

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Sektor jasa konstruksi memiliki peran yang sangat strategis terhadap pembangunan ekonomi nasional. Berdasarkan data Badan Pusat Statistik (BPS), persentase sektor konstruksi terhadap Produk Domestik Bruto (PDB) sebesar 10,42% pada triwulan I tahun 2022. Hal ini menempatkan sektor konstruksi pada urutan ke-5 dari 17 sektor utama. Kontribusi tersebut tumbuh dari tahun ke tahun dengan tingkat pertumbuhan rata-rata sebesar 4,83% pertahun.¹ Sektor jasa konstruksi adalah salah satu sektor strategis dalam mendukung tercapainya pembangunan infrastruktur nasional. Melalui sektor jasa konstruksi inilah, secara fisik kemajuan pembangunan infrastruktur dapat terlihat secara langsung, misalnya pembangunan gedung, jalan, jembatan, bendungan dan banyak lagi bangunan infrastruktur yang ada.

Seiring dengan pembangunan infrastruktur nasional yang semakin pesat dan terbukanya pasar jasa konstruksi secara global, banyak perusahaan penyedia jasa konstruksi bermunculan, baik dalam bentuk perseorangan ataupun badan usaha. Usaha jasa konstruksi seperti yang diatur dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi meliputi: layanan jasa konsultasi konstruksi dan layanan jasa pekerjaan konstruksi. Berdasarkan data Kementerian Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat, jumlah Badan Usaha Jasa Konstruksi di Indonesia pada tahun 2021 sebanyak 143.527 dengan rincian Kontraktor Umum

¹Badan Pusat Statistik, *Berita Resmi Statistik BPS*, website: <https://www.bps.go.id>, 2022, hlm. 8. Diakses pada 6 Januari 2023.

Nasional 88,53%, Konsultan Nasional 6,76%, Kontraktor Spesialis Penanaman Modal Asing 2,88%, Kontraktor Spesialis Nasional 1,51%, Kontraktor Umum Asing 0,14%, Konsultan Umum Penanaman Modal Asing 0,13%, Konsultan Asing 0,03% dan Konsultan Penanaman Modal Asing 0,02%.²

Salah satu tantangan yang tak terhindarkan di era globalisasi terkait dengan pembangunan infrastruktur dan industri konstruksi adalah keterlibatan kontraktor asing dalam tender pembangunan infrastruktur di Indonesia. Hal ini sebagai konsekuensi dari keanggotaan Indonesia di berbagai organisasi internasional. Untuk itu, di satu sisi diperlukan pemahaman tentang kontrak konstruksi yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi, dan di sisi lain harus memahami standar kontrak konstruksi internasional seperti kontrak FIDIC (*Federation Internationale des Ingenieurs-Counsels*).³

Perkembangan liberalisasi jasa konstruksi sudah tidak dapat dihindari lagi dengan Indonesia telah meratifikasi berdirinya *World Trade Organization* (WTO) sejak tahun 1994 melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 dan menjadi salah satu negara dari 153 negara yang telah terdaftar sebagai anggota *World Trade Organization*. Di samping itu Indonesia juga telah meratifikasi *Asean Free Trade Area* (AFTA) melalui Keputusan Presiden Nomor 88 Tahun 1995 tentang *Pengesahan ASEAN Framework Agreement on Services*. Kemudian pada tahun 2007, negara-negara anggota ASEAN telah menyepakati *Asean Charter* dan *Asean Economic Community Blueprint* yang menjadi landasan penyatuan Masyarakat Ekonomi Asean tahun 2015. Seluruh negara anggota WTO dan AFTA telah

²Pusdatin Kementerian PUPR, *Informasi Statistik Infrastruktur PUPR 2021*, website: <https://data.pu.go.id>, 2021, hlm. 89. Diakses pada 6 Januari 2023.

³ Muhammad Hasbi, dkk., *The Principle of Non-Maleficence in Relation with Construction Contract in Indonesia*, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Volume 21 Issue 3 2018, The Academy of Legal, Ethical and Regulatory Issues, 2018, hlm. 3.

berkomitmen untuk meletakkan pondasi kesepakatan yang saling menguntungkan dengan menghilangkan berbagai hambatan dalam perdagangan, termasuk di dalamnya sektor perdagangan jasa konstruksi, dalam rangka menciptakan perdagangan yang efisien dan persaingan yang sehat. Oleh sebab itu persaingan dalam bisnis jasa konstruksi menjadi semakin terbuka.

Sektor jasa konstruksi pada umumnya dianggap sebagai sektor yang sarat dengan risiko, karena nilai proyek yang besar serta banyaknya pihak yang terlibat. Risiko tersebut antara lain mencakup risiko terhadap waktu, biaya dan performa pekerjaan. Keterlibatan banyak pihak juga menjadi salah satu risiko dari sektor ini. Dibutuhkan koordinasi dan kerja sama yang baik di antara berbagai pihak agar perencanaan dan pelaksanaan proyek konstruksi dapat berjalan sebagaimana mestinya.⁴

Kontrak konstruksi memiliki 2 (dua) aspek utama yaitu aspek legal dan aspek bisnis. Mempelajari dan memeriksa sebuah *draft* kontrak konstruksi dari aspek-aspek ini menjadi penting mengingat peranan kontrak konstruksi yang mendistribusikan risiko antara kedua belah pihak. Bagi perusahaan, penyusunan kontrak konstruksi ini tentu dimanfaatkan untuk mengamankan kepentingan perusahaan baik dari aspek legal maupun aspek bisnis sehingga memperkecil potensi kerugian.⁵

Pekerjaan konstruksi dilakukan antara pihak pengguna jasa dengan pihak penyedia jasa, di mana keberhasilan dari suatu proyek konstruksi ini tidak terlepas dari pengaruh pihak-pihak yang terlibat di dalam proyek tersebut. Hubungan antara para pihak ini, yakni pengguna dan penyedia jasa, adalah suatu hubungan hukum

⁴ Seng Hansen, *Manajemen Kontrak Konstruksi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2017, hlm. 5.

⁵ *Ibid*, hlm. 66.

yang timbul dari perjanjian di antara mereka. Perjanjian antara pengguna dan penyedia jasa konstruksi disebut sebagai Kontrak Konstruksi, yang pengertiannya telah diatur dalam Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi, yaitu keseluruhan dokumen kontrak yang mengatur hubungan hukum antara pengguna Jasa dan penyedia Jasa dalam penyelenggaraan Jasa Konstruksi. Kontrak ini merupakan dokumen yang menjadi landasan pokok yang memuat peraturan tentang hubungan kerja, hak, kewajiban, dan tanggung jawab masing-masing pihak, serta penjelasan-penjelasan perihal ruang lingkup kerja dan syarat-syarat lain yang berkaitan dengan implementasi proyek konstruksi.

Pihak-pihak dalam kontrak konstruksi, yaitu pengguna jasa dan penyedia jasa, mewakili kepentingan yang berbeda dan masing-masing akan berusaha untuk melindungi kepentingannya dalam proyek tersebut. Sehingga seringkali negosiasi antara para pihak mengenai kontrak yang bersangkutan terus berlangsung mulai dari saat perancangan kontrak hingga setelah kontrak tersebut telah selesai dibentuk, atau negosiasi dari awal sampai akhir. Oleh sebab itu dapat dikatakan kontrak konstruksi ini merupakan suatu hal yang unik, dalam arti bahwa negosiasi akan terus berlangsung secara berkelanjutan selama masa penyelesaian proyek.

Pada kenyataannya, tidak selamanya negosiasi atau perundingan yang dilakukan oleh para pihak ini berhasil mencapai suatu titik temu yang disepakati bersama. Menurut Priyatna Abdurrasyid, hal tersebut dapat terjadi karena industri jasa konstruksi merupakan industri yang sensitif dan kompleks dalam pelaksanaannya.⁶ Oleh sebab itu, hampir dalam setiap kegiatan industri konstruksi

⁶ Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa, Suatu Pengantar*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2002, hlm. 201.

akan selalu muncul yang dinamakan dengan klaim yang sering kali juga kemudian menjadi sebuah sengketa.

Klaim disebabkan oleh karakter ketidakpastian yang cukup tinggi dalam industri konstruksi itu sendiri, terkait dengan perkembangan proses, metode, teknik konstruksi, dan juga pengaruh keadaan alam dalam kegiatan konstruksi tersebut. Sehingga klaim dapat muncul baik dari pihak pengguna jasa maupun penyedia jasa konstruksi akibat adanya perbedaan dari kesepakatan awal yang telah dituangkan dalam suatu kontrak konstruksi. Selama perbedaan-perbedaan tersebut tidak secara lengkap diatur dalam kontrak, maka hal tersebut berpotensi untuk menjadi klaim yang dapat pula berakhir sebagai sebuah sengketa. Dikatakan sebagai sebuah sengketa apabila salah satu pihak kemudian tidak bersedia untuk memenuhi klaim yang dilayangkan oleh pihak lainnya sehingga dibutuhkan penyelesaian oleh pihak ketiga, dapat melalui pengadilan maupun upaya hukum lain di luar pengadilan.

Pengertian klaim atau *claim* menurut *Black's Law Dictionary* merupakan *a demand for money, property or legal remedy to which one asserts a right.*⁷ Sedangkan Nazarkhan Yasin memberikan pengertian dari klaim konstruksi sendiri adalah klaim yang timbul dari atau sehubungan dengan pelaksanaan pekerjaan jasa konstruksi antara pengguna jasa dengan penyedia jasa atau antara penyedia jasa utama dengan sub-penyedia jasa atau pemasok bahan atau antara pihak luar dengan pengguna jasa/penyedia jasa yang biasanya mengenai permintaan tambahan waktu, biaya atau kompensasi lainnya.⁸

⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary 9th Edition*, West Publishing, Minnesota 2009, hlm. 282. Terjemahan: Permintaan uang, properti atau upaya hukum yang mana seseorang menegaskan haknya.

⁸ Nazarkhan Yasin, *Mengenal Klaim Konstruksi & Penyelesaian Sengketa Konstruksi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2013, hlm. 18.

Klaim diartikan sebagai suatu permintaan dan bukan merupakan suatu tuntutan. Pengertian klaim sebagai permintaan inilah yang dianggap lebih tepat untuk mendefinisikan klaim.⁹ Karena dalam industri jasa konstruksi, klaim adalah suatu hal yang sangat wajar seiring dengan karakter industri konstruksi yang sarat dengan perubahan pekerjaan.¹⁰ Tuntutan yang dimaksud dalam pengertian klaim tersebut baru muncul apabila permintaan atau klaim tersebut tidak dipenuhi sebagaimana mestinya atau tidak dapat ditangani dengan baik sehingga berubah menjadi suatu tuntutan yang harus diselesaikan melalui cara penyelesaian sengketa.

Konsep hukum telah menyediakan sarana penyelesaian sengketa dagang di antara para pihak dalam hubungan keperdataan. Secara garis besar dapat dibedakan menjadi dua macam, pertama, model litigasi, yaitu penyelesaian sengketa dagang yang dilakukan oleh dan melalui lembaga peradilan (*by court dispute settlement*). Kedua, model non litigasi, yaitu penyelesaian sengketa dagang yang dilakukan di luar lembaga peradilan (*out of court dispute settlement*).

Berdasarkan laporan Mahkamah Agung, terdapat kritikan untuk lembaga peradilan yang menyebutkan bahwa dalam penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan, putusan pengadilan dianggap tidak mampu menyelesaikan permasalahan. Putusan pengadilan tidak mampu memberikan penyelesaian sengketa yang mampu memuaskan kepada para pihak yang berperkara. Hal ini antara lain disebabkan oleh berbagai hal sebagai berikut:¹¹

1. Salah satu pihak pasti menang dan pihak lain pasti kalah (*win-lose*).

⁹ *Ibid*, hlm. 17.

¹⁰ *Ibid*, hlm. 21.

¹¹ Mahkamah Agung RI, *Laporan Penelitian Alternative Dispute Resolution (Penyelesaian Sengketa Alternatif) dan Court Connected Dispute Resolution (Penyelesaian Sengketa Yang Terkait Dengan Pengadilan)*, Proyek Penelitian dan Pengembangan Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2000, hlm. 30-31.

2. Keadaan kalah menang (*win-lose*) dalam berperkara tidak pernah membawa kedamaian, tetapi menumbuhkan dendam dan permusuhan serta kebencian.
3. Putusan pengadilan membingungkan.
4. Putusan pengadilan sering tidak memberi kepastian hukum (*uncertainty*) dan tidak bisa diprediksi (*unpredictable*).

Para hakim dianggap hanya memiliki pengetahuan yang sangat terbatas. Ilmu pengetahuan yang dimiliki oleh para hakim hanya pada bidang hukum saja, Ilmu pengetahuan hakim di luar pengetahuan bidang hukum hanya bersifat umum. Memperhatikan pengetahuan para hakim yang hanya generalis semata, sangat mustahil untuk mampu menyelesaikan sengketa yang mengandung kompleksitas dalam berbagai bidang seperti sengketa kontrak konstruksi.¹²

Sebelum abad ke-20, subyek hukum konstruksi tidak diakui oleh pengadilan ataupun sekolah hukum di seluruh dunia. Di Amerika Serikat, kontrak konstruksi ditafsirkan secara ketat sesuai dengan ketentuan tekstual dari kontrak saja. Hukum konstruksi mendapatkan pengakuan modernnya sebagai bidang hukum yang terpisah setelah adanya pengakuan pengadilan terhadap doktrin kontrak kontekstual. Seiring meningkatnya kompleksitas teknologi dan manajerial konstruksi yang mulai diakui, beberapa pengadilan hukum umum mulai bergeser dari intepretasi bahasa yang ketat menuju interpretasi yang lebih liberal yang didasarkan dari pengalaman industri konstruksi terdahulu, kebiasaan, praktik, kondisi dan ketentuan tersirat, dan konteks faktual yang mendasari makna dari kontrak konstruksi.¹³

¹² *Ibid*, hlm. 31.

¹³ Philip L. Bruner, *Construction Law: Its Historical Origins and Its Twentieth Century Emergence as A Major Field of Modern American and International Legal Practice*, Arkansas Law Review Volume 75 Number 2 Article 3 June 2022, University of Arkansas, 2022, hlm. 215.

Alasan utama adanya spesialisasi hukum konstruksi adalah bahwa kompleksitas faktual konstruksi telah menyebabkan kesulitan bagi banyak pengacara dan hakim yang tidak terampil dalam ranah untuk memahami dasar-dasar faktual dan hukum dari sengketa kontrak konstruksi. Sebuah persepsi yang menyebabkan industri konstruksi lebih cenderung untuk menyelesaikan perselisihan melalui arbitrase, mediasi, dan bentuk lain dari alternatif penyelesaian sengketa.¹⁴ Sengketa kontrak konstruksi lebih cocok untuk diselesaikan melalui arbitrase oleh arbiter berpengalaman atau dengan metode alternatif penyelesaian sengketa khusus lainnya. Pandangan tersebut telah menyebabkan penggunaan prosedur alternatif penyelesaian sengketa secara luas oleh industri konstruksi seperti arbitrase, dewan sengketa, mediasi, dan praktik penyelesaian klaim secara bertahap.¹⁵

Menurut Erman Rajagukguk, bahwa masyarakat khususnya bidang bisnis termasuk bisnis jasa konstruksi lebih menyukai penyelesaian sengketa di luar pengadilan disebabkan tiga alasan, yaitu:¹⁶

1. Penyelesaian sengketa di pengadilan adalah terbuka, sedangkan masyarakat bisnis lebih menyukai sengketa diselesaikan tertutup, tanpa diketahui oleh publik.
2. Sebagian masyarakat khususnya masyarakat bisnis menganggap hakim tidak selalu ahli dalam permasalahan sengketa yang timbul.

¹⁴ *Ibid*, hlm. 315.

¹⁵ Philip L. Bruner, *The Historical Emergence of Construction Law*, William Mitchell Law Review Volume 34 Issue 1 Article 6 2007, Mitchell Hamlin School of Law, 2007, hlm. 18-19.

¹⁶ Eman Rajagukguk, *Arbitrase dalam Putusan Pengadilan*, Chandra Pratama, Jakarta 2001, hlm. 30.

3. Penyelesaian sengketa di pengadilan akan mencari pihak mana yang benar dan yang salah, sedangkan putusan penyelesaian sengketa di luar pengadilan akan dicapai melalui kompromi.

Penggunaan penyelesaian sengketa di luar peradilan dalam kenyataannya telah diterapkan oleh masyarakat sebagai cerminan bentuk dari lembaga musyawarah mufakat yang merupakan bagian dari filosofis bangsa Indonesia. Pada perspektif filosofis, eksistensi alternatif penyelesaian sengketa mengandung asas diterapkannya solusi menang-menang (*win-win*) dan bukan berakhir dengan situasi kalah-kalah (*lost-lost*) ataupun menang-kalah (*win-lost*) sebagaimana yang akan dicapai apabila melalui peradilan dengan pencapaian keadilan formal melalui proses hukum litigasi (*law enforcement process*). Hal penting dalam rangka memberdayakan alternatif penyelesaian sengketa adalah mengubah pola pikir masyarakat dalam menyelesaikan sengketa. Setiap perselisihan atau sengketa yang menyangkut ranah keperdataan, sebaiknya dapat diselesaikan secara perdamaian melalui musyawarah mufakat sebagaimana menjadi amanat sila keempat Pancasila yaitu kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan.

Payung hukum penyelesaian sengketa kontrak konstruksi diatur dalam Pasal 88 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi. Semangat yang diusung dalam Undang-Undang Jasa Konstruksi adalah penyelesaian sengketa dengan prinsip dasar musyawarah untuk mencapai kemufakatan yang dilakukan berdasarkan itikad baik para pihak dengan mengutamakan penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Dalam hal para pihak yang bersengketa tidak menemukan kemufakatan, maka penyelesaian sengketa ditempuh berdasarkan tahapan

penyelesaian sengketa yang tercantum dalam kontrak konstruksi atau dalam hal tidak tercantum dalam kontrak konstruksi, para pihak bersengketa membuat suatu kesepakatan tertulis mengenai tata cara penyelesaian sengketa yang akan dipilih.

Pengaturan dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi mengarahkan penyelesaian sengketa melalui mekanisme di luar pengadilan. Hal tersebut dibuktikan dengan tidak dimuatnya frasa pengadilan sebagai kaidah di pasal yang khusus mengatur tentang penyelesaian sengketa konstruksi yaitu dalam Pasal 88. Mengacu pada Pasal 88 tersebut, sengketa kontrak kerja konstruksi dapat diselesaikan melalui beberapa pilihan yang disepakati oleh para pihak, yaitu melalui arbitrase (institusional maupun *ad hoc*), ataupun melalui alternatif penyelesaian sengketa mediasi dan konsiliasi, serta melalui dewan sengketa konstruksi.

Meskipun sektor jasa konstruksi mengalami kemajuan yang sangat pesat, akan tetapi di dalam perjalanannya sektor jasa konstruksi masih memiliki kendala-kendala seperti permasalahan-permasalahan terkait sengketa yang berujung pada mutu dan penyelesaian produk konstruksi.¹⁷ Berdasarkan data empiris dari Mahkamah Agung untuk putusan perkara pada tahun 2014 yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, dari total jumlah perkara perdata sebanyak 16.287 putusan, sebanyak 3.710 putusan atau sebesar 22,78% adalah mengenai perkara dalam bidang konstruksi, sebanyak 2.080 putusan atau sebesar 12,77% adalah mengenai perkara sengketa hukum dalam perjanjian.¹⁸ Selain itu, dalam penyelesaian perkara sengketa hukum yang dilakukan melalui proses arbitrase, berdasarkan data perkara

¹⁷Yusid Toyib, *Era Baru Jasa Konstruksi Indonesia: UU No.2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi*, Indonesian Arbitration Quarterly Newsletter Vol.9 No.2 June 2017, BANI, 2017, hlm. 2.

¹⁸Suntana S. Djatnika, *Mitigasi Sengketa Hukum dalam Kontrak Kerja Konstruksi*, Institut Arbiter Indonesia, Sibima Konstruksi, 2018, hlm. 2.

yang masuk ke Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) dalam rangka penyelesaian sengketa melalui arbitrase, periode tahun 2010 sampai dengan tahun 2014 sengketa pada sektor konstruksi menunjukkan presentase tertinggi jika dibandingkan dengan sektor lainnya. Presentase sengketa sektor konstruksi yaitu sebesar 30,8% dari total keseluruhan sengketa yang terdaftar.¹⁹

Sengketa menimbulkan kerugian bagi pihak-pihak yang berselisih. Kerugian tersebut antara lain biaya dan waktu, produktivitas, serta popularitas dan relasi.²⁰ Terlebih lagi apabila sengketa tersebut tidak kunjung selesai dalam kurun waktu yang relatif cepat, mengingat adanya pihak yang beritikad tidak baik dan sengaja menunda-nunda permasalahan yang sedang dihadapinya, baik dalam pelaksanaan pra-sengketa, maupun dalam persidangan penyelesaian sengketa, sehingga berdampak kerugian bagi perusahaan dalam menjalankan usahanya.²¹

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi memberikan dukungan keberadaan dewan sengketa konstruksi untuk menekan angka pertumbuhan sengketa konstruksi dengan meluruskan segala klaim mulai dari perencanaan, sampai dengan masa operasional dan pemeliharaan sebelum berkembang menjadi sengketa.²² Sarwono Hardjomuljadi berpendapat bahwa cara untuk mengurangi dampak dan kemungkinan dari sengketa kontrak konstruksi adalah dengan menghindari perselisihan sejak dari awal kontrak konstruksi.²³ Pilihan terbaik dengan pertimbangan biaya, waktu, kepastian hukum dan

¹⁹BANI, *BANI Statistic*, Indonesian Arbitration Quarterly Newsletter Vol.7 No.2 June 2015, BANI, 2015, hlm. 28.

²⁰ Felix Hidayat dan Christian Gunawan, *Analisis Karakteristik Penyelesaian Sengketa pada Proyek Konstruksi di Tingkat Mahkamah Agung*, Konferensi Nasional Teknik Sipil 7 (KoNTekS 7) 2013, Universitas Sebelas Maret, 2013, hlm. 97.

²¹ Anita D. A. Kolopaking, *Asas Itikad Baik dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak Melalui Arbitrase*, Alumni, Bandung, 2013, hlm. 5.

²² Ditjen Bina Konstruksi, *Lahirnya Undang-Undang Jasa Konstruksi No.2 Tahun 2017 Menjadi Jawaban Kebutuhan Dinamika Sektor Konstruksi di Indonesia*, Ditjen Bina Konstruksi, website: <https://binakonstruksi.pu.go.id/>, 2017. Diakses pada 6 Januari 2023.

²³ Menghinari (*avoid*) merupakan salah satu strategi mitigasi sengketa hukum. Lihat Project Management Institute, *Op. Cit.*, hlm. 303-304.

pemeliharaan hubungan baik adalah dengan menggunakan penyelesaian sengketa melalui dewan sengketa konstruksi.²⁴ Untuk cara berpikir yang ketimuran termasuk indonesia, rekomendasi dewan sengketa konstruksi adalah resolusi yang terbaik karena perselisihan dapat diselesaikan secara damai dan mencegahnya menjadi perselisihan formal, sehingga para pihak dapat menggunakan rekomendasi dewan sengketa konstruksi sebagai dasar perubahan atas kesepakatan yang dicapai.²⁵

Secara umum fungsi dewan sengketa adalah melaksanakan kinerja pencegahan dan penyelesaian perselisihan melalui pemberian saran pertimbangan profesional dan bersifat tidak mengikat, Namun apabila pencegahan sengketa tidak berjalan dan terjadi sengketa pada masa kontraktual, maka dewan sengketa dapat melaksanakan kinerja penyelesaian sengketa melalui penerbitan putusan formal yang bersifat final dan mengikat. Kedudukan hukum dewan sengketa terikat pada perjanjian tripartit yang mengatur hubungan hukum antara pengguna jasa, penyedia jasa dengan anggota dewan sengketa.

Pelaksanaan kontrak konstruksi harus dilaksanakan berlandaskan asas keadilan yaitu bertanggung jawab memenuhi berbagai kewajiban guna memperoleh haknya serta menjamin kesetaraan kedudukan antara para pihak dalam menjalankan hak dan kewajibannya.²⁶ Urgensi pelaksanaan kontrak konstruksi yang berkeadilan adalah untuk menjamin pertukaran hak dan kewajiban berlangsung secara proporsional bagi para pihak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang berkeadilan dan saling menguntungkan, bukan sebaliknya

²⁴ Sarwono Hardjomuljadi, *Dispute Board as One of The Alternatives Dispute Resolution in Indonesia*, FIDIC, FIDIC Asia-Pacific Contract Users' Conference 2016, 2016, hlm. 7.

²⁵ *Ibid*, hlm. 4.

²⁶ Asas Keadilan disebutkan dalam Pasal 2 huruf a dan dalam Penjelasan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi.

merugikan salah satu pihak atau bahkan justru merugikan para pihak yang berkontrak.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian dengan judul “Mitigasi Risiko Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak Konstruksi melalui Dewan Sengketa”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dalam latar belakang masalah tersebut di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Apa saja risiko hukum yang terkait dengan penyelesaian sengketa kontrak konstruksi yang ada dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia?
2. Bagaimana penerapan mitigasi risiko hukum yang dapat menghindari terjadinya sengketa kontrak konstruksi?
3. Bagaimana formulasi penyelesaian sengketa kontrak konstruksi melalui dewan sengketa di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah:

1. Untuk mengkaji dan menganalisis risiko hukum yang terkait dengan penyelesaian sengketa kontrak konstruksi dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia.
2. Untuk mengkaji dan menganalisis penerapan mitigasi risiko hukum yang dapat menghindari terjadinya sengketa kontrak konstruksi.
3. Untuk mengkaji dan menganalisis formulasi penyelesaian sengketa kontrak konstruksi melalui dewan sengketa di Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat yang diharapkan untuk dicapai dari hasil penelitian ini adalah sebagai berikut:

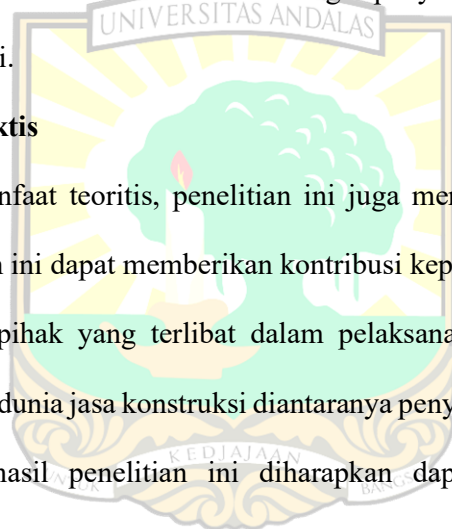
1. Manfaat Teoritis

Secara teoritis, hasil penelitian ini diharapkan dapat digunakan untuk memberikan kontribusi dalam usaha mengembangkan ilmu pengetahuan di bidang hukum, khususnya pada bidang hukum konstruksi. Hasil penelitian diharapkan dapat bermanfaat bagi perkembangan pengetahuan mengenai mitigasi sengketa hukum dan arbitrase sebagai penyelesaian sengketa dalam kontrak konstruksi.

2. Manfaat Praktis

Selain manfaat teoritis, penelitian ini juga memiliki manfaat praktis. Adapun penelitian ini dapat memberikan kontribusi kepada:

- 1) Pihak-pihak yang terlibat dalam pelaksanaan kontrak konstruksi dalam dunia jasa konstruksi diantaranya penyedia jasa dan pengguna jasa, hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan suatu pandangan baru dan suatu pemahaman mengenai mitigasi risiko hukum dan penyelesaian sengketa dalam kontrak konstruksi.
- 2) Akademis, diharapkan hasil analisis penelitian ini dapat memberikan pemahaman baru untuk membuat dan meneliti lebih lanjut sehingga suatu saat dapat menghasilkan suatu konsep dan pandangan lain terkait dengan mitigasi sengketa hukum dan penyelesaian sengketa dalam kontrak konstruksi.



- 3) Masyarakat, diharapkan dapat bermanfaat dan memberikan sumbangan pemikiran kepada masyarakat dalam bidang hukum konstruksi khususnya dalam hal mitigasi risiko hukum dan penyelesaian sengketa dalam kontrak konstruksi.

E. Keaslian Penelitian

Berdasarkan hasil penelusuran yang telah dilakukan terhadap hasil-hasil penelitian yang sudah ada, belum ada penelitian yang menyangkut masalah, “Mitigasi Risiko Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak Konstruksi Melalui Dewan Sengketa”. Namun, penulis menemukan beberapa tesis yang mengangkat sengketa kontrak konstruksi, dan penyelesaian sengketa di luar pengadilan dengan rumusan permasalahan dan bidang kajian yang berbeda, yaitu:

1. Tesis atas nama Arief Budi Yulianto dari Universitas Katolik Parahyangan pada Tahun 2018 dengan judul “Konsistensi Asas dan Tujuan dengan Penyelesaian Sengketa Kontrak Konstruksi dalam UU Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi” dengan rumusan masalah 1. Apa asas dan tujuan UUK Baru dan bagaimana pengaturan penyelesaian sengketa kontrak konstruksi? 2. Bagaimana konsistensi asas, dan tujuan UUK Baru terhadap pengaturan penyelesaian sengketa kontrak konstruksi?²⁷

Dalam penelitian ini membahas terkait dengan asas-asas dan tujuan dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi dan konsistensinya terhadap rumusan pengaturan penyelesaian sengketa kontrak konstruksi. Terdapat irisan kesamaan penelitian yaitu terkait pembahasan penyelesaian sengketa kontrak konstruksi. Perbedaan dalam pembahasan

²⁷ Arief Budi Yulianto, *Konsistensi Asas dan Tujuan dengan Penyelesaian Sengketa Kontrak Konstruksi dalam UU Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi*, FH Universitas Katolik Parahyangan, 2018.

yaitu penelitian ini tidak membahas secara spesifik dan mendalam terkait penyelesaian sengketa melalui dewan sengketa konstruksi. Selain itu, dalam penelitian ini tidak ada pembahasan sama sekali terkait dengan konsep mitigasi risiko hukum.

2. Tesis atas nama Agung Wibowo dari Universitas Airlangga Tahun 2019 dengan judul “*Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa*” dengan rumusan masalah 1. Apa karakteristik penyelesaian sengketa melalui *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)*? 2. Apakah upaya hukum yang dapat dilakukan terhadap pihak yang tidak dapat menerima putusan *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)*?²⁸

Dalam penelitian ini membahas terkait karakteristik penyelesaian sengketa kontrak konstruksi melalui *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)* yang dilihat dari rumusan standar kontrak konstruksi FIDIC dan kaitanya dengan dewan sengketa konstruksi dalam forum penyelesaian sengketa kontrak konstruksi dalam hukum di Indonesia. Terdapat irisan kesamaan penelitian yaitu terkait pembahasan penyelesaian sengketa melalui *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)* yang merupakan salah satu bentuk dari dewan sengketa konstruksi. Perbedaan dalam pembahasan yaitu penelitian ini membahas terkait *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)* sebagai salah satu bentuk dewan sengketa konstruksi berdasarkan kontrak FIDIC saja dan tidak ada pembahasan sama sekali terkait dengan konsep mitigasi risiko hukum.

²⁸Agung Wibowo, *Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa*, FH Universitas Airlangga, 2019.

F. Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual

1. Kerangka Teoritis

Pada dasarnya kata teoritik atau teoritis atau *theoretical* berarti berdasarkan pada teori, mengenai atau menurut teori.²⁹ Soerjono Soekanto mengemukakan, bahwa kerangka teori adalah kerangka pemikiran atau butir-butir pendapat, teori, tesis mengenai sesuatu kasus atau permasalahan yang menjadi bahan perbandingan pegangan teoritis.³⁰ Dari berbagai pendapat di atas, dapat diartikan bahwa teori diperlukan untuk memberikan suatu analisis memahami tentang gejala yang diamati atau dijadikan acuan dan kerangka berpijak dari ilmu pengetahuan.

Perkembangan teori hukum akan melahirkan berbagai pemahaman tentang hukum, seperti halnya dalam mitigasi risiko hukum kaitannya dengan kontrak konstruksi yang memerlukan kerangka teori sebagai kontribusi untuk memahami permasalahan yang erat keterkaitannya dengan manajemen risiko dan kompleksitas pekerjaan konstruksi tersebut. Berkaitan dengan itu, ada beberapa teori yang digunakan untuk memberikan pemahaman mendasar pokok kajian kontrak konstruksi dan mitigasi risiko hukum. Untuk itu, penelitian ini menggunakan beberapa teori hukum dan teori terkait lainnya sebagai dasar analisis dari permasalahan yang diteliti, antara lain:

1) Teori Keadilan

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum dalam teori yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch. Konsep hukum dari teori Gustav Radbruch adalah bahwa hukum bertujuan untuk keadilan, kemanfaatan dan

²⁹Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum-Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001, hlm. 156.

³⁰Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta, 1986, hlm. 6.

kepastian hukum. Menurut teori tujuan hukum, hubungan antara keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatannya perlu untuk diperhatikan.³¹

Dalam kaitannya dengan keadilan dalam kontrak, kontrak memberikan sebuah cara dalam menjamin bahwa masing-masing pihak akan memenuhi janjinya, dan selanjutnya hal ini memungkinkan terjadinya transaksi di antara mereka. Oleh karena itu tanpa adanya kontrak, salah satu pihak tidak akan bersedia terikat dan bergantung pada pernyataan pihak lain.

John Rawls mengemukakan Teori Keadilan yang bertitik tolak pada terma posisi asali yaitu *status quo* awal yang menegaskan bahwa kesepakatan fundamental yang dicapai adalah *fair*.³² John Rawls mencoba menawarkan suatu bentuk penyelesaian yang terkait dengan problematika keadilan dengan membangun teori keadilan berbasis kontrak. Teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan pendekatan kontrak, di mana asas-asas keadilan yang dipilih bersama benar-benar merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua pihak yang bebas, rasional, dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak, sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Oleh karenanya, suatu konsep keadilan yang baik haruslah bersifat kontraktual, konsekuensinya setiap konsep keadilan yang tidak berbasis kontraktual harus dikesampingkan demi kepentingan keadilan itu sendiri.³³

³¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 19.

³² John Rawls, *A Theory of Justice: Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 19.

³³ J. van Kan dan J.H. Beekhuis, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hlm. 171–172.

Dalam konteks ini John Rawls menyebut *justice as fairness* yang ditandai dengan adanya prinsip rasionalitas, kebebasan dan kesamaan. Oleh karena itu diperlukan prinsip-prinsip keadilan yang lebih mengutamakan asas hak daripada asas manfaat. Salah satu prinsip keadilan distributif yang dikemukakan oleh John Rawls yaitu prinsip *the greatest equal principle*, bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kebebasan merupakan hak yang paling mendasar (hak asasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang, maka keadilan akan terwujud (prinsip kesamaan hak).³⁴

Terkait dengan kompleksitas hubungan kontraktual dalam dunia bisnis, khususnya terkait dengan keadilan dalam kontrak, maka berdasarkan pemikiran teori John Rawls tersebut, tidak boleh terpaku pada perbedaan keadilan klasik. Artinya analisis keadilan dalam kontrak harus memadukan konsep kesamaan hak dalam pertukaran (prestasi dan kontraprestasi) sebagaimana dipahami dalam konteks keadilan komutatif maupun konsep keadilan distributif sebagai landasan hubungan kontraktual. konsep kesamaan menurut John Rawls harus dipahami sebagai kesetaraan kedudukan dan hak, bukan dalam arti kesamaan hasil yang dapat diperoleh semua orang.

³⁴ John Rawls, *Op. Cit*, hlm. 19.

2) Asas Kebebasan Berkontrak

Prinsip kebebasan berkontrak sebenarnya merupakan prinsip universal dalam hukum perdagangan internasional. Setiap sistem hukum dalam hukum dagang mengakui kebebasan para pihak untuk membuat kontrak-kontrak dagang internasional. Clive M. Schmitthoff menanggapi kebebasan berkontrak ini dengan menyatakan:³⁵

*The autonomy of the parties will in the law of contract is the foundation on which an autonomous law of international trade can be built. The national sovereign has no objection that in that area an autonomous law of international trade is developed by the parties, provided always that law respects in every national jurisdiction the limitations imposed by public policy.*³⁶

Sebagai konsekuensi logis dari diberlakukannya prinsip kebebasan berkontrak, maka para pihak dalam suatu perjanjian dapat juga menentukan sendiri hal-hal sebagai berikut:³⁷

1. Pilihan hukum (*choice of law*), para pihak menentukan sendiri hukum mana yang berlaku dalam interpretasi kontrak tersebut;
2. Pilihan forum (*choice of jurisdiction*), para pihak menentukan sendiri pengadilan atau forum mana yang berwenang memeriksa sengketa diantara para pihak dalam kontrak;
3. Pilihan domisili (*choice of domicile*), para pihak menunjuk sendiri domisili hukum dari para pihak tersebut.

Kebebasan ini mencakup bidang hukum perdagangan yang cukup luas, meliputi kebebasan untuk melakukan jenis-jenis kontrak yang

³⁵Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 2011, hlm. 1.

³⁶ Terjemahan: Otonomi para pihak dalam hukum kontrak adalah dasar di mana hukum perdagangan internasional yang otonom dapat dibangun. Kedaulatan nasional tidak berkeberatan bahwa di wilayah itu hukum perdagangan internasional yang otonom dikembangkan oleh para pihak, asalkan hukum itu selalu menghormati di setiap yurisdiksi nasional batasan-batasan yang dikenakan oleh kebijakan publik.

³⁷Soerjono Soekanto, *Ibid*, hlm. 137.

disepakati oleh para pihak. Dalam prinsip kebebasan berkontrak ini termasuk pula kebebasan untuk memilih forum penyelesaian sengketa dagangnya serta mencakup kebebasan untuk memilih hukum yang akan berlaku terhadap kontrak yang dibuatnya.

Pilihan Hukum merupakan kewenangan para pihak yang membuat suatu kontrak untuk memilih hukum yang dipergunakan. Pilihan Hukum merupakan perwujudan dari asas kebebasan berkontrak dan *party autonomy*. Namun dalam prakteknya, kebebasan tersebut ada batasnya. Ada 4 (empat) hal yang merupakan batasan dari pilihan hukum, antara lain: hanya berlaku di bidang hukum kontrak, tidak melanggar ketertiban umum, tidak menjelma menjadi penyelundupan hukum dan tidak berlaku pada kaidah memaksa. Dalam bahasan Hukum Perdata Internasional, ada dua macam pilihan hukum, yaitu pilihan hukum secara tegas, dan pilihan hukum secara diam-diam.³⁸

Para pihak yang mengadakan perjanjian berhak melakukan kesepakatan tentang pilihan hukum (*choice of law*) dan pilihan forum (*choice of forum*) yang berlaku bagi perjanjian tersebut. Pilihan hukum (*choice of law*) menentukan hukum yang berlaku (*governing law*), demikian pula, pilihan forum arbitrase (*arbitration clause*) menentukan yurisdiksi forum penyelesaian sengketa.

Pasal 56 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa mengatur tentang kemungkinan bagi para pihak untuk mengadakan pilihan hukum yang

³⁸Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung, 1998, hlm. 5.

berlaku terhadap sengketa yang mungkin timbul atau telah timbul diantara para pihak. Dalam penjelasannya disebutkan bahwa para pihak yang bersengketa diberi keleluasaan untuk menentukan hukum mana yang akan diterapkan.

Menurut ketentuan Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata bahwa perjanjian yang dibuat secara sah, yaitu memenuhi syarat-syarat Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya, tidak dapat ditarik kembali tanpa persetujuan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang cukup menurut undang-undang, dan harus dilaksanakan dengan itikad baik.

3) Konsep Risiko

Definisi dan pengertian tentang risiko sangat bervariasi dan tergantung dari sudut pandang masing-masing yang menggunakannya. Dalam buku *A Guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK Guide)* menjelaskan terkait pengertian risiko yaitu: *Project risk is always in the future. Risk is an uncertain event or condition that, if it occurs, has an effect on at least one project objective. Objectives can include scope, schedule, cost, and quality.*³⁹

Risiko adalah kejadian yang tidak pasti dan apabila terjadi mempunyai dampak terhadap hasil akhir dan sasaran proyek.⁴⁰ Dalam sektor perusahaan, risiko yang muncul pada perusahaan memiliki data informasi mengenai kemungkinan terjadinya dan kemungkinan dampaknya,

³⁹Project Management Institute, *A Guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK Guide) Fourth Edition*, Project Management Institute, Pennsylvania, 2008, hlm. 275. Terjemahan: Risiko proyek selalu berada di masa datang. Risiko adalah peristiwa atau kondisi yang tidak pasti, yang jika terjadi, memiliki efek pada setidaknya satu tujuan proyek. Tujuan dapat mencakup ruang lingkup, jadwal, biaya, dan kualitas.

⁴⁰ *Ibid.*

sehingga risiko dapat dikelola oleh perusahaan. Seperti halnya bank dalam menjalankan aktivitas bisnis, bank menghadapi berbagai risiko, misalnya risiko kredit, risiko pasar, risiko operasional, dan risiko reputasi. Dalam pengambilan keputusan bisnis (keputusan pengambilan kredit/pinjaman) hampir setiap keputusan kredit selalu mengandung unsur yang tidak dapat diprediksi hasilnya di masa depan, sehingga harus ada manajemen risiko.⁴¹

Risiko sengketa hukum dalam pelaksanaan kontrak konstruksi dapat mengakibatkan kerugian waktu, biaya, tenaga dan kemungkinan pula mendapatkan hukuman denda. Dijelaskan *PMBOK Guide*, upaya melakukan strategi mitigasi terjadinya sengketa hukum yang berdampak negatif secara teori dinyatakan seperti berikut.⁴²

1. *Avoid. Risk avoidance involves changing the project management plan to eliminate the threat entirely.*
2. *Transfer. Risk transfer requires shifting some or all of the negative impact of a threat, along with ownership of the response, to a third party.*
3. *Mitigate. Risk mitigation implies a reduction in the probability and/or impact of an adverse risk event to be within acceptable threshold limits.*
4. *Accept. This strategy is adopted because it is seldom possible to eliminate all threats from a project.*⁴³

Langkah mengatasi risiko hukum dalam hal ini sengketa hukum adalah dengan cara *avoid* atau menghindari, *transfer* atau mentransfer, *mitigate* atau mengurangi dan *accept* atau menerima. Respon risiko *avoid* dilakukan dengan cara melakukan perubahan rencana manajemen proyek

⁴¹ Busyra Azheri, Upita Anggunsuri, *The Implementation of Business Judgment Rule Principle in Managing the Company*, Nagari Law Review Volume 3 Number 2 April 2020, Universitas Andalas, 2020, hlm. 43.

⁴² Project Management Institute, *Op. Cit.*, hlm. 303-304.

⁴³ Terjemahan: 1. *Avoid*. Penghindaran risiko melibatkan perubahan rencana manajemen proyek untuk menghilangkan ancaman sepenuhnya. 2. *Transfer*. Pengalihan risiko memerlukan pengalihan sebagian atau seluruh dampak negatif dari suatu ancaman, bersama dengan kepemilikan respon, kepada pihak ketiga. 3. *Mitigate*. Mitigasi risiko menyiratkan pengurangan kemungkinan dan/atau dampak peristiwa risiko yang merugikan agar berada dalam ambang batas yang dapat diterima. 4. *Accept*. Strategi ini diadopsi karena mungkin jarang menghilangkan semua ancaman dari suatu proyek.

untuk mengurangi ancaman risiko, mengisolasi sasaran proyek dari dampak yang mungkin terjadi. Contohnya dengan mengurangi lingkup pelaksanaan, memperpanjang durasi pelaksanaan atau dengan cara mengubah strategi penanganan risiko. Respon risiko *Transfer* adalah bentuk respon risiko dengan melakukan transfer dampak negatif risiko termasuk tanggung jawab kepada pihak lain atau pihak ketiga. Transfer risiko merupakan cara yang efektif jika risiko berkaitan dengan keuangan proyek. Transfer risiko hampir selalu melibatkan pembayaran premi risiko kepada pihak pengambil risiko, seperti asuransi. Respon risiko *mitigate* atau mitigasi adalah penanganan dengan cara mengurangi peluang dan dampak terjadinya sampai pada batas yang dapat diterima. Melakukan tindakan awal untuk mengurangi kemungkinan dan dampak risiko terhadap proyek merupakan cara yang efektif dibandingkan memperbaiki kerusakan yang terjadi setelah risiko. Respon risiko strategi *accept* diadaptasi karena risiko tersebut tidak mungkin mengeliminasi atau menghilangkan ancaman pada proyek.

Proyek konstruksi banyak terdapat di berbagai bidang kehidupan masyarakat, yang memiliki karakteristik distribusi proyek yang rumit, waktu konstruksi yang panjang dan cakupan yang luas, sehingga menghasilkan proyek yang mengandung banyak risiko dalam proses konstruksi.⁴⁴ Penyebab risiko hukum kontrak konstruksi dapat dianalisis dari aspek makro dan mikro. Penyebab risiko hukum kontrak konstruksi secara makro meliputi faktor legislatif, administratif, yudikatif dan ketaatan hukum. Sedangkan faktor mikro risiko hukum kontrak konstruksi dapat

⁴⁴ Zhan Li, *Research of Prevention and Control of the Construction Project Contract Law*, Proceedings of the 2014 International Conference on Education Technology and Information System (ICETIS), Atlantis Press, 2014, hlm. 1.

dibagi menjadi kontrak utama, objek kontrak, bentuk kontrak, kinerja dan faktor-faktor lainnya. Apabila terjadi perselisihan dalam kontrak, para pihak mencari jalan penyelesaian melalui jalur hukum.⁴⁵

Hasil dari penelitian mengungkapkan bahwa faktor-faktor penyebab utama yang berkontribusi terhadap sengketa konstruksi adalah:⁴⁶

1. *Poor contract documentation that arises from the organisational system (inadequate or incomplete design information, ambiguities in contract documentation).*
2. *Scope changes that arise from uncertainty that exists within the project management system (variations due to client, design errors, site conditions).*
3. *Educational and behavioral adaptations of individuals within the system (poor communication, poor management, skill and experience, and personality traits).*⁴⁷

Manajemen risiko (*risk management*) atau pengelolaan risiko merupakan proses yang berkelanjutan dalam upaya menekan pengaruh buruk risiko yang berpotensi membawa kerugian bagi perusahaan.⁴⁸ Penanganan risiko kontrak konstruksi dilakukan melalui tiga tahapan proses yaitu: mengidentifikasi risiko, menganalisis risiko dan merespon risiko untuk selanjutnya risiko-risiko tersebut didistribusikan dalam bentuk klausul-klausul kontrak konstruksi.⁴⁹ Beragam cara untuk melakukan mitigasi dampak risiko terhadap proyek infrastruktur. Dalam banyak kasus, risiko dialihkan ke mitra eksternal seperti kontraktor, pemasok, dan

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 3.

⁴⁶ Phil Evans, *Avoidance of Construction Disputes Through Legal Knowledge*, Queensland Roads-Edition 12 Department of Transport and Main Roads October 2012, Murdoch University, 2012, hlm. 14.

⁴⁷ Terjemahan: 1. Dokumentasi kontrak yang buruk yang muncul dari sistem organisasi (informasi desain yang tidak memadai atau tidak lengkap, ambiguitas dalam dokumentasi kontrak). 2. Perubahan ruang lingkup yang muncul dari ketidakpastian yang ada dalam sistem manajemen proyek (variasi karena klien, kesalahan desain, kondisi lokasi). 3. Adaptasi pendidikan dan perilaku individu dalam sistem (komunikasi yang buruk, manajemen yang buruk, keterampilan dan pengalaman, dan sifat-sifat kepribadian).

⁴⁸ Bramantyo Djohampuro, *Manajemen Risiko Korporat*, PPM, Jakarta, 2008, hlm. 43.

⁴⁹ Seng Hansen, *Op. Cit.*, hlm. 278-279.

perusahaan asuransi, serta entitas penjamin internasional. Namun, sebagian besar risiko masih tetap berada di perusahaan proyek.⁵⁰

2. Kerangka Konseptual

1) Sengketa Hukum

Sengketa dapat terjadi setiap saat akibat timbulnya keadaan yang sekilas tampak tidak berarti dan kecil, sehingga terabaikan. Biasanya muncul secara tiba-tiba dan tidak disangka-sangka, atau dapat terjadi tanpa diperhitungkan sebelumnya.⁵¹

Pengertian sengketa hukum apabila dikaitkan dengan kontrak adalah suatu kondisi terjadinya ketidaksepakatan atau perbedaan pendapat di antara para pihak yang membuat kontrak mengenai hukum dan fakta terkait dengan tidak dipenuhinya hak atau tidak dilaksanakannya kewajiban yang ditentukan dalam kontrak dan/atau perubahan isi (prestasi) yang ditentukan dalam kontrak dan/atau pemutusan hubungan hukum kontraktual yang dilakukan oleh satu pihak tanpa persetujuan dari pihak lainnya.⁵²

Dalam kaitannya dengan kontrak konstruksi, yang dimaksud dengan sengketa konstruksi yang juga disebut *construction dispute* adalah sengketa yang terjadi sehubungan dengan pelaksanaan suatu usaha jasa konstruksi antara para pihak yang tersebut dalam suatu kontrak konstruksi.⁵³

⁵⁰ Mihnea Craciun, *A New Type of Risk in Infrastructure Projects*, Modern Economy Volume 2 2011, Scientific Research Publishing, 2011, hlm. 482.

⁵¹ Anita D. A. Kolopaking, *Op. Cit.*, hlm. 1.

⁵² Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, Dan Praktik Hukum*, Mandar Madju, Bandung, 2012, hlm. 370.

⁵³ Nazarkhan Yasin, *Op. Cit.*, hlm. 83.

2) Penyelesaian Sengketa

Apabila terjadi sebuah permasalahan diantara para pihak yang sedang mengadakan suatu kontrak ataupun saling bergesekan karena adanya hak ataupun kepentingan yang telah tercederai atau terlanggar sudah sepatutnya dilakukan upaya penyelesaian sengketa. Pemilihan model penyelesaian sengketa dapat memberikan dampak yang positif untuk kedua belah pihak.

Pada prinsipnya secara proses penyelesaian sengketa terbagi menjadi dua yaitu jalur pengadilan (*litigation*) dan jalur di luar pengadilan (*non-litigation*). Jalur pengadilan merupakan proses penyelesaian sengketa dengan melibatkan lembaga pengadilan. Sedangkan jalur di luar pengadilan merupakan proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase dan melalui alternatif penyelesaian sengketa (*alternative dispute resolution*). Penyelesaian sengketa dalam hal ini adalah sengketa kontrak konstruksi dan merupakan sengketa perdata yang dapat diselesaikan melalui arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi dan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

3) Kontrak Konstruksi

Kontrak atau perjanjian merupakan bagian dari Hukum Perdata, oleh karena itu ketentuan-ketentuan mengenai kontrak/perjanjian diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Menurut Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, definisi Perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang

lain atau lebih. Jika dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menentukan ada 2 (dua) sumber perikatan, kontrak konstruksi ini merupakan perikatan yang dilahirkan dari perjanjian.

Pengertian kontrak kerja konstruksi menurut Salim H.S. merupakan kontrak yang dikenal dalam pelaksanaan konstruksi bangunan, baik yang dilaksanakan oleh Pemerintah maupun pihak swasta.⁵⁴ Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi Pasal 1 angka 8 menjelaskan bahwa Kontrak kerja Konstruksi adalah keseluruhan dokumen yang mengatur hubungan hukum antara pengguna jasa dan penyedia jasa dalam penyelenggaraan jasa konstruksi.

4) Dewan Sengketa

Secara konsep, dewan sengketa didefinisikan oleh *Dispute Resolution Board Foundation* sebagai *board of impartial professionals formed at the beginning of the project to follow construction progress, encourage dispute avoidance, and assist in the resolution of disputes for the duration of the project.*⁵⁵

Sedangkan pengertian dari dewan sengketa dalam peraturan perundang-undangan disebutkan dalam Penjelasan Pasal 88 ayat (5) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi yang dimkanai sebagai tim yang dibentuk berdasarkan kesepakatan para pihak

⁵⁴Salim H.S., *Hukum Kontrak, Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 90.

⁵⁵ Dispute Resolution Board Foundation, *Dispute Board Concept*, Dispute Resolution Board Foundation, website: <https://www.drb.org>, 2022. Diakses pada 6 Januari 2023. Terjemahan: Dewan profesional yang tidak memihak dibentuk pada awal proyek untuk mengikuti kemajuan konstruksi, mendorong penghindaran perselisihan, dan membantu penyelesaian perselisihan selama proyek berlangsung.

sejak pengikatan Jasa Konstruksi untuk mencegah dan menegahi sengketa yang terjadi di dalam pelaksanaan kontrak kerja konstruksi.

Dari pengertian-pengertian di atas dapat disimpulkan bahwa dewan sengketa merupakan salah satu mekanisme penyelesaian sengketa kontrak konstruksi di luar pengadilan yang terdiri dari ahli ataupun beberapa ahli profesional dan tidak memihak yang dibentuk sejak awal kontrak konstruksi untuk mencegah dan menyelesaikan sengketa selama masa proyek konstruksi berlangsung.

G. Metode Penelitian

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari sesuatu atau beberapa gejala hukum tertentu, dengan cara menganalisisnya.⁵⁶ Sebagai sebuah penelitian ilmiah, maka rangkaian kegiatan penelitian mulai dari pengumpulan data sampai pada analisis data dilakukan dengan memperhatikan kaidah-kaidah penelitian ilmiah, sebagai berikut:

1. Jenis Penelitian

Penelitian hukum ini termasuk dalam jenis penelitian hukum normatif (*normative legal research*). Penelitian hukum normatif yang nama lainnya adalah penelitian hukum doktrinal (*doctrinal legal research*) yang disebut juga sebagai penelitian perpustakaan atau studi dokumen karena penelitian ini dilakukan atau ditujukan hanya pada peraturan-peraturan yang tertulis atau bahan-bahan hukum yang lain.⁵⁷

⁵⁶Soerjono Soekanto, *Op. Cit.*, hlm. 43.

⁵⁷Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hlm. 14.

2. Pendekatan Penelitian

Metode pendekatan yang digunakan dalam penulisan hukum menurut Peter Mahmud Marzuki adalah sebagai berikut:⁵⁸

- 1) Pendekatan kasus (*case approach*);
- 2) Pendekatan perundang-undangan (*statue approach*);
- 3) Pendekatan historis (*historical approach*);
- 4) Pendekatan perbandingan (*comparative approach*);
- 5) Pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Dalam penelitian ini, penulis menggunakan 4 (empat) macam pendekatan, sebagai berikut:

- 1) Pendekatan historis (*historical approach*), digunakan untuk mengetahui latar belakang asas kebebasan berkontrak dalam menyusun klausula pilihan hukum dan pilihan forum dalam penyelesaian sengketa kontrak konstruksi serta perkembangannya. Selain itu, pendekatan historis juga digunakan dalam mengetahui sejarah konsep penyelesaian sengketa kontrak konstruksi melalui dewan sengketa konstruksi di dunia internasional.
- 2) Pendekatan perundang-undangan (*statue approach*), pendekatan ini dilakukan terhadap berbagai peraturan hukum yang ada kaitannya dengan kontrak konstruksi dan penerapan klausula pilihan hukum dan pilihan penyelesaian sengketa pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi.

⁵⁸Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Media Group, Jakarta, 2011, hlm. 93.

- 3) Pendekatan perbandingan (*comparative approach*), digunakan untuk membandingkan bentuk penyelesaian sengketa melalui dewan sengketa konstruksi yang ada di dunia internasional serta implementasinya di beberapa negara-negara maju.
- 4) Pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan ini digunakan untuk mengidentifikasi dan memahami segala konsep-konsep hukum yang ditemukan dalam doktrin-doktrin maupun pandangan-pandangan. Pendekatan konseptual akan menganalisis berbagai konsep yuridis yang berkaitan dengan risiko hukum, kontrak konstruksi, standar kontrak konstruksi, klaim konstruksi dan sengketa konstruksi.

3. Jenis dan Sumber Data

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif sehingga sumber bahan hukumnya berisi:⁵⁹

- 1) Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang berupa peraturan perundang-undangan, antara lain: Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi dan peraturan perundang-undangan terkait lainnya.
- 2) Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer yang diperoleh dari hasil studi kepustakaan dengan cara mendapatkan data melalui buku, literatur, hasil

⁵⁹Peter Mahmud Marzuki, *Ibid.*, hlm. 141-169.

penelitian, jurnal dan makalah yang terkait dengan hukum perdata dan perdata internasional, hukum konstruksi dan penyelesaian sengketa khususnya alternatif penyelesaian sengketa, maupun dewan sengketa konstruksi.

- 3) Bahan hukum tersier yaitu bahan yang memberi petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, yaitu kamus dan ensiklopedia hukum.

4. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data dilakukan dengan teknik penelitian kepustakaan (*library research*) dengan menghimpun data yang bersumber dari telaah peraturan perundang-undangan, studi pustaka seperti buku, publikasi, jurnal, dokumen resmi, makalah, artikel, majalah, karya tulis atau tulisan ilmiah hukum para pakar yang relevan dengan penelitian ini. Alat pengumpulan data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah dengan menggunakan studi dokumen, yaitu dengan mempelajari serta menganalisa bahan pustaka.

5. Pengolahan Data dan Analisis Bahan Hukum

Data yang telah dikumpulkan dari hasil penelitian, selanjutnya dianalisis secara kualitatif, yaitu suatu metode analisis data dengan cara mengelompokkan dan menseleksi data yang diperoleh dari penelitian menurut kualitas dan kebenarannya, kemudian dihubungkan dengan peraturan perundang-undangan dan teori-teori hukum serta pendapat para pakar hukum, sehingga diperoleh jawaban terhadap permasalahan dalam penelitian ini.

Metode analisis dalam penelitian ini dilakukan dengan cara interpretasi sistematis, yaitu pengolahan bahan hukum berwujud kegiatan untuk

mengadakan sistematisasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis, pengolahan dilakukan dengan cara seleksi bahan hukum primer, sekunder, dan tersier, kemudian melakukan klasifikasi menurut penggolongan bahan hukum dan menyusun hasil penelitian secara sistematis, dilakukan secara logis, yang mana ada keterkaitan antara bahan hukum yang satu dengan yang lain untuk mendapatkan gambaran umum dari hasil penelitian.⁶⁰



⁶⁰Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar Yogyakarta, 2013, hlm. 181.