

BAB II

LANDASAN KETERIKATAN KONRAKTUAL DAN ARTI PENTING ASAS HUKUM SERTA PENERAPANNYA DALAM KONTRAK BAGI HASIL MINYAK DAN GAS BUMI (*PRODUCTION SHARING CONTRACT*)

A. Hukum Perjanjian dalam Sistem Hukum Nasional

Perjanjian bisa dikatakan sebagai suatu pranata hukum yang paling tua. Perjanjian sudah lahir seiring dengan lahirnya peradaban manusia. Perjanjian sudah muncul begitu seorang manusia memberikan janjinya kepada manusia lain yang diikuti dengan penerimaan janji tersebut. Hal tersebut sesuai dengan pengertian perjanjian, sebagaimana diuraikan oleh Prof Subekti di bawah ini:

Suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seseorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.

Dengan demikian, hubungan antara perikatan dan perjanjian adalah bahwa perjanjian itu menerbitkan perikatan. Perjanjian adalah sumber perikatan, disampingnya sumber-sumber lain. Suatu perjanjian juga dimanakan persetujuan, karena dua pihak itu setuju untuk melakukan sesuatu. Dapat dikatakan bahwa dua perkataan (perjanjian dan persetujuan) itu adalah

sama artinya. Perkataan kontrak, lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis.¹

Pada awalnya tentu perjanjian masih bersifat sangat sederhana dan umumnya masih berbentuk lisan. Seiring dengan kemajuan peradaban manusia, perjanjian juga berkembang semakin kompleks dan harus memenuhi persyaratan-persyaratan tertentu. Misalnya ada bentuk perjanjian tertentu yang harus dibuat dalam format tertentu dan disiapkan oleh pejabat negara, misalnya adalah perjanjian hak tanggungan. Namun demikian dari dulu hingga sekarang, suatu perjanjian harus memenuhi persyaratan tertentu agar ia sah sebagai suatu perjanjian.²

1. Makna dan Pengertian Hukum Kontrak

Hukum kontrak merupakan bagian hukum privat. Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Dipandang sebagai hukum privat karena pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak. Kontrak dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. Paradigma baru hukum kontrak timbul dari dua dalil bahwa setiap perjanjian kontraktual yang

¹ Subekti, 2008, *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Penerbit Intermasa, hlm. 1.

² Badan Pembinaan Hukum Nasional, 2013, *Naskah Rancangan Undang-undang Hukum Kontrak*, Jakarta, hlm. 49

diadakan adalah sah (*geoorloofd*), dan setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang.³

Kontrak adalah suatu tindakan yang dilakukan oleh dua atau lebih pihak dimana masing-masing pihak yang ada didalamnya dituntut untuk melakukan satu atau lebih prestasi. Dalam pengertian demikian kontrak merupakan perjanjian. Namun demikian kontrak merupakan perjanjian yang berbentuk tertulis.⁴

Kontrak dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai “perjanjian”. Meskipun demikian, apa yang dalam bahasa Indonesia disebut perjanjian, dalam bahasa Inggris tidak selalu sepadan dengan kontrak.⁵ Istilah *contract* digunakan dalam kerangka hukum nasional atau internasional yang bersifat perdata. Dalam kerangka hukum internasional publik, yang kita sebut perjanjian, dalam bahasa Inggris sering disebut *treaty* atau kadang-kadang *covenant*. Sejauh yang dapat diketahui tidak pernah ada dua pihak swasta atau lebih membuat *treaty* atau *covenant*. Sebaliknya tidak pernah terekam dua negara yang diwakili oleh pemerintah masing-masing membuat suatu *contract*.⁶

Hukum kontrak merupakan bagian hukum privat. Hukum ini memusatkan perhatian pada kewajiban untuk melaksanakan kewajiban sendiri (*self imposed obligation*). Dipandang sebagai hukum privat karena pelanggaran terhadap

³ Ridwan Khairandi, 2003, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Jakarta: Pascasarjana FH-UI, hlm. 81

⁴ Hikmahanto Juwana, *Teknik Pembuatan dan Penelaahan Kontrak Bisnis*, Jakarta: Pascasarjana FH-UI, hlm. 1.

⁵ Anggiat Simamora, 2001, *Legal Drafting: Draf Kontrak*, makalah disampaikan dalam bimbingan profesi sarjana hukum Pertamina, Jakarta, hlm. 2

⁶ *Ibid*, hlm. 2

kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, murni menjadi urusan pihak-pihak yang berkontrak. Kontrak dalam bentuk yang paling klasik, dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjiannya.

2. Proses Dan Prosedur Kontrak

Pengaturan tentang kontrak diatur terutama didalam KUHPerdara, tepatnya dalam buku III, disamping mengatur mengenai perikatan yang timbul dari perjanjian juga mengatur perikatan yang timbul dari undang-undang misalnya tentang perbuatan melawan hukum. Dalam KUHPerdara terdapat aturan umum yang berlaku untuk semua perjanjian dan aturan khusus yang berlaku hanya untuk perjanjian tertentu saja (perjanjian khusus) yang namanya sudah diberikan undang-undang. Contoh perjanjian khusus misalnya jual-beli, sewa-menyewa, tukar-menukar, pinjam-meminjam, pemborongan, pemberian kuasa, dan perburuhan.⁷

Ada Aspek-aspek kebebasan berkontrak dalam pasal 1338 KUHPerdara, yang menyiratkan adanya 4 (empat) asas yang seyogyanya dalam perjanjian berikut.

a. Mengenai terjadinya perjanjian

Asas yang disebut konsensualisme, artinya menurut BW perjanjian hanya terjadi apabila telah adanya persetujuan kehendak antara para pihak (*consensus, consensualisme*).

⁷ *Ibid*, hlm. 215

b. Tentang akibat perjanjian

Bahwa perjanjian mempunyai kekuatan yang mengikat antara para pihak-pihak itu sendiri. Asas ini ditegaskan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang menegaskan bahwa perjanjian dibuat secara sah diantara para pihak, berlaku sebagai undang-undang bagi pihak-pihak yang melakukan perjanjian tersebut.

c. Tentang isi perjanjian

Sepenuhnya diserahkan kepada para pihak (*contractsvijheid* atau *partijautonomie*) yang bersangkutan. Dengan kata lain selama perjanjian itu tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku, kesusilaan, mengikat kepentingan umum dan ketertiban, maka perjanjian itu diperbolehkan.

Berlakunya asas kebebasan berkontrak dijamin oleh Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, yang menentukan bahwa *setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya*.

Jadi, semua perjanjian atau seluruh isi perjanjian, asalkan pembuatannya memenuhi syarat, berlaku bagi para pembuatnya, sama seperti persaturan perundang-undangan. Pihak-pihak bebas untuk membuat perjanjian apa saja dan menuangkan apa saja isi dalam isi sebuah kontrak.

d. Syarat sahnya kontrak

Dari bunyi Pasal 1338 ayat (1) jelas bahwa perjanjian yang mengikat hanyalah perjanjian yang sah. Supaya sah pembuatan perjanjian harus mempedomani Pasal 1320 KUHPerdata.⁸

Pasal 1320 KUHPerdata menentukan empat syarat sahnya perjanjian yaitu harus ada kesepakatan, kecakapan, hal tertentu, dan sebab yang diperbolehkan.

1) Kesepakatan

Kesepakatan disini adalah adanya rasa ikhlas atau saling memberi dan menerima atau sukarela di antara pihak-pihak yang membuat perjanjian tersebut. Kesepakatan tidak ada apabila kontrak dibuat atas dasar paksaan, penipuan, atau kekhilafan.

2) Kecakapan

Kecakapan disini artinya para pihak yang membuat kontrak haruslah orang-orang yang oleh hukum dinyatakan sebagai subjek hukum. Pada dasarnya semua orang menurut hukum cakap untuk membuat kontrak. Yang tidak cakap adalah orang-orang yang ditentukan hukum yaitu anak-anak, orang dewasa yang ditempatkan di bawah pengawasan (*curetele*), dan orang sakit jiwa. Anak-anak adalah mereka yang belum dewasa yang menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan belum berumur 18 (delapan belas) tahun.

⁸ *Ibid*, hlm. 215-216

Meskipun belum berumur 18 (delapan belas) tahun, apabila seseorang telat atau pernah kawin dianggap sudah dewasa, berarti cakap untuk membuat perjanjian.

3) Hal tertentu

Hal tertentu maksudnya objek yang diatur kontrak tersebut harus jelas. Setidaknya dapat ditentukan. Jadi tidak boleh sama-samar. Hal ini penting untuk memberikan jaminan atau kepastian kepada pihak-pihak dan mencegah timbulnya kontrak fiktif. Misalnya jual beli sebuah mobil, harus jelas merek apa, buatan tahun berapa, warna apa, nomor mesin berapa, dan sebagainya. Semakin jelas semakin baik.

4) Sebab yang diperbolehkan

Maksudnya isi kontrak tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang sifatnya memaksa, ketertiban umum, dan/atau kesusilaan. Misalnya jual beli bayi adalah tidak sah karena bertentangan dengan norma-norma tersebut.⁹

KUHPerdara memberikan kebebasan berkontrak kepada pihak-pihak membuat kontrak secara tertulis maupun secara lisan. Baik tertulis maupun lisan mengikat, asalkan memenuhi syarat-syarat yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara. Jadi, kontrak tidak harus dibuat secara tertulis.

⁹ *Ibid*, hlm. 217

Untuk menyusun suatu kontrak bisnis yang baik diperlukan adanya persiapan atau perencanaan terlebih dahulu. Idealnya sejak negosiasi bisnis persiapan tersebut sudah dimulai. Penyusunan suatu kontrak bisnis meliputi beberapa tahap sejak persiapan atau perencanaan samapai dengan pelaksanaan isi kontrak. Tahapan-tahapan kontrak bisnis sejak persiapan, perencanaan, dan pelaksanaan tersebut adalah sebagai berikut.

a. Pra kontrak meliputi:

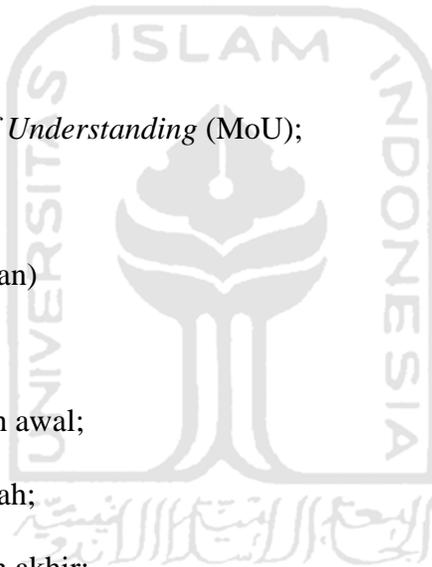
- 1) Negosiasi;
- 2) *Memorandum of Understanding* (MoU);
- 3) studi kelayakan;
- 4) negosiasi (lanjutan)

b. Kontrak meliputi:

- 1) Penulisan naskah awal;
- 2) Perbaikan masalah;
- 3) Penulisan naskah akhir;
- 4) Penandatanganan.

c. Pasca kontrak meliputi:

- 1) Pelaksanaan;
- 2) Penafsiran;



3) Penyelesaian sengketa.¹⁰

Sebelum kontrak disusun atau sebelum transaksi bisnis berlangsung, biasanya terlebih dahulu dilakukan negosiasi awal. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain. Tahapan berikutnya membuat *Memorandum of Understanding* (MoU). MoU merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal tersebut dalam bentuk tertulis. MoU walaupun belum merupakan kontrak, penting sebagai dasar untuk melakukan studi kelayakan atau pembuatan kontrak.

Setelah pihak-pihak memperoleh MoU sebagai penanganan atau pedoman sementara, baru dilanjutkan dengan tahapan studi kelayakan (*feasibility study, due diligent*) untuk melihat tingkat kelayakan dan prospek transaksi bisnis tersebut dari berbagai sudut pandang yang diperlukan misalnya ekonomi, keuangan, pemasaran, teknik, lingkungan, social budaya, dan hukum. Hasil studi kelayakan ini diperlukan dalam menilai apakah perlu atau tidaknya melanjutkan transaksi atau negosiasi lanjutan. Apabila diperlukan, akan diadakan negosiasi lanjutan dan hasilnya dituangkan dalam kontrak.

Dalam penulisan naskah kontrak di samping diperlukan kejelian dalam menangkap berbagai keinginan pihak-pihak, juga memahami aspek hukum, dan bahasa kontrak. Penulisan kontrak perlu menggunakan bahasa yang baik dan benar

¹⁰ *Ibid*, hlm. 218

dengan berpegang pada aturan tata bahasa yang berlaku. Dalam penggunaan bahasa, baik bahasa Indonesia maupun bahasa asing harus tepat, singkat, jelas dan sistematis.

Walaupun tidak ditentukan suatu format baku di dalam perundang-undangan, dalam praktik biasanya penulisan kontrak bisnis mengikuti suatu pola umum yang merupakan anatomi dari sebuah kontrak, yaitu:

- 1) Judul;
- 2) Pembukaan;
- 3) Pihak-pihak;
- 4) Latar belakang kesepakatan (*recital*);
- 5) Isi;
- 6) Penutupan.

Judul harus dirumuskan secara singkat, padat, dan jelas misalnya jual beli sewa, sewa-menyewa, *joint venture agreement* atau *license agreement*. Berikutnya pembukaan terdiri dari kata-kata pembuka, misalnya dirumuskan:

*Yang bertanda tangan di bawah ini atau pada hari ini Senin tanggal dua Januari tahun dua ribu, kami yang bertanda tangan dibawah ini.*¹¹

¹¹ *Ibid*, hlm 218-129

3. Batalnya Perjanjian

Sebagaimana telah dikemukakan diatas bahwa syarat sahnya suatu perjanjian harus memenuhi ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara. Perjanjian dianggap sah dan mengikat secara penuh bagi para pihak yang membuatnya sejauh tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum yang berlaku, tidak melanggar kesusilaan dan ketertiban umum. Perjanjian dianggap sah dan mengikat secara penuh bagi para pihak yang membuatnya sejauh tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum yang berlaku.

Mengenai batalnya perjanjian, yaitu suatu perjanjian dibuat dengan tidak memenuhi syarat Pasal 1320 KUHPerdara, bisa berakibat pada batalnya perjanjian. Pembatalan bisa dibedakan ke dalam 2 (dua) terminologi yang memiliki konsekuensi yuridis, yaitu sebagai berikut:

a. *Nullu and Void*

Dari awal perjanjian itu telah batal, atau dianggap tidak pernah ada, apabila syarat objektif tidak dipenuhi. Perjanjian itu batal demi hukum, dari semua tidak pernah ada dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan.

b. *Voidable*

Bila salah satu syarat subjektif tidak dipenuhi, perjanjiannya bukannya batal demi hukum, tetapi salah satu pihak dapat memintakan pembatalan itu. Perjanjiannya sendiri tetap mengikat dua belah pihak, selama tidak dibatalkan (oleh hakim) atas

permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tadi (pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan kesepakatannya secara tidak bebas).¹²

B. Sifat Dan Ruang Lingkup Hukum Kontrak Minyak Dan Gas Bumi

Buku III KUHPerdota yang berjudul *van verbintenissen* (perikatan) mengatur perikatan yang bersumber pada undang-undang dan perikatan yang bersumber pada perjanjian. Buku III ini terdiri dari 18 bab dengan sistematika sebagai berikut. Bab I sampai dengan Bab IV merupakan ketentuan umum, sedangkan bab V sampai dengan XVIII dan VIIA. Merupakan ketentuan khusus yang mengatur perjanjian-perjanjian bernama. Ketentuan umum dalam Bab I sampai dengan IV tersebut berlaku untuk semua perikatan baik yang bernama maupun yang tidak bernama. Akan tetapi berlakunya ketentuan-ketentuan umum terhadap perikatan-perikatan khusus tersebut dibatasi sedemikian rupa, yaitu sepanjang tidak diatur secara khusus (pasal 1319 KUHPerdota dan pasal 1 KUHD). Selain dalam buku III KUHPerdota, perikatan juga diatur dalam beberapa bagian buku I dan buku II KUHPerdota. Sepanjang belum diatur dalam UUPA dan UU Perkawinan maupun peraturan pelaksanaannya.¹³

Didalam buku III KUHPerdota dikenal 4 empat asas-asas inti/penting yang bersifat dan berlaku universal, yaitu asas kebebasan berkontrak, asas *pacta sunt servanda*, asas

¹² *Ibid*, hlm 220

¹³ *Ibid*, hlm 167

itikad baik dan asas konsensualisme, tiga asas yang pertama (kebebasan berkontrak, *pacta sunt servanda*, asas itikad baik) dapat disimpulkan dalam pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan bahwa:

“semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang. Persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik”

Asas konsensualisme mengandung arti “kemauan” (*will*) dan terdapat didalam pasal 1320, yang menyatakan bahwa:

“supaya terjadi perjanjian yang sah, perlu dipenuhi empat syarat: kesepakatan mereka yang mengikatkan diri, kecakapan untuk membuat suatu perjanjian, suatu pokok persoalan tertentu, suatu sebab yang tidak terlarang”

Asas-asas hukum perjanjian sebagai mana yang terdapat didalam buku III KUHPerdara ini bersifat pelengkap, karena sifat dari buku III KUHPerdara itu sendiri bersifat “sistem terbuka” yang artinya memberikan kebebasan kepada para pihak dalam membuat perjanjian untuk tunduk kepada ketentuan-ketentuan yang terdapat didalam buku III KUHPerdara tersebut atau tidak tunduk dan membuat ketentuan-ketentuanyang menyimpang dari atau bahkan bertentangan dengan ketentuan yang terdapat dalam bukum III KUHPerdara tersebut. Dalam hal para pihak (untuk hal-hal tertentu) tidak membuat ketentuan yang menyimpangatau bahkan tidak mengatur sama sekali didalam perjanjian mereka. Maka ketentuan-ketentuan yang ada dalam buku III KUHPerdara yang akan berlaku (*default clause*).

C. Asas-Asas Hukum sebagai Landasan Perjanjian

1. Pengertian Asas hukum

Asas-asas hukum merupakan bagian sangat penting dan mendasar dalam hukum, bahkan bisa dinamakan jantung dari hukum. Jika ditelusuri asas hukum merupakan dasar kelahiran hukum atau norma hukum. Sudikno Mertokusumo menguraikan bahwa hukum bermula dari pikiran yang bersifat abstrak, umum, dan mendasar yang disebut asas hukum. Asas hukum ini kemudian dikonkretisasi menjadi norma atau kaidah hukum konkret. Meskipun asas hukum itu dikonkretisasikan menjadi peraturan hukum konkret, tetapi ia tidak hilang dalam konkretisasi itu. Ia selalu ada dan menjadi unsur kreatif dan dinamis yang penting dalam tata hukum. Karena ia mendasari munculnya peraturan hukum konkret, maka asas hukum memberi dimensi etis pada peraturan hukum serta bersifat mengesahkan dan mempunyai pengaruh yang normatif dan mengikat.¹⁴

Asas hukum tidak mengenal hierarki, artinya bahwa asas hukum tidak mengenal tingkatan-tingkatan, tidak ada asas hukum yang mempunyai kedudukan lebih tinggi dari asas yang lain. Dengan demikian, asas hukum tidak mengenal konflik satu sama lain, keduanya dapat *eksis* secara berdampingan, tanpa mengalahkan atau meniadakan yang lain. Dua asas hukum yang berbeda atau bahkan yang bertentangan satu sama lain, keduanya tidak dapat dipisahkan, tetapi membutuhkan satu sama lain yang

¹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 42

merupakan suatu antinomi. Sebagai contoh asas itikad baik merupakan pelengkap dari asas *pacta sunt servanda*.

Asas hukum juga membantu juga dalam memahami hukum didalam konteksnya. Satjipto Raharjo menyebutkan bahwa hukum itu memiliki titik pandang sebagai tempat beranjak dalam memahaminya. Hukum tanpa titik pandang adalah bukan hukum, tetapi hanya kumpulan suruhan dan larangan tanpa jiwa. Titik pandang tersebut mengandung filsafat kehidupan dan memuat kearifan tentang manusia dan kehidupan bersama. Setiap bangsa memiliki cara pandang tersendiri atas hal tersebut. Perbedaan antar bangsa terletak pada dan ditemukan oleh cara anggota-anggota dari bangsa itu memandang manusia dan kehidupan bersamanya. Bangsa-bangsa barat misalnya, dikenal dengan paham individualisme, sedang bangsa-bangsa timur dengan paham kolektivisme. Itulah yang menyebabkan praktis hukum di kedua bangsa tersebut berbeda. Di Amerika atau Eropa seseorang itu merdeka dan bebas hampir total, sedangkan di Indonesia seseorang itu merupakan bagian dari jaringan kolektif setempat.

Perbedaan tersebut menentukan bagaimana hukum diciptakan dan dijalankan di negara-negara tersebut. Dalam istilah yang digunakan diatas, perbedaan tersebut merupakan titik pandang hukum masing-masing negara. Titik pandang tersebut mendapatkan tempat dalam hukum dalam bentuk asas-asas hukum. Asas hukum itulah yang akan mewadahi titik pandang tersebut.

Satjipto Rahardjo juga menerangkan bahwa asas hukum merupakan kelengkapan vital dalam legislasi. Ia bukan sekedar hiasan yang bisa diepas begitu saja dari suatu

undang-undang tanpa resiko apapun. Ia adalah bagian integral dari suatu undang-undang dan sistem hukum. Maka sebaiknya dipahami bahwa pengaturan oleh hukum itu dilakukan baik melalui pasal-pasal maupun asas hukum.¹⁵

Oleh sebab itu membaca dan memahami asas merupakan aspek penting dari usaha memahami undang-undang. Implikasi yang muncul dari situ adalah bahwa pembuat undang-undang harus mempertimbangkan dengan seksama pencantuman suatu asas hukum dalam penyusunan undang-undang.

Namun demikian perlu diakui, bahwa masih banyak asas-asas hukum yang tidak berfungsi demikian. Tidak sedikit undang-undang yang mencantumkan suatu asas hukum, tetapi tidak mempunyai fungsi dalam kaitan dengan undang-undang bersangkutan.

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1992 tentang Lalu Lintas Jalan merupakan contoh pencantuman asas hukum yang kurang baik. Undang-Undang tersebut mencantumkan asas hukum yang kurang baik. Undang-undang tersebut mencantumkan asas-asas yang tidak memberitahu rakyat tentang titik pandang dalam bagaimana berlalu lintas. Jadi yang disebut sebagai asas disitu, lebih merupakan jargon-jargon, daripada asas hukum berlalu lintas. Pasal 2 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1992 menyebutkan beberapa asas dari undang-undang tersebut, yaitu asas manfaat, usaha bersama, dan kekeluargaan, adil dan merata, keseimbangan, kepentingan umum, keterpaduan, kesadaran umum, dan percaya pada diri sendiri.

¹⁵Sudjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hlm 123-129

Beberapa dari asas tersebut dirasa kurang relevan dengan masalah lalu lintas yang hendak diatur undang-undang ini. Lebih dari pada itu, pencantuman asas seperti itu hampir tidak memberi tuntutan sama sekali dalam hal berlalu lintas di jalan di Indonesia. Asas yang lebih tepat adalah yang memberikan panduan moral dalam berlalu lintas. Asas seperti itu dapat dirumuskan antara lain sebagai berikut: (1) Dalam berkendara di jalan, hendaknya seorang pengendara memperhatikan orang lain; (2) Dalam berkendara di jalan, hendaknya jangan menyusahkan orang lain. Keduanya merupakan panduan moral dalam berlalu lintas dan bisa menjadi sumber inspirasi pada saat orang mempertanyakan apa makna pasal-pasal dalam undang-undang tersebut.¹⁶

Lebih lanjut Satjipto Rahardjo menguraikan bahwa asas hukum menjadikan hukum lebih daripada sekedar peraturan yang dibuat dengan sengaja dan rasional, tetapi juga suatu dokumen moral-etis. Asas hukum memang tidak tampil sebagai aturan (*rule*) yang konkret, tetapi lebih berkualitas sebagai kaidah (*norm*) di belakang peraturan. Aturan itu rasional, sedangkan kaidah memiliki kandungan moral dan bersifat etis. Sebuah peraturan bisa mengatakan, bahwa perbuatan yang merugikan orang lain mengharuskan pelaku berbuat yang merugikan orang lain mengharuskan pelaku berbuat itu untuk membayar ganti rugi. Peraturan seperti itu sebetulnya didasari oleh suatu pertimbangan etis dan moral, yaitu bahwa merugikan orang lain adalah perbuatan tercela dan oleh karena itu membutuhkan keadilan yang

¹⁶ Nugroho Eko Priamoko, *Op.Cit.*, hlm. 40-41

memulihkan, di sini dalam bentuk pemerian ganti rugi. Dengan demikian asas hukum menjelaskan dan memberi *ratio legis* mengapa harus ada aturan begini atau begitu. Ia menjadi jembatan antara peraturan hukum dan cita-cita sosial serta pandangan etis masyarakat.

Pertanyaannya yang menarik adalah apakah asas itu dibuat dengan sengaja sejak awal, ataukah ditemukan kemudian? Asas hukum ada yang dibuat dengan sengaja dan dicantumkan dalam undang-undang sehingga mudah diketahui. Namun ada juga asas hukum yang tidak dapat ditemukan secara eksplisit tertulis dalam suatu undang-undang. Dalam hal ini asas hukum itu bisa ditemukan dengan mencari kesamaan antara pasal-pasal yang tersebar, yang sepintas lalu terlihat seperti tidak ada hubungan satu sama lain. Bahkan seandainya pun asas hukum itu tidak dinyatakan secara tegas dan juga tidak bisa ditemukan dengan cara mencari ikatan keumuman yang menyatukan berbagai pasal, tetapi tetap diandalkan (*verondersteld*), bahwa ada sesuatu yang menyatukan hukum sebagai satu keseluruhan. Sesuatu itu pun bisa dinamakan sebagai asas hukum.¹⁷

Asas hukum dibedakan antara asas hukum yang berhubungan dengan seluruh bidang hukum, misalnya asas *lex specialis derogat lex generalis*, serta asas hukum yang sempit yang berlaku di lapangan hukum tertentu. Sebagai contoh di perdata, hukum perdata khususnya dalam bidang hukum perjanjian dikenal beberapa asas

¹⁷ Sudjipto Rahardjo, *Op.Cit.*, hlm 123-129

hukum yaitu: asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, asas *pacta sunt servanda*, dan asas itikad baik.

2. Asas-Asas Hukum Pokok dalam Perjanjian

Tiga contoh asas hukum yang disebutkan diatas yaitu asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, asas kekuatan mengikat perjanjian (*pacta sunt servanda*), merupakan tiga asas pokok dari perjanjian.

a. Asas kebebasan berkontrak

Di Indonesia, baik dalam Undang-Undang Dasar 1945 maupun KUHPerdota dan peraturan perundang-undangan lainnya tidak ada ketentuan yang secara tegas menyatakan berlakunya asas kebebasan berkontrak bagi perjanjian-perjanjian yang dibuat menurut hukum Indonesia. Namun hal ini tidak berarti bahwa asas kebebasan berkontrak tidak menguasai hukum Perjanjian Indonesia. Berlakunya asas kebebasan berkontrak ini antara lain dapat disimpulkan dari Pasal 1329 KUHPerdota yang menyatakan bahwa “Tiap orang berwenang untuk membuat perikatan, kecuali jika ia dinyatakan tidak cakap untuk hal itu.”¹⁸

Sejalan dengan perkembangan asas kebebasan berkontrak di berbagai negara, di Indonesia setelah proklamasi kemerdekaan juga muncul pemikiran apakah kebebasan berkontrak ini harus tetap dipertahankan sebagai asas esensial di dalam Hukum Perjanjian Indonesia. Mariam Darus Badruzaman berpendapat bahwa

¹⁸ Madjedi Hasan, *Op.Cit.*, hlm. 114

kebebasan berkontrak tetap perlu dipertahankan sebagai asas utama di dalam Hukum Perjanjian Nasional.¹⁹ Pemahaman asas kebebasan berkontrak ini bukan dalam pengertian kebebasan yang mutlak, karena dalam kebebasan tersebut terdapat berbagai pembatasan, antara lain oleh aturan-aturan hukum nasional yang bersifat publik serta ketertiban umum dan kesusilaan. Batas ini dikenal dalam prinsip hukum Latin yang berbunyi “*pacta private juri public derogare non oussunt*”.²⁰

Dalam KUHPerdara, rambu-rambu yang membatasi kebebasan berkontrak termasuk yang termuat dalam Pasal 1320 mengenai empat persyaratan untuk sahnya suatu perjanjian dan Pasal 1338 ayat (3) yang menyatakan bahwa perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Menurut Subekti, itikad baik merupakan suatu sendi yang terpenting dalam Hukum Perjanjian. Subekti lebih lanjut menyatakan bahwa hukum itu selalu mengejar dua tujuan, yaitu menjamin kepastian (ketertiban) dan memenuhi tuntutan keadilan. Jika Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan kepastian hukum (janji itu mengikat), maka Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan.²¹

Selanjutnya, Pasal 1320 ayat (2) jo Pasal 1329 dan 1330 menyatakan bahwa tiap orang berwenang untuk membuat perikatan, kecuali jika ia ditanyakan tidak cakap untuk hal. Kesimpulan dari bunyi pasal tersebut adalah bahwa kebebasan seseorang untuk membuat perjanjian dibatasi oleh kecakapannya untuk membuat perjanjian,

¹⁹ Mariam Darus Badruzaman, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, hlm 85

²⁰ Huala Adolf, *Op.Cit.*, hlm. 22

²¹ Subekti, *Op.Cit.*, hlm. 41

yang menurut Pasal 1330 termasuk orang yang belum dewasa dan orang yang diletakkan dibawah pengampuan. Selanjutnya Pasal 1332 membatasi objek perjanjian, yakni hanya barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi pokok persetujuan, yakni benda-benda di lapangan harta kekayaan yang tidak dipergunakan untuk kepentingan umum.²²

Di luar KUHPperdata, UUTK membuat pembatasan-pembatasan yang harus diperhatikan oleh penguasa apabila mempekerjakan pekerja. Pembatasan-pembatasan tersebut meliputi antara lain jam kerja sehari dan seminggu dan waktu istirahat, hak pekerja atas istirahat tahunan, pemberian kesetaraan antara pekerja pria dan wanita, dan perlindungan upah yang tidak membolehkan adanya diskriminasi untuk buruh laki-laki dan wanita.²³

Dalam UUMIGAS 2001 asas kebebasan berkontrak ini dimuat dalam pasal-pasal yang mengatur persyaratan Kontrak Kerja Sama. Misalnya, Pasal 11 UUMIGAS 2001 menetapkan bahwa Kontrak Kerja Sama migas sekurang-kurangnya memuat ketentuan-ketentuan pokok mengenai penerimaan negara, pengembalian wilayah kerja, kewajiban pengeluaran dana, jangka waktu kontrak dan perpanjangan, kewajiban menyisihkan sebagian produksi untuk memenuhi kebutuhan bahan bakar di dalam negeri, kewajiban menjaga kelestarian lingkungan hidup dan pasca operasi pertambangan, dan pengutamakan pemanfaatan barang dan jasa dalam negeri dan penggunaan tenaga kerja Indonesia dan pengembangan

²² Madjedi Hasan, *Op.Cit.*, hlm. 116

²³ *Ibid.*, hlm. 116-117

masyarakat. Selanjtnya, Pasal 42 UUMIGAS 2001 menetapkan kewajiban kontraktor untuk antara lain melakukan usaha-usaha konservasi sumber daya alam dan penerapan kaidah-kaidah keteknikan yang baik dalam operasi.

Asas kebebasan berkontrak yang tidak terbatas juga dipandang bertentangan dengan asas keselarasan dan keseimbangan menurut Pancasila. Klausul-klausul dalam perjanjian yang berat sebelah dan memberatkan bagi pihak lainnya tidak searah dengan usaha mencerdaskan kehidupan bangsa, dan karenanya harus dicegah oleh pemerintah.²⁴

b. Asas konsensualisme

Rumusan Pasal 1338 (1) BW yang menyatakan bahwa “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undnag bagi mereka yang membuatnya.” Istilah “secara sah” bermakna bahwa dalam pembuatan perjanjian yang sah (menurut hukum) adalah mengikat, karena di dalam asas ini terkandung “kehendak para pihak”²⁵ untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan kepercayaan (*vertrouwen*) di antara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian. Di dalam Pasal 1320 BW terkandung asas yang esensial dari hukum perjanjian, yaitu asas konsensualisme yang menentukan ada atau tidaknya perjanjian.²⁶ Di dalam asas ini terkandung kehendak para pihak untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan

²⁴ *Ibid.*, hlm. 117-118

²⁵ John D. Calamari & Joseph M. Perillo, 1987, *The Law of Contract*, St. Paul: West Publishing Co, pg. 1-3

²⁶ Mariam Darus Badruzaman *et al.*, *Op.Cit.*, hlm. 82

kepercayaan di antara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian. Asas kepercayaan merupakan nilai etis yang bersumber pada moral.²⁷

Asas konsensualisme juga mempunyai hubungan yang sangat erat dengan asas kebebasan berkontrak dan asas kekuatan mengikat yang terdapat di dalam Pasal 1338 (1) BW. Hal ini sedarar dengan pendapat Subekti²⁸ yang mengatakan bahwa asas konsensualisme terdapat dalam Pasal 1320 *jo* 1338 BW. Pelanggaran terhadap ketentuan ini akan mengakibatkan perjanjian itu tidak sah dan juga tidak mengikat sebagai undang-undang. Sementara Rutten,²⁹ menggarisbawahi bahwa perjanjian yang dibuat itu pada umumnya bukan secara formal tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena persesuaian kehendak atau consensus semata-mata.³⁰

Asas konsensualisme sebagaimana terdapat dalam Pasal 1320 angka (1) BW tentang kesepakatan dimana menurut asas ini perjanjian itu telah lahir cukup dengan adanya kata sepakat. Di sini yang ditekankan adalah adanya persesuaian kehendak sebagai inti dari hukum kontrak. Asas konsensualisme merupakan “roh” dari satu perjanjian. Hal ini tersimpul dari kesepakatan para pihak, namun demikian pada situasi tertentu terdapat perjanjian yang tidak mencerminkan wujud kesepakatan yang sesungguhnya. Hal ini disebabkan adanya cacat kehendak yang

²⁷ Mariam Darus Badeulzaman, 1996, *Kiab Undang-Undang Hukum Perdata Buku III tentang Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, Bandung: Alumni, hlm. 108-109

²⁸ *Ibid.*, hlm. 37

²⁹ Purwahit Patrik, 1994, *Dasar-dasar Hukum Perikatan*, Bandung: Mandar Maju, hlm. 66

³⁰ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 121

mempengaruhi timbulnya perjanjian. Dalam BW cacat kehendak meliputi tiga hal, yaitu: 1) Kesesatan, 2) penipuan, 3) paksaan.³¹

Dengan demikian, asas konsensualisme sebagaimana yang tersimpul dari ketentuan Pasal 1320 BW angka 1, yang menyatakan bahwa perjanjian itu telah lahir cukup dengan adanya kata sepakat, hendaknya tidak juga diinterpretasi semata-mata secara gramatikal. Pemahaman asas konsensualisme yang menekankan pada “sepakat” para pihak ini, berangkat dari pemikiran bahwa yang berhadapan dalam kontrak itu adalah orang yang menjunjung tinggi komitmen dan tanggungjawab dalam lalu lintas hukum, orang yang beritikad baik, yang berlandaskan pada “satunya raja satunya perbuatan”. Apabila kata sepakat yang diberikan para pihak tidak berada dalam kerangka yang sebenarnya, dalam arti terdapat cacat kehendak, maka hal ini dapat mengancam eksistensi kontrak itu sendiri. Pada akhirnya pemahaman terhadap asas konsensualisme tidak terpaku pada sekedar mendasarkan pada kata sepakat saja, tetapi syarat-syarat lain dalam Pasal 1320 BW dianggap telah terpenuhi sehingga kontrak tersebut menjadi sah.³²

c. Asas *Pacta Sunt Servanda*

Jika kita melihat dalam perspektif BW daya mengikat kontrak dapat dicermati dalam rumusan Pasal 1338 (1) BW menyatakan bahwa “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

³¹ *Ibid.*, hlm. 122

³² *Ibid.*, hlm. 122-123

Pengertian berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya menunjukkan bahwa undang-undang sendiri mengakui dan menempatkan posisi para pihak dalam kontrak sejajar dengan pembuat undang-undang. Menurut L. J. van Apeldoorn,³³ ada analogi tertentu antara perjanjian atau kontrak dengan undang-undang. Hingga batas tertentu para pihak yang berkontrak bertindak sebagai pembentukan undang-undang. Tentunya selain persamaan tersebut, terdapat perbedaan diantara keduanya, yaitu terkait dengan daya berlakunya. Undang-undang dengan segala proses dan prosedurnya berlaku dan mengikat untuk semua orang dan bersifat abstrak. Sementara itu, kontrak mempunyai daya berlaku terbatas pada para kontraktan, selain itu dengan kontrak para pihak bermaksud untuk melakukan perbuatan konkret.³⁴

Niewenhuis³⁵ menyatakan bahwa kekuatan mengikat dari perjanjian yang muncul seiring dengan asas kebebasan berkontrak yang memberikan kebebasan dan kemandirian kepada para pihak, pada situasi tertentu daya berlakunya dibatasi oleh dua hal, yaitu:

- a) *Pertama*, daya mengikat perjanjian itu dibatasi oleh itikad baik sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1338 (3) BW, bahwa perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik.

³³ L. J. van Apeldoorn, 2004, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Paramita, hlm. 155

³⁴ *Ibid.*, hlm. 156

³⁵ Niewenhuis, 1985, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Surabaya, hlm. 86-107

b) *Kedua*, adanya *overmacht* atau *force majeure* (daya paksa) juga membatasi daya mengikatnya perjanjian terhadap para pihak yang membuat perjanjian tersebut. Memang pada prinsipnya perjanjian itu harus dipenuhi para pihak, apabila tidak dipenuhi maka telah timbul wanprestasi dan bagi kreditor melekat hak untuk mengajukan gugatan, baik pemenuhan, ganti rugi, maupun pembubaran perjanjian. Namun dengan adanya *overmacht* atau *force majeure*, maka gugatan kreditor akan dikesampingkan, mengingat ketiadaan prestasi tersebut terjadi di luar kesalahan debitur.

Perjanjian-perjanjian yang lahir dari ketentuan buku III BW pada umumnya merupakan ketentuan *obligatoir*, artinya perjanjian itu pada dasarnya melahirkan kewajiban-kewajiban kepada para pihak yang membuatnya. Meskipun demikian ada pula pengaturan perjanjian *liberatoir*, yaitu berisi pembebasan kewajiban-kewajiban.³⁶ Perjanjian *obligatoir* sendiri melahirkan hak perorangan bagi para pihak yang membuat perjanjian. Salah satu ciri hak perorangan adalah sifatnya yang relative, artinya hak perorangan itu hanya mengikat para pihak yang membuat perjanjian itu sendiri. Hal ini dapat disimak dari ketentuan Pasal 1315 *jo* 1340 BW. Dalam pasal 1315 BW dikatakan bahwa “pada umumnya tak seorangpun dapat mengikat diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkan suatu janji daripada untuk

³⁶ H. F. A. Vollmar, 1995, *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm. 134-135

dirinya sendiri.” Lebih lanjut Pasal 1340 BW menyatakan, “perjanjian-perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya.”³⁷

3. Makna Asas Proporsionalitas

Hubungan bisnis yang terjalin diantara para pihak pada umumnya karena mereka bertujuan saling bertukar kepentingan. Roscoe Pound memberikan definisi kepentingan atau *interesti* adalah *a demand or desire which human beings. Either individually or through groups or associations in relations seek to satisfy* dengan arti kepentingan sebagai suatu tuntutan atau hasrat yang ingin dipuaskan manusia, baik secara individu maupun kelompok atau asosiasi. Kerangka dasar yang digunakan Pound adalah kepentingan-kepentingan sosial yang lebih luas dan yang merupakan keinginan manusia untuk memenuhinya, baik secara pribadi, hubungan antar pribadi maupun kelompok. Atas dasar itu Pound membedakan berbagai kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum, yaitu kepentingan pribadi, kepentingan umum, dan kepentingan sosial atau masyarakat.

Dalam lalulintas bisnis pertukaran kepentingan para pihak senantiasa dituangkan dalam bentuk kontrak mengingat setiap langkah bisnis adalah langkah hukum (i.c.kontrak).³⁸ ungkapan ini merupakan landasan utama yang harus diperhatikan para pihak yang berinteraksi dalam dunia bisnis. Meskipun para pihak acap kali tidak

³⁷ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 130

³⁸ Johannes Ibrahim & Lindawaty Sewu, 2003, *Hukum Bisnis Dalam Persepsi Manusia Modern*, Surabaya: Refika Aditama, hlm. 27

menyadarinya, namun setiap pihak yang memasuki belantara bisnis ada dasarnya melakukan langkah-langkah hukum dengan segala konsekuensinya.

Upaya mencari makna asas proporsionalitas merupakan proses yang tidak mudah, bahkan sering kali tumpang indih dalam pemahamannya dengan asas keseimbangan. Pada dasarnya asas keseimbangan dan asas proporsionalitas tidak dapat dipisahkan keberadaannya dalam hukum kontrak. Namun demikian, sesederhana apapun pemahaman tersebut masih dapat ditarik benang merah melalui pemahaman yang lebih komprehensif untuk membedakan keduanya.

Pemikiran mengenai asas proporsionalitas perlu disampaikan disamping asas keseimbangan dalam kontrak. Untuk membedakan keduanya pertama-tama dapat ditelusuri dari makna leksikal diantara kedua istilah tersebut, yaitu makna ‘keseimbangan’ dan ‘proporsionalitas’. Dalam beberapa kamus terdapat dua istilah tersebut ada yang membedakan arti, namun juga ada yang menyamakannya. Untuk menemukan karakteristiknya serta makna ‘keseimbangan’ dan ‘proporsionalitas’ dilakukan eksplorasi dan elaborasi beberapa kamus yang relevan, sebagai berikut:

- a. Dalam Kamus **KBBI**,³⁹ kata ‘keseimbangan’ berarti keadaan seimbang. Dalam ilmu fisika diartikan sebagai keadaan yang terjadi bila semua gaya dan kecenderungan yang sama besar, tetapi mempunyai arah yang berlawanan.

³⁹Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1995, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi II, Jakarta: Balai Pustaka, hlm. 373 dan 790.

Sedangkan kata ‘proporsionalitas’ atau ‘proporsional’ berarti sesuai dengan proporsi, sebanding, berimbang.

- b. **W. Van Hoeve**,⁴⁰ menerjemahkan ‘*evenreding*’ dengan seimbang, sebanding, sekadar, proporsional. ‘*Evenredigheid*’ berarti keseimbangan, kesebandingan. Dalam hal ini *evenredigheid* disamakan dengan *evenwicht* yang berarti keseimbangan, kesetimbangan. Sementara itu ‘*proportioneel*’ juga diartikan seimbang, sebanding. Tampak pemaknaan oleh W. van Hoeve sama dengan KBBI yakni masih menyamakan makna kedua pengertian tersebut.
- c. **AB Massier dan Marjanne termorshuizen art**,⁴¹ dalam hubungan dengan hukum perikatan, memberi makna seimbang (*in evenwicht, evenwichtig, evenredig, gelijkwaardig, van de rechten/plichten van*) *contracterende partijen* adalah menurut imbang dengan memberi contoh pelunasan dianggap berlaku untuk masing-masing utang menurut imbang jumlah masing-masing. Sedangkan keseimbangan (keserasian) *evenwichtigheid, evenredigheid, gelijkwaardigheid, (van rechten/plinchten van) contracterende partijen* dengan menunjuk dasar bagi keseimbangan dan keserasian dalam perjanjian tersurat didalam 1320 BW, hanya apabila dalam keadaan *in concreto* ada keseimbangan dan keserasian maka tercapailah kesepakatan atau konsensus yang sah antara para pihak. Untuk mempertegas pemahaman tersebut di ajukan pengertian mengenai

⁴⁰W. van Hoeve, 1996, *Kamus Belanda-Indonesia*, Ichtar Baru van Hoeve, Jakarta, hlm. 117 dan 393

⁴¹AB Massier dan Marjanne Termorshuizen-Arts, 2000, *Indonesische-Nederlands Woodenboek Privaatrecht*, KITLV Uitgeverij, Leiden, hlm. 30

“ketidakseimbangan”(ketidakserasian) .untuk penerapannya hakim memperhatikan adanya indikasi atau patokan tertentu yang merupakan dasar bagi kesimpulan bahwa telah terjadi penyalagunaan keadaan yang dimungkinkan karena adanya ketidakseimbangan dan ketidakserasian kedudukan para pihak. Disini AB Massier dan Marjanne Termorshuzen Arts,⁴² memberi makna yang sama untuk kata “*evenredigheid*” yang berarti keseimbangan, keserasian, kesebandingan (*evenredigheidbeginsel*-asas keseimbangan). Sedangkan proporsionalitas ditunjuk pengertian *Proportiona* (asas kecermatan, asas kepatutan, asas ketelitian dan kehati-hatian) dalam proses pembuktian, bahwa kecermatan yang patutnya adalah pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau barang orang lain. Dalam menilai metode penyidikan yang tidak diatur undang-undang, maka hakim menguji dengan menggunakan asas kecermatan, subsidiaritas dan proporsionalitas. Namun penerapan asas ini, lebih menunjuk pada proses pembuktian untuk perkara pidana sebagaimana diatur dalam Pasal 49 Ayat (1) KUHP.⁴³

- d. Dalam N. E. Algra Et Al.⁴⁴ “kamus istilah hukum focekema Andreaw belanda-indonesia” maupun dalam versi bahasa belanda “*Fockema Andreae rechtsgeleerd handwoordenboek*” tidak ditemukan istilah *evenwichtbeginsel*

⁴²*Loc.cit.* Periksa juga Marjanne Termorshuizen, *Op.cit.*, hlm. 121

⁴³*Ibid*, hlm. 322 dan 588

⁴⁴N. E. Algra *et al*, 1983, *Kamus Istilah Hukum Fockema Andreae Belanda-Indonesia*, Jakarta: Bina Cipta, hlm. 126. Periksa juga N. E. Algra en HRW Gokkel, 1981, *Fockema Andreae's Rechtgeleerd Handwoordenboek*, H.D. Tjeenk Willink, Alphen Aan Den Rijn, hlm 213

tetapi *evenredigheidsbeginsel* untuk menerjemahkan asas keseimbangan, yaitu sebagai pedoman dasar bagi pertimbangan hukum manusia yang berpokok pangkal pada pemikiran bahwa setiap anggota persekutuan hukum sama nilainya mengenai pembagian syarat-syarat dalam suka dan duka. Sedangkan pengertian asas proporsionalitas diterjemahkan dengan *proportionaliteitsnegeinsel* bahwa harus ada keseimbangan tertentu antara timbulnya kerugian dan pemberian ganti rugi (pembelaan). Asas ini terutama memainkan peranan pada pembelaan paksa (perlakuan kekerasan terpaksa) dalam hukum pidana.

Dari eksplorasi dan elaborasi beberapa kamus tersebut di atas, ternyata pengertian asas proporsionalitas masih belum utuh dan padu. Hal ini dapat ditelusuri dari:

- a. Makna leksial di atas ada yang menyamakan antara makna proporsionalitas dengan keseimbangan, sebaliknya terhadap kedua istilah tersebut belum secara tegas.
- b. Keseimbangan acap kali diartikan dalam kesamaan, sebanding dalam jumlah, ukuran, atau posisi. Dalam perspektif kontrak, asas keseimbangan diberikan penekanan pada posisi tawar para pihak harus seimbang. Tidak adanya keseimbangan posisi para pihak mengakibatkan kontrak menjadi tidak seimbang dan membuka peluang intervensi penguasa untuk menyeimbangkannya
- c. Proporsionalitas (asas proporsionalitas) acap kali sekedar dipahami dalam konteks hukum pembuktian, meski pun pada dasarnya asas proporsionalitas harus

dimaknai sebagai pembagian hak dan kewajiban menurut proporsi yang meliputi segenap aspek kontraktual secara keseluruhan.

Menurut Agus Yudha Hernoko, pengertian asas proporsionalitas lebih tepat dipergunakan sebagai landasan pertukaran hak dan kewajiban dalam berkontrak dibanding asas keseimbangan yang terkesan lebih abstrak. Asas proporsionalitas mempunyai perspektif komprehensif dan dapat ditelusuri melalui karakteristik maupun daya kerjanya.⁴⁵ Sebagaimana pendapat P.S. Atijah dalam bukunya “*An Introduction to The Law of Contract*”, memberikan suatu landasan pemikiran mengenai asas proporsionalitas dalam kaitannya dengan peran kontrak sebagai landasan pertukaran yang adil di dunia bisnis. Menurut P.S. Atijah, pertemuan para pihak dalam mekanisme pasar sesuai dengan apa yang diinginkan (*proportion in what they want*) merupakan bentuk pertukaran yang adil (*fair exchange*). Mekanisme ini merupakan dasar fundamental yang melandasi konsep “*freedom of choice in exchange – freedom of contract*”.⁴⁶

Pada dasarnya dengan mengambil nilai-nilai dasar yang terkandung didalamnya, asas proporsionalitas merupakan perwujudan doktrin “keadilan berkontrak” yang mengoreksi dominasi asas kebebasan berkontrak yang dalam beberapa hal justru menimbulkan ketidakadilan. Perwujudan keadilan berkontrak ditentukan melalui dua pendekatan. Pertama, pendekatan prosedural, pendekatan ini menitikberatkan pada

⁴⁵ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.*, hlm. 78-79

⁴⁶ Yang dikutip oleh Agus Yudha Hernoko, P.S. Atijah, *An Introduction to The Law of Contract*, 4th Ed., (New York: Oxford University Press Inc), 1995, hlm. 5 (selanjutnya disingkat P.S. Atijah-I)

persoalan kebebasan kehendak dalam suatu kontrak. Pendekatan kedua, yaitu *pendekatan substantif* yang menekan kandungan atau substansi serta pelaksanaan kontrak. Dalam pendekatan substantif perlu diperhatikan adanya kepentingan yang berbeda.⁴⁷

Menurut Agus Yudho Hernoko Asas proporsionalitas mempunyai arti sebagai “*asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual*”. Asas proporsionalitas mengandaikan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam seluruh proses hubungan kontraktual, baik pada fase prakontraktual, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak (*pre-contractual, contractual, post contractual*). Asas proporsional sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (menjaga kelangsungan hubungan agar berlangsung kondusif dan *fair*).⁴⁸

Agus Yudho Hernoko mengajukan suatu kriteria yang dapat dijadikan pedoman untuk menemukan asas proporsionalitas dalam kontrak, sebagai berikut:⁴⁹

- a. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang memberikan pengakuan terhadap hak, peluang dan kesempatan yang sama kepada para kontraktan untuk menentukan pertukaran yang adil bagi mereka. Kesamaan

⁴⁷Peter Mahmud Marzuki-I, 2003, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenada Media, hlm. 205 Periksa juga Dewi Astuty Mochtar, 2001, *Perjanjian Lisensi Alih Teknologi dalam Pengembangan Teknologi Indonesia*, Bandung: Alumni, 79

⁴⁸ Agus Yudho hernoko, *Op.Cit.*, Hlm. 87

⁴⁹*Ibid*, hlm 88

bukan dalam arti “kesamaan hasil” melainkan pada posisi para pihak yang mengandaikan “kesetaraan kedudukan dan hak (*equitability*)” (prinsip kesamaan hak/kesetaraan hak)

- b. Berlandaskan pada kesamaan/kesetaraan hak tersebut, maka kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang dilandasi oleh kebebasan para kontraktan untuk menentukan substansi apa yang adil dan apa yang tidak adil bagi mereka (prinsip kebebasan)
- c. Kontrak yang bersubstansi asas proporsional adalah kontrak yang mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara proporsional bagi para pihak. Perlu digaris bawahi bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, dalam konteks ini dimungkinkan adanya hasil akhir yang berbeda. Dalam hal ini, maka prinsip distribusi-proporsional terhadap hak dan kewajiban para pihak harus mengacu pada pertukaran yang fair (prinsip distribusi-proporsional)
- d. Dalam hal terjadinya sengketa kontrak, maka beban pembuktian, berat ringan kadar kesalahan maupun hal-hal lain terkait harus diukur berdasarkan asas proporsionalitas untuk memperoleh hasil penyelesaian yang elegan dan *win-win solution*.

4. Fungsi Asas Proporsionalitas

Fungsi asas proporsionalitas menurut Agus Yudha Hernoko baik dalam proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak komersial adalah :⁵⁰

1. Dalam tahap pra-kontrak, asas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara *fair*. Oleh karena itu, tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan itikad buruk;
2. Dalam pembentukan kontrak, asas proporsionalitas menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara *fair*;
3. Dalam pelaksanaan kontrak, asas proporsionalitas menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan pada para pihak;
4. Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental (*fundamental breach*) sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil (*minor important*). Oleh karena itu, pengujian melalui asas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh

⁵⁰Agus Yudha Hernoko, *Op.it.*, hlm. 101-102

salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain;

5. Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, asas proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang *fair*.

Dengan demikian, kontrak komersial yang merupakan proses mata rantai hubungan para pihak harus dibangun berdasarkan pemahaman keadilan yang dilandasi atas pengakuan hak para kontraktan. Pengakuan terhadap eksistensi hak para kontraktan tersebut termanifestasi dalam pemberian peluang dan kesempatan yang sama dalam pertukaran hak dan kewajiban secara proporsional. Tentunya fungsi asas proporsionalitas sebagai batu uji dalam pelaksanaan pertukaran hak dan kewajiban kontraktual menjadi relevan dan penting.

5. Pemahaman Makna Asas Keseimbangan

Kata “keseimbangan” menurut kamus besar bahasa Indonesia, berarti “keadaan seimbang (seimbang-sama berat, setimbang, sebanding, setimpal)”⁵¹ dalam hubungannya dengan kontrak, secara umum asas keseimbangan bermakna sebagai keseimbangan posisi para pihak yang membuat kontrak.

⁵¹ Tim penyusun kamus pembinaan dan pengembangan bahasa-depdikbud RI, 1997, *kamus besar bahasa Indonesia*, jakarta: balai pustaka, Hal. 73.

Asas keseimbangan menurut Herlien Budiono, dilandaskan pada upaya mencapai suatu keadaan seimbang yang sebagai akibat darinya harus memunculkan pengalihan kekayaan secara abash tidak terpenuhinya keseimbangan berpengaruh terhadap kekuatan yuridikal kontrak. Dalam terbentuknya kontrak, ketidak seimbangan dapat muncul, karena perilaku para pihak sendiri maupun sebagai konsekuensi dari substansi (muatan isi) kontrak atau pelaksanaan kontrak. Pencapaian keadaan seimbang, mengimplikasikan, dalam konteks pengharapan masa depan yang obyektif, upaya mencegah dirugikannya satu di antara dua pihak dalam kontrak.⁵²

Pemahaman akan makna asas keseimbangan bisa kita telusuri dari pendapat beberapa sarjana, antara lain: Sutan Remy Sjahdeini, Meriam Darus Badruzaman, Sri Gambir Melati Hatta, serta Ahmadi Miru, secara umum memberi makna asas keseimbangan sebgau posisi para pihak yang berkontrak. Oleh karena itu, dalam hal terjadi ketidakseimbangan posisi yang menimbulkan gangguan terhadap isi kontrak diperlukan intervensi otoritas tertentu (pemerintah). Dalam arti ketika terjadi ketidakseimbangan posisi maka dibutuhkan intervensi dari pemerintah. maka daya kerja asas keseimbangan yang menekankan keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak terasa dominan dalam kaitannya dengan kontrak konsumen. Hal ini didasari pemikiran bahwa dalam perpektif perlindungan konsumen terdapat ketidakseimbangan psosisi tawar para pihak. Hubungan konsumen-produsen di asumsikan hubungan yang subordinat, sehingga konsumen berada pada posisi lemah

⁵² Herlien budiono, *Op.Cit.*, Hlm. 317-318.

dalam proses pembentukan kehendak kontraktualnya. Hubungan subordinat, posisi tawar lemah, dominasi produsen serta beberapa kondisis lain diasumsikan terdapat ketidakseimbangan dalam hubungan para pihak dalam kontrak.

Menurut Nieuwenhuis, dalam kontrak timbal balik, kualitas dari prestasi akan dijustifikasi oleh tertib hukum. Namun demikian kontrak harus segera “ditolak” jika kedudukan factual satu pihak terhadap pihak lainnya adalah lebih kuat, karena dapat mempengaruhi cakupan muatan isi maupun maksud dan tujuan kontrak. Akibat ketidaksetaraan prestasi dalam kontrak bertimbal balik ialah ketidak seimbangan, sehingga dapat menjadi alasan bagi pihak yang dirugikan untuk mengajukan tuntutan ketidakabsahan kontrak. Sepanjang prestasi yang dijanjikan bertimbal balik mengandaikan kesetaraan, maka jika terjadi ketidak seimbangan, perhatian akan diberikan terhadap kesetaraan dalam pembentukan kontrak tidak pada hasil akhir dari prestasu yang ditawarkan secara timbal balik.⁵³

Memperhatikan penjelasan nieuwenhui mengenai asas keseimbangan dalam kontrak bertimbal balik sebagaimana diuraikan diatas, dapat dipahami bahwa factor-factor yang dapat mengganggu keseimbangan kontrak bertimbal balik adalah cara terbentuk kontrak yang melibatkan pihak-pihak yang berkedudukan tidak setara. Jadi factor yang menentukan tegaknya asas keseimbangan, tidak hanya kesetaraan prestasi yang diperjanjikan oleh pihak-pihak yang membuat kontrak. Tetapi juga kesetaraan para pihak yang membuat kontrak tersebut, yang merefleksikan kehendak

⁵³J.H. Nieuwenhuis, 1976, *Hoofstukken Verbintennissenrecht*, Kluwer, Deventer, hlm. 122

untuk mewujudkan keadilan pertukaran kepentingan ekonomi atas barang dan jasa yang diperjanjikan dalam kontrak.

Dalam hal terjadinya ketidak seimbangan akibat ketidaksetaraan posisi para pihak yang membuat kontrak yang menimbulkan gangguan terhadap muatan isi kontrak diperlukan intervensi dalam hukum kontrak tersebut

Menurut Agus Yudho Hernoko, beranjak dari pemikiran bahwa perlu intervensi negara dalam menegakan asas keseimbangan dalam hubungan hukum kontraktual, maka pemahaman terhadap daya kerja asas keseimbangan yang menekankan keseimbangan posisi para pihak yang berkontrak terasa dominan dalam kaitannya dengan kontrak konsumen terdapat ketidak seimbangan posisi tawar-menawar para pihak. Hubungan konsumen produsen diasumsikan hubungan yang subordinat, sehingga konsumen berada pada posisi yang lemah dalam proses pembentukan kehendak kontraktualnya. Hubungan subordinat, posisi tawar-menawar yang lemah, dominasi produsen, serta beberapa kondisi lain diasumsikan terdapat ketidakseimbangan dalam hubungan para pihak.⁵⁴

Berdasarkan pertimbangan di atas, Agus Yudha Hernoko menegaskan perlu konsumen diberdayakan dan diseimbangkan posisi tawar-menawarnya dengan produsen. Dalam konteks ini, asas keseimbangan yang bermakna “equal-equilibrium” akan bekerja memberikan keseimbangan manakala posisi tawar

⁵⁴ Agus Yudho hernoko, *Op.Cit.*, Hlm 80

menawar para pihak dalam menentukan kehendak menjadi tidak seimbang. Tujuan dari asas keseimbangan adalah hasil akhir yang menempatkan posisi para pihak seimbang (*equal*) dalam menentukan hak dan kewajiban. Oleh karenanya dalam rangka menyeimbangkan posisi para pihak, intervensi dari otoritas negara (pemerintah) sangat kuat.⁵⁵

Bentuk intervensi negara (pemerintah) dalam hubungan hukum kontraktual tampak jelas pada substansi pasal 18 UU No 8 tahun 1999 tentang perlindungan konsumen yang memuat ketentuan-ketentuan limitative yang melarang pencantuman klausula baku dalam kontrak oleh pelaku usaha atau produsen agar tidak merugikan konsumen. Beranjak dari rumusan pasal 18 UU no 8 tahun 1999, Agus Yudha Hernoko menafsirkan bahwa asas keseimbangan mempunyai daya kerja, baik pada proses pembentukan maupun pelaksanaan kontrak. Namun unsur kebebasan berkendak para pihak, khususnya bagi konsumen, baik dalam proses pembentukan kehendak maupun pelaksanaan kontrak dianggap lemah, sehingga diberdayakan melalui pencantuman “norma larangan”. Dengan demikian daya kerja asas keseimbangan disini mempunyai makna “imperative” yang memaksa satu pihak (pelaku usaha) untuk tunduk dengan tujuan akan dicapai keseimbangan hak dan kewajiban para pihak.⁵⁶

⁵⁵*Ibid*, hlm. 66-67

⁵⁶*Ibid*, hlm. 69

D. Tinjauan Hukum Kontrak Bagi Hasil (*Production Sharing Contract*)

1. Sejarah Pembentukan Kontrak Bagi Hasil (*Production Sharing Contract*)

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Migas telah menggariskan bahwa pengusahaan migas dilakukan oleh KKKS berdasar Kontrak Bagi Hasil. Ketentuan ini merupakan pengakuan secara legal atas kedudukan Kontrak Bagi hasil di Indonesia.

Namun mungkin tidak banyak orang yang tahu bahwa Kontrak Bagi Hasil, sebagai kontrak migas yang paling banyak digunakan di dunia, adalah karya asli bangsa Indonesia. Sebelum mencapai bentuknya seperti sekarang ini, seiring perjalanan waktu ia telah mengalami evolusi bentuk dan substansinya. Keberadaannya tidak bisa dilepaskan dari sejarah pengusahaan migas di Indonesia. Kegiatan pengusahaan migas di Indonesia sendiri sudah berlangsung jauh sebelum Indonesia merdeka, ditandai dengan penemuan sumur minyak komersial pertama di Indonesia, yaitu sumur Telaga Tunggal 1 di daerah Telaga Said, Pangkalan Brandan, Sumatera Utara pada bulan Juni 1885.⁵⁷

Kegiatan eksplorasi dan produksi di Telaga Said tersebut dilakukan oleh pengusaha perorangan yang bernama Aeliko Jans Zijlker yang mendapatkan konsesi dari Sultan Langkat. Setelah keberhasilan di Telaga Said tersebut, menyusul keberhasilan-keberhasilan lain yaitu Adriaan Stoop yang menemukan cadangan minyak komersial di daerah Wonokromo Jawa Timur pada tahun 1890 dan J.H.

⁵⁷ Hadi Daryono, *et. al.*, 2013, *Dari Pangkalan Brandan Migas Indonesia Mendunia-Transformasi ke Non Migas di Pangkalan Brandan Suatu Keniscayaan*, Jakarta: Petrominer, hlm. 15

Menten di daerah Sangasanga pada tahun 1897.⁵⁸ Masing-masing mendapatkan konsesi dari penguasa setempat berdasarkan ketentuan-ketentuan hasil negosiasi para pihak.

Pasal 33 UUD 1945 tersebut meletakkan filosofi pengusahaan migas. Terkait pengusahaan migas ini, dikenal ada tiga konsep pengusahaan, yaitu *mineral right* atau hak atas kuasa mineral, *mining right* atau hak atas kuasa pertambangan, dan *economic right* atau hak mengelola usaha penambangan. Kuasa mineral merupakan penguasaan atas kekayaan alam yang terkandung dalam suatu wilayah negara sebagai bagian integral dari kedaulatan wilayah. Kuasa pertambangan merupakan wewenang dalam pengatran dan pengawasan pelaksanaan kegiatan pertambangan. Sedangkan kuasa usaha pertambangan merupakan wewenang untuk melakukan pengelolaan usaha.⁵⁹

Usaha untuk mewujudkan amanat UUD 1945 tersebut baru dapat dimulai setelah pemerintah menerbitkan Undang-Undang Nomor 44 Prp. Tahun 1960 tentang Pertambangan Migas. Undang-Undang ini menetapkan beberapa prinsip dalam pengeolaan migas sebagai berikut:

- a. Pasal 2 : Segala bahan galian minyak dan gas bumi yang ada dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan kekayaan nasional yang dikuasai oleh negara.

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 21

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 24

- b. Pasal 3 ayat (1) : Menyimpang dari ketentuan-ketentuan seperti termaktub dalam Pasal 4 Undang-Undang tentang pertambangan, maka pertambangan minyak dan gas bumi hanya diusahakan oleh negara.
- c. Pasal 3 ayat (2) : Usaha pertambangan minyak dan gas bumi dilaksanakan oleh perusahaan negara semata-mata.
- d. Pasal 6 ayat (1) : Menteri dapat menunjuk pihak lain sebagai kontraktor untuk perusahaan negara apabila diperlukan untuk melaksanakan pekerjaan-pekerjaan yang belum atau tidak dapat dilaksanakan sendiri oleh perusahaan negara yang bersangkutan selaku pemegang kuasa pertambangan.
- e. Pasal 6 ayat (2) : Dalam mengadakan perjanjian karya dengan kontraktor seperti yang dimaksud dalam ayat (1) di atas perusahaan negara harus berpegang pada pedoman-pedoman, petunjuk-petunjuk dan syarat-syarat yang diberikan oleh menteri.
- f. Pasal 6 ayat (3) : Perjanjian Karya yang tersebut dalam ayat (2) di atas mulai berlaku sesudah diundahkan dengan undang-undang.

Dengan diterbitkannya Undang-undang Nomor 44 Prp. Tahun 1960, maka Indonesia memasuki rezim Kontrak Karya dan meninggalkan rezim Kontrak konsesi. Pemerintah pun melakukan perundingan dengan tiga perusahaan minyak pemegang konsesi pada waktu itu, yaitu Caltex, Stanvac dan Shell. Pada tanggal 28 September 1963, Kontrak Karya diratifikasi oleh DPR-GR.⁶⁰

⁶⁰ Hadi Daryono, *Op.Cit.*, hlm. 78

Menanggapi perkembangan tersebut, Menteri Pertambangan pada waktu itu, Ir. Bratanata meminta Direktur Utama Pertamina Ibnu Sutowo dan ahli hukum Mochtar Kusumaatmadja untuk mencari bentuk kontrak kerja sama migas yang lebih sesuai dengan jiwa dan semangat UUD 1945. Sejalan dengan prinsip bahwa pengelolaan usaha migas harus dikuasai negara, maka manajemen harus berada di tangan perusahaan negara. Sementara itu resiko sepenuhnya harus ditanggung oleh kontraktor, apabila berhasil ditemukan produksi minyak baru biaya yang telah dikeluarkan diganti dan sisanya kemudian dibagi. Konsep kerja sama demikian merujuk pada konsep kerja sama garap sawah di pedesaan.⁶¹

Terdapat tujuh prinsip pokok dari Kontrak Bagi Hasil yang diturunkan dari konsep kerjasama garap sawah, yaitu:

1. Sistem pembagian berdasarkan hasil produksi.
2. Kewenangan manajemen ada pada Pertamina.
3. Semua peralatan, sarana dan fasilitas yang dibeli dan dibangun untuk operasi menjadi milik Pertamina.
4. Pembagian produk sampingan berbeda dengan pembagian produk utama.
5. Pertamina memegang kewenangan menentukan pengembalian biaya operasi.
6. Kontraktor menanggung resiko kerugian biaya operasi.
7. Kepemilikan atas mineral tetap di tangan negara hingga titik penyerahan.⁶²

⁶¹ Sutadi Pudjo Utomo, 2011, *Kontrak Production Sharing-Pengembangan Kerja Sama Budaya Pedesaan Indonesia*, Jakarta: PT. Loka Datamas Indah, hlm. 111

⁶² Sutadi Pudjo Utomo, 2010, *Kedaulatan Migas dan Production Sharing Contract Indonesia*, Jakarta: Reforminer Institute, hlm. 74-75

Apabila diperhatikan prinsip-prinsip dari Kontrak Bagi Hasil, dapat disimpulkan bahwa sistem Kontrak Bagi Hasil ini lebih mendekati filosofi yang diamanatkan dalam Pasal 33 UUD 1945. Kontrak bagi Hasil telah menempatkan *mineral right* sebagai milik negara, *mining right* sebagai milik pemerintah, dan *economic right* sebagai milik perusahaan negara (Pertamina), atau SKK Migas.⁶³

Pada tahun 1971, pemerintah mengundangkan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Pendirian Perusahaan Pertambangan Migas Negara (Pertamina). Undang-undang ini memberikan landasan yuridis keberlakuan Kontrak Bagi Hasil. Dalam Pasal 12 disebutkan sebagai berikut:

- a. Perusahaan (dalam hal ini Pertamina) dapat mengadakan kerja sama dengan pihak lain dalam bentuk Kontrak Production Sharing.
- b. Syarat-syarat kerja sama termaksud pada ayat (1) Pasal ini akan diatur dengan Peraturan Pemerintah.
- c. Perjanjian termaksud pada ayat (1) Pasal ini mulai berlaku setelah disetujui oleh presiden.⁶⁴

Seiring berjalannya waktu, Kontrak Bagi Hasil mengalami perubahan ketentuan untuk menyesuaikan dengan kondisi industry saat itu. Kontrak Bagi Hasil generasi pertama (1966-1975) ditandai dengan ketentuan yang relative sederhana, dengan prinsip-prinsip sebagai berikut:

- a. Perusahaan migas berkedudukan sebagai kontraktor Pertamina.

⁶³ Nugroho Eko Priamoko, *Op.Cit.*, hlm. 52

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 54

- b. Manajemen dari seluruh kegiatan kontraktor berada di tangan Pertamina.
- c. *Cost recovery* dibatasi 40% dari total pendapatan per tahun.
- d. Selisih antara pendapatan bruto per tahun dikurangi biaya operasi dibagi antara Pertamina dan kontraktor dengan komposisi 65% : 35%.
- e. Kontraktor diwajibkan memasok 25% dari bagian produksinya untuk keperluan domestic dengan harga \$ 0,20 per barrel.⁶⁵

Ketentuan spesifik dari Kontrak bagi Hasil generasi pertama ini adalah adanya pembatasan penggantian biaya operasi sebesar 40% dari total produksi. Hal ini tidak lain adalah untuk menjamin agar Pertamina mendapat bagian dari produksi, tidak semua dihabiskan untuk mengganti biaya operasi. Namun demikian tidak berarti sisa biaya operasi tidak akan mendapat penggantian, melainkan di-*carry over*, untuk dilakukan penggantian di tahun berikutnya.⁶⁶

Faktor utama yang mendorong munculnya Kontrak bagi Hasil generasi kedua adalah kondisi industri migas yang tertekan akibat menurunnya harga minyak dan penurunan produksi karena kondisi sumur minyak yang mulai menua. Untuk mengatasi kondisi tersebut harus di desain skema Kontrak Bagi Hasil yang mampu menarik investasi. Oleh karena itulah batasan *cost recovery* dalam kontrak bagi hasil generasi kedua ini dihilangkan, dan bahkan diperkenalkan adanya kredit investasi.⁶⁷

⁶⁵ Benny Lubiantara, 2012, *Ekonomi Migas-Tinjauan Aspek Komersial Kontrak Migas*, Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, hlm. 44

⁶⁶ Nugroho Eko Priatmoko, *Op.Cit.*, hlm. 55

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 56

Setelah bejalan dua belas tahun, pemerintah memandang perlu untuk merevisi Kontrak Bagi Hasil generasi kedua, hingga lahirnya Kontrak Bagi Hasil generasi ketiga yang diimplementasikan mulai tahun 1988. Masalah yang ditemukan dalam Kontrak Bagi Hasil generasi kedua adalah tidak adanya pembatasan *cost recovery*. Hal ini menjadi masalah, manakala harga minyak turun seluruh hasil produksi dapat tersedot untuk mengganti biaya operasi yang telah dikeluarkan sehingga tidak ada yang tersisa untuk dibagi. Untuk itu pemerintah kemudian memperkenalkan mekanisme *First Tranche Petroleum* (FTP) sebesar 20% dari hasil produksi.⁶⁸

Selain mengeluarkan Kontrak Bagi Hasil hingga generasi ketiga, untuk menyesuaikan dengan perubahan kondisi industry migas, pemerintah juga mengeluarkan berbagai kebijakan, yang dikenal dengan paket insentif. Tantangan yang mulai dihadapi pada awal dasawarsa 1990an adalah terus menurunnya harga minyak, serta banyaknya penawaran wilayah kerja dari negara-negara yang sebelumnya tidak aktif dalam industri migas.⁶⁹

Untuk menarik investor, pemerintah kemudian mengeluarkan paket insentif. Sejak tahun 1988 tidak kurang pemerintah telah mengeluarkan empat kali paket insentif, yang dapat dirangkum sebagai berikut:⁷⁰

⁶⁸ Benny Lubiantara, *Op.Cit.*, hlm. 47

⁶⁹ Nugroho Eko Priamoko, *Op.Cit.*, hlm. 57

⁷⁰ Benny Lubiantara, *Op.Cit.*, hlm. 49

Tabel 2.1
Paket Insentif Pemerintah

	Paket Insentif 1	Paket Insentif 2	Paket Insentif 3	Paket Insentif 4
Berlaku	Agustus 1988	Februari 1989	Agustus 1992	Desember 1993
Kredit Investasi	17,00 %	Deepwater lebih dari 600 ft; 110% untuk minyak dan 55% untuk gas.	100% - 120% tergantung kedalaman.	Tidak ada
Komersialitas	Ada jaminan 25% penerimaan untuk pemerintah	Dihapus	Dihapus	Dihapus
Harga DMO	10% dari harga ekspor setelah 60 bulan	10% dari harga ekspor setelah 60 bulan	15% dari harga ekspor setelah 60 bulan	25% dari harga ekspor setelah 60 bulan
FTP	20,00%	20,00%	20,00%	15,00%
Pembagian Minyak	Frontier Area: < 50.000 bph = 80% : 20% 50.000-150.000 bph = 85% : 15% >150.000 bph = 90% : 10% Conventional Area: 85% : 15%	Marginal Field & EOR: 75% : 25% Conventional Area: 80% : 20%	Frontier Area: 80% : 20% Water Depth > 1.500 m = 75% : 25%	65% : 35%
Pembagian Gas	70% : 30%	70% : 30%	Conventional Area: 65% : 35% Frontier Area: 60% : 40% Water Depth > 1.500m = 55% : 45%	60% : 40%

Jika diperhatikan, perubahan dari Kontrak Bagi Hasil generasi pertama ke generasi berikutnya membutuhkan waktu 12 tahun. Sedangkan dari generasi kedua ke generasi ketiga membutuhkan waktu 10 tahun. Namun seiring berjalannya waktu dirasakan bahwa dinamika industri migas semakin cepat, sehingga perlu diantisipasi dengan lebih cepat juga. Hal ini terlihat dari pemberlakuan paket insentif dengan rentan waktu yang semakin dekat. Paket insentif pertama dan kedua hanya berjarak satu tahun, paket kedua sampai paket ketiga berjalan tiga tahun dan dari paket ketiga ke paket keempat berjarak satu tahun.

Menyadari kondisi tersebut, maka sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001, Kontrak Bagi Hasil selalu dievaluasi secara periodik terkadang kurang dari satu tahun. Jika dirasakan adanya kebutuhan untuk melakukan perubahan, maka akan dikeluarkan Kontrak Bagi Hasil versi baru. Oleh karena itu, tidak ada lagi istilah generasi dalam Kontrak Bagi Hasil, kontrak harus bersifat dinamis untuk menyesuaikan kebutuhan zaman dan tantangan yang terus berubah dari tahun ke tahun.⁷¹

2. Prinsip-Prinsip Kontrak Bagi Hasil

Berbicara mengenai nilai-nilai keadilan asas proporsionalitas dan asas keseimbangan, adalah berbicara mengenai pembagian dan pemenuhan hak dan kewajiban diantara kedua belah pihak. Terkait kontrak bagi hasil, bangsa Indonesia memiliki cara tersendiri dalam mengatur pembagian hak dan kewajiban diantara para

⁷¹ Rinto Pudyantoro, 2012, *A to Z Bisnis Hulu Migas*, Jakarta: Petromindo, hlm. 166

pihak. Pengaturan tersebut berakar dari filosofi perusahaan migas sebagaimana yang diamanatkan dalam pasal 33 UUD 1945, yaitu migas adalah milik bangsa Indonesia dan harus dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Pengaturan tersebut dituangkan dalam *production sharing contract* atau kontrak bagi hasil, yang kemudian banyak ditiru oleh negara-negara penghasil migas lain.

Kontrak bagi hasil tersebut dibangun berdasarkan prinsip-prinsip yang merupakan implementasi dari filosofi perusahaan migas dimaksud. Adapun prinsip-prinsip kontrak bagi hasil tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Sistem pembagian berdasarkan hasil produksi.
- b. Kewenangan manajemen ada pada Pertamina.
- c. Semua peralatan, sarana dan fasilitas yang dibeli dan dibangun untuk operasi menjadi milik Pertamina.
- d. Pembagian produk sampingan berbeda dengan pembagian produk utama.
- e. Pertamina memegang kewenangan menentukan pengembalian biaya operasi.
- f. Kontraktor menanggung resiko kerugian biaya operasi.
- g. Kepemilikan atas mineral tetap di tangan negara hingga titik penyerahan.

E. Kontrak Kerja Sama Minyak Dan Gas Bumi

Kontrak Kerja Sama adalah kontrak bagi hasil atau bentuk kontrak kerja sama lain dalam kegiatan eksploitasi dan eksplorasi yang lebih menguntungkan negara dan hasilnya dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat Pasal 1 angka 14

undang-undang nomor 22 tahun 2001 mengatur bahwa. Artinya ada jenis kontrak kerja sama selain kontrak bagi hasil yang masih diakui eksistensinya hal ini terkait dengan perkembangan KKS yang ada di Indonesia, sejak zaman hindia belanda sampai dengan sekarang tahun 2006 di Indonesia telah terjadi 2 kali pergantian sistem kerja sama dalam kegiatan usaha hulu minyak dan gas bumi, yakni sebagai berikut.

a. Sistem Konsesi (Kontrak 5A) dan Kontrak Karya

Sistem Konsesi Adalah Sistem yang berlaku pada zaman pemerintahan hindia belanda atau pada zaman penjajahan, sistem ini perusahaan pertambangan yang memiliki hak untuk mengelola pertambangan minyak dan gas bumi diberikan kuasa pertambangan dan hak untuk menguasai hak atas tanah, sehingga kontraktor memiliki kekuasaan penuh minyak yang tambang dan kontraktor berkewajiban untuk membayar royalty pada negara.

Kontrak Karya Adalah sisten yang Berlaku sejak tahun 1960 sampai dengan tahun 1963. Dalam sistem ini perusahaan pertambangan minyak dan gas bumi hanya diberikan kuasa pertambangan saja, tetapi tidak meliputi ha katas tanah , kontraktor memegang menejemen operasi dan sifat kontraknya adalah *profit sharing*.

b. Kontrak *Production Sharing*

Adalah sistem yang Berlaku sejak tahun 1964 sampai dengan sekarang. Dalam sistem ini perusahaan pertambangan minyak dan gas bumi hanya diberikan kuasa

pertambangan dengan prinsip pembagian hasil minyak dan gas bumi bukan pembagian keuntungan dalam bentuk finansial.⁷²

Selain sistem-sistem yang pernah dan sedang dipakai Indonesia tersebut, pada praktiknya masih ada jenis kontrak lainnya, yaitu sebagai berikut.

- a. *Technical Assistance Contract* (TAC) atau kontrak bantuan teknik, yaitu kontrak pertamina dengan perusahaan swasta nasional dalam rangka merahabilitasi sumur-sumur atau lapangan minyak yang ditinggalkan dalam kuasa pertambangan pertamina, tujuannya untuk meningkatkan produksi sumur-sumur yang sudah tua. Produksi yang dibagi adalah produksi setelah dikurangi *secondary recovery*, pembagian produksi sebesar 65%- 35% bagian kontraktor TAC lebih besar bila dibandingkan dengan bagian kontraktor kontrak *production sharing*, hal ini disebabkan karena *pertama*, resiko yang lebih besar karena TAC dilakukan terhadap wilayah kerja yang kuantitas minyaknya tidak lagi banyak karena merupakan wilayah kerja bekas “Sisa”.

Prinsip-prinsip dasar *Technical Assistance Contract* adalah sebagai berikut.

- (1) *Technical Assistance Contract* hanya mencakup eksploitasi atau pengembangan saja. Kontraktor tidak diwajibkan melakukan kegiatan eksplorasi berupa seismic, pengeboran eksplorasi, dan lain-lain.
- (2) Pengantian biaya operasi sebesar maksimal 65% dari minyak dan gas bumi yang dihasilkan dan tidak digunakan untuk kegiatan produksi.

⁷² Salim H.S., 2006, *Hukum pertambangan di Indonesia*. Jakarta, rajagrahindo persada., Hlm. 268.

- (3) *Technical Assistance Contract* tidak mengenal *first Tranche* petroleum sebagaimana dikenal dalam kontrak *Production sharing*
- (4) Masa berlaku *Technical Assistance Contract* adalah 20 tahun . jangka waktu 20 tahun diberikan untuk menyesuaikan dengan KPS, masa laku KPS yang 30 tahun artinya adalah 10 tahun pertama digunakan untuk masa eksplorasi dan 20 tahun berikutnya untuk masa pengembangan atau produksi. Karena dalam *Technical Assistance Contract* tidak ada kegiatan eksplorasi masa berlaku kontraknya hanya 20 tahun. Dalam jangka waktu 20 tahun tersebut, jika dalam 2 tahun pertama belum dapat dipastikan akan ada produksi komersial, kontraktor dapat meminta perpanjangan untuk 1 kali 2 tahun berikutnya dan jika sampai tahun keempat produksi komersial tetap tidak dapat dilakukan maka *Technical Assistance Contract* putus dengan sendirinya.
- (5) Sejalan dengan prinsip-prinsip diatas, *firm commitment* dari kontraktor dalam bentuk rencana kerja dan rancangan hanya untuk jangka waktu 4 tahun pertama yang dirancang untuk program pengembangan bukan eksplorasi seperti kontrak *production sharing*.
- (6) Dalam *Technical Assistance Contract* juga tidak dikenal penyisihan/penyerahan kembali sebagian wilayah kerja karena wilayah kerja yang dikelola oleh kontraktor adalah wilayah kerja Pertamina dan Pertamina tidak pernah menyerahkannya kepada kontraktor. Akan tetapi kontraktor, setiap saat dalam masa berlaku perjanjian, tetap mewajibkan untuk

menyerahkan kembali kepada Pertamina lapangan-lapangan yang terbukti sudah tidak komersial.

(7) Prinsip kepemilikan peralatan dan aset sama seperti kontrak *production contract*, akan tetapi kepada kontraktor diberikan hak pengawasan atas aset-aset tersebut dan berkewajiban untuk memelihara sepanjang masa berlaku perjanjian.⁷³

- b. Kerja sama operasi bersama (*joint operating arrangement*). Prinsip-prinsip *joint operating arrangement* dasarnya sama dengan prinsip-prinsip yang dianut dalam kontrak *production sharing*. Perbedaan utamanya adalah dalam penyertaan modal. Kalau di kontrak *production sharing* seluruh dana disediakan oleh kontraktor, sedangkan dalam *joint operating arrangement* sebagian dana, misalnya disediakan oleh kontraktor.⁷⁴
- c. Kontrak *Enhanced Oil Recovery*, yaitu kerja sama antara Pertamina dan perusahaan swasta dalam rangka meningkatkan produksi minyak pada sumur dan lapangan minyak yang masih dioperasikan Pertamina dan sudah mengalami penurunan produksi dengan menggunakan teknologi tinggi meliputi usaha *secondary* atau *tertiary recovery*.⁷⁵
- d. Badan Operasi Bersama (*Joint Operating Body*). *Joint Operating Body* pada prinsipnya sama dengan *joint operating arrangement*. Pertamina ikut serta dalam

⁷³ Rudi M. Simamora, 2000, *Hukum Minyak Dan Gas Bumi*, Jakarta, Jambatan. Hlm 102-104

⁷⁴ Rudi M. Simamora. *Op. cit.*, hal, 106.

⁷⁵ Salim H.S., *Op. cit.*, hlm, 271.

pendanaan. Akan tetapi *Joint Operating Body* peran Pertamina lebih dominan lagi, yaitu diletakkannya wakil dari Pertamina di struktur manajemen secara langsung. Biasanya *general manager* dari *Joint Operating Body* merupakan wakil Pertamina dan yang bertindak sebagai operator adalah Pertamina bukan kontraktor.

F. Substansi Kontrak Kerja Sama Minyak Dan Gas Bumi

Terdapat beberapa substansi atau klausul yang menjadi poin penting dalam kontrak kerja sama minyak dan gas bumi, yaitu sebagai berikut.

a. Jangka Waktu Kontrak bagi Hasil

Jangka waktu kontrak adalah 30 tahun dengan masa eksplorasi 6 tahun dan diperpanjang masa eksplorasi selama 4 tahun, adapun kontrak yang telah habis jangka waktunya dapat diperpanjang kembali 20 tahun.

b. Penyisihan wilayah kerja

Ditujukan untuk mempercepat kegiatan eksplorasi, dengan persentase 25% pada tiga tahun pertama, 25% pada 6 tahun pertama dan 30% pada saat atau sebelum akhir tahun kesepuluh. Kontraktor hanya diperbolehkan mempertahankan wilayah kerja yang diusahakan dengan persentase 20 % (termasuk wilayah kerja yang dikembangkan), penyisihan secara keseluruhan pada saat pengakhiran kontrak.

c. Program kerja dan anggaran

Disiapkan dan diajukan untuk mendapatkan persetujuan badan pelaksana terdiri dari komitmen pasti selama 3 tahun (tercantum dalam dokumen penawaran lelang) dan komitmen 6 tahun dengan penekanan pada program kerja berdasarkan ketentuan kontrak.

d. Manajemen kontrak

Manajemen operasi (termasuk persetujuan program kerja dan anggaran) menjadi tanggung jawab badan pelaksana, sedangkan pelaksanaan program kerja dan anggaran menjadi tanggung jawab kontraktor.

e. Pengalihan

Pengalihan *interest* ekonomi kepada perusahaan afiliasi cukup dengan sepengetahuan badan pelaksana, sedangkan pengalihan terhadap perusahaan non afiliasi harus dengan persetujuan badan pelaksana dan pemerintah batasan terhadap pengalihan ini terdapat pada 3 tahun pertama, terhadap kontraktor berlaku kebijakan *ring fence* dimana kontraktor hanya boleh menangani 1 wilayah kerja.

f. Kredit investasi dan biaya operasi

Kredit investasi dapat di terapkan pada lapangan baru dan pengembangan yang langsung berhubungan dengan fasilitas produksi minyak mentah dan biaya operasi yang dikeluarkan oleh kontraktor akan diperoleh kembali melalui hasil penjualan atau pembagian minyak mentah setiap tahun kalender.

g. Peralatan

Kontraktor berkewajiban menyediakan semua dana untuk membeli dan menyewa peralatan, peralatan yang dibeli tersebut status hukumnya menjadi milik pemerintah ketika peralatan tersebut memasuki wilayah Indonesia tetapi penguasaannya diserahkan pada kontraktor.

h. FTP-I dan FTP-II

First Tranche Petroleum-I adalah hak para pihak untuk mengambil dan menerima sebagian minyak (20% atau 15%) terlebih dahulu sebelum dikurangi dengan biaya operasi dan produksi setiap tahunnya, FTP akan dibagi antar badan pelaksana dan kontraktor sesuai dengan bagian masing-masing dalam kontrak kerja sama. *First Tranche Petroleum-II* adalah hak badan pelaksana untuk mengambil dan menerima sebagian minyak (10) terlebih dahulu sebelum dikurangi dengan biaya operasi dan produksi setiap tahunnya, FTM ini tidak akan dibagi antara badan pelaksana dan kontraktor.

i. Kompensasi, Bantuan, dan Bonus

Terdiri dari kompensasi informasi, bonus peralatan, dan bonus produksi wajib diserahkan kontraktor kepada pemerintah tanpa membebankan pada biaya operasi.

j. Pemenuhan Kebutuhan Dalam Negeri

Kontraktor berkewajiban untuk menyediakan hasil produksi untuk kebutuhan dalam negeri minyak mentah dan gas dengan perhitungan $25\% \times \text{Produksi} \times \text{persentase bagian kontraktor}$.

k. Tenaga kerja

Kontraktor harus menyediakan semua teknologi yang diperlukan yang diperlukan dan tenaga kerja asing (*ekpatriat*) kontraktor setuju untuk mempekerjakan tenaga kerja Indonesia yang bermutu dan memperhatikan pendidikan dan pelatihan tenaga kerja Indonesia, selain itu kontraktor berkewajiban membantu pelatihan tenaga kerja badan pelaksana.

l. Arbitrase

Perselisihan yang tidak dapat diselesaikan secara damai akan diserahkan pada putusan badan arbitrase dengan sebelumnya melalui usaha *Alternative Dispute Resolution* ADR, arbitrase akan menggunakan aturan ICC (*International Chamber Of Commerce*).

m. Pembukuan, Akuntansi, dan Pemeriksaan

Badan pelaksana berkewajiban untuk membuat pembukuan dan akuntansi yang lengkap, pada masa eksplorasi kewajiban membuat pembukuan dan akuntansi tersebut berada pada kontraktor. Badan pelaksana dan pemerintah berwenang untuk memeriksa pembukuan yang dibuat oleh kontraktor.

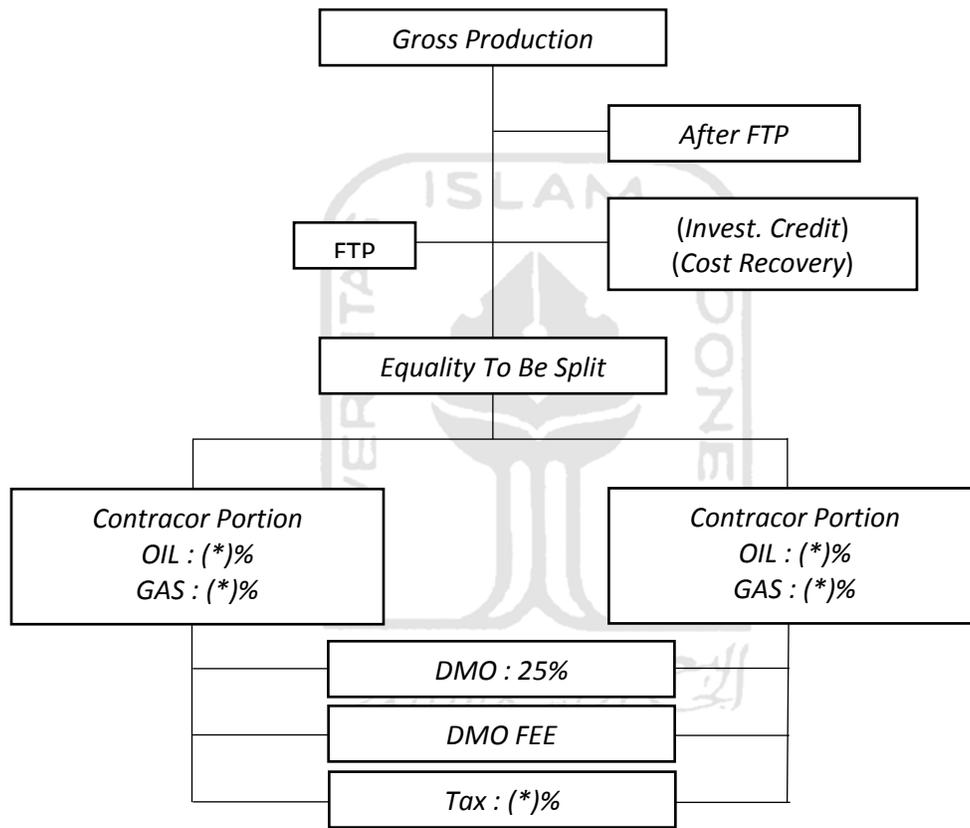
n. Partisipasi

Badan pelaksana mempunyai hak untuk meminta kepada kontraktor sebesar 10% *interest* penuh dari keseluruhan hak dan kewajiban dalam kontrak untuk ditawarkan

kepada “*Partisipan Indonesia*” (Pemda, BUMD, atau perusahaan Berbadan hukum Indonesia dan sahamnya dimiliki oleh Indonesia).⁷⁶

Tabel 2.2

Skema Pembagian Hasil Produksi



Sumber : SKK Migas, Workshop KKS Migas, FHUI Depok 2005

⁷⁶Bambang Suminta, *Perkembangan KKS di Indonesia dan Syarat-syarat Kontrak Kerja Sama*, 23 Maret 2005, FHUI-Depok, *Workshop KKS Migas*.