa menjaga ketertiban dalam masyarakat dengan perubahan undang-undang tersebut. Disisi lain, Pemerintah yang diwakilkan oleh BP Migas selaku badan hukum publik menemui permasalahan dengan perubahan peraturan yang ada terhadap kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas yang berhubungan dengan asas kesucian dalam berkontrak. Para pihak harus mematuhi persetujuan yang telah dibuatnya secara bebas dalam suatu sistem hukum yang menghormati asas kepatuhan terhadap kontrak. Hukum tidak memberikan keringanan atau pembebasan kepada pihak yang berusaha menghindari akibat dari suatu persetujuan atau tawar menawar. Namun tentunya sesuai dengan syarat sah suatu perjanjian dalam pasal 1320 KUHPer menyatakan bahwa perjanjian tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Sehingga dalam hal ini terdapat pertentangan dengan asas *pacta sunt servanda* dengan syarat sah berlakunya suatu undang-undang.

Pemerintah wajib melindungi kepentingan publik dalam Kontrak Kerja Sama Migas yang melingkupi aspek tenaga kerja, aspek lingkungan, dan aspek perpajakan. Aspek Ketenagakerjaan merupakan aspek yang sangat penting dalam Kegiatan Usaha Hulu migas. Hal ini mengingat bahwa Kegiatan Usaha Hulu migas yang merupakan proyek raksasa, selain merupakan proyek yang padat modal, namun juga membutuhkan tenaga manusia untuk mengoperasikan mesin tersebut. Adapun salah satu tujuan dari Kegiatan Usaha Hulu yang merupakan investasi asing tersebut adalah untuk membuka lapangan pekerjaan sebesar-besarnya untuk warga negara Indonesia.

Adapun tenaga kerja yang diharapkan dapat mengisi posisi dalam Kegiatan Usaha Hulu migas tersebut diharapkan berasal dari tenaga dalam negeri, namun dalam kenyataannya posisi penting dalam Kegiatan Usaha Hulu belum dapat diisi oleh tenaga kerja Indonesia. Oleh karena itu, dalam hal ini Pemerintah kemudian mewajibkan adanya pelatihan kepada warga negara agar kemudian tenaga kerja Indonesia dapat mengisi posisi penting dalam Kegiatan Usaha Hulu migas yang akhirnya dapat menimbulkan kemandirian dan dapat melakukan Kegiatan Usaha Hulu migas dengan tenaga kerja Indonesia.

Perlindungan yang diberikan negara kepada tenaga kerja Indonesia merupakan hal yang wajib dilakukan oleh negara. Hal ini mengingat bahwa negara wajib melindungi warga negaranya terlebih pekerja dalam posisinya sering mendapatkan perlakuan yang tidak semestinya mengingat posisi tawar pekerja sangat rendah dibandingkan dengan pelaku usaha. Perlindungan tersebut diantaranya adalah dengan diberlakukannya undang undang nomor 13 tahun 2003 tentang ketenagakerjaan sebagai perubahan dari undang undang sebelumnya. Dalam kasus ini perusahaan minyak yang memperkerjakan tenaga kerja Indonesia harus menyesuaikan dengan undang undang tersebut. Hal ini dikarenakan oleh aturan kontrak harus sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku di suatu negara, khususnya aturan publik yang berlaku. Selain hak-hak pekerja seperti yang telah dicantumkan dalam UU Ketenagakerjaan UU Migas juga memberikan ketentuan khusus seperti prioritas terhadap tenaga kerja lokal untuk mendorong kemandirian dan keahlian tenaga kerja lokal dalam bisa minyak dan gas bumi. Hal ini diatur dalam UU Migas dan Model Kontrak Bagi hasil dimana wajib diadakan pelatihan bagi tenaga kerja lokal, dimana biaya daripadanya dibebankan kepada biaya operasional. Dalam kerangka pembagian hasil keuntungan dalam kontrak bagi hasil perubahan ini tidak banyak berpengaruh dalam kedudukan kontrak. Hal ini karena biasa produksi tersebut kemudian akan dikembalikan oleh pemerintah (cost recovery) sehingga tidak ada pihak yang merasa dirugikan secara langsung karena kedua pihak mendapatkan keuntungan yang sama. Indonesia mendapatkan alih teknologi, sedangkan kontraktor mendapat tenaga kerja yang terampil.

Selain aspek ketenagakerjaan , dalam menjalankan Kegiatan Usaha Hulu migas tentunya perusahaan minyak, kontraktor, bersinggungan dengan lingkungan

sekitar. Lingkungan tempat kontraktor melakukan usahanya seringkali bertempat di lingkungan yang menyokong hidup orang banyak, misalnya hutan. Hutan merupakan tempat yang menyokong hajat hidup orang banyak, oksigen yang dihasilkan hutan merupakan paru-paru dunia yang menyediakan udara segar bagi masyarakat dunia. Secara khusus hutan merupakan tempat bagi masyarakat yang hidup di sekitar hutan untuk mencari mata pencahariannya. Industri minyak dan gas bumi seringkali merusak tatanan sosial antara masyarakat dan lingkungannya saat memulai kegiatannya. Lingkungan yang biasanya dijadikan tempat kegiatan sehari-hari harus dijadikan tempat Kegiatan Usaha Hulu migas. Hal ini kerap kali terjadi dalam penambangan di darat (on shore). Permasalahan lingkungan juga terjadi dalam penambangan di laut lepas. Dalam melakukan kegiatannya kontraktor, saat membuat penambangan di laut luas (peril), tersebut juga dapat merusak habitat makhluk hidup sekitar meskipun dampaknya dalam hal ini belum dapat dipastikan. Dengan ini maka Pemerintah kemudian mengatur bahwa kontraktor harus mengembalikan keadaan lingkungan dengan rehabilitasi lingkungan. Kontraktor memiliki tanggung jawab lingkungan sebagaimana diatur dalam pasal 40 ayat (3) UU Migas sebagaimana disebutkan di atas dimana pengelolaan lingkungan hidup tersebut berupa kewajiban untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan pencemaran serta pemulihan atas terjadinya kerusakan lingkungan hidup, termasuk kewajiban pascaoperasi pertambangan.. Dalam perlindungan terhadap lingkungan kontraktor diatur dalam *section V* model kontrak bagi hasil nomor 5.2.6 huruf (a) sampai (g) yang melingkupi kewajiban mengenai analisis mengenai dampak lingkungan. Perubahan peraturan perundang undangan mengenai lingkungan ini tentunya juga berpengaruh terhadap Kontrak Kerja Sama Migas, namun hal ini dalam prakteknya tidak banyak berpengaruh terhadap kontraktor. Tren dunia yang sedang mengkampanyekan gerakan Hijau “*Go Green*” untuk mengantisipasi efek pemanasan global disambut baik oleh kontraktor-kontraktor migas yang selama ini dianggap menjadi penyebab rusaknya lingkungan. Kontraktor migas berbondong-bondong untuk melakukan penghijauan untuk tujuan pencitraan sebagai perusahaan yang ramah lingkungan. Secara ekonomis hal ini dapat saja dilakukan mengingat biaya tersebut dimasukkan ke dalam biaya operasi yang akan diganti. Adapun untuk

biaya pemugaran yang akan keluar setelah kontrak berakhir sudah diantisipasi sebelumnya dengan membuat tabungan untuk melakukan pemugaran sarana produksi.¹⁹¹

Aspek lain yaitu aspek Perpajakan, seperti ditegaskan dalam *Section 5.2.18* dalam naskah kontrak Kontrak Kerja Sama Migas, kontraktor bertanggung jawab atas pembayaran pajak penghasilan termasuk pajak keuntungan berdasarkan Undang-undang Pajak Penghasilan dan peraturan pelaksanaannya. Dengan demikian kontraktor tunduk pada Hukum Publik sepanjang menyangkut perpajakan.¹⁹² Selanjutnya dalam Pasal 31 ayat 4 UU Migas, dalam Kontrak Kerja Sama ditentukan kewajiban membayar pajak sebagaimana dimaksud diatas dilakukan sesuai dengan:

- a. Ketentuan Peraturan Perundang-Undangan Di Bidang Perpajakan Yang Berlaku Pada Saat Kontrak Kerja Sama Ditandatangani; Atau
- b. Ketentuan Peraturan Perundang-Undangan Di Bidang Perpajakan Yang Berlaku.

Dalam sejarahnya, Indonesia sempat mengalami masa-masa sulit mengenai aspek perpajakan dalam Kontrak Kerja Sama Migas. Masalah perpajakan yang banyak dipermasalahkan oleh kontraktor adalah berkaitan dengan Pajak Pertambahan Nilai (PPN) yang diperkenalkan pada awal tahun 1980 dan yang diatur terakhir melalui Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2000 tentang Pajak Penambahan Nilai.¹⁹³ Hal ini diterapkan berbarengan dengan upaya intensifikasi pemungutan pajak. Kebijakan untuk tidak memberlakukan sepenuhnya ketentuan umum perpajakan dalam Kontrak Kerja Sama Migas tidak

¹⁹¹ Hasil Wawancara dengan Hakim Nasution, Partner dari Konsultan Hukum Hakim dan Rekan, tanggal 3 November 2010.

¹⁹² *Sub-section 5.2.18 KONTRAK KERJA SAMA MIGAS:*
 “Contractor shall severally be subject to and pay to GOI the income tax including the final tax on profits after tax deduction imposed on it pursuant to Indonesia Income Tax Law and its implementing regulations and comply with the requirements of the tax law in particular with respect to filing of reurtns, assessment of tax and keeping and showing of books and records;”

¹⁹³ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 72

sepenuhnya dilanjutkan, misalnya, penangguhan PPN untuk Kontrak Kerja Sama Migas dalam tahapan eksplorasi tidak diperpanjang pada saat berlakunya Keppress Nomor 22/1989 berakhir, yang menimbulkan sengketa perpajakan antara kontraktor Kontrak Kerja Sama Migas dan Direktorat Jenderal Perpajakan.¹⁹⁴

Permasalahan mengenai PPN ini makin menjadi kompleks dengan perubahan status PERTAMINA menjadi Persero dan tidak lagi mewakili Pemerintah dalam Kontrak Kerja Sama Migas, sementara peraturan pelaksanaan belum dikeluarkan. Sejak bulan Mei 2003, PERTAMINA tidak lagi dalam kedudukan untuk memberikan restitusi PPN kepada Kontrak Kerja Sama Migas dan yang kemudian disusul dengan peraturan bahwa mulai 1 Januari 2004 (Keputusan Menteri Keuangan Nomor 563/KMK.03/2003) Kontrak Kerja Sama Migas tidak lagi menjadi Wajib Pemungut Pajak (WAPU). Hal ini mengakibatkan kontraktor Kontrak Kerja Sama Migas tidak memiliki bukti pembayaran PPN, sehingga tidak dapat mengajukan klaim pembayaran kembali PPN yang telah dibayarkan.¹⁹⁵ Menanggapi keluhan kontraktor, Pemerintah kemudian menerbitkan Peraturan Menteri Keuangan (PMK) No. 11/2005 yang mengembalikan status kontraktor Kontrak Kerja Sama Migas sebagai WAPU yang mulai berlaku 1 Februari 2005.

Pada tahun 2006, sejak diberlakukan Undang-undang Nomor 17 Tahun 2006 Tentang Kepabeanan, pemberian fasilitas atas bea masuk dan pajak impor kepada kegiatan usaha migas tidak lagi memperpanjang. Pembebanan bea masuk (15 persen) dan pajak impor ini (2,5 persen) kemudian mengubah persyaratan Kontrak Kerja Sama Migas yang sedang berjalan.¹⁹⁶ Menanggapi keluhan para kontraktor, pada akhir tahun 2007 Pemerintah memutuskan harmonisasi tarif berupa penetapan tarif nol persen atas barang masuk migas dan panas bumi serta menanggung PPN impor dan Pajak Penghasilan Impor. Pemberlakuan tarif nol

¹⁹⁴ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 73

¹⁹⁵ *Ibid.*, Hal. 74

¹⁹⁶ *Ibid.*, Hal. 76

dan pajak yang ditanggung Pemerintah diberlakukan mulai 1 Januari 2008 melalui Peraturan Menteri Keuangan.¹⁹⁷

Kegelisahan kontraktor terhadap perubahan peraturan perundang-undangan ini kemudian ditanggapi pemerintah dengan mengatur bahwa dalam Kontrak Kerja Sama Migas terdapat pilihan apakah Kontrak tersebut akan mengikuti perubahan peraturan perpajakan atau hanya mengakui peraturan perpajakan yang berlaku pada saat kontrak itu dibuat. Hal ini merupakan hal khusus yang diatur dalam UU Migas dan Model Kontrak Bagi Hasil *section* XV. 4.3. yang mengecualikan aturan umum dalam kontrak yang harus tunduk pada perubahan perundang-undangan. Menurut penulis hal ini merupakan *lex specialis* daripada aturan perpajakan yang berlaku. Dari tata urutan perundang-undangan pengecualian tersebut dibuat dalam UU Migas yang sejajar dengan UU Perpajakan Umum. Selain itu aturan khusus ini merupakan *post factum* dari adanya kegelisahan pihak dalam kontrak mengenai perubahan aturan perpajakan.

Dalam peraturan perundang-undangan Perpajakan (PPN, Impor, Pph), khususnya Pajak Pertambahan Nilai (PPN) yang diatur dalam UU 18 tahun 2000 sangat mempengaruhi investor dalam investasinya di Indonesia dalam Industri migas.¹⁹⁸ Hal ini sangatlah berpengaruh bagi Industri migas dalam negeri mengingat Kegiatan Usaha Hulu migas merupakan kegiatan yang sangat membutuhkan modal yang banyak dimana dalam hal ini Pemerintah tidak cukup mampu untuk mengelola secara mandiri dibutuhkan investor yang mempunyai modal yang besar dan kemampuan menanggulangi resiko yang tinggi. Dengan alasan ini kemudian regulator membuat peraturan yang sedemikian rupa. Perpajakan merupakan hal yang sangat diperhatikan oleh kontraktor. hal ini mengingat dalam struktur pembagian keuntungan, pajak dikurangi langsung dari keuntungan setelah tiap pihak mendapatkan bagian keuntungannya masing-masing, bukan dibebankan kepada biaya operasional. Hal ini menyebabkan

¹⁹⁷ Peraturan Menteri Keuangan Nomor 177 Tahun 2007 Tentang Pembebasan Bea Masuk Atas Impor Barang Untuk Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi serta Panas Bumi dan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 178 Tahun 2007 Tentang Pajak Pertambahan Nilai Ditanggung Pemerintah Atas Impor Barang Untuk Kegiatan Eksplorasi Hulu Minyak dan Gas Bumi serta Panas Bumi.

¹⁹⁸ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 76

penambahan pajak akan berimplikasi langsung pada berkurangnya keuntungan yang didapatkan kontraktor. Hal ini dapat dianggap kontraktor sebagai intervensi terhadap aspek perdata dalam kontrak mengingat dalam perjanjian yang dibuat tentunya kepentingan dari tiap pihak adalah mendapatkan keuntungan.

Peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia haruslah disesuaikan dengan kebutuhan. Selanjutnya, kajian terhadap Undang-undang Minyak dan Gas Bumi di beberapa negara oleh Thomas Waelde dan W.T. Onorato menunjukkan bahwa Kontrak Kerja Sama Migas tidak ditemukan dalam negara-negara maju atau liberal tetapi umumnya ditemukan pada negara-negara sedang berkembang (developing countries) yang memiliki kemampuan dana dan teknologi yang terbatas tetapi juga menganggap unsur “kedaulatan” (sovereignty) penting dalam pengelolaan kekayaan alam.¹⁹⁹

Peraturan perundang-undangan seringkali disebut sebagai regulasi. Dalam pengertiannya Regulasi di Indonesia diartikan sebagai sumber hukum formil berupa peraturan perundang-undangan yang memiliki beberapa unsur, yaitu merupakan suatu keputusan yang tertulis, dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang, dan mengikat umum.²⁰⁰ Adapun beberapa ahli yang mengemukakan asas perundang-undangan Prof. Purnadi Purbacaraka dan Prof. Soerjono Soekanto, memperkenalkan enam asas sebagai berikut²⁰¹:

1. Peraturan perundang-undangan tidak berlaku surut (*non retroaktif*);
2. Peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula;
3. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus menyampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum (*lex specialis derogat lex generalis*);

¹⁹⁹ Waelde, T.W., *The Current Status of International Petroleum Investment: Regulating, Licensing, Taxing and Contracting*, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy University of Dundee Dundee, July 1995, dan Onorato, dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 84

²⁰⁰ Maria Farida Indrati S. *op.cit.*, hal. 12.

²⁰¹ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *op.cit.*, hal. 7-11

4. Peraturan perundang-undangan yang berlaku belakangan membatalkan peraturan perundang-undangan yang berlaku terdahulu (*lex posteriori derogate lex periori*);
5. Peraturan perundang-undangan tidak dapat di ganggu gugat;
6. Peraturan perundang-undangan sebagai sarana untuk semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spiritual dan materil bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian (*asas welvaarstaat*).

Dalam asas tersebut tentunya peraturan perundang-undangan tidak dapat mempengaruhi hal-hal dalam Kontrak Kerja Sama sebelum perundang-undangan tersebut diundangkan. Selain itu apabila melihat angka dan lima empat asas diatas, dikaitkan dengan penafsiran asas *pacta sunt servanda* secara luas dimana perjanjian adalah undang-undangan bagi para pihak, maka peraturan perundang-undangan publik dapat mempengaruhi Kontrak Kerja Sama Migas. Dalam angka enam jelas semakin memperkuat posisi peraturan perundang-undangan karena Kontrak Kerja Sama sendiri dibuat untuk menyejahterakan rakyat indonesia, sebagaimana peraturan perundang-undangan dibuat. Oleh karena itu Kontrak Kerja Sama Migas harus mengikuti peraturan perundang-undangan.

Adapun ruang lingkup dari peraturan perundang-undangan telah ditentukan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Dalam Pasal 7 Ayat (1) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyatakan tentang jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dalam Pasal 7, yang dirumuskan sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah;
- d. Peraturan Presiden;
- e. Peraturan Daerah.

Dalam hal ini yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan adalah yang termasuk kualifikasi diatas.

Berdasarkan mandat atau penugasan khusus, badan hukum privat, yang dalam hal ini adalah BP Migas hanya berwenang menerbitkan peraturan-peraturan terkait dengan materi penugasan khususnya saja, dalam hal kontrak misalnya, BP migas dapat mengeluarkan peraturan BP Migas untuk mengatur kontrak yang akan disepakati kedepan, namun tidak seperti peraturan publik, aturan tersebut tidak berpengaruh terhadap kontrak yang telah dibuat sebelum aturan tersebut dikeluarkan. Aturan ini tidak termasuk aturan perundang-undangan yang memengaruhi Kontrak Kerja Sama Migas. hal ini dikarenakan oleh BP Migas adalah pihak dalam perjanjian sehingga apabila BP Migas membuat aturan yang bertentangan dengan Kontrak Kerja Sama Migas yang sedang berjalan hal tersebut dapat dikualifikasikan sebagai hal yang melanggar kontrak dari salah satu pihak. Aturan BP migas hanya dapat mengikat ke Kontrak Kerja Sama Migas yang diperjanjikan setelah aturan tersebut berlaku dan disepakati dalam Kontrak Kerja Sama Migas setelah itu. Badan Pelaksana memiliki fungsi, tugas untuk melakukan pengendalian kegiatan hulu migas, dengan pengaturan khusus sebagai berikut:

1. Memberikan pertimbangan kepada menteri atas kebijaksannya dalam hal penyiapan dan penawaran Wilayah Kerja serta KKS;
2. Melaksanakan penandatanganan KKS;
3. Mengkaji dan menyampaikan rencana pengembangan lapangan yang pertama kali akan diproduksi dalam suatu wilayah kerja kepada menteri untuk mendapatkan persetujuan;
4. Memberikan persetujuan rencana pengembangan lapangan selain dari pada yang dimaksud dalam poin sebelumnya;
5. Memberikan persetujuan rencana kerja dan anggaran;
6. Melaksanakan monitoring dan melaporkan kepada menteri mengenai pelaksanaan KKS;
7. Menunjuk penjual minyak bumi dan/atau gas bumi bagian Negara yang dapat memberikan keuntungan yang sebesar-besarnya bagi Negara.

Kemungkinan memang selalu terbuka bahwa Pemerintah dapat mempergunakan kekuasaannya melalui haknya mengeluarkan peraturan

perundang-undangan, termasuk melakukan modifikasi atas persyaratan atau kewajiban kontrak dengan dalih untuk kepentingan publik. Menurut Zhiguo Gao, apabila hal ini dilakukan, maka dampak dari tindakan sepihak ini hanya akan memperburuk citra Pemerintah di antara para investor.²⁰² Kesamaan terhadap pandangan bahwa kesucian kontrak tidak pernah diperlakukan sebagai asas yang mutlak baik dalam teori maupun praktek.²⁰³

Kepentingan publik yang terdapat dalam Kontrak Kerja Sama memang harus dilindungi oleh Pemerintah. Dalam hal ini Pemerintah memiliki aturan-aturan khusus yang mewajibkan kontraktor untuk memperhatikan aspek publik dalam kontrak sebagaimana telah dibahas diatas. Dalam penjelasan Pasal 6 Ayat (1) UU Migas menyatakan bahwa di samping harus mematuhi peraturan perundang-undangan yang berlaku, Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap juga harus mematuhi kewajiban-kewajiban tertentu dalam menjalankan kegiatan usahanya. Hal ini juga diperkuat dengan klausul dalam Model Kontrak Bagi Hasil pada *section XV.3* yang menyatakan Perundang-undangan Republik Indonesia berlaku untuk kontrak ini, dimana lebih jauh lagi dinyatakan bahwa tidak ada ketentuan atau syarat dalam kontrak, termasuk persetujuan dari para pihak untuk menyerahkan ke arbitrase, yang akan menghalangi atau membatasi pemerintah Republik Indonesia untuk menggunakan hak-haknya yang bersifat mutlak. Dalam pengertian ini jelas bahwa perubahan peraturan perundang-undangan akan mempengaruhi Kontrak Kerja Sama Migas.

IV.4. Perubahan Keadaan yang Terjadi dalam Pelaksanaan Kontrak Dikaitkan dengan Kedudukan Kontrak Kerja Sama Migas.

²⁰² Gao, Zhiguo, *International Offshore Petroleum Contracts, Towards the Compatibility of Energy Need and Sustainable Development*, Dissertation Doctor of Science Dalhousie University, Halifax, Nova Scotia, UMI Dissertation Services, Ann Arbor, Michigan, July 1993,hal 502, dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal. 76

²⁰³ Gao, Zhiguo, *ibid.*,hal 503, dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis Universitas Padjajaran. Hal. 76

Seperti yang telah dibahas sebelumnya, Pemerintah dalam melaksanakan tugasnya dapat menjalankan kewenangannya berdasarkan hukum publik maupun hukum privat. Dalam menjalankan kepentingan umum, tindakan Pemerintah yang dijalankan harus dalam bentuk tindakan publik yang berdasarkan pada peraturan perundang-undangan. Aturan publik ini berfungsi untuk menjadi koridor bagi warga negara untuk bertindak, agar tidak terjadi gesekan-gesekan kepentingan yang menimbulkan sengketa dalam kehidupan warga negara. Dalam hal tersebutlah diperlukan undang-undang, agar masyarakat terlindungi dari tindakan sewenang-wenang dari pihak lain, ataupun dari Pemerintah.

Pemerintah dalam hal menjalankan kedudukannya sebagai badan hukum privat guna menjalankan Kontrak Kerja Sama maka perlu landasan hukum yang jelas. Asas yang menentukan bahwa suatu kewenangan harus dilandasi oleh suatu ketentuan hukum disebut asas legalitas atau "*legalicit beginsel*" atau "*wetmatigheids*". Asas legalitas untuk memberikan perlindungan pada hak atau kepentingan seseorang. Hak atau kepentingan hanya dapat dibatasi dengan hak pihak yang lain. Dalam hukum publik hak individu dibatasi oleh hak lain yang bersifat umum, sebagai contoh adalah hak negara dalam mengatur kehidupan warga negaranya. Untuk mendasari suatu negara menjadi subyek hukum yang berhak atau yang disebut mempunyai 'kewenangan yang sah', harus dibuat 'undang-undang' (*wet*). Undang-undang dibuat oleh wakil rakyat sebagai representasi dari suara rakyat yang menghendaki adanya ketertiban umum dalam berperilaku. Dengan Undang-undang tersebut melahirkan kewenangan atau *bevoegdheid* atau 'hak yang bersifat publik'.²⁰⁴

Dalam pelaksanaan Kontrak Kerja Sama yang pada dasarnya merupakan kontrak antar kontraktor kerja sama migas, yang kebanyakan adalah perusahaan asing, dengan Pemerintah yang diwakili oleh badan hukum privatnya yaitu BP Migas, rawan menyebabkan adanya kedudukan yang tidak seimbang. Dalam kedudukan yang tidak seimbang tersebut akan mengancam pelanggaran terhadap asas itikad baik yang merupakan salah satu asas dalam kontrak. Pelanggaran terhadap itikad baik ini dapat disebabkan oleh adanya perubahan keadaan yang

²⁰⁴ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 76

mempengaruhi kontrak. Dalam posisinya yang lebih tinggi negara memiliki kekuatan untuk melakukan pemaksaan dalam kontrak tersebut.

Berkaitan dengan kontrak yang tidak seimbang tersebut di atas, menurut Z. Asikin Kusumah Atmadja mengatakan bahwa "... hasil yang patut dan adil tergantung dari kedudukan yang seimbang antara para pihak".²⁰⁵

Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.²⁰⁶ *A contract is a promise or a set of promises, which the law will enforce.*²⁰⁷ Kontrak adalah perjanjian yang dibuat secara tertulis.²⁰⁸ Suatu perjanjian merupakan suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain, atau di mana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu.²⁰⁹ Berdasarkan hal yang dijanjikan untuk dilaksanakan (prestasi), perjanjian dibagi dalam tiga macam, yaitu:

1. Perjanjian untuk memberikan/menyerahkan suatu barang;
2. Perjanjian untuk berbuat sesuatu;
3. Perjanjian untuk tidak berbuat sesuatu.²¹⁰

Dalam hal suatu pihak ingin mengajukan adanya wanprestasi kepada seseorang yang dianggap lalai dalam memenuhi prestasinya, seseorang yang dituduh lalai melaksanakan suatu perjanjian dapat memberikan pembelaan dengan berbagai alasan, yaitu:

1. Mengajukan tuntutan adanya keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*);

²⁰⁵ Z. Asikin Kusumah Atmadja didalam Sutan Remy Sjahdeini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta.

²⁰⁶ Subekti (B), *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Intermasa, 1996, hal. 1.

²⁰⁷ Atiyah (A), *op.cit.*, hal. 28.

²⁰⁸ Hasanuddin Rahman, *Legal Drafting. Seri Keterampilan Mahasiswa Fakultas Hukum Dalam Merancang Kontrak Perorangan/Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 4.

²⁰⁹ Subekti (B), *op.cit.*, hal. 36.

²¹⁰ *Ibid.*, hal. 36.

2. Mengajukan bahwa si berpiutang (kreditur) sendiri juga telah lalai (*exceptio non adimpleti contractus*);
3. Mengajukan bahwa kreditur telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi (*pelepasan hak*: bahasa Belanda: *rechtsverwerking*).²¹¹

Adapun dalam hal adanya perubahan yang berkaitan dengan kontrak ada beberapa hal yang dapat dijadikan alasan untuk meminta renegotiasi kontrak. Hal yang pertama adalah *force majeure*. *Force Majeure* adalah klausula yang biasa dicantumkan dalam pembuatan kontrak dengan maksud melindungi pihak-pihak.²¹² Hal ini terjadi apabila terdapat bagian dari kontrak yang tidak dapat dilaksanakan karena sebab-sebab yang berada di luar kontrol para pihak dan tidak bisa dihindarkan dengan melakukan tindakan yang sewajarnya. Force majeure disebabkan oleh *Act of God*, yaitu suatu kejadian atau peristiwa yang semata-mata karena kekuatan alam tanpa ada campur tangan manusia yang bisa mengendalikan peristiwa tersebut. Adapun yang termasuk ke dalam hal ini setiap bencana alam atau kecelakaan yang disebabkan oleh sebab fisik yang tidak bisa ditahan, seperti kilat, angin ribut, bencana laut (*perils of the sea*), tornado, gempa bumi dan semacamnya. Dalam pencantuman klausula *force majeure* atau biasa juga disebut *over macht* biasanya terdapat penekanan kepada keadaan memaksa yang berada di luar kekuasaan para pihak (*due to causes which are reasonably beyond the parties power and control*). Dalam keadaan yang demikian, tidak ada pihak yang dibebankan tanggung jawab atau risiko untuk setiap kegagalan atau penundaan terhadap pelaksanaan kewajiban sesuai dengan kontrak.²¹³

Khusus mengenai keadaan memaksa dapat dijelaskan sebagai berikut. Keadaan memaksa atau keadaan kahar adalah:

Keadaan 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

²¹¹ *Ibid.*, hal. 55.

²¹² I. G. Rai Widjaja, *Merancang Suatu Kontrak (Kontrak Drafting)*, *op.cit*, hal. 73

²¹³ *Ibid.*, hal. 73

pihak yang tidak dapat melaksanakan kewajibannya (dan/atau haknya), karena keadaan kahar itu terjadi di luar kuasa atau kemampuan dari pihak yang tidak dapat melaksanakan kewajibannya itu.²¹⁴

Jika memperhatikan ketentuan dalam KUH Perdata, mengenai keadaan memaksa diatur dalam Pasal 1244 KUHPer dan 1245 KUHPer. Dalam Pasal 1244 menyatakan bahwa:

Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga, bila ia tidak membuktikan, bahwa hal tidak dilaksanakan atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perjanjian itu disebabkan karena sesuatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu pun jika itikad buruk tidak ada padanya.

Selanjutnya Pasal 1255 menyatakan bahwa :

Tidaklah biaya, rugi dan bunga harus digantinya, apabila karena keadaan memaksa atau karena suatu kejadian yang tak disengaja, si berutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau karena hal-hal yang sama telah melakukan perbatan yang terlarang.

Kedua pasal di atas ditempatkan dalam bagian KUH Perdata mengenai ganti rugi. Keadaan memaksa adalah suatu alasan untuk dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi.²¹⁵

Dalam keadaan memaksa dikenal dua teori, yaitu teori subyektif dan obyektif. Menurut teori subyektif, debitur hanya dapat mengemukakan tentang keadaan memaksa, jika pemenuhan prestasinya bagi setiap orang mutlak tidak mungkin dilaksanakan.²¹⁶ Sementara itu, menurut teori subyektif, terdapat keadaan memaksa jika debitur yang bersangkutan mengingat keadaan pribadi daripada debitur tidak dapat memenuhi prestasinya.²¹⁷ Klausul keadaan memaksa

²¹⁴ Budiono Kusumohamidjojo (B), *Panduan Untuk Merancang Kontrak*, (Jakarta: Gramedia Widiasarana, 2001, hal. 66.

²¹⁵ Subekti., *op.cit.*, hal. 55.

²¹⁶ R Setiawan, *op.cit.*, hal. 29.

²¹⁷ *Ibid.*, hal. 30.

sangat terkait dengan itikad baik dari para pihak. alasan keadaan memaksa seringkali dimanfaatkan bagi pihak yang ingin melakukan penyelewengan terhadap perjanjian. Keadaan memaksa yang diterapkan harus senantiasa diselaraskan dengan asas itikad baik.

Dalam pelaksanaan kontrak itikad baik sering mendapatkan sorotan, terlebih karena sifatnya yang tidak didefinisikan secara jelas membuat banyak kasus menarik mengenai asas itikad baik ini. Asas itikad baik ini dalam prakteknya sering mengalami gonjangan saat adanya perubahan keadaan yang mempengaruhi kontrak. Perubahan keadaan, tersebut salah satunya adalah perubahan keadaan dalam keadaan perekonomian, misalnya perubahan nilai mata uang, ataupun perubahan harga minyak yang berhubungan dalam skripsi ini. Adapun salah satu kasus yang berkaitan dengan Perubahan Keadaan sebagaimana dibahas dalam skripsi ini adalah kasus Sarong Arrest dan Mark Arrest. Kedua arrest ini berkaitan dengan turunnya nilai uang (devaluasi) Jerman setelah Perang Dunia I.²¹⁸

Kasus Sarong Arrest terjadi pada tahun 1918 dimana suatu firma Belanda memesan pada pengusaha Jerman sejumlah sarong dengan harga sebesar 100.000 gulden. Dikarenakan keadaan memaksa, penjual dalam waktu tertentu tidak dapat menyerahkan pesanan untuk sementara waktu. Setelah keadaan memaksa berakhir, pembeli menuntut pemenuhan prestasi. Tetapi sejak diadakan perjanjian keadaan sudah banyak berubah dan penjual bersedia memenuhi pesanan tetapi dengan harga yang lebih tinggi, sebab apabila harga tetap sama maka penjual akan menderita kerugian.

Pembelaan yang penjual ajukan atas dasar Pasal 1338 ayat (3) KUHPer dikesampingkan oleh Hoge Raad dalam arrest tersebut. Menurut putusan Hoge Raad tidak mungkin satu pihak dari suatu perikatan atas dasar perubahan keadaan, bagaimanapun sifatnya, berhak berpatokan pada itikad baik untuk mengingkari janjinya yang secara jelas dinyatakan HR masih memberi harapan tentang hal ini dengan memformulasikan, mengubah inti perjanjian atau mengesampingkan secara keseluruhan.²¹⁹ Dapatkah diharapkan suatu putusan yang lebih ringan, jika

²¹⁸ *Ibid.*, hal, 11.

hal itu bukan merupakan perubahan inti atau mengesampingkan secara keseluruhan.

Putusan HR ini selalu berpatokan pada saat dibuatnya oleh para pihak. Apabila pihak pemesan sarong sebanyak yang dipesan maka penjual harus melaksanakan isi perjanjian tersebut, karena didasarkan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Kasus Mark Arrest terjadi sebelum Perang Dunia I, dimana seorang warganegara Jerman memberi sejumlah pinjaman uang kepada seorang warganegara Belanda pada tahun 1924. Akibat peperangan nilai Mark sangat menurun, sedangkan masih terdapat sisa pinjaman yang belum dilunasi. Namun dengan jumlah sisa tersebut hampir tidak cukup untuk membeli prangko.²²⁰ Kemudian kreditur meminta pembayaran jumlah yang lebih tinggi atas dasar devaluasi tersebut. Pasal 1757 KUHPer menyatakan “Jika saat pelunasan terjadi suatu kenaikan atau kemunduran harga atau ada perubahan mengenai berlakunya mata uang maka pengembalian jumlah yang dipinjam harus dilakukan dalam mata uang yang berlaku pada saat itu.” Hoge Raad menimbang bahwa tidak nyata para pihak pada waktu mengadakan perjanjian bermaksud untuk mengesampingkan ketentuan yang bersifat menambah dan memutuskan bahwa orang Belanda cukup mengembalikan jumlah uang yang sangat kecil itu. Menurut Hakim pada badan peradilan tertinggi ini, tidak berwenang atas dasar itikad baik atau kepatutan mengambil tindakan terhadap undang-undang yang bersifat menambah.²²¹

Putusan Mark Arrest ini sama dengan Sarong Arrest bahwa hakim terikat pada asas itikad baik, artinya hakim dalam memutus perkara didasarkan pada saat terjadinya jual beli atau saat penjam-meminjam uang. Apabila orang Belanda meminjam uang sebanyak 1000 gulden, maka orang Belanda tersebut harus mengembalikan sebanyak jumlah uang diatas, walaupun dari pihak peminjam berpendapat bahwa telah terjadi devaluasi uang. Dalam kasus ini terdapat satu hal yang dapat digarisbawahi yaitu putusan hakim yang berasal dari kepentingan para

²¹⁹ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 82

²²⁰ *Ibid.*, Hal. 83

²²¹ *Ibid.*, Hal. 83

pihak pada saat penandatanganan perjanjian. Hoge Raad menimbang bahwa tidak nyata para pihak pada waktu mengadakan perjanjian bermaksud untuk mengesampingkan ketentuan yang bersifat menambah dan memutuskan bahwa orang Belanda cukup mengembalikan jumlah uang yang sangat kecil itu. Hal ini dapat menjadi dasar bagi Kontrak Kerja Sama Migas yang dalam perjalanannya menemui kegoncangan akibat adanya perubahan keadaan, dimana negara dalam hal ini perlu menekankan adanya kepentingan negara untuk tetap menyelenggarakan pengelolaan Migas yang sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat.

Keberadaan asas itikad baik dan keadaan memaksa apabila dikaitkan dengan kontrak internasional, harus juga dianalisis berdasarkan asas hukum internasional yaitu *rebus sic stantibus*. Konsep *rebus sic stantibus* diakui dalam hukum internasional dan berkembang pada abad XVIII dalam hukum privat. Dalam perjalanannya asas ini mendapat banyak kritik karena tidak kejelasan dan tidak kepastiannya. Konsep ini harus ditafsirkan secara sempit, karena dapat berdampak negatif terhadap kesucian kontrak (*contract sanctity*). Dengan makin menguatnya faham liberalisme pada abad XIX yang menghendaki kebebasan berkontrak, klausula *rebus sic stantibus* kehilangan pengaruhnya di negara-negara dengan sistem hukum kontinental (civil law). Klausula *rebus sic stantibus* ini umumnya ditemukan dalam hukum internasional publik.²²² doktrin *rebus sic stantibus* ini diarahkan kepada²²³:

- 1) Adanya suatu prinsip bahwa kontrak menampung perubahan keadaan atau keadaan sulit (*hardship*). Penekanan kepada kepatuhan terhadap kontrak tidak harus selalu diartikan bahwa dengan asas *pacta sunt servanda* kesepakatan para pihak tidak dapat diubah. Dalam hal *pacta sunt servanda*, hanya berarti bahwa kontrak yang secara hukum sah dan berlaku harus ditaati, yang berarti tidak diganggu gugat (*invioability*) dan bukan tidak dapat diubah.

²²² Liu Chengwei, *loc. cit.*

²²³ Achmad Madjedi Hasan, *op. cit.* hal 84

2) Pemberian ganti rugi dilarang dan bahwa kewajiban dalam perjanjian akan berakhir apabila terjadi perubahan keadaan, yakni *force majeure*.

Adapun beberapa kasus yang didalamnya menjadikan asas *rebus sic stantibus* sebagai acuannya salah satunya adalah kasus *Texas Overseas Petroleum Company*. Perkara *Texas Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company* melawan Pemerintah Libya (1978), diakhiri dengan putusan Mahkamah Arbitrase mengakui asas kesucian kontrak dengan mendasarkan putusannya pada itikad baik dalam perjanjian tertulis antara para pihak.²²⁴ Dalam prakteknya perubahan yang mendasar dalam suatu keadaan, juga tidak serta merta dapat membatalkan suatu kontrak. Dalam perkara Slovakia melawan Hongaria di *International Court of justice* mengenai sengketa proyek bersama bendungan *Gabcikovo-Nagymaros* di sungai Donau, pecahnya Cekoslovakia menjadi dua negara (Ceko dan Slovakia) diakui sebagai *change of circumstances*. Namun perubahan tersebut tidak ada kaitannya dengan objek dari proyek dan maksud dari *Budapest Treaty* (1977) yang merupakan dasar kesepakatan untuk pembangunan proyek bendungan tersebut, dengan demikian alasan Hongaria untuk membatalkan proyek bendungan tersebut tidak dapat diterima. Juga perubahan standar lingkungan merupakan hal yang seharusnya sudah diantisipasi dan karena itu tidak dapat dijadikan alasan oleh Hungaria untuk membatalkan proyek.²²⁵

Dilain kasus, terdapat beberapa putusan arbitrase internasional yang mengakui klausula *rebus sic stantibus*, seperti dalam perkara Pemerintah Kuwait melawan *American Independent Oil Company (Aminoil)* pada tahun 1982. Dalam penerapannya, kasus ini memerlukan pembuktian yang kuat bahwa perubahan

²²⁴ Abba Kolo, *Renegotiation and Contract Adaption in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles and Industry Practices*, Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Vol 1, Issue #02, March 2003, University of Dundee, <http://www.gasandoil.com/ogel/sample/>, hal 20, dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.* hal 84

²²⁵ International Court of Justice, *Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Summary of the Judgement of 25 September 1997*, http://www.lawschool.cornell.edu/library/cij/www/iccjwww/docket/ihs/ihs_summaries/ihssummary/1997. dikutip dari Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.* hal 86

yang terjadi tidak terpikirkan sebelumnya atau tidak dapat diantisipasi. Dalam putusannya, tindakan Kuwait melakukan nasionalisasi dapat dibenarkan dengan memberikan kompensasi kepada *Aminoil* berupa ganti rugi dan potensi kehilangan laba (*lucrum cessans*).²²⁶

Di Indonesia, dalam perkara PERTAMINA dan PLN melawan Karaha Bodas *Company* L.L.C dan PLN melawan Himpurna *California Energy* dan Patuha, putusan Pemerintah untuk menunda proyek karena krisis moneter diterima sebagai “*force majeure*”, tetapi hanya diberlakukan untuk investor. Pertamina dan PLN tidak dalam posisi untuk menggunakan Keppres Nomor 39 Tahun 1997 tentang penundaan sejumlah proyek infrastruktur sebagai landasan untuk pembebasan kewajibannya. Pertamina dan PLN harus dianggap telah ingkar janji. Putusan ini dapat diartikan bahwa klaim PERTAMINA dan PLN agar dibebaskan dari kewajibannya berdasarkan klausula *rebus sic stantibus* tidak diterima²²⁷ Hal ini menunjukkan bahwa asas *rebus sic stantibus* di Indonesia yang belum diterima secara umum. Hal ini sangatlah disayangkan, karena Kontrak Kerja Sama Migas umumnya adalah kontrak internasional, sehingga berlaku asas-asas hukum perikatan internasional.

Kontrak Kerja Sama merupakan termasuk kontrak yang memiliki jangka waktu yang panjang. Masa pelaksanaan kontrak adalah sepanjang tiga puluh tahun dan dapat diperpanjang selama dua puluh tahun lagi. Mengingat sifatnya sebagai kontrak jangka panjang, maka akan sangat dimungkinkan terjadinya perubahan dalam keadaan yang mempengaruhi Kontrak Kerja Sama tersebut. Adapun Indonesia telah meratifikasi Konvensi UNIDROIT melalui Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 59 Tahun 2008 tentang Pengesahan Statute of International Institute for The Unification of Private Law (Statuta Lembaga Internasional Untuk Unifikasi Hukum Perdata). The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract 1994 (Prinsip UNIDROIT)

²²⁶ Abba Kolo, loc. cit

²²⁷ Dalam putusannya Mahkamah Arbitrase Internasional perkara Karaha Bodas menetapkan bahwa bantahan Pertamina dan PLN yang menyatakan bahwa mereka juga berhak dianggap sebagai upaya untuk menghilangkan (*deprive*) arti penting dari Artikel 15.2 (JOC) dan Seksi 9.2 (ESC) yang menyatakan bahwa kejadian-kejadian yang berhubungan dengan tindakan Pemerintah (*Government Related Event*) bukan merupakan keadaan kahar bagi Pertamina dan PLN

merupakan salah satu upaya harmonisasi hukum atau pengaturan dalam hukum kontrak Internasional dimana diantara negara-negara anggotanya memiliki sistem hukum yang berbeda-beda. Prinsip UNIDROIT ini diperbaharui pada tahun 2004 untuk menyesuaikan dengan perkembangan perdagangan internasional. Prinsip UNIDROIT adalah hasil karya para ahli yang berasal dari perwakilan dari sistem-sistem hukum dan ekonomi di dunia. Prinsip UNIDROIT sebenarnya tidak memiliki kekuatan hukum apapun, apabila belum diratifikasi, namun dapat digunakan sebagai *choice of law* bagi para pihak atau diterapkan sebagai prinsip-prinsip hukum umum, kebiasaan atau praktek dalam perdagangan internasional maupun *lex mercatoria*.²²⁸

Lex mercatoria dapat dikatakan sebagai suatu norma yang bersifat otonom yang berlaku di kalangan pebisnis, dan merupakan prinsip-prinsip serta kebiasaan internasional yang bukan merujuk pada suatu sistem hukum internasional tertentu. Adapun materi muatan *lex mercatoria* meliputi:

- ³⁵/₁₇ Peraturan-peraturan yang terdapat dalam perjanjian-perjanjian internasional;
- ³⁵/₁₇ Hukum-hukum seragam seperti United Nations Convention on Contract for the International sales of Goods;
- ³⁵/₁₇ Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa pedagang di dunia seperti prinsip *pacta sunt servanda*;
- ³⁵/₁₇ Resolusi-resolusi majelis umum PBB;
- ³⁵/₁₇ Rekomendasi-rekomendasi dan kode-kode perilaku dari lembaga-lembaga internasional seperti: UNCITRAL dan UNINDROIT;
- ³⁵/₁₇ Kebiasaan-kebiasaan dalam perdagangan seperti: ICC Incoterm;
- ³⁵/₁₇ Putusan-putusan arbitrase.

Asas yang mengatakan bahwa perubahan keadaan dapat digunakan untuk membatalkan perjanjian diatur dalam UNIDROIT. Prinsip dapat

²²⁸ *Lex mercatoria* adalah hukum yang berlaku di dalam suatu transaksi internasional tidak hanya merujuk kepada salah satu hukum tertentu, tetapi dapat juga merujuk kepada suatu *lex mercatoria*. Secara historis, *lex mercatoria* merupakan sekumpulan hukum kebiasaan diantara para pedagang eropa yang diadministrasi oleh pengadilan pedagang dimana para pedagang itu sendiri menjadi hakimnya.

dibatalkannya kontrak bila mengandung perbedaan besar (gross disparity) ditetapkan dalam Pasal 3.10 UNIDORIT. Prinsip ini pada dasarnya merupakan pelaksanaan dari prinsip itikad baik serta prinsip keseimbangan dan keadilan. Hal ini dilandasi kenyataan bahwa terkadang terjadi perbedaan yang besar dari para pihak dalam perdagangan internasional. Oleh karena itu, diperlukannya sistem aturan umum yang dapat melindungi pihak yang memiliki posisi yang tidak menguntungkan. Salah satu pihak boleh meminta pembatalan kontrak apabila terjadi perbedaan mencolok (gross disparity) yang memberikan keuntungan berlebihan dan secara tidak sah kepada salah satu pihak.

Atas permintaan pembatalan kontrak oleh pihak yang berhak, pengadilan dapat mengubah kontrak atau syarat tersebut agar sesuai dengan standar komersial yang wajar dari transaksi yang jujur. Pengadilan dapat juga mengubah seluruh kontrak atau sebagian syaratnya atas permintaan pihak yang menerima pemberitahuan pembatalan. Pemohon harus memberitahu pihak lawan tentang permohonannya tersebut. Prinsip menghormati Kontrak ketika terjadi Kesulitan (hardship) diakomodasi dalam Pasal 6.2.1-6.2.3 UNIDORIT. Apabila dalam pelaksanaan kontrak menjadi lebih berat bagi salah satu pihak, pihak tersebut juga terikat melaksanakan perikatannya dengan tunduk pada ketentuan tentang hardship. Ketentuan ini menentukan dua hal pokok, yaitu sifat mengikat dari kontrak sebagai aturan umum dan perubahan keadaan yang relevan dengan kontrak jangka panjang.

Definisi tentang suatu peristiwa yang dapat dikategorikan sebagai hardship adalah peristiwa yang secara fundamental telah mengubah keseimbangan kontrak. Hal ini diakibatkan oleh biaya pelaksanaan kontrak meningkat sangat tinggi atau nilai pelaksanaan kontrak bagi pihak yang menerima sangat menurun, yang memenuhi kondisi sebagai berikut:

- Peristiwa itu terjadi atau diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah penutupan kontrak;
- Peristiwa tidak dapat diperkirakan secara semestinya oleh pihak yang dirugikan pada saat penutupan kontrak;
- Peristiwa terjadi di luar kontrol dari pihak yang dirugikan;

- Resiko dari peristiwa itu tidak diperkirakan oleh pihak yang dirugikan.

Menurut prinsip umum, adanya perubahan keadaan tidak mempengaruhi kewajiban pelaksanaan kontrak, oleh karena itu adanya hardship tidak dapat dijadikan alasan pembatalan kontrak, kecuali perubahan itu bersifat fundamental (*rebus sic stantibus*). Adapun yang dapat menjadi akibat hukum dari peristiwa ini sebagai berikut:

- Pihak yang dirugikan berhak untuk meminta renegotiasi kontrak kepada pihak lain.
- Permintaan tersebut harus diajukan segera dengan menunjukkan dasar-dasarnya;
- Permintaan renegotiasi tidak dengan sendirinya memberikan hak kepada pihak yang dirugikan untuk menghentikan pelaksanaan kontrak;
- Apabila para pihak gagal untuk mencapai kesepakatan dalam jangka waktu yang wajar, masing-masing pihak dapat mengajukannya ke pengadilan;
- Apabila pengadilan membuktikan adanya hardship maka pengadilan dapat memutuskan untuk mengakhiri kontrak pada tanggal dan jangka waktu yang pasti, atau dapat pula mengubah kontrak untuk mengembalikan keseimbangannya

Dalam hukum perikatan risiko adalah suatu ajaran tentang siapakah yang harus menanggung ganti rugi apabila debitur tidak memenuhi prestasi dalam keadaan *force majeure*.²²⁹ Adapun menurut Sri Redjeki Hartono,²³⁰ risiko merupakan suatu ketidakpastian dimasa yang akan datang tentang kerugian. Selanjutnya klausul yang dinilai sebagai klausul yang memberatkan dan banyak muncul dalam perjanjian-perjanjian baku adalah klausul eksonerasi seperti yang telah disebutkan sebelumnya. Munir Fuady menyatakan bahwa salah satu wujud dari ketidakadilan dalam kontrak adalah apa yang disebut dengan “keterkejutan yang tidak adil”

²²⁹ Mariam Darus Badruzman (B), *op.cit*, hal. 29

²³⁰ Sri Redjeki Hartono, *op.cit*, hal. 62

(*Unfair Surprise*).²³¹ Suatu klausula dalam kontrak dianggap merupakan *unfair surprise*, manakala klausula tersebut bukan klausula yang diharapkan oleh orang yang normal dalam kontrak semacam itu, sementara pihak yang menulis kontrak mempunyai alasan untuk mengetahui bahwa klausula tersebut tidak akan sesuai dengan keinginan yang wajar dari pihak lain, tetapi pihak yang menulis kontrak tersebut tidak berusaha menarik perhatian pihak lainnya terhadap klausula tersebut. Dalam Kontrak Kerja Sama Migas sendiri hal-hal semacam ini mungkin saja terjadi sewaktu-waktu, khususnya dikaitkan dengan harga minyak.

Ketentuan memaksa dicantumkan dalam berbagai konvensi internasional yang wajib ditaati oleh para pihak dalam pembuatan kontrak internasional yang menganut asas kebebasan berkontrak.²³² Sehubungan dengan pembatasan terhadap asas kebebasan berkontrak Prof. Asikin Kusuma Atmadja, dalam makalahnya menyatakan bahwa Hakim berwenang untuk memasuki/meneliti isi suatu kontrak apabila sesuai dengan hukum, kebutuhan konstruksi penyalahgunaan kesempatan/keadaan merupakan atau dianggap sebagai faktor yang membatasi atau yang mengganggu adanya kehendak yang bebas untuk menentukan persetujuan antara kedua belah pihak.²³³ Kontrak migas menurut sifatnya sebagaimana disebutkan dalam bab II adalah merupakan kontrak internasional sehingga ketentuan memaksa harus diatur di dalamnya. Dalam Model Kontrak Bagi Hasil keadaan memaksa diatur dalam *section XV. 4* tentang keadaan kahar. Namun hal yang disayangkan bahwa Model Kontrak Bagi Hasil tidak memasukan klausul-klausul dalam hukum internasional yang dapat digunakan sebagai *choice of law* bagi para pihak dalam Kontrak Kerja Sama Migas. Hal ini berimplikasi pada lebih mudahnya Kontrak Kerja Sama ini dalam menyesuaikan dengan perubahan keadaan yang ada. Dengan ketiadaan klausul tersebut maka penegakan terhadap asas hukum internasional hanya dapat dilakukan dengan pendekatan kebiasaan bisnis internasional yang mana kekuatan

²³¹ Munir Fuady (A), *op.cit.*, hal. 54-55

²³² Setiawan (D), *Tinjauan hukum Indonesia dalam perselisihan pinjaman luar negeri, masalah wajib lapor serta akibat hukumnya*, varia peradilan , tahun V no, 56 (mei 1990): 136-139

²³³. Asikin Kesuma Atmadja, *Pembatasan Rentenir sebagai Perwujudan Pemerataan Keadilan*, Varia Peradilan Tahun II, No. 27, Februari 1987.

hukumnya lebih lemah dibandingkan apabila klausul tersebut diatur dalam Kontrak Kerja Sama Migas.

Dalam hal adanya upaya untuk menegakan asas hukum internasional dalam Kontrak Kerja Sama Migas terlebih dahulu kedua pihak harus menemui kesepakatan untuk merenegosiasi kontrak. Apabila hal ini tidak mencapai kesepakatan, salah satu pihak dapat mengajukan ke pihak ketiga yang berwenang, antara lain arbitrase ataupun pengadilan. Hal ini dilakukan dengan menyebutkan dasar dikehendakinya perubahan kontrak tersebut yang dapat diterima oleh pengadilan. Hal ini diajukan pada umumnya dilakukan karena kontrak tersebut dianggap sudah sedemikian tidak memenuhi hati nurani dan kepentingan satu pihak.

Sutan Remy Sjahdeini menyebutnya dengan *unconscionable* artinya bertentangan dengan hati nurani.²³⁴ Perjanjian-perjanjian *unconscionable* seringkali digambarkan sebagai perjanjian-perjanjian yang sedemikian tidak adil (*unfair*) sehingga dapat mengguncangkan hati nurani Pengadilan (Hakim) atau *shock the conscience of the court*. Selanjutnya Mariam Darus Badruzaman dengan istilahnya *unconscionability* atau doktrin ketidakadilan merupakan suatu doktrin dalam ilmu hukum kontrak yang mengajarkan bahwa suatu kontrak batal atau dapat dibatalkan oleh pihak yang dirugikan manakala dalam kontrak tersebut terdapat klausula yang tidak adil dan sangat memberatkan salah satu pihak, sungguhpun kedua belah pihak telah menandatangani kontrak yang bersangkutan.²³⁵ Salah satu keadaan yang dapat disalahgunakan ialah adanya kekuasaan ekonomi (*economish overwicht*) pada salah satu pihak, Yang mengganggu keseimbangan antara kedua belah pihak sehingga adanya kehendak yang bebas untuk memberikan persetujuan yang merupakan salah satu syarat bagi sahnya suatu persetujuan tidak ada (kehendak yang cacat), menurut Prof. Z. Asikin yang penting ialah menciptakan beberapa titik taut yang merupakan dasar bagi hakim untuk menilai secara adil. Dalam konteks ini Yudikatif dipandang sebagai bagian intervensi negara secara luas. Penyelenggaraan negara setidak-tidaknya terdapat

²³⁴ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hal. 105

²³⁵ Mariam Darus Badruzaman (B), *op.cit.*, hal. 52-53

fungsi yudikatif, eksekutif, dan legislative sehingga intervensi pengadilan (yudikatif) terhadap kontrak dapat dikatakan sebagai intervensi negara.

Mengaitkan hal-hal tersebut diatas dalam hal perubahan keadaan yang dilakukan dalam industri migas. Maka dalam Kontrak Kerja Sama Migas generasi pertama rumusan kontrak sangat sederhana. Kontrak tersebut hanya mengatur bahwa produksi minyak dan gas setiap tahun dibagi dalam dua bagian, dengan pembagian empat puluh persen yang pertama yang dikenal sebagai '*cost oil*' yang dialokasikan untuk pengembalian biaya eksplorasi dan eksploitasi, sedangkan enam puluh persen yang disebut '*profit oil*' dibagi 65 persen untuk PERTAMINA dan 35 persen untuk kontraktor. Termasuk dalam 65 persen bagian PERTAMINA adalah pajak penghasilan dan pajak atas laba kontraktor serta pajak-pajak lain seperti PBB, pajak penjualan, dan sebagainya. Rumusan bagi hasil ini kemudian mengalami dua kali perubahan, yaitu setelah meletusnya perang di Timur Tengah (1973) dan setelah terjadi krisis keuangan PERTAMINA (1976). Dalam kasus ini perang di timur tengah membawa perubahan keadaan yang signifikan bagi industri minyak dunia. Hal ini membuat harga minyak melambung tinggi. Dalam kondisi ini kemudian Pemerintah sebagai pemilik sumber daya alam memandang hal ini sangat membawa keuntungan yang besar bagi kontraktor karena saat perjanjian dibuat harga minyak jauh berada di bawah harga pada saat itu. Perubahan yang pertama terjadi pada akhir tahun 1973 setelah meletusnya perang di Timur Tengah yang menaikkan harga minyak lebih dari lima kali. Untuk Perjanjian Karya perubahan dilakukan dengan mekanisme pembayaran tambahan yang dikaitkan dengan tingkatan harga dan produksi, sementara untuk Kontrak Bagi Hasil dengan mengubah rumusan bagi hasil untuk harga minyak diatas USD 5.00/barrel.²³⁶ Perubahan yang kedua terjadi pada awal tahun 1976 setelah terjadi krisis keuangan PERTAMINA yang dimulai pada tahun 1975 dan diberlakukan baik untuk Perjanjian Karya maupun Kontrak Bagi Hasil. Selain mengubah rumusan bagi hasil menjadi 85 persen untuk Pemerintah dan 15 persen untuk perusahaan, perubahan juga dilakukan dengan memisahkan penerimaan Negara dalam dua kelompok, yaitu:

²³⁶ Achmad Madjedi Hasan, *op.cit.*, Hal. 85

1. Penerimaan Negara berupa Pajak Perseroan dan Dividen termaksud dalam Peraturan Perpajakan yang berlaku pada saat penandatanganan perjanjian; dan
2. Penerimaan Negara diluar pajak-pajak tersebut dalam butir 1 di atas, termasuk bagian produksi yang diserahkan kepada Negara sebagai pemilik sumber daya minyak dan gas bumi, kewajiban Kontraktor menyerahkan sebagian dari hak produksi untuk kebutuhan dalam negeri, bea masuk, iuran pembangunan daerah (pajak bumi bangunan), bonus dan lain-lain

Perubahan keadaan yang mungkin akan terjadi kedepannya dapat saja dijadikan dasar untuk meminta renegotiasi Kontrak Kerja Sama Migas karena hal ini diakui dalam hukum internasional yang juga telah diratifikasi dengan Peraturan Presiden. Tentunya hal ini perlu dilakukan dengan persetujuan pihak kontraktor sebagaimana diatur dalam KUHPer. Apabila memang tidak mencapai kesepakatan pihak yang mengajukan dapat mengajukannya ke pengadilan. Hal ini bisa dialami oleh setiap pihak. apabila dahulu perubahan diinginkan oleh Pemerintah karena kenaikan harga minyak, bukan tidak mungkin suatu hari kontraktor akan meminta renegotiasi kontrak dikarenakan harga minyak yang turun. Hal ini dimungkinkan mengingat saat ini sudah banyak ditemukan energi alternatif pengganti minyak yang akan melepaskan ketergantungan terhadap energi yang berasal dari minyak bumi. Selain itu perubahan Kontrak Kerja Sama sebelumnya harus ditinjau dari seluruh aspek yang mempengaruhi, khususnya investasi. Hal ini mengingat industri minyak adalah industri yang beresiko tinggi, membutuhkan modal tinggi dan tidak sembarang investor dapat masuk ke industri ini.

Perubahan keadaan yang menyebabkan Pemerintah mengintervensi Kontrak Kerja Sama Migas dapat mempengaruhi iklim investasi di Indonesia. Di Indonesia industri minyak dan gas bumi mempunyai sejarah panjang dan mengalami pasang surut. Pasang surut dalam industri migas selain disebabkan oleh menurunnya cadangan minyak, juga disebabkan oleh iklim investasi yang tidak menentu. Meningkatnya kegiatan eksplorasi dalam awal Pemerintahan orde baru berhasil meningkatkan produksi minyak dari sekitar 600 ribu *barrel* setiap

hari pada tahun 1967 menjadi 1,7 juta *barrel* pada tahun 1975.²³⁷ Pada tahun 1977, Indonesia mulai melakukan ekspor yang pertama gas alam cair (*LNG*).

Kemajuan tersebut sebagian besar disebabkan oleh iklim usaha yang kondusif yang diciptakan oleh Pemerintah dan usaha bersama melalui kerja sama dengan perusahaan multinasional, dibantu oleh teknologi. Meskipun demikian, industri migas di tanah air kemudian menghadapi berbagai kendala dan masalah. Setelah mencapai puncaknya di tahun 1977, kegiatan hulu migas di Indonesia menurun, yang dipicu oleh perubahan rumusan bagi hasil. Demikian pula sejak tahun 1990, tingkat keberhasilan menemukan cadangan baru cenderung menurun baik dipandang dari jumlah maupun besarnya setiap penemuan.

Selama kurun waktu 1996 sampai dengan 2004, investasi yang dibelanjakan untuk kegiatan eksplorasi dan produksi oleh perusahaan minyak dalam nilai sebenarnya atau *real terms* cenderung tidak meningkat. Jika dibandingkan dengan jumlah investasi di seluruh dunia, investasi di Indonesia untuk kegiatan eksplorasi cenderung menurun, yaitu dari sekitar 5.5 persen pada tahun 1997, pangsa Indonesia turun menjadi hanya 2.6 persen pada tahun 2003 dari seluruh investasi di dunia.

Menurunnya minat investor dalam kegiatan hulu migas menurut hasil survei *PriceWaterhouseCoopers* (2002 dan 2005), tidak disebabkan oleh berkurangnya persepsi investor terhadap potensi sumber daya migas di Indonesia, turunnya harga minyak atau gejolak politik, tetapi lebih pada pertimbangan komersial, khususnya berkaitan dengan meningkatnya ketidakpastian dalam pelaksanaan kontrak. Faktor-faktor yang menghambat investasi di Indonesia lebih pada pemberlakuan peraturan perundang-undangan baru pada kontrak-kontrak Migas yang sedang berjalan, ketidakpastian dalam peraturan-peraturan mengenai perpajakan dan bea masuk dan kelambatan dalam pengembalian Pajak Pertambahan Nilai (PPN) dan sengketa pajak lainnya dan tidak adanya kejelasan mengenai peran daerah dan pusat setelah dikeluarkannya Undang-Undang Otonomi Daerah, yang menyebabkan para kontraktor migas sering menghadapi peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh Pemerintah daerah yang berbeda atau bertentangan dengan kesepakatan dalam Kontrak Kerja Sama Migas.

²³⁷ *Ibid.*, Hal. 86

Pada sisi lain penerapan aturan hukum yang salah seringkali disebabkan oleh tidak adanya dukungan pemisahan hukum yang tegas. Penerapan aturan hukum yang salah atau terlalu dipaksakan pada akhirnya akan membahayakan tujuan hukum.²³⁸ Hukum seharusnya memberikan keamanan, *certainty* dan *predictability*.²³⁹ Tanpa kepastian hukum akan mengakibatkan iklim usaha tidak kondusif. Apabila Negara sebagai organisasi kekuasaan harus lebih diutamakan, maka harus dipikirkan lebih dahulu diterapkan pada kasus yang tepat. Penegakkan hukum atau *law enforcement* yang salah akan lebih tampak sebagai komoditas politik,²⁴⁰ yang mengesampingkan pengaruhnya pada perkembangan ekonomi nasional. Terkait dengan hal ini dikatakan bahwa seharusnya hukum memperhatikan pertumbuhan ekonomi, oleh Hikmahanto Juwana dikatakan bahwa, “*during the past ten years law and economics have focused on how laws and legal procedures affect economic growth and development in poor countries*”.²⁴¹

Dalam suatu sistem hukum yang menghormati asas kepatuhan terhadap kontrak dimana kepatuhan mencerminkan keadilan alam karena mengikat seseorang untuk mematuhi janjinya dan melindungi kepentingan orang yang menerima janji. Janji itu mengikat’ (*pacta sunt servanda*). Seperti pepatah melayu mengatakan “Kerbau dipegang talinya, manusia dipegang janjinya”. Hukum Islam juga memasukan asas ini sebagaimana disebutkan ” Wahai orang-orang beriman penuhilah janjimu” (Surat Al Maidah). Peranan hukum di dalam pergaulan hidup adalah sebagai sesuatu yang melindungi, memberi rasa aman, tentram dan tertib untuk mencapai kedamaian dan keadilan setiap orang.²⁴²

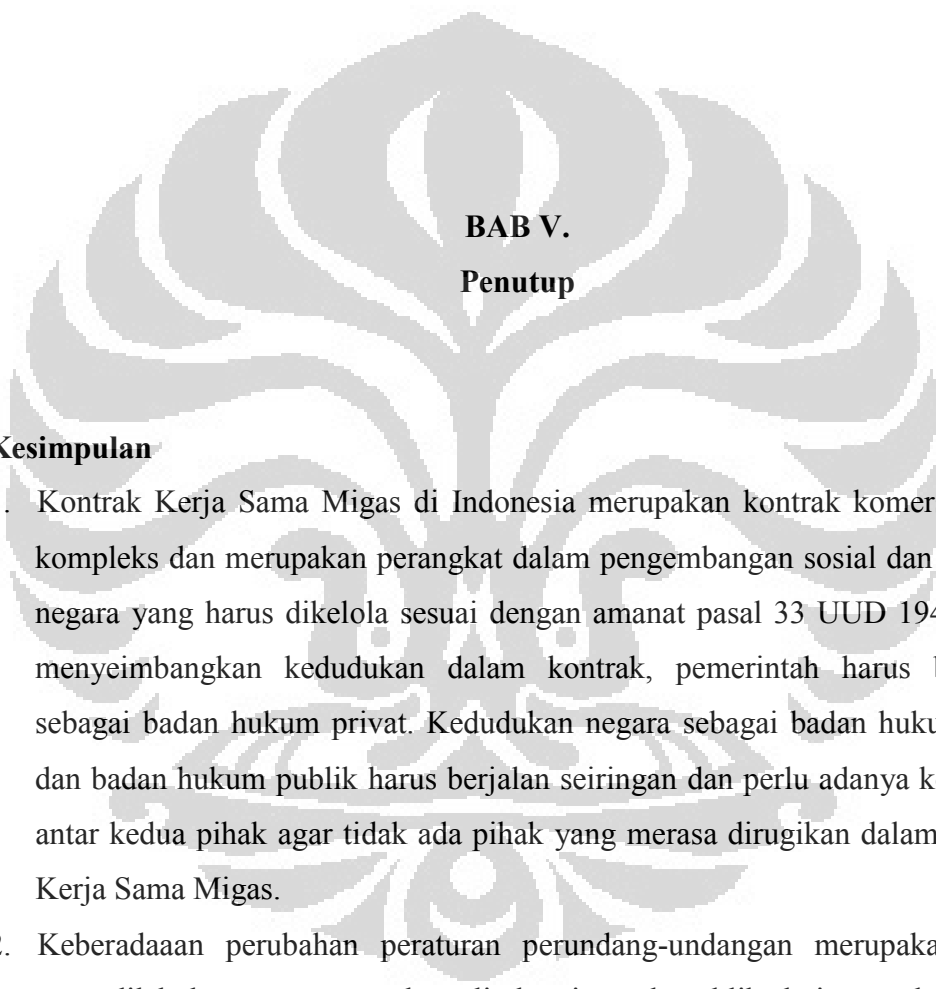
²³⁸ Tujuan hukum adalah Keadilan, dikemukakan oleh Aristoteles, tujuan hukum adalah Kepastian Hukum dikemukakan oleh J. Wiarda, tujuan hukum adalah kemanfaatan dikemukakan oleh Jeremy Betham.

²³⁹ Hikmahanto Juwana, *Arah Kebijakan Pembangunan Hukum Di Bidang Perekonomian dan Investasi, Paper, Seminar Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen*, BPHN, Depkumham RI, 29-31 Mei 2006., hal.8.

²⁴⁰ *Ibid.*, hal. 25.

²⁴¹ *Ibid.*, hal 20,

²⁴² Kansil, 1986. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka. Hal. 40.



BAB V.

Penutup

Kesimpulan

1. Kontrak Kerja Sama Migas di Indonesia merupakan kontrak komersial yang kompleks dan merupakan perangkat dalam pengembangan sosial dan ekonomi negara yang harus dikelola sesuai dengan amanat pasal 33 UUD 1945. Untuk menyeimbangkan kedudukan dalam kontrak, pemerintah harus bertindak sebagai badan hukum privat. Kedudukan negara sebagai badan hukum privat dan badan hukum publik harus berjalan seiringan dan perlu adanya koordinasi antar kedua pihak agar tidak ada pihak yang merasa dirugikan dalam Kontrak Kerja Sama Migas.
2. Keberadaan perubahan peraturan perundang-undangan merupakan upaya yang dilakukan negara untuk melindungi aspek publik dari penyelenggaraan negara. Kontrak Kerja Sama Migas yang mengatur didalamnya aspek publik harus tunduk dan menyesuaikan dengan perubahan peraturan perundang-undangan sesuai ketentuan dalam undang-undang migas. Aturan BP Migas bukan merupakan aturan perundang-undangan sehingga perubahannya tidak mempengaruhi Kontrak Kerja Sama Migas yang sedang berjalan, namun dapat menjadi acuan bagi negosiasi Kontrak Kerja Sama kedepannya.

3. Kontrak Kerja Sama Migas adalah Kontrak Internasional yang juga tunduk pada hukum dan kebiasaan bisnis internasional. Hal-hal yang dapat diajukan dalam perubahan Kontrak Kerja Sama Migas dapat berasal dari aturan KUHPer yaitu force Majeur (keadaan memaksa) ataupun asas-asas hukum internasional yang melingkupi perubahan keadaan yang mendasar (*rebus sic stantibus*), terdapat perubahan yang besar (gross disparity), dan keadaan yang tidak diduga (unfair surprise). Mekanisme perubahan Kontrak Kerja Sama Migas dilakukan sesuai dengan hukum nasional, yaitu melalui persetujuan kedua belah pihak, atau apabila tidak tercapai kesepakatan maka dilakukan dalam pengadilan.

Saran

1. Dalam pembuatan Kontrak Kerja Sama tiap pihak harus memperhatikan tahap-tahap dalam pembuatan kontrak khususnya dalam tahap precontractual dimana setiap pihak harus cermat dalam menangkap maksud dan merumuskan dalam suatu Kontrak Kerja Sama Migas khususnya bagi pihak pemerintah, yang harus memperhatikan kemanfaatan sebesar-besarnya bagi rakyat Indonesia..
2. Pemerintah harus tetap memperhatikan kepentingan publik dengan mengaturnya dalam peraturan perundang-undangan yang berpihak kepada masyarakat sehingga dapat melindungi masyarakat dalam berbagai aspek kehidupan, khususnya dalam Kontrak Kerja Sama Migas.
3. Para pihak dalam Kontrak Kerja Sama dalam merumuskan adanya perubahan keadaan harus melihat aspek yang lebih luas diluar kontrak tersebut, yaitu mengenai keberlanjutan usaha dan investasi dalam suatu negara.



DAFTAR REFERENSI

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Indonesia, *Undang-Undang Tentang Minyak dan Gas Bumi*, UU No. 22 Tahun 2001, LN.136 Tahun 2001, TLN. No. 4152, . Pasal 5

-----, *Undang Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Undang Undang Nomor 10 Tahun 2004, . Pasal 1 butir 2

Peraturan Pemerintah Nomor 42 tahun 2002 tentang Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi.

PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI

Mahkamah Konstitusi, Putusan Perkara Nomor 001-021-022/Puu-I/2003, 1 Desember 2004, Diucapkan Dalam Persidangan Terbuka, 15 Desember 2004, Dimuat Dalam Berita Negara Ri Nomor 102 Tahun 2004, 21 Desember 2004.

BUKU-BUKU

A. Qirom Meliala, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, (Yogyakarta: Liberty, 1985)

Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perjanjian*,(Bandung: Alumni, 1986)

Absori, *Hukum Ekonomi Indonesia (Beberapa Aspek Pengembangan Pada Era Liberalisme Perdagangan)*, (Surakarta: Muhammadiyah University Press UMS, 2006,)

Amiroedin Sjarif, *Perundang-undangan: Dasar, Jenis, dan Teknik Membuatnya*, (Jakarta: Bina Aksara.h. 1987)

Asikin Kusumah Atmaja, ed., *Beberapa yurisprudensi perdata yang penting serta hubungan ketentuan hukum acara perdata*, (Jakarta : mahkamah Agung Republik Indonesia, 1992)

-----, *Pembatasan Rentenir sebagai Perwujudan Pemerataan Keadilan*, *Varia Peradilan* (Februari 1987)

Atiyah , *Hukum Kontrak*,.(Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1979)

Budiono Kusumohamidjojo, *Dasar-Dasar Merancang Kontrak*, (Jakarta: PT. Grasindo, 1998)

-----, *Panduan Untuk Merancang Kontrak*,, (Jakarta: Gramedia Widiasarana, 2001

Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia* , Edisi III , (Jakarta, Balai Pustaka, 2002)

Felix S. Soebagjo, *Perkembangan Azas-azas Hukum Kontrak dalam Praktek Bisnis Selama 25 Tahun Terakhir*, (makalah disampaikan dalam Pertemuan Ilmiah Perkembangan Hukum Kontrak dalam Praktek Bisnis Indonesia, Jakarta, 18 – 19 Februari 1993)

Henry Campbel Black, *Black's Law Dictionary*, (St. Paul Minnosota, USA: West Publishing Co, 1968)

Hasanuddin Rahman, *Legal Drafting. Seri Keterampilan Mahasiswa Fakultas Hukum Dalam Merancang Kontrak Perorangan/Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000)

Hestu Cipto Handoyo. *Prinsip-Prinsip Legal Drafting dan Desain Naskah Akademik*. (Yogyakarta: Penerbit Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2008.)

Johannes Gunawan, dalam Bernadette M. Waluyo, *Hukum Perjanjian sebagai Ius Constituendum (Lege Ferenda)* , (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003)

J. Satrio, *Hukum Perjanjian*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1992)

Kansil, 1986. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka

Mariam Darus Badruzaman, *Kerangka Dasar Hukum Perjanjian dalam Seri Dasar Ekonomi, Hukum Kontrak di Indonesia*, (Jakarta; ELIPS, 1998)

-----., *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001)

-----., *Pembentukan Hukum Nasional dan Permasalahannya*, (Bandung: Alumni, 1981) ,

Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001)

-----, *Hukum Bisnis Dalam Teori Dan Praktek, Buku Ke Empat* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997)

M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 1986)

Mochtar Kusuma-Atmadja, *Perminyakan di Indonesia dan Kontrak Bagi Hasil* (Depok: FHUI, 1994)

Maria Farida Indrati S. *Ilmu Perundang-undangan: Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*. (Yogyakarta: Kanisius, 2007)

Mohammad Hatta, *Bung Hatta Menjawab*, (Jakarta: Gunung Agung, 1979)

Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Peraturan perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Cet. Ke-3, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1989)

Philipus M Hadjon (A), *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction To The Indonesian Administrative Law)* Cetakan VIII, (Gadjah Mada University Press, 2002)

Peter Mahmud, *Kontrak dan Pelaksanaannya*, (Bali: ,2000)

Purwakhid Patrik, *Asas Iktikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*, (Jakarta: Elips Project, 1993)

R. Setiawan (A), *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Bina Cipta, 1987)

Salim H.S (A), *Hukum Pertambangan di Indonesia, Cet. 5*. (Jakarta: Rajawali Pers, 2008),.

-----., “*Hukum Kontrak: Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*,” Cet. II, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004)

-----., *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding (MoU)*. (Jakarta: Sinar Grafika, 2007.)

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1990)

Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet. 3., (Jakarta: Ui Press, 1986)

Subekti, *Aneka Perjanjian*. (Bandung: Citra Aditia Bakti, 1997)

-----., *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Intermasa, 1996

Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, (Yogyakarta: Liberty, 1986)

Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian*, (Jakarta: Institut Indonesia, 1993)

-----., *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia. 1993.

Utrecht. E., *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Cet Iv, (Bandung: Fakultas Hukum Dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Negeri Padjajaran, 1960)

Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum (Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Recht)*, *Terjemahan Oetarid Sadino, Cetakan Ke 29*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 2001)

Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Cetakan VII, (Bandung, : Sumur Bandung, 1979)

TESIS DAN SKRIPSI

Achmad Madjedi Hasan, *Penerapan Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Kontrak Bagi Hasil Di Bidang Minyak Dan Gas Bumi Dalam Rangka Penanaman Modal*. 2005, Tesis, Universitas Padjajaran.

JURNAL ILMIAH

Asikin Kesuma Atmadja, *Pembatasan Rentenir sebagai Perwujudan Pemerataan Keadilan*, *Varia Peradilan Tahun II*, No. 27, Februari 1987.

Made Rawa Aryawan, *Asas Kebebasan Berkontrak dalam Kaitannya dengan kewenangan Hakim untuk Menilai Eksistensi Kontrak*, *Jurnal Ilmu Hukum Vol. 1*, No. 1, 2003.

M Yahya Harahap, *Dua Sisi Putusan Hakim Tidak Adil Bagi Yang Kalah Dan Adil Bagi Yang Menang*, *Varia Peradilan*, tahun VII no 95 (agustus 1993).

Philipus. M Hadjon (B),. *Yuridika*, No. 5 & 6 Tahun Xii, Sep-Des 1997.

Setiawan, *Menurunnya Supremasi Asas Kebebasan Berkontrak*, *PPH Newsletter* (Desember 2003)

-----, *Tinjauan Hukum Indonesia Dalam Perselisihan Pinjaman Luar Negeri, Masalah Wajib Laporan Serta Akibat Hukumnya*, *varia peradilan*, tahun V no, 56 (mei 1990): 136-139

-----, *Tinjauan hukum Indonesia dalam perselisihan pinjaman luar negeri, masalah wajib lapor serta akibat hukumnya*, varia peradilan , tahun V no, 56 (mei 1990): 136-139

ARTIKEL ONLINE

Chengwei, Liu, Remedies for Non Performance : perspective from CSIG. UNINDROIT Principle and PECL. Chapter 19 Change of Circumstances, September 2003, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-79html>.

Gadis “*Asuransi dan Energi (Minyak dan Gas Bumi)*”, <http://www.reindo.co.id/reinfokus/edisi23/asuransi_minyak.htm>,

Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, <http://tldk.uni-koeln.de/php/pub>,

Rosa Agustina T. Pangaribuan, *Asas Kebebasan Berkontrak dan Batas-Batasnya dalam Hukum Perjanjian*, <<http://www.theceli.com/dokumen/jurnal/rosa/r001.shtml>>,