

BAB 2

**KAJIAN TEORI MENGENAI HUKUM KONTRAK KONSTRUKSI,
SENGKETA KONSTRUKSI, SIFAT PUBLIK DAN PRIVAT DARI
PEMERINTAH SERTA ARBITRASE SEBAGAI SARANA PENYELESAIAN
SENGKETA**

2.1 Sifat Publik dan Privat Dari Negara

2.1.1 Negara sebagai subyek hukum

Secara perdata, subyek hukum dapat dikategorikan sebagai perorangan atau badan hukum. Menurut R.Wiryono Prodjodikoro, negara termasuk badan hukum sama seperti daerah otonom, perkumpulan orang-orang (*corporatie*), perusahaan atau harta benda yang tertentu (yayasan). Badan-badan hukum tersebut dapat turut serta dalam pergaulan hidup di masyarakat, dapat menjual atau membeli barang, dapat sewa atau menyewakan barang, dapat tukar menukar barang, dapat menjadi majikan dalam persetujuan perburuhan, dan juga dapat dipertanggung jawabkan atas tindakan melanggar hukum yang merugikan orang lain.¹⁹

Secara hukum, negara dapat bertindak dalam 2 (dua) cara, yaitu :²⁰

- 1) Secara sama dengan badan hukum partikelir (swasta) seperti jual beli barang, sewa menyewa barang, dll.

¹⁹ R.Wiryono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum*, op.cit., hal.61

²⁰ Ibid, hal.84

- 2) Dalam kedudukannya sebagai pemerintah yang bertugas untuk menyelenggarakan kesejahteraan Indonesia.

Tindakan pemerintah/administrasi negara tersebut ada pembatasannya, yaitu tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau kepentingan umum, tidak boleh melawan hukum (*onrechtmatig*) baik formal maupun materiil dalam arti luas, tidak boleh melampaui/menyelewengkan kewenangan menurut undang-undang (*kompetentie*). Menurut Prajudi Atmosudiryo, tindak pemerintahan harus memenuhi:²¹

- 1) Legitimasi

Kegiatan administrasi negara jangan sampai menimbulkan heboh karena tidak diterima masyarakat setempat atau lingkungan yang bersangkutan

- 2) Yuridiktas

Perbuatan administrasi negara tidak dapat melawan atau melanggar hukum dalam arti luas

- 3) Legalitas

Tidak satupun perbuatan administrasi negara yang dapat dilakukan tanpa dasar suatu ketentuan undang-undang dalam arti luas, keadaan darurat perlu pembuktian.

Keikutsertaan badan administrasi negara dalam perbuatan hukum keperdataan ikut mempengaruhi hubungan hukum keperdataan yang berlangsung dalam masyarakat umum. Hal ini disebabkan perjanjian yang diadakan oleh badan administrasi negara

²¹ Safri Nugraha, et.al, op.cit., hal.60-63

dilakukan dengan warga masyarakat dan badan hukum perdata. Bukan tidak mungkin berbagai ketentuan hukum publik (terutama peraturan perundang-undangan hukum tata usaha negara) akan menyusup dan mempengaruhi peraturan perundang-undangan perdata. Terdapat beberapa peraturan yang secara khusus mengatur tata cara/prosedur yang harus ditempuh berkaitan dengan perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan oleh badan administrasi negara. Misalnya badan administrasi negara tidak dapat begitu saja belanja barang dan jasa (pengadaan) bagi kebutuhan departemen/lembaga tanpa melalui tata cara dan prosedur yang ditetapkan. Apalagi pembelanjaan dalam rangka pelaksanaan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.²²

Dalam ilmu hukum, ada 2 (dua) jenis badan hukum dipandang dari segi kewenangan yang dimilikinya, yaitu.²³

1) Badan hukum publik (*Personnemorale*)

Mempunyai kewenangan mengeluarkan kebijakan publik, baik yang mengikat umum maupun yang tidak mengikat umum (misalnya Undang-Undang Perpajakan).

2) Badan hukum privat (*personne juridique*)

Tidak mempunyai kewenangan mengeluarkan kebijakan publik yang bersifat mengikat masyarakat umum.

²² Iwan E Joesoef, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (swasta) Dalam Proyek Infrastruktur*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2006, hal.39

²³ Arifin P Soeria Atmadja, *Keuangan Publik Dalam Perspektif Hukum*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2005, hal. 91

Dalam konteks negara sebagai badan hukum publik, kedudukan hukum dari kepunyaan negara itu harus diadakan pembagian dalam kepunyaan privat (*domaine prive*) dan kepunyaan publik (*domaine public*). Hukum yang mengatur kepunyaan privat ini sama sekali tidak berbeda dengan hukum yang mengatur kepunyaan perdata biasa, yaitu hukum perdata. Sementara itu, hukum yang mengatur kepunyaan publik diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan tersendiri. Dalam hal negara sebagai pemilik kepunyaan privat, pemerintah sebagai representasi negara, melakukan tindakan atau perbuatan yang bersifat privat (perdata) pula. Dalam kedudukannya sebagai badan hukum privat, pemerintah mengadakan hubungan hukum dengan subyek hukum lain berdasarkan hukum privat. Salah satu hubungan hukum perdata ini adalah perbuatan pemerintah sendiri atau bersama-sama dengan subyek hukum lain, yang tidak termasuk administrasi negara, tergabung dalam suatu bentuk kerja sama tertentu yang diatur oleh hukum perdata, misalnya bergabung membentuk perseroan terbatas.

2.1.2 Peranan negara dalam bidang konstruksi

Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa tujuan Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia antara lain adalah memajukan kesejahteraan umum. Oleh karena itu, bumi dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, sebagaimana tercantum dalam pasal 33 ayat (3) UUD 1945. Disamping itu, negara juga bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas umum

(infrastruktur) yang layak. Hal ini diamanatkan juga oleh pasal 34 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945.

Dalam pembangunan nasional, jasa konstruksi mempunyai peranan penting dan strategis mengingat jasa konstruksi menghasilkan produksi akhir berupa bangunan atau bentuk fisik lainnya, baik yang berupa prasarana maupun sarana yang berfungsi mendukung pertumbuhan dan perkembangan berbagai bidang, terutama bidang ekonomi, sosial, dan budaya untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata secara materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Selain berperan dalam mendukung berbagai bidang pembangunan, jasa konstruksi berperan pula untuk mendukung tumbuh dan berkembangnya berbagai industri barang dan jasa yang diperlukan dalam penyelenggaraan pekerjaan konstruksi.²⁴

Penyelenggaraan infrastruktur oleh pemerintah erat kaitannya dengan kegiatan penyelenggaraan konstruksi. Ada 2 (dua) hal penting peranan pemerintah dalam penyelenggaraan infrastruktur. Pertama adalah masalah pembebasan lahan dan kedua adalah masalah tarif. Dalam hal pembebasan lahan, apabila tidak ada aturan main yang ditetapkan pemerintah khususnya dalam hal negosiasi harga tanah dalam peraturan pertanahan, maka akan terjadi pembengkakan nilai investasi yang mana konsekuensinya akan mempengaruhi tarif dan juga tingkat pengembalian investasi bagi investor. Begitu pula masalah tarif, apabila pemerintah tidak memberikan jaminan kenaikan tarif dalam suatu peraturan perundang-undangan, maka investor akan mengalami kesulitan dalam

²⁴ Penjelasan Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi, TAMBAHAN LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA NOMOR 3833

menentukan tingkat pengembalian investasi, biaya-biaya operasi dan pemeliharaan yang dipengaruhi oleh inflasi.²⁵

Ada 2 (dua) resiko yang harus dibagi antara investor dan pemerintah. Tanggung jawab resiko investor dalam investasi infrastruktur adalah resiko-resiko yang bersifat korporasi seperti resiko-resiko yang berkaitan dengan perjanjian kredit, konstruksi dan sumber daya manusia. Sedangkan tanggung jawab resiko pemerintah dalam investasi infrastruktur adalah resiko-resiko yang bersifat politis, resesi ekonomi dan bencana yang bersifat perekonomian secara global.²⁶

2.2 Hukum Kontrak Konstruksi di Indonesia

2.2.1 Kajian hukum kontrak di Indonesia

Kontrak konstruksi merupakan bagian dari hukum perikatan yang berlaku di Indonesia. Hukum perikatan di Indonesia diatur dalam buku III KUH Perdata yang terdiri dari 18 Bab dan 631 pasal, mulai dari pasal 1233 KUH Perdata hingga pasal 1864 KUH Perdata. Berdasarkan pasal 1233 KUH Perdata, disebutkan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan dari perjanjian/persetujuan dan Undang-Undang.

Buku III KUH Perdata menganut asas kebebasan dalam hal membuat perjanjian (*beginsel der contractsvrijheid*). Asas ini dapat disimpulkan dari pasal 1338 KUH Perdata yang menerangkan bahwa “*segala perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*” Dari peraturan tersebut dapat

²⁵ Iwan E Joesoef, *Jaminan Pemerintah (Negara) Atas Kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur (Studi Kasus Proyek Jalan Tol* , Badan Penerbit Fakultas Hukum Indonesia, Jakarta, 2005 hal.89

²⁶ Ibid.

ditarik kesimpulan bahwa tiap perjanjian mengikat kedua belah pihak dan peraturan ini memberikan keleluasaan untuk membuat perjanjian apa saja asal tidak melanggar ketertiban umum serta kesusilaan. Tidak saja memberikan keleluasaan, tetapi pada umumnya juga dibolehkan mengenyampingkan peraturan-peraturan yang termuat dalam buku III tersebut. Dengan kata lain, peraturan-peraturan dalam buku III KUH Perdata tersebut pada umumnya hanya merupakan hukum pelengkap (*aanvullend recht*), bukan hukum keras atau hukum yang bersifat memaksa. Hal inilah yang dikenal umum sebagai sistem terbuka.²⁷

Terdapat 3 (tiga) asas yang terdapat dalam hukum perjanjian ini yang merupakan sistem terbuka, yaitu:²⁸

1. Asas kebebasan berkontrak

Asas ini disimpulkan dalam pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi:

“Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

Dengan menekankan pada perkataan semua, maka pasal tersebut seolah-olah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja atau apa saja dan perjanjian itu akan mengikat mereka yang membuatnya seperti undang-undang. Pasal-pasal dari hukum perjanjian hanya berlaku apabila kita tidak mengadakan aturan-aturan sendiri dalam perjanjian-perjanjian yang kita adakan itu.

²⁷ Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Cetakan ke XXVI, PT. Intermedia, Jakarta, 1994, hal.127

²⁸ Iwan E Joeseof, *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (swasta) Dalam Proyek Infrastruktur*, op.cit., hal.19-20

2. Asas Konsensualitas

Perkataan ini berasal dari perkataan latin *consensus* yang berarti sepakat. Arti asas konsensualitas ialah pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kesepakatan. Dengan perkataan lain, perjanjian itu sudah sah apabila sudah sepakat mengenai hal-hal pokok dan tidaklah diperlukan sesuatu formalitas. Asas Konsensualitas tersebut lazimnya disimpulkan dalam pasal 1320 KUH Perdata yang berbunyi :

“untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan 4 (empat) syarat : (1) sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; (2) kecakapan untuk membuat sesuatu perjanjian; (3) Suatu hal tertentu; (4) suatu sebab yang halal.”

Oleh karena dalam pasal tersebut tidak disebutkan suatu formalitas tertentu disamping kesepakatan yang telah tercapai itu, disimpulkan setiap perjanjian itu sudah sah (dalam arti mengikat) apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian itu. Terhadap asas konsensualitas itu ada juga kekecualiannya, yaitu yang oleh undang-undang ditetapkan formalitas-formalitas tertentu untuk beberapa macam perjanjian seperti perjanjian penghibahan benda tidak bergerak, perjanjian perdamaian, dll. Ancaman batalnya perjanjian tersebut apabila tidak menuruti bentuk cara yang dimaksud. Perjanjian-perjanjian yang ditetapkan suatu formalitas tertentu, dinamakan perjanjian formil.

3. Asas Kepribadian

Yang dimaksud dengan kepribadian (personalia) disini adalah tentang siapa-siapa yang tersangkut dalam suatu perjanjian. Asas ini disimpulkan dalam pasal 1315 KUH Perdata, sebagai:

“Pada umumnya tak seorang dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji dari pada untuk dirinya sendiri.”

Menurut pasal ini, mengikatkan diri ditujukan pada memikul kewajiban-kewajiban atau menyanggupi melakukan sesuatu. Sedangkan minta ditetapkannya suatu janji, ditujukan pada memperoleh hak-hak atas sesuatu atau dapat menuntut sesuatu. Memang sudah semestinya, perikatan hukum yang dilakukan oleh suatu perjanjian, hanya mengikat orang-orang yang mengadakan perjanjian itu sendiri dan tidak mengikat orang-orang lain. Orang-orang lain adalah pihak ketiga yang tidak mempunyai sangkut paut dengan perjanjian tersebut.

2.2.2 Kajian hukum kontrak konstruksi di Indonesia

Asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur dalam pasal 1320 KUH Perdata menjadi satu-satunya asas dalam penyusunan kontrak konstruksi, hingga pada tahun 1999 lahir peraturan perundang-undangan yang baku untuk mengatur hak-hak dan kewajiban para pelaku jasa konstruksi, yaitu UU No.19 Tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi. Pada umumnya posisi penyedia jasa selalu lebih lemah daripada posisi pengguna jasa. Dengan kata lain, posisi pengguna jasa lebih dominan dari pada posisi penyedia jasa. Hal ini diakibatkan karena terbatasnya pekerjaan konstruksi/proyek dan banyaknya penyedia jasa.

Secara umum, kontrak konstruksi dapat digolongkan menjadi 3 (tiga) golongan, yakni:²⁹

a) Versi pemerintah

Biasanya tiap departemen memiliki standar sendiri. Standar yang biasanya dipakai adalah standar Departemen Pekerjaan Umum. Bahkan Departemen Pekerjaan Umum memiliki lebih dari 1 (satu) standar karena masing-masing direktorat jenderal mempunyai standarnya masing-masing. Namun sejak tahun 2007, sudah ada Peraturan Menteri PU No.43/PRT/M/2007 Tentang Standar dan Pedoman Pengadaan Jasa Konstruksi. Sehingga tidak ada lagi standar ganda yang berbeda-beda antar Direktorat Jenderal.

b) Versi swasta nasional

Versi ini beraneka ragam sesuai selera pengguna jasa/pemilik proyek. Kadang-kadang mengutip standar Departemen atau yang sudah lebih maju mengutip sebagian sistem kontrak luar negeri seperti FIDIC (*Federation Internationale des Ingenieurs Counsels*), JCT (*Joint Contract Tribunals*) atau AIA (*American Institute of Architects*). Namun karena diambil setengah-setengah, maka wajah kontrak versi ini menjadi tidak karuan dan sangat rawan sengketa. Dengan adanya Peraturan Menteri PU No.43/PRT/M/2007 Tentang Standar dan Pedoman Pengadaan Jasa Konstruksi, maka yang dijadikan acuan dalam standar kontrak adalah sesuai dengan

²⁹ Nazarkhan Yasin, *Mengenal Kontrak Konstruksi di Indonesia*, Op.cit., hal.14

Peraturan Menteri PU tersebut. Jika ada modifikasi atau perubahan dalam kontrak jasa konstruksi, disesuaikan dengan kebutuhan masing-masing pihak tanpa perlu ada perubahan drastis dari standar yang telah ditentukan pemerintah.

c) Versi swasta asing

Umumnya para pengguna jasa/pemilik proyek asing menggunakan kontrak dengan sistem FIDIC atau JCT. Namun, apabila swasta asing tersebut melakukan pekerjaan konstruksinya di Indonesia, maka sudah tentu yang digunakan adalah standar pemerintah sebagaimana diatur dalam Peraturan Menteri PU No.43/PRT/M/2007 Tentang Standar dan Pedoman Pengadaan Jasa Konstruksi.

Pada tataran praktis, terdapat 2 (dua) bentuk kontrak konstruksi yang sering digunakan yaitu *Fixed Lump Sump Price* dan *Unit Price*. Berikut ini adalah penjelasannya:

1) *Fixed Lump Sump Price*

Peraturan Pemerintah No.29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi memberikan definisi *lump sump*, pada pasal 21 ayat (1), sebagai berikut:

“Kontrak kerja konstruksi dengan bentuk imbalan *lump sump* sebagaimana dimaksud dalam pasal 20 ayat (3) huruf a angka 1 merupakan kontrak jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam jangka waktu tertentu dengan jumlah harga yang pasti dan tetap serta semua resiko yang mungkin terjadi dalam proses penyelesaian pekerjaan yang sepenuhnya ditanggung oleh penyedia jasa sepanjang gambar dan spesifikasi tidak berubah”

Selanjutnya dalam penjelasan mengenai pasal 21 ayat (1) dijelaskan bahwa :

“Pada pekerjaan dengan bentuk *lump sum*, dalam hal terjadi pembetulan perhitungan perincian harga penawaran, karena adanya kesalahan aritmatik maka harga penawaran total tidak boleh diubah. Perubahan hanya boleh dilakukan pada salah satu atau volume atau harga satuan, dan semua resiko akibat perubahan karena adanya koreksi aritmatik menjadi tanggung jawab sepenuhnya penyedia jasa, selanjutnya harga penawaran menjadi harga kontrak (nilai pekerjaan).”

2) *Unit Price*

Peraturan Pemerintah No.29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi memberikan definisi *unit price*, pada pasal 21 ayat (2), sebagai berikut:

“Kontrak kerja konstruksi dengan bentuk imbalan harga satuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 20 ayat (3) huruf a angka 2 merupakan kontrak jasa atas penyelesaian seluruh pekerjaan dalam jangka waktu tertentu berdasarkan harga satuan yang pasti dan tetap untuk setiap satuan/unsur pekerjaan dengan spesifikasi teknis tertentu yang volume pekerjaannya didasarkan pada hasil pengukuran bersama atas volume pekerjaan yang benar-benar telah dilaksanakan penyedia jasa.”

Selanjutnya dalam penjelasan mengenai pasal 21 ayat (2) dijelaskan bahwa :

“Pada pekerjaan dengan bentuk imbalan harga satuan, dalam hal terjadi pembetulan perhitungan perincian harga penawaran dikarenakan adanya kesalahan aritmatik, harga penawaran total dapat berubah, akan tetapi harga satuan tidak boleh dirubah. Koreksi aritmatik hanya boleh dilakukan pada perkalian antara volume dengan harga satuan. Semua resiko akibat perubahan karena adanya koreksi aritmatik menjadi tanggungjawab sepenuhnya penyedia jasa. Penetapan pemenang lelang berdasarkan harga penawaran terkoreksi. Selanjutnya harga penawaran terkoreksi menjadi harga kontrak (nilai pekerjaan). Harga satuan juga menganut prinsip *lump sump*.”

2.3 Sengketa Konstruksi

2.3.1 Perkembangan sengketa konstruksi di Indonesia

Di negara-negara maju, industri jasa konstruksi sudah berkembang demikian pesatnya dan sudah menggunakan teknologi yang serba canggih. Para penyedia jasa konstruksi di negara-negara tersebut sudah terbiasa untuk bersaing secara ketat satu sama lain. Hampir semua penyedia jasa konstruksi menguasai teknologi dan seluk beluk jasa konstruksi sehingga perbedaan harga penawaran para penyedia jasa konstruksi (pada waktu tender) tidak lagi berkaitan dengan perbedaan harga barang dan upah dalam suatu pekerjaan, namun lebih kepada faktor efisiensi dalam mengerjakan pekerjaan konstruksi tersebut.

Di Indonesia sendiri, dikenal dengan adanya asas kebebasan berkontrak didalam hukum perjanjiannya. Dengan adanya asas kebebasan berkontrak yang banyak dianut dalam pembuatan perjanjian/kontrak konstruksi, maka bentuk dan jenis kontrak

konstruksi yang beragam dapat memicu adanya permasalahan hukum. Sengketa yang ditimbulkan karena masalah jasa konstruksi dapat diselesaikan di pengadilan dan diluar pengadilan. Hanya saja, pada tataran prakteknya kebanyakan kasus jasa konstruksi dalam kontraknya diatur akan diselesaikan dengan perdamaian, persetujuan para pihak dalam musyawarah, mediasi dan arbitrase. Dengan kata lain, dalam suatu sengketa konstruksi, kebanyakan para pihak menyelesaikannya dalam forum penyelesaian sengketa diluar pengadilan (*Alternative Disputes Resolution*).

Secara umum, perkembangan sengketa konstruksi di Indonesia berjalan seiring dengan perjalanan sejarah bangsa Indonesia itu sendiri. Secara singkat, terdapat 5 (lima) periodisasi perkembangan sengketa/klaim konstruksi yang sejalan dengan sejarah perkembangan negara Indonesia, yaitu :³⁰

1) Periode 1945-1950

Dalam periode awal kemerdekaan ini industri jasa konstruksi dapat dikatakan belum tumbuh. Pelaku jasa konstruksi nasional sangatlah sedikit. Pada umumnya pelaku jasa konstruksi yang besar adalah perusahaan-perusahaan milik Belanda. Bangsa Indonesia ketika itu masih disibukkan dengan pergolakan fisik melawan Belanda yang ingin kembali menjajah Indonesia. Praktis pada periode ini bangsa Indonesia belum dapat membangun dan oleh karenanya belum ada klaim konstruksi.

2) Periode 1951-1959

³⁰ Nazarkhan Yasin, *Mengenal Klaim Konstruksi dan Penyelesaian Sengketa Konstruksi*, op.cit., hal.7-10

Dalam periode ini pun kita belum mulai membangun karena sistem ketatanegaraan yang kita pakai menyebabkan pemerintah tidak pernah stabil. Selain itu juga masih adanya gangguan dari golongan separatis yang ingin melepaskan diri dari Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), seperti DI/TII, PERMESTA, PRRI, dll. Pemerintah belum mempunyai rencana pembangunan yang definitif sehingga dalam periode ini pun belum ada klaim konstruksi.

3) Periode 1960-1966

Dalam periode ini, melalui Dekrit Presiden 5 Juli 1959, Presiden secara langsung memimpin dan menjalankan pemerintahan sesuai dengan UUD 1945. Presiden Soekarno mulai melakukan pembangunan dengan memimpin sendiri pembangunan itu. Pada periode ini, kita mencatat pembangunan hotel megah (Hotel Indonesia, Samudera Beach, Ambarukmo, Bali Beach), Jembatan Semanggi, Wisma Nusantara, Gelora Bung Karno, Proyek Ganefo (sekarang kompleks MPR/DPR). Industri Jasa Konstruksi mulai bangkit namun terbatas pada perusahaan-perusahaan Belanda yang dinasionalisasikan. Persaingan belum ada karena proyek-proyek langsung ditunjuk Presiden. Sektor swasta baru mulai muncul dengan satu dua perusahaan. Kontrak-kontrak konstruksi pada waktu itu masih sangat sederhana sejalan dengan perkembangan teknologi pada periode ini.

4) Periode 1967-1996

Dalam periode ini untuk pertama kalinya Pemerintah mempunyai program pembangunan yang terarah dan berkesinambungan yang dikenal dengan istilah Repelita (Rencana Pembangunan Lima Tahun) dan dimulai pada tahun 1969.

REPELITA I : 1969 - 1974

REPELITA II : 1974 - 1979

REPELITA III : 1979 - 1984

REPELITA IV : 1984 - 1989

REPELITA V : 1989 - 1994

Dapat dikatakan dalam periode inilah secara definitif mulai tumbuh Industri Jasa Konstruksi. Perusahaan-perusahaan Belanda yang diambil alih pada tahun 1959 dan bersatus Perusahaan Negara (PN) diubah statusnya menjadi Persero. Pekerjaan tidak lagi dibagi tapi ditenderkan. Mulai terjadi persaingan diantara BUMN. Kemudian swasta pun mulai bangkit, termasuk swasta asing. Jenis kontrak konstruksi beragam dan sudah mulai kompleks, namun klaim/sengketa konstruksi masih jarang terjadi, baru pihak swasta asing yang menggunakannya.

5) Periode 1997-sekarang

Dalam periode ini, industri jasa konstruksi benar-benar lumpuh akibat krisis moneter pada tahun 1997. Banyak proyek-proyek yang terbengkalai, pengguna jasa tak mampu membayar penyedia jasa sehingga menyebabkan banyaknya klaim/sengketa konstruksi yang timbul. Di tengah-tengah kelumpuhan industri jasa konstruksi, Pemerintah membuat berbagai peraturan perundang-undangan yang

terkait jasa konstruksi. Peraturan Perundangan tersebut antara lain UU No.18 Tahun 1999 Tentang Jasa Konstruksi beserta 3 (tiga) peraturan pelaksanaannya : PP No.28 Tahun 2000, PP No.29 Tahun 2000 dan PP No.30 Tahun 2000, serta UU No.30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa.

Dari uraian tersebut diatas, dapat disimpulkan bahwa walaupun industri jasa konstruksi kita telah berkembang selama kurang lebih 32 (tiga puluh dua) tahun, klaim/sengketa konstruksi baru mulai muncul beberapa tahun terakhir . Walaupun sesungguhnya klaim/sengketa itu ada, hanya tidak muncul ke permukaan, tidak dilayani dengan baik dan satu lain hal karena pengertian yang keliru mengenai klaim/sengketa konstruksi.

2.3.2 Hal-hal yang menimbulkan sengketa konstruksi di Indonesia

Pada dasarnya setiap kontrak konstruksi yang dibuat oleh para pihak harus dapat dilaksanakan dengan sukarela berdasarkan itikad baik (*Pacta Sunt Servanda*). Namun kenyataannya, banyak sekali pelanggaran kontrak konstruksi yang terjadi, dengan para pihak memiliki argumennya masing-masing. Persoalannya sekarang adalah bagaimana cara penyelesaian sengketa konstruksi yang terjadi diantara para pihak. Oleh karena itu, dalam setiap kontrak perlu dimasukkan klausula mengenai penyelesaian sengketa, apabila salah satu pihak tidak memenuhi kontrak atau wanprestasi.

Sengketa konstruksi sesungguhnya dapat timbul antara lain karena klaim yang tidak dilayani atau ditanggapi. Misalnya klaim mengenai keterlambatan pembayaran,

keterlambatan penyelesaian pekerjaan, perbedaan penafsiran dokumen kontrak, dll. Selain itu, sengketa konstruksi dapat juga terjadi apabila pengguna jasa ternyata tidak melaksanakan tugas-tugas pengelolaan dengan baik dan mungkin tidak memiliki dukungan pendanaan yang cukup. Secara singkat dapat dikatakan bahwa sengketa konstruksi timbul karena salah satu pihak telah melakukan tindakan cidera janji atau wanprestasi terhadap kontrak konstruksi. Penyelesaian sengketa konstruksi dapat ditempuh melalui forum pengadilan maupun diluar forum pengadilan, berdasarkan pilihan secara sukarela para pihak yang bersengketa tersebut.

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan adalah suatu pola penyelesaian sengketa yang terjadi antara pihak yang diselesaikan oleh pengadilan, suatu lembaga negara yang melaksanakan fungsi yudikatif, dan putusannya bersifat mengikat. Prosedur dan prosesnya mengikuti peraturan Hukum Acara Perdata yang berlaku di Indonesia. Sedangkan penyelesaian sengketa melalui mekanisme alternatif penyelesaian sengketa (alternative disputes resolution) adalah penyelesaian sengketa diluar forum pengadilan yang disepakati oleh para pihak yakni musyawarah, mediasi, konsiliasi dan arbitrase di Indonesia.

Masing-masing mekanisme penyelesaian sengketa tersebut memiliki kelebihan dan kekurangannya masing-masing. Para pihak yang terikat dalam suatu kontrak konstruksi diberikan keleluasaan untuk menentukan dan menyepakati mekanisme penyelesaian sengketa konstruksi yang terjadi, dengan cara menuangkannya dalam suatu klausula penyelesaian sengketa yang merupakan satu kesatuan dari kontrak konstruksi tersebut.

Pilihan penyelesaian sengketa konstruksi tersebut harus secara tegas dicantumkan dalam kontrak konstruksi, dan sengketa dimaksud bukan merupakan tindakan pidana. Dari pilihan-pilihan penyelesaian sengketa tersebut, penyelesaian sengketa melalui forum arbitrase merupakan cara yang paling sering ditempuh dalam menangani proses penyelesaian sengketa konstruksi.

2.4 Arbitrase Sebagai Sarana Penyelesaian Sengketa

2.4.1 Arbitrase sebagai bagian dari Alternatif Penyelesaian Sengketa

Prinsip kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) memiliki konsekuensi logis, yakni para pihak dalam suatu kontrak dapat menentukan sendiri hal-hal sebagai berikut:³¹

1) Pilihan hukum (*choice of law*);

Para pihak diberikan keleluasaan untuk menentukan sendiri tentang hukum mana yang berlaku terhadap interpretasi kontrak tersebut.

2) Pilihan forum (*choice of jurisdiction*);

Para pihak dapat menentukan sendiri dalam kontrak tentang pengadilan atau forum mana yang akan berlaku jika terjadi sengketa di antara pihak dalam kontrak tersebut.

3) Pilihan domisili hukum (*choice of domicile*).

³¹ Munir Fuady, "Penyelesaian Sengketa Bisnis Melalui Arbitrase", *Jurnal Hukum Bisnis*, (Volume 21, Oktober-November 2002).

Dalam hal ini masing-masing pihak melakukan penunjukan dimanakah domisili hukum dari para pihak tersebut.

Jika para pihak tidak menentukan sendiri pilihannya, maka hukum menyediakan kaedahnya untuk mengatur hal tersebut, yakni menentukan hukum yang berlaku, menentukan pengadilan mana yang berlaku dan menentukan domisili hukum mana yang akan dipakai.

Dalam kaitannya dengan *choice of jurisdiction*, terdapat beberapa pilihan forum dalam proses penyelesaian sengketa. Pilihan itu antara lain adalah proses penyelesaian sengketa melalui forum pengadilan dan proses penyelesaian sengketa melalui forum alternatif penyelesaian sengketa (diluar forum pengadilan).

Pada umumnya, penyelesaian sengketa melalui forum pengadilan cenderung dirasa berbelit-belit, sangat teknis, lama dan mahal. Melihat keadaan tersebut, masyarakat bisnis mulai berpaling pada bentuk penyelesaian sengketa yang lain yakni alternatif penyelesaian sengketa dan arbitrase.

Mekanisme alternatif penyelesaian sengketa (lebih dikenal dengan *Alternative Disputes Resolution/ADR*) mengenal beberapa bentuk penyelesaian sengketa diluar jalur pengadilan. Diantaranya adalah negosiasi, mediasi, konsiliasi, arbitrase, dan lain-lain. Diantara kesemuanya itu, arbitrase adalah bentuk penyelesaian sengketa yang populer di dunia jasa konstruksi.

Sejak pertengahan abad ke XIX (1848) arbitrase telah dikenal di Indonesia dengan diberlakukannya kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata (*Reglement op de*

Burgerlijke Rechtsvordering/Rv). Dalam peraturan perundang-undangan ini, pasal 615 sampai dengan pasal 661 memuat ketentuan-ketentuan mengenai penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Pasal-pasal tersebut menjelaskan berbagai hal yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa di antaranya mengenai kewenangan, fungsi dan ruang lingkup arbitrase.³²

Sebenarnya Rv itu sendiri bersumber dari Rv Belanda, dan bukan merupakan arti hukum yang sebenarnya. Mahkamah Agung Indonesia sendiri mempertimbang Rv tersebut sebagai “pedoman”. Rv tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat. Dapat dimengerti kemudian jika pada waktu itu pengadilan di Indonesia umumnya memiliki kewenangan yang besar untuk menerapkan dan menafsirkan ketentuan hukum tersebut terhadap praktik arbitrase di Indonesia.³³

Kini, dengan pemberlakuan Undang-Undang No.30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Indonesia untuk pertama kali memiliki undang-undang arbitrase. Mungkin tidak biasa bagi banyak negara bahwa undang-undang itu juga mengandung ketentuan tentang alternatif penyelesaian sengketa (ADR), kendati undang-undang tersebut hanya memiliki 1 (satu) pasal saja mengenai ADR (yaitu pasal 6) dari keseluruhan 82 (delapan puluh dua) pasal.³⁴

³² Nazarkhan Yasin, *Mengenal Klaim Konstruksi dan Penyelesaian Sengketa Konstruksi*, op.cit., hal.113

³³ Tim Penyusun BPHN, *Analisis dan Evaluasi Hukum Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase (Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999)*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI, hal.7

³⁴ *ibid.*, hal.8

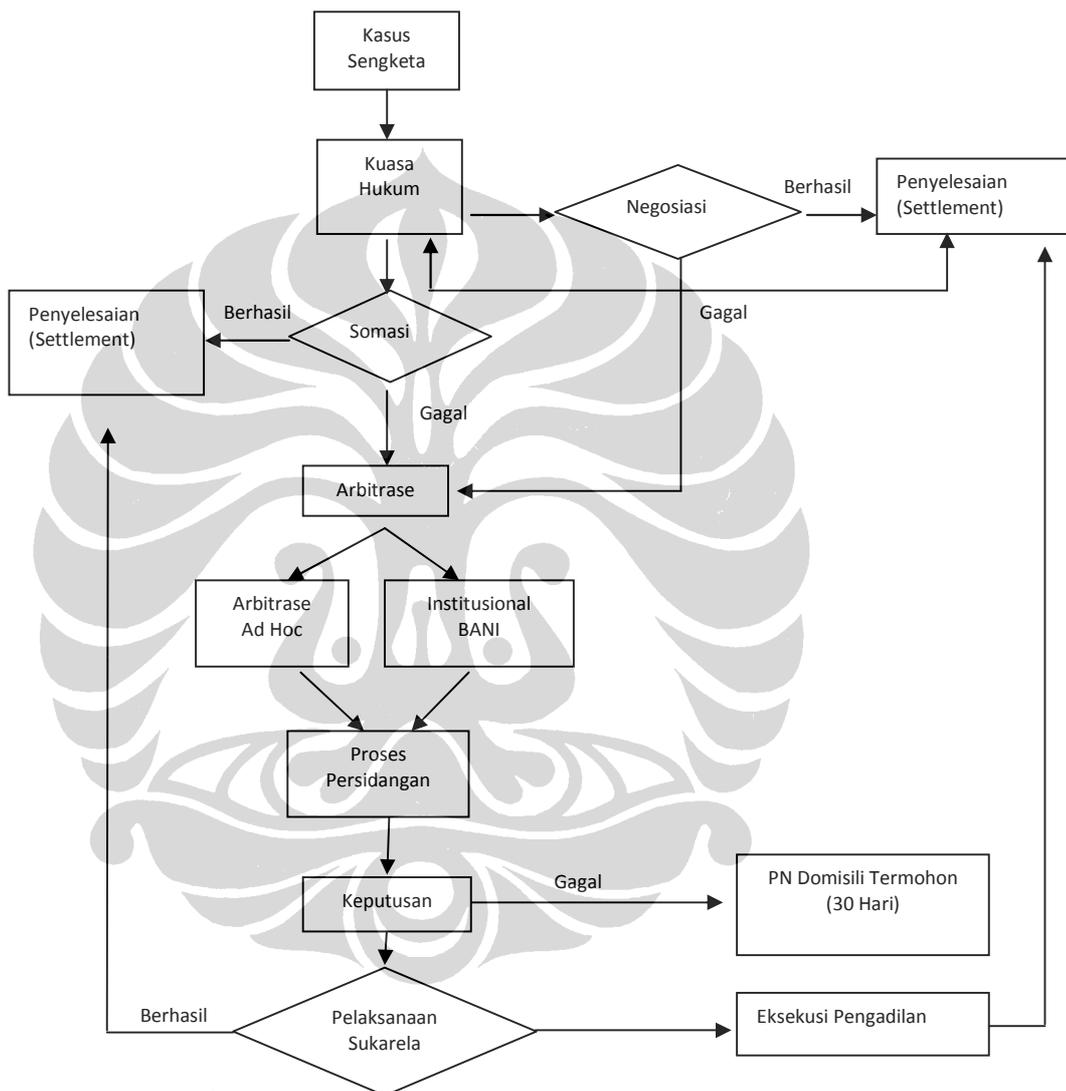
Ketentuan tentang alternatif penyelesaian sengketa pada kenyataannya hanya mengatur masalah yang sangat mendasar. Sebagaimana telah luas diketahui, alternatif penyelesaian sengketa merupakan cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Termasuk antara lain negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau cara-cara lain yang dipilih oleh para pihak. Namun undang-undang arbitrase tidak menyebutkan mengenai hal-hal tersebut. Undang-undang itu hanya menyatakan bahwa para pihak dapat menyelesaikan sengketa dengan negosiasi. Jika negosiasi gagal, undang-undang mensyaratkan para pihak untuk memilih mediasi. Jangka waktu untuk melakukan mediasi adalah 30 (tiga puluh) hari. Undang-undang mensyaratkan penyelesaian sengketa melalui mediasi harus didaftarkan kepada Pengadilan negeri dimana mediasi dilakukan. Jika prosedur mediasi gagal, para pihak dapat memilih untuk memasukkan sengketa mereka kepada badan arbitrase atau arbitrase ad hoc.³⁵

Di Indonesia, telah banyak berdiri badan arbitrase yang mempunyai ruang lingkup masing-masing. Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI) memiliki ruang lingkup penyelesaian sengketa pada bidang pasar modal, Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) secara umum memiliki ruang lingkup bidang komersial, Badan Arbitrase Syariah yang memiliki ruang lingkup perbankan syariah, dan lain-lain. Dalam penulisan karya tulis ini akan memfokuskan kajian kepada BANI karena di forum BANI inilah pokok permasalahan utama yang akan dianalisa.

³⁵ *ibid.*, hal.9

Berikut ini adalah bagan proses penanganan sengketa melalui arbitrase:³⁶

Gambar 2.4.1 Proses penanganan sengketa melalui arbitrase



³⁶ Nazarkhan Yasin, *Mengenal Klaim Konstruksi dan Penyelesaian Sengketa Konstruksi*, op.cit., hal.134

2.4.2 Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)

BANI didirikan di Indonesia atas prakarsa Prof.R.Subekti, Ketua Mahkamah Agung dan Kamar Dagang dan Industri (KADIN) Indonesia pada tahun 1977. Berdirinya BANI telah direstui oleh Menteri Kehakiman, Ketua Mahkamah Agung, Ketua BAPPENAS, Menteri Perdagangan, Menteri Perindustrian, dan juga oleh Presiden Republik Indonesia. Ketua BANI yang pertama adalah Prof.R.Subekti, SH (Mantan Ketua Mahkamah Agung). BANI telah memiliki cabang-cabang di Surabaya, Medan, Denpasar dan Padang. BANI telah menjalin kerja sama dan juga *joint arbitration* dengan badan-badan arbitrase Jepang, Korea Selatan, Belanda, Philipina, Hongkong, Singapura, Kanada dan Australia.³⁷

Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa secara tegas mencantumkan ketentuan tentang eksistensi lembaga arbitrase, yaitu pada pasal 34 yang menyatakan bahwa penyelesaian sengketa melalui arbitrase dapat dilakukan dengan menggunakan lembaga arbitrase nasional atau internasional berdasarkan kesepakatan para pihak. Ditegaskan pula bahwa penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase dilakukan menurut peraturan dan acara dari lembaga yang dipilih kecuali ditetapkan oleh para pihak.

³⁷ Priyatna Abdurrasyid, "Pengusaha Indonesia Perlu Meningkatkan Minatnya Terhadap Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Alternative Disputes Resolution – ADR/Arbitration) Suatu Tinjauan", *Jurnal Hukum Bisnis*, (Volume 21, Oktober-November 2002).

BANI bertujuan untuk memberikan penyelesaian yang adil dan cepat dalam sengketa-sengketa perdata yang timbul mengenai soal-soal perdagangan, industri dan keuangan, baik yang bersifat nasional maupun internasional. Dalam melakukan tugasnya BANI adalah bebas (otonom) dan tidak boleh dicampuri oleh sesuatu kekuasaan lain. Perkara-perkara sengketa yang menurut klausula arbitrase atau perjanjian arbitrase telah diserahkan oleh para pihak yang bersengketa penyelesaiannya kepada lembaga arbitrase seperti BANI tidak boleh lagi diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Negeri. Hal ini secara tegas tercermin dalam pasal 11 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 yang mengatakan adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri. Selanjutnya Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang.³⁸

BANI berwenang untuk memeriksa dan mengadili semua sengketa perdata yang timbul dalam bidang perdagangan, industri dan keuangan, baik yang bersifat nasional maupun internasional. Ketentuan mengenai wewenang lembaga arbitrase dalam anggaran dasar BANI sesuai dengan pengertian yang berkembang diluar negeri yang tercakup dalam pengertian "*Commercial Arbitration*". Para arbiter BANI terdiri dari orang-orang yang memiliki keahlian dalam satu atau beberapa bidang seperti bidang

³⁸ Husseyn Umar, "Beberapa Catatan Tentang Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI)", *Jurnal Hukum Bisnis*, (Volume 21, Oktober-November 2002).

perbankan, asuransi, konstruksi, dan sebagainya serta mempunyai pengalaman yang cukup lama dan mempunyai nama yang bersih dan integritas yang tinggi. Proses persidangan di BANI berbeda dengan persidangan dilembaga peradilan yang terbuka untuk umum, maka sidang-sidang di BANI dilakukan “dengan pintu tertutup” yaitu sidang di BANI hanya dihadiri oleh para pihak yang bersengketa yang dapat didampingi oleh kuasa hukum masing-masing, dihadapan para arbiter. Tidak ada wartawan dan tidak ada orang luar yang ikut hadir. Sifat tertutupnya sidang arbitrase dimaksudkan untuk menjaga nama dan hubungan baik para pihak yang bersengketa. Tujuannya adalah untuk melindungi kepentingan bisnis dan nama baik pihak-pihak yang bersengketa.³⁹

Hal lain yang berkaitan dengan persidangan yang tertutup untuk umum, adalah sifat rahasia dari keputusan arbitrase. Keputusan arbitrase tidak dibacakan dimuka umum dan tidak disebarluaskan secara terperinci seperti yang dilakukan dengan keputusan-keputusan Pengadilan, yang dapat dikumpulkan dan dibukukan secara lengkap. Majelis Arbiter akan mengambil keputusan dalam jangka waktu 1 (satu) bulan setelah ditutupnya pemeriksaan. Dalam Keputusandapat ditetapkan suatu jangka waktu dalam mana putusan itu harus dilaksanakan. Dalam praktiknya putusan selalu diambil berdasarkan ketentuan hukum dan berdasarkan keadilan dan kepatutan.⁴⁰

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid