

PROTEKSI
- dan
EBC
plan...

SKRIPSI

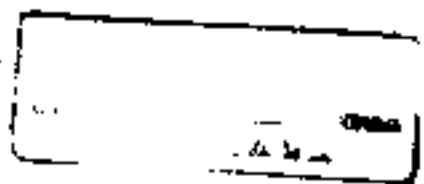
**PERLINDUNGAN HUKUM BAGI
PEMERINTAH REPUBLIK INDONESIA
DALAM
KONTRAK KARYA
PERTAMBANGAN TEMBAGA
(STUDI KASUS KONTRAK KARYA PERTAMBANGAN FREEPORT)**



Disusun Oleh :

DWI ASTO PRISTIONO
NIM. 039710209 U

**FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA
PROGRAM EKSTENSION
SURABAYA
2008**



**PERLINDUNGAN HUKUM BAGI
PEMERINTAH REPUBLIK INDONESIA
DALAM
KONTRAK KARYA
PERTAMBANGAN TEMBAGA
(STUDI KASUS KONTRAK KARYA PERTAMBANGAN FREEPORT)**

SKRIPSI

Diajukan Untuk Melengkapi Tugas dan Memenuhi Syarat
Untuk Mencapai Gelar Sarjana Hukum

Oleh :

DWI ASTO PRISTIOMO
NIM. 039710209 U

Dosen Pembimbing,


Dr. Agus Yudha Hermanto, S.H., M.H.
NIP. 131878398

Peserta,


Dwi Asto Pristomo
NIM. 039710209 U

**FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA
PROGRAM EKSTENSION
SURABAYA
2008**

**Skripsi Ini Telah Dinji Dan Dipertahankan Dihadapan Panitia Penguji
Pada tanggal 29 Januari 2008**

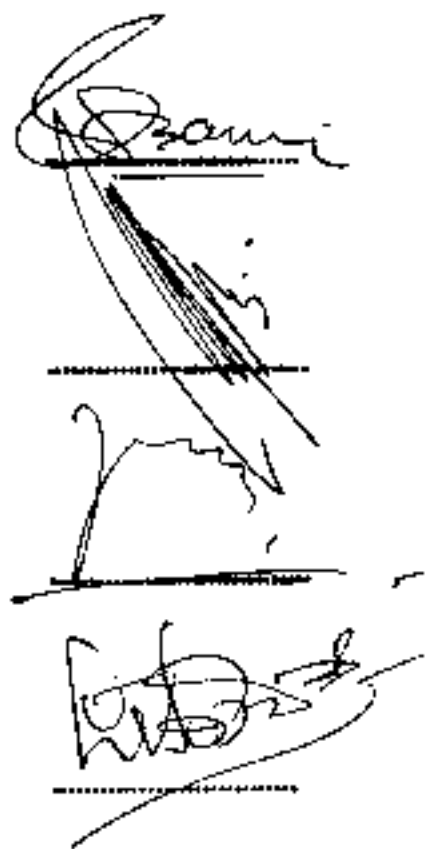
Panitia Penguji Skripsi :

Ketua : Prof. Dr. H. Moch. Isaeni, S.H., M.S.

Anggota : 1. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H.

2. Dr. Y. Sogar Simantoro, S.H., M.Hum.

3. Lisman, S.H., M.S.



The image shows three handwritten signatures, each written over a horizontal line. The top signature is the most legible, appearing to read 'Isaeni'. The middle signature is more stylized and less legible. The bottom signature is also stylized and less legible.

UCAPAN TERIMA KASIH

Segala puji syukur dan terima kasih yang tak terhingga kehadiran Allah SWT atas karunia dan ijinnya sehingga skripsi ini terselesaikan dan nantinya bermanfaat.

Pada kesempatan ini pula saya mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya dan penghargaan yang setulus-tulusnya kepada yang terhormat dan terpelajar, Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H., selaku pembimbing, yang dengan penuh perhatian, kesabaran, ketekunan, dan ketelitian senantiasa memberikan bimbingan, arahan serta dorongan sejak awal hingga terselesaikannya penulisan ini

Ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya dan penghargaan yang setulus-tulusnya juga saya sampaikan kepada Prof. Dr. Ir. H. Abrar Saleng, S.H., M.H., atas segala bantuan hingga penulis memperoleh Kontrak Karya I dan II Freeport serta kontrak pertambangan yang lain, dan bimbingan – serta sahabat diskusi mengenai kontrak pertambangan di Indonesia.

Ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya dan penghargaan yang setulus-tulusnya juga saya sampaikan kepada:

Bpk. Hendra Suadta., Attorney Lawyer P.T. Freeport Indonesia atas segala bantuan hingga penulis memperoleh Kontrak Karya I dan II Freeport. dan data lainnya.

Seluruh penguji dan penilai naskah skripsi pada tanggal 29 Januari 2008, yaitu Prof. Dr. H. Moch. Isaeni, S.H., M.S., Dr. Y. Sogar Sumamora, S.H., M. Hutu., Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H., dan Lisman, S.H., M.S., yang berkenan menguji, memberi masukan dan arahan dalam rangka penyempurnaan penulisan ini.

Prof Dr H. Fasichul Lisan, Apt., selaku Rektor Universitas Airlangga, serta Prof. Dr Med. H. Puruhito, dr., Sp. B. TKV, dan Prof H. Suedarto, dr., DM & H., Ph.D mantan Rektor Universitas Airlangga yang telah memberikan ijin untuk perpanjangan waktu dan menyelesaikan skripsi.

Dr. M. Zaidun, S.H. M. Si, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, dan H. Machsoen Ali, S.H., M.S., selaku mantan Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, serta Prof. Dr H. Basuki Rekso Wibowu, S.H., selaku mantan pembantu dekan, beserta pembantu dekan dan mantan pembantu dekan, beserta seluruh staff yang telah memberi kesempatan kepada saya untuk menempuh ujian skripsi ini

Terima kasih yang setulus-tulusnya juga saya sampaikan kepada seluruh pengajar di Fakultas Hukum, yang telah membimbing saya secara keseluruhan paripurna mengenai hukum untuk program s- 1 ini.

Pada kesempatan ini pula, secara khusus saya haturkan terima kasih yang tak terhingga bagi kedua orang tua yang saya sangat hormati, ibunda Hastuti, dan ayahanda Soewoto S.H., untuk segalanya. Demikian pula terima kasih yang tulus dan tak terhingga untuk isteriku tercinta dr. Rahajeng Meidiana Palgunadi, dan anakku tersayang Prada Fasya Mu prabarini (Insya Allah... nanti segera ditemenin adik yaah). atas segalanya pula dalam doa dan hidup. Tak lupa bapak dan ibu mertua, dr Palgunadi, MS dan drg Sri Wiendarti untuk perhatian, doa, dan segala nasihat

Demikian pula kepada semua pihak yang tidak dapat saya sebut satu persatu dalam ungkapan ini, saya menghaturkan terima kasih yang setulus-tulusnya. atas doa dan bantuannya hingga terselesaikannya skripsi ini.

Semoga Allah senantiasa melimpahkan Rahmat dan Hidayah-Nya kepada kita semua terkait dengan proses penyelesaian skripsi ini. Amin.

DAFTAR ISI

SAMPUL DALAM	i
LEMBAR PENGESAHAN	iii
UCAPAN TERIMA KASIH	v
DAFTAR ISI	viii
DAFTAR PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	xi
BAB I PENDAHULUAN	
1.1 Latar Belakang Masalah	1
1.2 Rumusan Masalah	8
1.3 Penjelasan Judul	8
1.4 Alasan Pemilihan Judul	9
1.5 Tujuan Penulisan	10
1.6 Metode Penelitian	11
1.7 Pertanggungjawaban Sistematika	15
BAB II HUBUNGAN HUKUM ANTARA PEMERINTAH DAN FREEPORT MC-MORAN	
2.1 Pertambahan Freeport dan Permasalahannya	18
2.2 Hubungan Hukum antara Pemerintah Republik Indonesia dan Freeport Mc. Moran	25
2.2.1 Bentuk dan Prosedur Kontrak Karya	27
1. Bentuk Kontrak Karya	28
2. Prosedur Kontrak Karya	40
2.2.2 Substansi Kontrak Karya	46
1. Hubungan Hukum Subyek Kontrak Karya	47
a. Dasar Hukum	48
b. Kedudukan Hukum	53
2. Hak dan Kewajiban Para Pihak	57
1. Perusahaan Pertambangan	64
2. Pemutusan Kontrak	64
3. Promosi Kepentingan Nasional	65
4. Pembagian Keuntungan Perusahaan	66
1. Pajak, Retribusi, atau Royalti	72
2. Saham	78
2.2.3 Pelaksanaan Kontrak Karya	80
a. Kondisi Mikro	80
b. Kondisi Makro	84
2.3 Pilihan Hukum (<i>Choice of Law</i>)	84

2.4	Pilihan Forum (<i>Choice of Forum</i>)	88
2.5	Perbandingan Kontrak Karya dengan Kontrak Pertambangan yang lain	89
2.5.1.	Bentuk Dasar Kontrak Pertambangan	93
1.	Konsesiner	93
2.	Kontraktual	94
2.5.1.	Perbandingan Kontrak Karya dan Kontrak Pertambangan Lain didunia	94
1.	Konsesi (<i>Concession</i>)	97
2.	Bagi Hasil (<i>Production Sharing</i>)	100
2.5.2	Perbandingan Kontrak Karya dan Kontrak Pertambangan Lain di Indonesia	111
1.	Perbandingan Kontrak Karya dan Concessie	114
2.	Perbandingan Kontrak Karya dan Kontrak Karya Minyak	119
3.	Perbandingan Kontrak Karya dan Kontrak Bagi Hasil	121
4.	Perbandingan Kontrak Karya , Perjanjian Karya Pertambangan Batu Bara , dan Kontrak Kuasa Pertambangan	126
5.	Perbandingan Kontrak Karya Generasi I - VII	127
6.	Usulan Bentuk Kontrak Yang Proporsional dari Perbandingan Kontrak Konsesiner dan Kontraktual	127
a.	Reformasi Paradigma Pajak Pengusahaan Pertambangan	128
b.	Reformasi Hukum Agraria terkait Hukum Benda dan Hukum Perjanjian (Kontrak)	131
c.	Perhitungan Kontrak yang Proporsional	141
2.6	Permasalahan Kontrak Karya Freeport dalam Persepektif Azas Keseimbangan dan Azas Proporsionalitas	150
2.6.1.	Politik Hukum Pertambangan Indonesia	179
2.6.2.	Kontrak Karya Freeport dalam persepektif azas keseimbangan dan proporsional	187
1.	Perbuatan / Tindakan	190
a.	Kecakapan dan Kewenangan dari para pihak (<i>handelingsbekwaamheid en handelingsbevoegheid</i>)	191
b.	Bentuk Kontrak (<i>vorm</i>)	196
c.	Cacat Kehendak (<i>wilsgebreken</i>)	197
2.	Substansi / Isi Perjanjian	204
a.	Bertentangan dengan Undang-undang (<i>in strijd met de wet</i>)	206
b.	Bertentangan dengan Kesusilaan yang Baik (<i>in strijd met de goede zeden</i>)	207
c.	Bertentangan dengan Ketertiban Umum (<i>in strijd met de openbare orde</i>)	208
d.	Kesetaraan / Kelayakan Pertukaran (<i>ruilrechtvaardigheid</i>) / perbedaan besar (<i>Gross Disparity</i>)	212

3. Situasi dan Kondisi Pelaksanaan (<i>uitvoeringsomstandigheden</i>)	231
a. Keadaan yang Tidak Terduga (<i>onvoorzipte omstandigheden</i>).....	236
b. Kesulitan dalam Pelaksanaan (<i>belemmering</i>).....	239
c. Kegagalan dalam Pelaksanaan (<i>nonprestatie</i>).....	241
d. Perbuatan Melanggar Hukum (<i>onrechtmatigheids</i>)...	243

**BAB III PERLINDUNGAN HUKUM BAGI PEMERINTAH
TERHADAP SUBSTANSI DAN PELAKSANAAN
KONTRAK YANG MERUGIKAN**

3.1 Kerugian Pemerintah akibat Kontrak Karya.....	249
3.2 Upaya Perlindungan Hukum bagi Pemerintah.	254
a. Renegosiasi (<i>Heronderhandelen</i>).....	260
b. Konsiliasi	263
c. Arbitrase	267
d. Peradilan.....	282
e. Mahkamah Konstitusi	283

**BAB IV
PENUTUP**

4.1 Simpulan.....	288
4.2 Saran.....	290

DAFTAR PUSTAKA

Buku
Makalah
Artikel
Artikel Internet

LAMPIRAN

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-undang

Undang-undang RI No. 1 Tahun 1967 tentang "Penanaman Modal Asing" (LNRI tahun 1967 No. 1)

Undang-undang RI No. 11 Tahun 1967 tentang "Pokok Pertambangan" (LNRI tahun 1967 No. 22)

Undang-undang RI No. 25 Tahun 2007 tentang "Penanaman Modal Asing" (LNRI tahun 2007 No. 67)

Undang-undang RI No.1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (LN RI tahun 1958 No. 127)

Undang-undang RI No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (LN RI tahun 1999 No. 138)

Burgerlijk Wetboek, Stb. 1847-23

Model Law

UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994

UNCITRAL

Bab 1 Pendahuluan

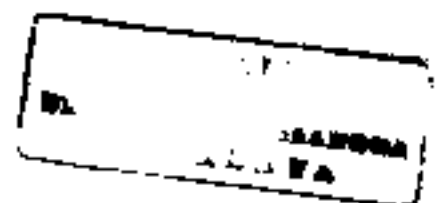
1.1. Latar Belakang Masalah

Pengusahaan pertambangan tembaga di gunung ERSTBERG (Gunung Biji) dan GRASBERG (Gunung Rumpot) pegunungan Jaya Wijaya Selatan, Irian Jaya, dilaksanakan oleh pihak pemerintah Republik Indonesia melalui Kontrak Karya (dikenal sebagai Kontrak Karya I atau KK I) dengan pihak investor asing yaitu *Freeport Indonesia Incorporated* (FII). Kontrak ditandatangani pada awal pemerintahan orde baru 7 April 1967.

Kandungan emas dalam pertambangan tembaga yang dikelola *Freeport Indonesia Incorporated* merupakan yang terbesar di dunia saat ini, dengan kandungan emas tunggal (terbesar didunia) sebesar 2,16 juta kg dan cadangan tembaga (ke tiga terbesar di dunia) sebesar 22 juta ton¹. Unsur emas pada awal kontrak tidak disebut secara eksplisit dan hanya disebut sebagai material ikutan termasuk dalam perjanjian. Investor asing dalam hal ini *Freeport Indonesia Incorporated* dalam KK generasi I diuntungkan secara besar-besaran sehingga perusahaan yang semula relatif kecil ini dapat memperoleh keuntungan besar dan menjelma menjadi perusahaan yang kuat dan besar². Maskapai pertambangan dari Amerika Serikat, **Freeport Mc. Moran** (Perusahaan induk FII), pada awalnya

¹PT Freeport Indonesia Public Affairs Department, *Fast Facts/Info Singkat*, Jakarta, 1996

²Dianto Bachriadi, *Merana Ditengah Kelimpahan, Pelanggaran-Pelanggaran HAM Pada Industri Pertambangan di Indonesia*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta, 1998. h 32



bernama *Freeport Sulphure*, dan pertama kali masuk ke bidang pertambangan logam nikel di Kuba, lewat anak perusahaannya, *Freeport Nickel*, terancam bangkrut ketika Rezim Fidel Castro menasionalisasi tambang asing di sana³.

Keuntungan diperoleh dari mineral ikutan dari tambang tembaga, yaitu berupa emas dan perak. Kontrak Karya yang sangat menguntungkan *Freeport Indonesia Incorporated* ini kemudian diperpanjang waktunya dan diperluas area operasinya pada tahun 1991 melalui Kontrak Karya II. *Freeport Indonesia Incorporated* merupakan perusahaan bernodal asing pertama setelah pemerintahan Orde Baru berkuasa, saham terbesar perusahaan ini dikuasai oleh *Freeport Mc Moran Copper & Gold Inc.* Pada tahun 1991 PT FI memperoleh perpanjangan Kontrak Karya selama 30 tahun lagi, dengan komposisi pemilikan saham yang berubah, dimana *Freeport Mc Moran* masih tetap menguasai 81,28%, pemerintah RI menguasai 9,36% saham, dan PT Indocooper Investama menguasai 9,36%. Berdasar sumber resmi PT FI pada Kontrak Karya II diketahui memiliki cadangan emas tunggal terbesar di dunia sebesar lebih dari 2,16 juta kg dan cadangan tembaga terbesar ke tiga di dunia sebesar lebih dari 22 juta ton. Jelas pembagian saham bagi pemerintah yang sebesar 9,36% lebih kecil dibanding kemungkinan keuntungan total yang diperoleh⁴.

Kekayaan alam emas murni yang melimpah tersebut tidaklah berarti mengindikasikan begitu besarnya cadangan emas kita. Cadangan devisa kita

³ Arianto Sangaji, *Buruk INCO Rakyat Digusur*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002, h. xiv - xv

⁴ _____, *Pelaksanaan Komitmen Sosial PT Freeport Indonesia*, Bahan Pemaparan kepada Anggota Komisi VIII DPR - RI, Jakarta, 1997

terbukti tidak ditopang oleh cadangan emas dan tabungan masyarakat yang memadai, hal ini dapat dilihat pada 18 Januari 1998, manakala perekonomian Negara Kesatuan Republik Indonesia terpuruk, di Bank Indonesia Jakarta dilaksanakan Gerakan Nasional Cinta Indonesia (Gerakan itu juga disebut GETAR – Gerakan Cinta Rupiah) gerakan mengumpulkan emas dan menukarkan dollar dengan rupiah. Gerakan ini dipelopori Siti Hardiyanti Indra Rukmana atau Mbak Tutut (Putri presiden Suharto, presiden berkuasa pada waktu itu), merupakan aksi moral untuk membantu mengatasi krisis ekonomi yang dihadapi pemerintah Indonesia. Mbak Tutut menghimbau masyarakat agar menukar dolarnya dengan rupiah dan menyerahkan emas kepada negara. Selain itu juga menghimbau masyarakat untuk mencintai dan membeli produksi dalam negeri, sebab mencintai dan membeli produk dalam negeri bisa menghemat devisa dan bisa meningkatkan daya saing serta kualitas⁵.

Marie Muhammad⁶ selaku menteri keuangan pada waktu itu sebagai wakil pemerintah yang menerima sumbangan emas dan uang dan Getar menegaskan, emas yang disumbangkan masyarakat kepada negara akan menjadi aset Negara, artinya bisa menambah cadangan emas sedangkan sumbangan yang berupa uang kontan akan menjadi penerimaan Negara, dan setiap sumbangan akan menambah kekayaan Negara.

⁵<http://www.hamline.edu/apakabar/basisdata/1998/01/20/0007.html>

⁶Ibid.

Hal yang melatar belakangi keterpurukan Indonesia hingga dilaksanakannya

Getar dapat dipahami dari penuturan Eriel Siregar⁷ berikut:

Beberapa tahun terakhir kepercayaan masyarakat akan stabilitas nilai rupiah cukup baik karena rupiah telah terdepresiasi secara berkala sejak devaluasi terakhir tahun 1986. Rasa optimis masyarakat disertai dorongan pemerintah untuk meningkatkan peran sektor swasta dalam menunjang pertumbuhan ekonomi telah memberikan keberanian kepada dunia usaha untuk mengambil pinjaman valuta asing yang berbunga murah dari pihak perbankan.

Di sisi lain arus modal asing yang masuk cukup besar sebagai akibat dari daya tarik bunga rupiah maupun valuta asing yang tinggi di Indonesia. Bursa saham yang berkembang dengan harga-harga saham yang cenderung menguat juga telah menarik investor asing untuk membeli saham di Indonesia. Namun penulisng, devisa hasil ekspor tidak mengalami lonjakan yang berarti. Devisa yang masuk ke Indonesia selama itu juga telah keluar kembali untuk membiayai impor barang-barang modal maupun konsumsi dan juga untuk pembayaran jasa-jasa.

Yang menjadi masalah, dana-dana pinjaman jangka pendek tersebut banyak digunakan untuk membiayai proyek-proyek yang memiliki periode pengembalian yang lebih lama dibandingkan periode pinjaman. Risiko pun meningkat, jika peminjam hanya berbasis penghasilan dalam bentuk rupiah. Akibatnya dapat diramalkan, yaitu terjadinya ketidaktepatan waktu antara pembayaran pinjaman yang telah jatuh tempo, sementara proyek-proyek yang telah dibiayai dengan valuta asing belum mencapai tingkat pengembalian modal sesuai dengan waktu yang diperkirakan (*payback period*). Kondisi ini mengakibatkan devisa nasional yang dimiliki oleh pemerintah dan swasta tidaklah mencukupi untuk membayar hutang valas yang jatuh tempo.

Membaca kemampuan Indonesia dan negara tetangga lainnya yang demikian, spekulasi valas bergerak masuk. Dengan picuan dari spekulasi valas yang menarik dolarnya keluar dari Indonesia yang serempak diikuti investor asing yang menarik kembali investasi mereka dalam saham dan deposito di Indonesia menyebabkan kebutuhan devisa / dolar meningkat tajam.

Akumulasi peristiwa di atas telah mengakibatkan harga dolar dan devisa lainnya melonjak. Ketidakseimbangan persediaan devisa dibandingkan dengan permintaan pasar lebih diperkuat lagi dengan kepanikan masyarakat untuk ikut-ikutan membeli dolar. Kondisi inilah yang hendak diredakan melalui pencanangan Getar.

⁷Denmas Marto dan Eriel Siregar, <http://goocities.com/denmasmarto/sangkakala.04.htm>

Disamping penarikan investasi luar negeri secara besar-besaran. Keterpurukan ini makin parah dengan timbulnya kepanikan masyarakat, khususnya kalangan yang berduit, akibat kemerosotan nilai tukar rupiah terhadap berbagai valuta utama dunia. Banyak pihak yang berusaha mengamankan asetnya dengan mengkonversikannya ke dalam dollar (Kepanikan mulai timbul manakala konglomerat seperti Licm Swie Liong, dll memarkir dananya di luar negeri). Tindakan spekulatif yang dilakukan secara massal ini justru membuat rupiah makin terpuruk. Lebih gawat lagi, dana-dana valas tersebut - yang berjumlah sangat besar - dilarikan dan diparkir di luar negeri, terutama ke Singapura dan Hongkong⁸.

Tidak dapat dipungkiri untuk menunjang pertumbuhan ekonomi nasional, Indonesia membutuhkan investasi asing sebagai penunjang sebagaimana diamanatkan oleh pasal 9 Tap No. XIII / MPRS / 1966 menyebutkan bahwa: "Pembangunan ekonomi terutama berarti **mengolah kekuatan ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil melalui penanaman modal, penggunaan teknologi, penambahan pengetahuan dan peningkatan keterampilan, penambahan kemampuan berorganisasi dan manajemen**" (cetak tebal oleh penulis), membutuhkan bantuan investasi asing sebagaimana dinyatakan pada pasal 10 Tap No. XIII / MPRS / 1966 berikut:

Penanggulangan kemerosotan ekonomi serta pembangunan lebih lanjut dari potensi ekonomi harus didasarkan kepada kemampuan dan kesanggupan rakyat Indonesia sendiri. Akan tetapi azas ini tidak boleh menimbulkan keseganan untuk memanfaatkan potensi modal, teknologi, skill yang tersedia di luar negeri, selama bantuan itu benar-benar diabdikan pada kepentingan ekonomi rakyat tanpa

⁸ Ibid

mengakibatkan ketergantungan terhadap luar negeri (cetak tebal oleh penulis).

Dalam konsideran huruf a – g antara lain disebutkan bahwa modal asing itu perlu dimanfaatkan secara maksimal untuk mempercepat pembangunan ekonomi Indonesia serta digunakan dalam bidang-bidang dan sektor yang dalam waktu dekat belum dan atau tidak dapat dilaksanakan oleh modal Indonesia sendiri. Dengan demikian, pada hakekatnya modal asing hanya digunakan sebagai pelengkap saja. Namun dalam perkembangannya investasi asing bukanlah sekedar penunjang. Hal ini dapat dilihat pada perkembangannya dari tahun ke tahun Indonesia bukannya sibuk menginvestasikan kekayaannya ke berbagai bidang di negeri sendiri atau di luar negeri, namun Indonesia makin hari justru makin bingung untuk mencari investor baik yang bersifat langsung maupun tidak langsung. Indonesia membutuhkan Penanaman Modal Asing untuk bidang-bidang usaha yang bersifat padat modal seperti proyek pertambangan, industri berat, dan lain-lain yang membutuhkan modal dan biaya besar, ketrampilan (skill) dan teknologi. Sehingga manakala investasi asing ditarik secara serta merta dalam waktu pendek pada tahun 1998 mengakibatkan kehancuran ekonomi dan bahkan pada akhirnya sering dikatakan sebagai kehancuran kehidupan bernegara secara multi dimensi.

Melihat kasus diatas, emas memiliki arti penting dalam kehidupan kita, mengingat neraca ekspor kita negatif dan tabungan masyarakat sedikit. Ada indikasi kuat betapa investasi asing sangat berpengaruh pada usaha pemerintah

untuk memajukan kesejahteraan umum sebagaimana tercantum di dalam Pembukaan Undang – undang Dasar 1945 alinea 4.

Fakta Indonesia memiliki cadangan emas yang terbukti besar, dan telah mengolahnya, namun ketika mengalami krisis tidak mempunyai cadangan emas dan tabungan yang cukup, sehingga harus memohon pada masyarakat umum untuk mengumpulkan emas dan rupiah sungguh merupakan sebuah ironi.

Kejadian tersebut memicu kesadaran akan perlunya cadangan emas. Terkait proyek Freeport mulai timbul demo ketidakpuasan masyarakat. Masyarakat adat setempat dan masyarakat Indonesia melalui Lembaga Swadaya Masyarakat mulai berani memprotes keras keberadaan proyek tersebut, terkait dengan kontribusi dalam upaya kesejahteraan masyarakat dan pelestarian lingkungan. Berkaitan dengan kontribusi dari investasi langsung terhadap pembangunan secara nasional, banyak tokoh nasional (Amin Rais, Kwik Kian Gie, dll)⁹ bersuara keras atas diberlakukannya Kontrak Karya II antara pemerintah dengan PT Freeport, karena dianggap pembagian keuntungannya merugikan rakyat Indonesia. Hingga terakhir wakil presiden Yusuf Kalla¹⁰ terkait dengan kecilnya keuntungan yang diperoleh pemerintah dibanding kontraktor pertambangannya, menghimbau dimaknainya keuntungan 2 – 3 kali lipat bagi negara mengingat adanya kenaikan emas dunia

⁹Salim HS, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2005. (selanjutnya disebut Salim HS I) h 175-185

¹⁰Cepos, *Wapres Inginkan Bagi Hasil Freeport 300%*, <http://www.kompas.com/kompas-cetak/0007/29/utama/utama01.htm>, 11 Februari 2006

mencapai 600 US Dollar per-ons. Bahkan memasuki awal Nopember 2007 mencapai 850 US Dollar per ons.

Hingga hari ini seruan dan upaya hukum yang dilakukan beberapa elit politik dan rakyat atas ketidakadilan tersebut belum menghasilkan perubahan yang signifikan.

1.2. Rumusan Masalah

Berkaitan dengan latar belakang tersebut, skripsi ini akan membahas permasalahan sebagaimana berikut:

- a. Bagaimanakah hubungan hukum antara Pemerintah Republik Indonesia dengan PT Freeport Indonesia dalam Kontrak Karya Pertambangan tembaga di gunung Ertsberg dan sekitarnya?
- b. Upaya hukum apa yang dapat dilakukan oleh Pemerintah bilamana mengalami kerugian / ketidakadilan akibat dari dilaksanakannya Kontrak Karya antara Pemerintah Republik Indonesia dan PT Freeport Indonesia?

1.3. Penjelasan Judul

Judul dari skripsi ini adalah:

"PERLINDUNGAN HUKUM BAGI PEMERINTAH REPUBLIK INDONESIA DALAM KONTRAK KARYA PERTAMBANGAN TEMBAGA" (Studi Kasus Kontrak Karya Pertambangan Freeport)"

Maksud judul tersebut sebagai pokok bahasan dalam penyusunan skripsi ini adalah:

- **Perlindungan Hukum bagi Pemerintah Republik Indonesia**

Segala upaya yang menjamin adanya kepastian hukum dalam upaya memberi perlindungan hukum kepada pemerintah Republik Indonesia

- **Kontrak Karya**

Perjanjian pertambangan yang dibuat antara pemerintah dan swasta dituangkan dalam bentuk Kontrak Karya.

- **Pertambangan Tembaga**

Bahwa Kontrak Karya ini lebih terfokus pada Kontrak Karya pertambangan tembaga, khususnya Kontrak Karya pertambangan tembaga di gunung Erstberg, Grasberg, dan sekitarnya . Titik perhatian ditujukan pada faktor emas sebagai material ikutan (obyek minor), yang ternyata memiliki potensi ekonomi yang tinggi mengingat faktor emas sangat penting bagi cadangan devisa Negara, dan kontrak ini merupakan kontrak pertambangan pertama yang dibuat pada awal pemerintahan Orde Baru.

Dari pengertian tersebut, maka dapat dijelaskan bahwa pemerintah memerlukan mekanisme perbaikan kontrak yang secara hukum lebih kuat dan pasti atas kemungkinan dilakukannya kontrak yang merugikan / tidak adil bagi rakyat dalam Kontrak Karya yang dibuat antara pemerintah dan PT Freeport Indonesia Company.

1.4. Alasan Pemilihan Judul

Emas sangat penting bagi cadangan devisa negara, namun kontrak ini lebih dikenal sebagai perjanjian penambangan tembaga dan kontrak ini merupakan

Kontrak Karya pertambangan pertama yang dibuat pada awal pemerintahan Orde Baru, sekaligus cikal bakal dibuatnya Kontrak-Kontrak Karya generasi berikutnya.

Diangkatnya judul tersebut berawal dari keinginan penulis untuk mengungkapkan pada masyarakat, khususnya bangsa dan negara Indonesia, kemungkinan diadakannya perubahan atau perbaikan pada perjanjian Kontrak Karya penambangan tembaga antara Freeport Mc-Moran dan Pemerintah Republik Indonesia yang potensial merugikan negara mengingat pentingnya nilai emas tersebut, hingga dapat dimanfaatkan sebesar-besarnya guna mewujudkan cita-cita mencapai masyarakat yang adil, makmur dan merata.

1.5. Tujuan Penulisan

Tujuan penulisan skripsi ini adalah:

- a. Bagi penulis merupakan salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum di Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
- b. Bagi Universitas Airlangga dapat menjadi bahan perpustakaan dan bacaan bagi rekan mahasiswa yang melakukan penelitian sejenis.
- c. Bagi pemerintah atau instansi terkait dapat menjadi masukan dibuatnya peraturan perundang-undangan yang menunjang dibuatnya Kontrak Karya yang lebih menguntungkan bagi rakyat.
- d. Bagi masyarakat umum dapat digunakan sebagai penambah wawasan khususnya di bidang hukum dan dapat dipakai sebagai acuan dalam upaya pemberdayaan

masyarakat dalam menegakkan fungsi control dan upaya menegakkan hukum pertambangan agar kepentingan rakyat terlindungi.

1.6. Metode Penelitian

a. Pendekatan Masalah

Penelitian hukum (*legal research, rechtwonderzoek*) adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi¹¹. Penelitian hukum dilakukan untuk mencari pemecahan atas isu hukum (permasalahan hukum) yang timbul¹². Penelitian hukum digunakan untuk menghasilkan argumentasi, teori, atau konsep baru sebagai *preskripsi* dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi¹³. Penelitian ini ditujukan untuk kepentingan akademis (skripsi).

Untuk memecahkan masalah diperlukan metode, yang sesuai dengan substansi masalah¹⁴. Terkait dengan legal research untuk kepentingan akademis (skripsi), metode penelitian yang digunakan dapat merupakan penelitian hukum normatif dan / atau penelitian doktrinal. Perbedaan penelitian dilihat dari metode yang dipakai untuk menganalisa masalah.

¹¹Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, cet ke - 3, Kencana (Prenada Media), Jakarta, 2007, h. 35

¹² *Ibid*, h. 41 dan 57

¹³ *Ibid*, h. 35

¹⁴ Agus Yudha Hernoko, "Azas Proporsionalitas sebagai Landasan Pertukaran Hak dan Kewajiban Para Pihak dalam Kontrak Komersial", Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2007, h. 41 (selanjutnya disebut Agus Yudha I)

Dalam skripsi ini penelitian lebih ditekankan pada penelitian normatif yang ditunjang penelitian doktrinal. Adapun ranah penelitian dua metode tersebut menurut Peter Mahmud Marzuki¹⁵ sbb:

- Metode penelitian normatif digunakan untuk menganalisa peraturan perundangan, kontrak-kontrak, yurisprudensi (putusan pengadilan - Mahkamah Agung RI).
- Metode penelitian doktrinal lebih menekankan analisis terhadap asas-asas hukum (kontrak), literatur hukum, pandangan-pandangan sarjana hukum yang mempunyai kualifikasi tinggi (doktrin), serta perbandingan hukum.

Penelitian hukum memerlukan metode pendekatan untuk mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu hukum yang sedang dicoba untuk dicari jawabnya. Terkait dengan skripsi ini pendekatan yang digunakan untuk menganalisis permasalahan dalam penelitian ini, sbb:

- Pendekatan undang-undang (*statute approach*)
- Pendekatan konseptual (*conceptual approach*)
- Pendekatan perbandingan (*comparative approach*)
- Pendekatan kasus (*case approach*)
- Pendekatan sejarah (*historical approach*)

Pendekatan undang-undang (*Statute Approach*), dimana segala permasalahan ditelaah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku (BW)

¹⁵ *Ibid*, h. 41



Pendekatan konseptual (*Conceptual Approach*), dimana permasalahan kemudian dihubungkan dengan teori-teori hukum dan pemikiran-pemikiran baru / pendapat ahli (doktrin), yang terkait dengan hukum kontrak, yang selanjutnya digunakan untuk membahas dan memecahkan masalah yang ada.

Pendekatan perbandingan (*Comparative Approach*) sebagai bahan pendamping dengan memperhatikan system hukum, bentuk-bentuk kontrak dari negara lain, dan praktik Negara lain. Perbandingan dilakukan antara:

- *Burgerlijk Wetboek (Bw)* Indonesia, *Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW)*, dan *Unidroit*, terkait dengan tindakan / proses, substansi, pelaksanaan kontrak
- *RV, ICSID, UNCITRAL, dan BANI* terkait dengan perlindungan para pihak dalam hukum kontrak
- Perbandingan bentuk kontrak pertambangan di Indonesia dan di negara lain terkait dengan perbedaan sistem hukum
- Perbandingan azas-azas dalam kontrak

Pendekatan kasus (*Case Approach*) sebagai bahan pelengkap, terhadap kemungkinan solusi masalah kontrak yang mirip dari putusan pengadilan (*jurisprudence*)

Pendekatan sejarah (*Historical Approach*) sebagai bahan pelengkap, adanya benang merah UUD 1945 khususnya pasal 33 sebagaimana kehendak *Founding Father* terkait UU no. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan UU Pokok pertambangan 1967.

Melalui pendekatan – pendekatan diatas, terkait dengan bentuk kontrak karya pertambangan (*Freeport*) dalam persepektif azas keseimbangan dan azas

proporsionalitas, diharapkan dapat muncul argumentasi baru terkait hukum kontrak pertambangan di Indonesia yang bersifat adil dan lebih menguntungkan bagi pemerintah Republik Indonesia.

b. Sumber Bahan Hukum

Sumber bahan hukum primer: *Burgerlijk Wetboek* - BW, *Nieuw Burgerlijk Wetboek* - NBW, UNIDROIT, UNCITRAL, ICSID, Kontrak Karya Freeport I dan II, beberapa bentuk kontrak pertambangan di Indonesia dan Sumber bahan hukum sekunder : doktrin, textbook, jurnal, majalah, artikel wawancara (tertulis), serta sumber-sumber lain terkait dengan kontrak.

c. Prosedur Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum

Pertama penulis melakukan studi kepustakaan terkait dengan materi skripsi dalam kontrak tertulis antara pihak pemerintah Republik Indonesia dengan PT Freeport Indonesia, peraturan perundang-undangan, literatur, buku-buku, majalah, dan internet, kemudian penulis mengklasifikasi prioritas terkait masalah yang ada untuk selanjutnya diolah dan dirumuskan secara sistematis sesuai pokok-pokok pembahasan.

d. Analisa Bahan Hukum

Penulisan ini menggunakan metode penelitian normatif melalui preskriptif analisis, di mana permasalahan diuraikan, dibahas, dan dijelaskan kemudian dipecahkan berdasarkan bahan-bahan hukum yang didapatkan, serta

menggunakan metode induksi, dimana metode ini menguraikan masalah, membahas, menjelaskan dan memecahkan masalah tersebut berdasar masalah yang ada dalam masyarakat, dianalisa dengan peraturan yang ada, untuk menemukan argumentasi pemecahannya.

1.7. Pertanggungjawaban Sistematika

Dalam Bab I berisi pendahuluan yang mengemukakan latar belakang penulisan skripsi, untuk memberikan penjelasan tentang arah dan tujuan penyusunan skripsi guna memudahkan pemahaman permasalahan yang akan dibahas pada Bab-bab berikutnya. Selain itu dijabarkankan pula alasan pemilihan judul, metode penulisan dan pertanggungjawaban sistematika

Kemudian pada Bab II dibahas tentang ketidakadilan dan kerugian dalam perjanjian Kontrak Karya Pertambangan Emas di gunung Iritsberg dan sekitarnya, antara Pemerintah Republik Indonesia dengan PT Freeport Indonesia. Selain itu dibahas pula apa dasar hukum dan hubungan hukum antara pemerintah sebagai wakil rakyat sekaligus Principal dengan PT Freeport Indonesia sebagai Kontraktor dalam perjanjian Kontrak Karya Penambangan Emas dalam sistim hukum Indonesia.

Pada Bab III membahas mengenai upaya hukum yang dapat dilakukan oleh pemerintah bila dalam perjanjian tersebut dirugikan (mengalami ketidakadilan) oleh pihak kontraktor dalam perjanjian tersebut.

Sebagai penutup pada Bab IV yang merupakan bab terakhir dari skripsi ini, dikemukakan jawaban atas permasalahan yang dikemukakan pada bab-bab

sebelumnya dalam sebuah kesimpulan, serta disampaikan saran terkait dengan kesimpulan yang dibuat.

Bab II
HUBUNGAN HUKUM
ANTARA PEMERINTAH DAN FREEPORT MC-MORAN

Pada awal pemerintahan orde baru 7 April 1967 ditandatangani perjanjian Kontrak Karya penambangan tembaga di gunung Erstberg dan Grasberg , pegunungan Jayawijaya diketahui ada 2 (dua) pihak yang terkait yaitu principal dan kontraktor, sbb¹⁶:

1. Pihak pertama Pemerintah selaku principal
2. Pihak kedua swasta asing yaitu Freeport Mc-Moran melalui Freeport Indonesia Incorporated (berbadan hukum Delaware Amerika Serikat) selaku kontraktor¹⁷

Kontrak itu selanjutnya disebut KK I yang berakhir pada 2003, namun kontrak itu ternyata diperpanjang pada tanggal 30 Desember 1991 (12 tahun sebelum KK I selesai) , dengan perubahan isi kontrak dan subyek kontrak, sbb:

1. Pihak pertama Pemerintah selaku principal
2. Pihak kedua swasta asing yaitu Freeport Mc-Moran melalui PT. Freeport Indonesia Company (berbadan hukum Indonesia) selaku kontraktor¹⁸

¹⁶ Abrar Saleng, *Hukum Pertambangan*, Yogyakarta, UII Press, Yogyakarta, 2004, (selanjutnya disebut Abrar Saleng 1), h 150

¹⁷ Kontrak Karya Freeport I

¹⁸ Kontrak Karya Freeport II

Kontrak perpanjangan¹⁹ tersebut kemudian dikenal dengan KK II. Dalam perkembangannya pada awal reformasi, tindakan hukum dalam Kontrak Karya dari hubungan hukum kedua pihak tersebut menimbulkan akibat-akibat yang menimbulkan berbagai reaksi di masyarakat / bangsa Indonesia. Perlu dikaji apakah hubungan hukum tersebut memiliki akibat hukum yang merugikan atau tidak adil bagi pemerintah sehingga dapat dilakukan upaya hukum untuk menyelesaikannya.

2.1. Pertambangan Freeport dan Permasalahannya.

Kontrak Karya Freeport bermula dari usaha pendekatan pihak Freeport kepada Julius Tahija (Manager perusahaan Amerika Texaco, mantan militer sekutu dimasa PD II) untuk bertemu dengan Ibnu Sutowo (Menteri Pertambangan dan Mityak Indonesia). Dibantu penasihat hukum Ali Budiharjo (mantan sek.jen Dep. Han dan Kepala Biro Perencanaan Nasional) dan pada tahun 1974

¹⁹AR SOEHODI mengatakan "Secara yuridis tidak ada peristiwa Kontrak Karya yang diperpanjang sebelum waktunya untuk Freeport Indonesia Company – Delaware Inc. Yang ada ialah suatu Kontrak Karya baru untuk PT Freeport Indonesia yang formal baru didirikan pada tahun 1991. AR. Soehod, *Sejarah Pengembangan Pertambangan PT Freeport Indonesia di Provinsi Papua (Jilid 1: Membangun Tambang di Ujung Duma*". Aksara Karya, Jakarta, 2005, h. 92

Namun berdasar Kontrak Karya II pada pembukaan WITNESSETH (G) KK II menyatakan perpanjangan sebagaimana disebutkan "*The Company is the corporate successor to Freeport Indonesia, Incorporated, which was a party to the Prior Contract (as hereinafter defined). This Agreement shall supersede the Prior Contract*". (Perusahaan adalah Perusahaan pengganti bagi Freeport Indonesia, Incorporated, Perusahaan yang didirikan di Delaware, yang merupakan salah satu pihak pada persetujuan terdahulu (sebagaimana ditetapkan dibawah ini). Persetujuan ini akan menggantikan Persetujuan terdahulu)

Peralihan ini menimbulkan konsekuensi beban pajak yang timbul dari peralihan status badan Amerika menjadi Badan Indonesia, diselesaikan melalui kontak langsung antar instansi perpajakan. Selain itu Peta lampiran KK II menunjuk pada titik Erstbeg (wilayah awal titik pertambangan KK I – Wilayah A) AR Soehod, *Op Cit.*, h. 92.

menggantikan Forbes Wilson sebagai Presiden dari Freeport Indonesia Inc). Dari situ kemudian perundingan antara Freeport dan Pemerintah Indonesia dimulai²⁰.

Pada 7 Januari 1967 dilakukan Persetujuan Garansi modal antara pemerintah Amerika dan Indonesia. Ditemukan kendala yaitu belum adanya kontrak pertambangan yang baku²¹ dan undang-undang Penanaman Modal Asing. Untuk itu pemerintah Indonesia pada 10 Januari 1967 mengeluarkan undang-undang tentang Penanaman Modal Asing (namun belum dapat membuat Undang-Undang tentang Pokok Pertambangan).

Empat bulan setelah Undang-undang No.1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing yang diundangkan bulan Januari 1967, tepatnya pada tanggal 7 April 1967 ditandatangani kontrak pertambangan pertama di era pemerintahan Orde Baru antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Freeport Mc Moran dari Amerika. Kontrak tersebut dikenal sebagai Kontrak Karya (*Contract of Work*), merupakan Kontrak Karya generasi 1. Landasan berlakunya Kontrak Karya tersebut dapat dilihat pada Pasal 8 Undang-undang No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing menyatakan secara eksplisit mengenai keberadaan Kontrak Karya, sbt. "Penanaman Modal Asing di bidang pertambangan didasarkan atas suatu kerja sama dengan pemerintah atas dasar Kontrak Karya atau bentuk lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku"

²⁰Ibid, h. 86.

²¹Ibid, h. 87.

Tujuan dari dilaksanakannya model Kontrak Karya dilatarbelakangi²² oleh:

1. Pemulihan ekonomi Indonesia (akibat hyper inflasi), melalui bantuan modal asing, dimana Freeport dijadikan contoh untuk meyakinkan modal asing (karena Soekarno telah melakukan nasionalisasi menyeluruh hingga 13 April 1965 dan mengalami hyperinflasi karena politik konfrontasi trikora dan dwikora).
2. Belum mampunya Indonesia secara teknis dan finansial melakukan bisnis pertambangan tembaga. (pemerintah tidak ingin terbebani resiko hutang – sekaligus menghindari resiko untung sangat besar)

Model awal Kontrak Karya bukanlah konsep yang dirancang pemerintah Indonesia, melainkan hasil rancangan PT Freeport Indonesia. Awalnya Menteri Pertambangan Indonesia menawarkan kepada Freeport konsep bagi hasil berdasarkan petunjuk pelaksanaan kontrak perminyakan asing yang disiapkan pada waktu pemerintahan Soekarno. Freeport menyatakan kontrak seperti itu hanya menarik untuk perminyakan yang dapat menghasilkan dengan cepat, tetapi tidak untuk pertambangan tembaga yang memerlukan investasi besar dan waktu lama untuk sampai pada tahap produksi.

Menurut Mealy, pemerintah kemudian "menyerahkan" pada PT Ft untuk menyiapkan kerangka kontrak. Bob Duke, Ahli hukum Freeport – menyiapkan

²²Ismail Suny dan Rudioto Rochmat, *Tinjauan dan Pembahasan Undang-Undang Perencanaan Modal Asing dan Kredit Luar Negeri*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1968, h. 14

sebuah dokumen yang didasarkan model "Kontrak Karya" yang pernah digunakan di Indonesia sebelum diberlakukan "kontrak bagi hasil"²³

Tambang Freeport sendiri dikatakan mulai berproduksi pada tahun 1973. Pada bulan Maret tahun 1973 Presiden Suharto meresmikan Tembaga Pura²⁴.

Pada perkembangannya Kontrak Karya mengalami perubahan atau penyempurnaan sehingga dikenal Kontrak Karya generasi I hingga generasi VII. Perubahan yang dilakukan tidak mendasar kecuali kewajiban keuangan yang harus dipenuhi oleh kontraktor kepada pemerintah.

Tujuh bulan setelah diundangkannya Undang-Undang no 11 tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan tepatnya bulan Juli 1968, pemerintah menandatangani KK generasi II dengan INCO. Kemudahan perpajakan merupakan perubahan yang dilakukan pada Kontrak Karya II, sebagaimana Instruksi Presiden No. 18 tahun 1968 tentang Penetapan Kelonggaran-kelonggaran Perpajakan untuk Penanaman Modal Asing. Pada waktu itu ada 18 (termasuk INCO) sebagai kontraktor pada Kontrak Karya II. Dan kini memasuki Kontrak Karya generasi VII, di Indonesia telah ada 54 perusahaan tambang yang telah menandatangani Kontrak Karya.

Memasuki era otonomi daerah, masyarakat, Lsm, dan Pemda, khususnya daerah yang memiliki kekayaan alam, mempersoalkan Kontrak Karya yang dibuat pemerintah dengan perusahaan pertambangan. Salah satu yang dipersoalkan adalah Kontrak Karya yang ditukukan antara pemerintah Republik Indonesia

²³Arianto Sangaji, *Op. Cit.*, h. 76 dan Salim HS L, *Op. Cit.*, h. 133

²⁴AR Soehodo, *Op. Cit.*, h. 118

dengan PT Freeport Indonesia. Kontrak Karya I ditandatangani pada tahun 1967 dan diperpanjang melalui Kontrak Karya II pada tahun 1991. Seruan ditinjauya kembali Kontrak Karya PT Freeport Indonesia dilontarkan oleh Komisi I DPR setelah kunjungan kerja ke Papua pada akhir Desember 1999. Menurut Komisi I DPR, Kontrak Karya I tahun 1967 dan Kontrak Karya tahun 1991 melanggar Undang-undang tentang Penanaman Modal Asing (PMA) dan pasal 33 UUD 1945,

Persoalannya kini apakah Kontrak Karya tersebut dapat diubah substansinya, ada dua pandangan mengenai hal tersebut, yaitu

- Kontrak yang dibuat oleh para pihak harus dihormati
- Kontrak Karya yang dibuat dapat ditinjau kembali dan dapat diperbaiki atau dibatalkan

Pandangan pertama diwakili pemerintah Indonesia, Donna Woodward, dan Henry Kissinger. Pemerintah Indonesia diwakili Alwi Shihab dan Menteri Pertambangan Susilo Bambang Yudhoyono²⁵. Pemerintah Indonesia menentang perubahan substansi Kontrak Karya. Perubahan Kontrak Karya yang telah ditandatangani akan menghancurkan kepastian hukum dan merusak kepercayaan investor di Indonesia. Dalam hal tersebut pemerintah menghimbau peningkatan pembagian keuntungan, dan konsesi sukarela untuk memperkecil dampak sosial dan lingkungan. Pernyataan Henry Kissinger selaku wakil PT Freeport mengancam jika Kontrak Karya itu tidak dihormati, maka tidak ada investor yang datang ke Indonesia, hal mana mempertegas dilema atas keinginan peningkatan

²⁵Salim HS I, *Op. Cit.*, h. 175-185

pembagian keuntungan dalam Kontrak Karya bagi pemerintah Indonesia. Pandangan kedua muncul dari Komisi 1 DPR, menteri lingkungan – Sonny Keraf, Freddy Numberi (gubernur Papua pada tahun 2000), Wahana Lingkungan Hidup – Walhi sebuah LSM (Lembaga Swadaya Masyarakat). Emmy Hafid selaku Direktur Eksekutif Nasional dari WALHI pada tanggal 29 Pebruari 2000 menyatakan alasan-alasan perlunya perubahan pada Kontrak Karya, dimana kontrak tersebut pada intinya kontrak tersebut merugikan bagi rakyat Indonesia, Kontrak Karya II yang dibuat sebelum Kontrak Karya I berakhir ada pengelabuhan informasi terkait cadangan emas tunggal terbesar didunia, permasalahan lingkungan yang tidak ada dalam kontrak dan telah dibuat secara tidak sah oleh Rezim Suharto. Hal menarik ketika terjadinya tarik ulur antara kedua belah pihak adalah ketika mencermati pernyataan **Donna Woodward**¹⁶, mantan diplomat kedutaan Amerika Serikat di Jakarta (Jakarta Post, 21 Maret 2000), yang berpendapat bahwa:

Keadilan adalah salah satu landasan teoretis dari setiap kontrak Ia menunjukkan bahwa perubahan kontrak mungkin hanya memberikan sedikit pengaruh terhadap proses Penanaman Modal Asing dibandingkan kerusuhan yang mungkin timbul dalam masyarakat yang terkena dampak kontrak yang bersifat eksploitatif. Indonesia seharusnya tidak hanya mengajukan tinjauan ulang terhadap kesalahan yang dibuat oleh negeri-negeri asing. Indonesia memiliki pembenaran atas tindakannya untuk menegaskan hak mereka dalam melakukan perjanjian yang adil dengan para investor.

Pernyataan ini menegaskan bahwa kontrak yang bersifat eksploitatif dan tidak adil bertentangan dengan prinsip keadilan sebagai salah satu landasan teoritis setiap kontrak, oleh karena itu sangat mungkin dilakukan

¹⁶Ibid , h 178

perubahan dalam kontrak. Namun kenyataannya hingga hari ini upaya hukum belumlah menampakkan hasil yang memadai. Indikasi awal permasalahan terkait kontrak pertambangan PT Freeport begitu luas cakupannya dari prosedur pembuatan, bentuk kontrak, hingga substansi kontrak.

Posisi pemerintah sebagai wakil negara Republik Indonesia tampak lebih berkuasa dibanding PT Freeport (sebagai badan usaha). Namun melihat fakta masalah yang ada PT Freeport tampak lebih berkuasa dari pemerintah Republik Indonesia. Menurut **Huala Adolf**²⁷, kedudukan yang tidak seimbang akan memiliki dampak cukup penting terutama dalam hal

1. **Keludukan hukum (Hubungan Hukum)**
2. **Hukum yang berlaku (*Choice of law*)**
3. **Penyelesaian Sengketa Kontrak (*Choice of Forum*)**

Untuk itu perlu menganalisa permasalahan KK I dan KK II melalui Hubungan Hukum para pihak dalam bentuk dan prosedur, substansi kontrak, dan pelaksanaannya dari dasar hukum yang berlaku diperlukan untuk melihat apakah kontrak telah dibuat sesuai dengan aturan hukum, teori hukum dan kebiasaan yang berlaku. Apabila ditemukan masalah apakah para pihak telah menentukan hukum apa yang mereka pakai, dan melalui institusi atau cara bagaimana para pihak menyelesaikan masalah tersebut.

²⁷Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Jakarta, 2007, h
55

2.2. Hubungan Hukum antara Pemerintah Republik Indonesia dan Freeport Mc-Moran

Hubungan hukum antara pemerintah Republik Indonesia selaku *principal* dengan Freeport Mc-moran sebagai kontraktor timbul karena dilakukannya kontrak kerjasama antara kedua belah pihak dalam pengusahaan pertambangan, yang dinamakan **Kontrak Karya**. Kontrak pertambangan ini lahir didasarkan pada UU No. 1 tahun 1967 mengenai Penanaman Modal Asing yang dibuat pemerintah Republik Indonesia.

Landasan berlakunya Kontrak Karya tersebut dapat dilihat pada Pasal 8 Undang-undang No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing menyatakan secara eksplisit mengenai keberadaan Kontrak Karya, sbb: "Penanaman Modal Asing di bidang pertambangan didasarkan atas suatu kerja sama dengan pemerintah atas dasar Kontrak Karya atau bentuk lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku"

UU PMA sebagai satu-satunya payung hukum perjanjian Kontrak Karya menyebutkan bahwa **Kontrak Karya** merupakan suatu bentuk pelaksanaan modal asing secara langsung (*Foreign Direct Investment*), dimana Pasal 1 UU PMA 1967 menyebutkan:

Pengertian penanaman modal didalam undang-undang ini hanyalah meliputi Penanaman Modal Asing secara langsung yang dilakukan menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan Undang-undang ini dan yang digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia, dalam arti bahwa pemilik modal secara langsung menanggung resiko dari modal tersebut.

Definisi Kontrak Karya sendiri secara lebih terinci dapat ditemukan pada pasal 1 Keputusan menteri Pertambangan dan Energi Nomor

1409,K/201/M.PE/1996 tentang tata cara pengajuan pemrosesan pemberian kuasa pertambangan, izin prinsip, Kontrak Karya dan perjanjian karya, sebagaimana berikut.

Suatu perjanjian antara Pemerintah Republik Indonesia dengan perusahaan swasta asing atau patungan antara asing dengan nasional (dalam rangka PMA) untuk pengusahaan mineral dengan berpedoman kepada Undang-Undang No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing serta Undang-Undang No.11 tahun 1967 tentang ketentuan-ketentuan pokok pertambangan umum.

Pengusahaan mineral / pertambangan secara garis besar meliputi beberapa pekerjaan sebagaimana tercantum pada pasal 14 Undang-undang No. 11 tentang Pokok Pertambangan Umum sebagai berikut:

- a. Penyelidikan Umum
- b. Eksplorasi
- c. Eksploitasi
- d. Pengolahan dan pemurnian
- e. Pengangkutan
- f. Penjualan

Pemegang Kontrak Karya diberikan hak eksklusif untuk mengusahakan pertambangan secara menyeluruh dari "penyelidikan umum hingga penjualan".

Obyek mineral / bahan galian tambang (*ore*) yang diperjanjikan dalam Kontrak Karya adalah tembaga berikut material ikutannya (emas dan perak). Berdasar pasal 3 Undang-undang No 11 tahun 1967 Bahan galian tembaga, emas dan perak termasuk bahan galian vital / bahan galian golongan B. **Bahan galian vital merupakan bahan galian yang dapat menjamin hayat hidup orang banyak.**

Usaha pertambangan galian vital tersebut dilaksanakan oleh:

1. Instansi pemerintah yang ditunjuk oleh menteri
2. Perusahaan negara
3. Perusahaan daerah
4. Perusahaan dengan modal bersama antara negara / perusahaan di satu pihak dengan Daerah Tingkat I dan atau Daerah Tingkat II atau perusahaan daerah di pihak lain
5. Perusahaan dengan modal bersama antara negara atau perusahaan negara dan atau daerah / perusahaan daerah di satu pihak dengan badan dan / atau perseorangan swasta di pihak lain

Perjanjian karya antara pemerintah Republik Indonesia dengan Freeport Mc-Moran telah terjadi dua kali, sebagai perjanjian yang "berkelanjutan". Kedua Kontrak Karya juga tidak secara eksplisit menyatakan menggunakan **UNIDROIT**²⁸, sehingga UNIDROIT sebagai payung hukum kontrak dalam perjanjian Internasional hanya bersifat melengkapi tidak dapat bersifat memaksa. Selanjutnya perlu dikaji hal yang memperjelas hubungan hukum para pihak, dimana harus dilihat tidak semata melihat perjanjiannya namun juga dari perbuatan sebelumnya, berdasarkan **Van Dunne**²⁹ dapat dilihat dari:

1. Bentuk dan Prosedur Kontrak, (tahap *pra-contractual*)
2. Substansi Kontrak, (tahap *contractual*)
3. Pelaksanaannya (*post contractual*)

2.2.1. Bentuk dan Prosedur Kontrak Karya

Pemahaman awal Kontrak Karya pertambangan tambaga antara pemerintah Indonesia dan Freeport Mc-Moran, dapat di pahami dari:

1. Bentuk
2. Prosedur Kontrak Karya

²⁸ Kontrak Karya Freeport I dan II

²⁹ Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak Nusantara di Indonesia*, cet. Ke 2, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, h. 16 (selanjutnya disebut Salim HS II)

1. Bentuk Kontrak Karya

Bentuk semacam / mirip Kontrak Karya ini di dunia Internasional (di Australia) dikenal dengan nama *Indenture, Franchise agreement, State agreement, Government agreement*³⁰. Dimana kontrak meliputi wilayah sangat luas dan investor wajib membangun sarana dan prasarananya sendiri namun dengan jaminan keamanan yang tinggi, serta jangka waktu yang lama³¹. Kontrak Pertambangan sendiri, sebagai kontrak (*contract*) disebut sebagai perjanjian (*overeenkomst*) sebagaimana pada judul Buku III ntel kedua yaitu " *Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden*" (Perikatan – Perikatan yang lahir dari Kontrak atau Perjanjian)³²

Makna perjanjian atau kontrak berdasar pasal 1313 BW, dinyatakan sbb: "Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan di mana seorang atau beberapa orang mengikatkan diri untuk sesuatu hak terhadap seseorang beberapa orang lainnya". Namun berdasar doktrin lama, perjanjian adalah: "Perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum"³³. Berdasar doktrin ini maka Pasal 1313 BW ini memiliki kekurangan:

³⁰Salim HS I, *Op. Cit.*, h 137

³¹ Sony Rosrita Simanjuntak, *Tidak Aneh Bila Sistem Kontrak Pertambangan Lebih Dusemangi PMA*, [http://www.mynerynews.com/opinion/Sony Stank](http://www.mynerynews.com/opinion/Sony%20Stank), 2000

³²Agus Yudha I, *Op. Cit.*, h. 13-14, ada beberapa pendapat yang berbeda, dimana perjanjian bermakna luas, kontrak bermakna sempit (perjanjian tertulis). Subekti, *Hukum Perjanjian*, cet XVI, Intermasa, Jakarta, 1996, h. 1 (selanjutnya disebut Subekti I) Ahli hukum lain berpendapat bahwa perjanjian = kontrak seperti Soetojo Prawirohamidjojo, dan Marthalena Pohan. *Hukum Perikatan*, Bina Ilmu, Surabaya, 1978, h. 84

³³Salim HS I, *Op. Cit.*, h. 15

- **Pertama**, Kata "perbuatan" bukan perbuatan hukum (suatu perbuatan yang menimbulkan akibat hukum yang dikehendaki; melainkan perbuatan biasa yang dapat menimbulkan akibat hukum yang tidak dikehendaki oleh yang bersangkutan, maka kata perbuatan disini hendaknya dibaca sebagai "perbuatan hukum",
- **Kedua**, Kata "mengikatkan diri untuk sesuatu hak" dianggap merupakan perbuatan sepihak yang menimbulkan kewajiban sepihak, maka hendaknya diganti dengan mengikatkan diri satu sama lain).
- **Ketiga**, Kata "seorang atau beberapa orang lainnya" kurang tepat karena selain orang perorang (*persoon*), juga ada (*rechtspersoon*) jadi lebih tepat bila digunakan kata pihak (*partijen*)³⁴

Untuk mengadakan perjanjian diperlukan suatu perbuatan hukum yang timbal balik atau bersegi banyak.

BW baru di Belanda memiliki makna yang lebih tepat, dimana Kontrak : perjanjian dimaknai sebagai perbuatan hukum (timbal balik baik bilateral atau multilateral) sebagaimana Buku 6 bab 5 pasal 6: 213 NBW : "*a contract in the sense of this title is a multilateral juridical act whereby one or more parties assume an obligation towards one or more other parties*"

Prinsip-prinsip kontrak komersial Internasional mengakomodasi keberadaan kontrak sebagai "perjanjian" baik secara tertulis maupun tidak tertulis,

³⁴*Black's Law Dictionary, 1979* menerangkan definisi kontrak sbd: "*An agreement between two or more person which creates an obligation to do or not to do particular thing*" (Kontrak adalah suatu perjanjian antara dua orang atau lebih. Kontrak itu menimbulkan sebuah kewajiban untuk melakukan sesuatu secara sebagian) -- definisi ini juga tidak lengkap - para pihak disini hanya perorangan.

sehagaimana termuat dalam UNIDROIT (*Principles of International Commercial Contracts*) - sering disebut pula UPICCs pada article 1.3 UPICCs sbb: "*Nothing in these Principles requires a contract to be concluded in or evidenced by writing. It may be proved by any means, including witnesses*"

Kontrak (perjanjian tertulis) antara kedua belah pihak atas dasar pengesahannya ada 2 bentuk:

1. Akta di bawah tangan
2. Akta otentik

Mr Tresna³⁵ menyatakan kedua akta tersebut memiliki perbedaan, dimana akta otentik adalah suatu akta yang dibuat oleh atau dimuka / disahkan seorang pegawai umum, oleh siapa didalam akta tersebut dicatat pernyataan para pihak yang menyuruh membuat akta tersebut. Pegawai umum yang dimaksud di sini adalah pegawai yang dinyatakan dengan undang-undang mempunyai wewenang untuk membuat akta otentik, misalnya: notaris, karena itulah akta otentik itu tidak dapat disangkal kebenarannya, kecuali dapat dibuktikan, bahwa akta tersebut tidak benar isinya, sedangkan akta di bawah tangan adalah suatu akta yang mencatat mengenai perbuatan yang dibuat oleh para pihak bukan oleh pegawai umum, selain itu akta otentik dan akta dibawah tangan berbeda dalam hal kekuatan sebagai bukti, dimana akta otentik mempunyai kekuatan yang lebih kuat untuk dijadikan sebagai bukti daripada akta dibawah tangan.

Pemahaman tentang makna kontrak / perjanjian itu sendiri dapat dilihat dalam BW. BW yang mengatur perikatan dalam peraturan perundang-undangan

³⁵Mr. B. Tresna, *Komentor HIR*, Pradnya Parumita, Jakarta, 1996. h. 142-145

merupakan hukum pelengkap (*aanvullend recht*) dimana kaidah hukum perjanjian dapat dipersempit atau diperluas oleh para pihak yang membuat kontrak perjanjian. Demikian pula ketentuan Internasional dalam UPICCs dalam pasal 1.5 menyatakan UPICCs hanya merupakan pilihan hukum dan tidak bersifat memaksa, kecuali para pihak menyatakan tunduk pada prinsip-prinsip UNIDROTT, maka mereka harus tunduk pada aturan-aturan yang memaksa dari prinsip hukumnya.

Hal itu dikuatkan dalam pasal 1338 BW bahwa perikatan yang dibuat para pihak berlaku sebagaimana undang-undang bagi para pihak. Yang berlaku pula secara Internasional dalam UPICCs pasal 1.3: *"a contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these principles"*

Sedangkan Pasal 1319 BW menyatakan, "Semua perjanjian, baik yang mempunyai nama khusus maupun tidak dikenal dengan suatu nama tertentu tunduk pada peraturan umum yang termuat dalam bab ini dan bab yang lain"

Perjanjian bernama (*benoemde overeenkomst*) adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri, yaitu diatur dan diberi nama oleh pembentuk undang-undang atau merupakan perjanjian yang terdapat dan dikenal dalam BW Perjanjian tidak bernama (*onbenoemde overeenkomst*) merupakan perjanjian yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Bentuk kontrak pertambangan Freeport merupakan perjanjian tak bernama, karena lahirnya perjanjian ini dari perwujudan azas kebebasan berkontrak. Di mana, apa yang diperjanjikan para pihak bersifat khusus, dan ketentuan yang ditulis di BW bersifat umum. Itu

sebabnya kontrak bidang pertambangan bersifat khusus, dan bersifat *lex specialis derogat lex generalis* (perjanjian bersifat khusus menggantikan aturan umum yang ditetapkan undang-undang) terhadap BW yang bersifat umum dan melengkapi (*aanvullend recht*)³⁶, namun sesuai pasal 1319 tetap harus tunduk pada aturan umum BW (misal: keabsahan (pasal 1320), wanprestasi (pasal)

Bentuk suatu kontrak pertambangan dilihat sebagai struktur anatomi dari kontrak bisnis, lazimnya memenuhi bentuk anatomi berikut³⁷:

1. Judul [Menyebutkan Jenis Kontrak]
2. Kepala Akta [Menunjukkan tanggal dibuatnya kontrak]
3. Komparasi [penyebutan para pihak / subyek hukum dan domisilinya]
4. Sebab / dasar [tujuan pembuatan kontrak]
5. Syarat / syarat [syarat akta perjanjian pada dasarnya memiliki 3 syarat
1. Syarat Esensialia, 2. Syarat Naturalia, 3. Syarat Aksidentalialia]
6. Penutup [Kalimat yang menutup kontrak yang disepakati]
7. Tanda tangan [Tandatangan menandai para pihak telah menyetujui dan akan melaksanakan kontrak].

Bentuk akta / kontrak baik pada KK I maupun KK II yang dibuat merupakan akta otentik karena dibuat oleh pejabat publik yang bertindak untuk dan atas nama pemerintah Republik Indonesia sebagai badan hukum publik.

1. Judul jelas menyebutkan Kontrak Karya dengan Dasar hukum Kontrak Karya perusahaan pertambangan terdapat pada pasal 8 ayat (1) Undang Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA), dan pasal 10 ayat (1) dan (3) UU/PP 1967 dengan istilah "Perjanjian Karya" pada KK II sedang pada KK I hanya berdasar UU PMA tahun 1967.

³⁶Abbar Saleng I, *Op. Cit.*, h. 146

³⁷Richard Burton Simatupang, *Aspek Hukum Dalam Bisnis*, PT Rineka Cipta, Jakarta, 1996, h. 42-43

2. Kepala akta menyebutkan perjanjian Kontrak Karya dibuat pada tanggal 7 April 1967 di Jakarta, dan disebutkan para pihak (komparisi) dari perjanjian Kontrak Karya yaitu antara Menteri pertambangan dan Energi dari Pemerintah Republik Indonesia yang bertindak untuk dan atas nama pemerintah. Dengan pihak Freeport Indonesia Incorporated – sebuah perseroan terbatas yang didirikan dan disahkan menurut perundang-undangan Negara bagian Delaware, USA selanjutnya disebut (FI).
3. Pada KK II juga dengan jelas pada Kepala akta menyebutkan perjanjian Kontrak Karya dibuat pada tanggal 30 Desember 1991 di Jakarta, dan disebutkan para pihak (komparisi) dari perjanjian Kontrak Karya yaitu antara Menteri pertambangan dan Energi dan pemerintah Republik Indonesia yang bertindak untuk dan atas nama pemerintah. dengan pihak PT Freeport Indonesia Company – sebuah perseroan terbatas yang didirikan dan disahkan menurut perundang-undangan Negara Republik Indonesia selanjutnya disebut (PT FIC).
4. Kontrak menyebutkan tujuan pembuatan kontrak pertambangan tembaga dan logam lain-lain di wilayah Irian Barat sebagai bagian dari wilayah Negara Republik Indonesia tepatnya di wilayah Erstberg (gunung biji) – berdasar data geologis yang sudah dibuat Freeport Sulphur Company. Didalamnya dicantumkan tahap pelaksanaan dan waktu pelaksanaan.
5. Selain tahapan tersebut juga dicantumkan syarat-syarat, terminasi, dan upaya hukum. Selanjutnya akta ditutup, dan ditandatangani para pihak.

Anatomi Kontrak Karya ini sesuai dengan kontrak komersial³⁸ / bisnis yang biasa dilakukan di dunia bisnis. Hal tersebut menunjukkan secara anatomi menunjukkan telah ada kontrak bisnis tidak bernama berdasar BW yang dalam praktik kehidupan bernegara dinamakan Kontrak Karya.

Perjanjiannya merupakan perjanjian obligator karena timbulnya hak dan kewajiban, sebagaimana terlihat pada tabel berikut:

Tabel Bentuk Anatomi dan Substansi Kontrak Karya Freeport pada Kontrak Karya I (KK I) dan Kontrak Karya II (KK II)

Nu.	Hal	Kontrak Karya (KK) Mining Contract of Work Freeport I	Kontrak Karya (KK) Mining Contract of Work Freeport II
1	Dasar Hukum	Persetujuan Garansi modal 7 Januari 1967 antara pemerintah Amerika dan Indonesia (pasal 12.e) Ps. 8 UUPMA 1967 (10 Januari 1967) dan segala undang-undang yang mengatur pelaksanaannya Keputusan Presidium Kabinet No. 82/EK/KEP/4/1967 7 April 1967	Ps. 39 UUPP 1967 Ps. x UUPMA 1967 (10 Januari 1967) (Pembukaan F)
2	Tanggal Penyesahan	7 April 1967, Di Jakarta (pembukaan)	30 Desember 1991
3	Teks Resmi	Bahasa Inggris teks resmi bila terjadi perselisihan (pasal 15)	Bahasa Inggris teks resmi bila terjadi perselisihan (pasal 32)
4	Ratifikasi / Persetujuan / Kewenangan Kontrak	Presidium Kabinet Ampora (Korus Soeharno - Jend TNI) dengan pertimbangan Badan Pertimbangan Penanaman Modal Asing dan Dewan Stabilitas Nasional.	Perjanjian Karya diratifikasi DPR menjadi Undang - undang
5	Mula Berlaku oleh	Setelah ditandatangani para pihak (pasal 17)	Setelah ditandatangani para pihak
6	Subyek Kontrak / Para Pihak	1. Pemerintah Republik Indonesia 2. Kontraktor Asing - Freeport Indonesia Incorporated (FII) - New York (Perusahaan yang didirikan dan tunduk atas undang-undang	Pemerintah Republik Indonesia Kontraktor Asing berbadan hukum Indonesia PT Freeport Indonesia Company FIC (Akta Notaris No.192 tanggal 20 Desember 1991,

³⁸-The concept of commercial contracts should be understood in the broadest possible sense...not only trade transactions ..., but also ... investment and ... concession agreements, etc" dalam International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994, h. 2

		yang berlaku di Negara bagian Delaware Amerika Serikat) dan PT yang berafiliasi pada FI	surat Keputusan Menteri Kehakiman No. 62-8171/HT.01.01 tahun 91 tertanggal 27 Desember 1991 yang sahannya dimiliki Freeport McMoran Copper & Gold Inc (diyakini dibawah hukum Delaware)
		FI selaku kontraktor tunggal (pasal 1) dan pembiayaan sendiri (investasi)	Pemerintah Republik Indonesia PT FIC merupakan subsidiary tak langsung dari Freeport McMoran Inc, dan subsidiary langsung dari Freeport McMoran Copper & Gold Inc, yang didirikan di Delaware (Pembukaan)
7	Hak suara	Pengendalian = 50% terkait dengan saham	PT FIC sebagai Kontraktor Tunggal (pasal 2.1) dan pembiayaan sendiri (investasi) Pengendalian = 50% terkait dengan saham Voting shares 25% terkait dengan pengendalian dan pemilikan
8	Objek	Barang Tambang mentah (ore deposit) - Tembaga dan logam-logam lain kecuali radionuklir (disebut telah dimiliki dan dieksplorasi oleh Freeport Sulphur Company sejak tahun 1960), (pembukaan dan pasal 4 a)	Eksploitasi ekonomis endapan bijih dari Semau endapan alam dan timbunan alam yang mengandung unsur kimia tertentu baik dalam bentuk unsur maupun dalam asosiasi atau senyawa kimia dengan unsur logam atau bukan logam (Pasal 2.1 jo pasal 11) kawat radionuklir, persenyawaan hidrokarbon, nikel, timah, batubara melalui persetujuan pemerintah (pasal 2.2) Penoninan perusahaan peleburan dan pemurnian tembaga (pasal 10.5)
9	Teritori	Erstberg (gundung bijih), Irian Barat, Indonesia. Posisi 4°05' LS dan 137°07' BT, dengan luas 100 ribu Ha dan dapat diperluas (pembukaan dan pasal 1)	Wilayah Kontrak Karya A dan B sebagaimana lampiran kontrak (Pasal 1.5,6,7) Wilayah Kontrak Karya A seluas 108 km ²
10	Masa Berlaku	30 tahun sejak produksi	30 tahun sejak penandatanganan (2 x 10 tahun) Pasal 11.2 jo Pasal 31.2
11	Tahapan Pengusahaan Pertambangan	3 Tahap Pengusahaan Periode Eksplorasi (penyelidikan) 30 bulan + perpanjangan Periode Konstruksi 36 bulan Periode Operasi 30 tahun (Pasal 16 jo pasal 3)	Tahapan pengusahaan 1. Periode Eksplorasi 12 bulan + 12 bulan pasal 5.3 2. Periode Eksplorasi 36 bulan + 12 x 12 bulan) pasal 6.2 3. Periode Studi Kelayakan 12 bulan + 12 bulan atau kurang dari 8 tahun sejak penandatanganan kontrak pasal 8.2 jo pasal 8.4 4. Periode Konstruksi 36 bulan + 3 bulan + 3 bulan pasal 8.4 jo pasal 9.1 5. Periode Operasi 30 th - (2 x 14 tahun)
12	Punishment atau kelainan	Tidak ada	Jaminan uang yang tidak melebihi kewajiban pengeluaran tahap penyelidikan (pasal 5.5) Jaminan uang yang tidak melebihi kewajiban pengeluaran tahap eksplorasi (pasal 6.5)

13	Biaya	<p>Tahapan Pengusahaan</p> <p>Periode Eksplorasi = 1.500.000 US Dollar (pasal 1.a)</p> <p>Periode Konstruksi = 75.000.000 US Dollar (pasal 2.a)</p> <p>Periode Operasi (sesuai rancangan biaya operasi)</p> <p>Perubahan biaya dan waktu eksploitasi:</p> <p>31 Desember 1968, total pengeluarannya = 2.245.000,- US \$, Biaya eksplorasi membengkak menjadi 4.265.000 US \$ (ada kenaikan biaya sebesar 3.125.000 US \$), dan FI meminta waktu perpanjangan hingga 31 Desember 1970 (implementation agreement 10 Februari 1969), namun biaya tersebut ternyata membengkak menjadi 5.500.000 US \$ (kenaikan sebesar 4.000.000 US \$) hingga akhir 1969.</p> <p>Perubahan biaya dan waktu konstruksi:</p> <p>FI merencanakan biaya konstruksi = 120.000.000 US \$ (implementation agreement 18 Oktober 1969)</p> <p>18 Mei 1974 pemerintah mengirim surat mengenai:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ikut sertanya Indonesia dengan lebih banyak modal saham dari FI, 2) pembayaran sewa tanah dan royalty-royalty, dan 3) penyesuaian daerah pertambangan FI (Agreement on modifications of the contract of work, dated 8 December 1974) 	<p>Tahapan pengusahaan:</p> <p>Penyelidikan umum = 5.000.000 US Dollar (Pasal 5.2)</p> <p>Periode Studi Kelayakan = 15.000.000 US Dollar (pasal 6.5)</p> <p>Periode Konstruksi (sesuai rancangan yang disetujui pemerintah kemudian) pasal 8.4</p> <p>Periode Operasi</p>
	Sumber Pembiayaan	Perusahaan (tanggungjawab penuh)	Perusahaan (tanggung jawab penuh); melalui penjualan saham dan pinjaman jangka pendek atau jangka panjang (pasal 30)
14	Kewenangan Manajemen	Kontraktor secara eksklusif (pasal 2.b) jo pasal 4.b)	Kontraktor sebagai pengendali manajemen tunggal (pasal 2.3)
15	Dasar Pembagian Keuntungan	Hasil penjualan produk	Hasil penjualan produk
16	Peralihan Hak Pemilikan atas Tambang	Setelah melunasi Royalti dan memenuhi kewajiban lain	Setelah melunasi Royalti dan memenuhi kewajiban lain seperti pajak-pajak (pasal 13) dan biaya operasional, biaya refinery bila ada (pasal 13)
17	Pemilikan atas Perengkapan	Perusahaan	Perusahaan
18	Hak dan kewajiban	<p>Hak FI</p> <p>Hak FI batalis bila ada yang menguasai 50% saham Freeport Sulphur Company (pasal 18.b)</p> <p>FI wajib merencanakan dan melaksanakan sesuai operasinya dengan cara sebaik-baiknya dan selalu memperhatikan aspirasi kesehatan rakyat Republik Indonesia (pasal 14.b)</p> <p>Pengoncentrasian besi dibuat 10 tahun masa operasi dan bukan merupakan ketiduran</p>	<p>Hak PT, FIC:</p> <p>PT, FIC selaku kontraktor tunggal berhak untuk menyelidiki, menambang, mengolah, menyimpan, mengangkut, mineral yang ada, dan memasarkan, menjual hasil produksi tambang (pasal 2.n)</p> <p>PT, FIC dapat melepaskan haknya sewaktu-waktu (pasal 3.5 jis pasal 5.5, pasal 6.2)</p> <p>PT, FIC dapat melanjutkan haknya sewaktu-</p>

	<p>Tidak ada royalti atau sewa lokasi Gaji tinggi (seselaint) (pasal 2)</p> <p>Bebas pajak pembelian atau pemakaian bahan (pasal 2 e)</p> <p>Kapasitas 5000 short tons biji mentah (pasal 2 f)</p> <p>Wajib melapor ke Dep. Pertambangan (pasal 2.h)</p> <p>Semua fasilitas dapat digadai, dihipotekkan, dll (pasal 2 g)</p> <p>Bebas ijin ekspor (pasal 3 c)</p> <p>Bebas menentukan daerah ekspor (pasal 3 c)</p> <p>Bebas menentukan pembeli (pasal 3 c)</p> <p>Pengalihan produk sesuai persetujuan FI dan pihak pembeli (pasal 3.c)</p> <p>Bebas memilih alat transport (pasal 3 c)</p> <p>Bebas memilih perusahaan asuransi (pasal 3 c)</p> <p>Pemerintah wajib membantu PT FI bila timbul masalah pemasaran (pasal 3.e)</p> <p>Transfer Keuntungan tidak dibatasi (Pasal 24 UUC PNEA 1967)</p> <p>Bebas merubah rencana biaya dan pemenuhan fasilitas (pasal 3.d)</p> <p>Wajib memberitahu program tahunan dan rencana anggaran serta progress report kepada menteri pertambangan. (pasal 6 a)</p> <p>Kewajiban FI:</p> <p>FI tidak boleh mengalihkan kegiatan keuang tanpa persetujuan tertulis Departemen pertambangan (pasal 18.b)</p> <p>Pemerintah dilarang melakukan penemuan dan nasionalisasi (pasal 14)</p> <p>Departemen pertambangan berhak meminta keterangan atas rencana dan progress pelaksanaan (pasal 2 h)</p> <p>Departemen pertambangan wajib menjaga kerahasiaan informasi FI (pasal 6.e)</p> <p>FI bebas membawa hasil keuntungan keluar Indonesia (pasal 7.g)</p> <p>Bebas pajak ekspor-impor keperluan pribadi,kecuali barang bertembakan, gula, alkohol (pasal 8 a)</p> <p>Bebas pajak re-ekspor barang penyek (pasal 8.b)</p> <p>Minimal 75% tenaga kerja adalah orang Indonesia setelah 8 tahun masa operasi (pasal 9 a)</p> <p>Kewajiban Pemerintah: Pemberian Kuasa, ijin-ijin dan persetujuan untuk mempercepat proses pengusahaan</p>	<p>waktu (pasal 5.5 jns pasal 6.3)</p> <p>Privilege untuk melakukan penambahan atas wilayah yang telah dieksplorasi. (pasal 8.2)</p> <p>Tidak meneskerper hasil produksi namun diekspor sesuai ketentuan per-uu-an Indonesia yang non-moneter (pasal 11.1)</p> <p>Kewajiban PT, FIC:</p> <p>Wajib menuliskan rekening ekspor yang berbunga kepada pemerintah sejumlah 1000.000 US Dollar sebagai jaminan atas penandatanganan kontrak (pasal 7.5)</p> <p>Menanamkan modal (pasal 5 ayat 2 jns pasal 6 ayat 5 dan pasal 7 ayat 5)</p> <p>Wajib mengoptimalkan perolehan keuntungan yang ekonomis (pasal 10.9)</p> <p>Kewajiban membayar pajak dan pengutang lain (pasal 12 dan 13)</p> <p>Kewajiban mengikuti standard pertambangan (pasal 15 ayat 9)</p> <p>Menyelenggarakan lingkungan hidup (pasal 26)</p> <p>Menjamin keselamatan kerja dan kesehatan (pasal 26)</p> <p>Wajib mengembalikan menemukannya wilayah yang tidak dieksplorasi lebih lanjut beserta data (pasal 4.6 jns pasal 6.2)</p> <p>Wajib melapor hasil penyelidikan umum setelah 2 bulan (pasal 5.4)</p> <p>Wajib melaporkan progres pengusahaan (pasal 7.1)</p> <p>Studi kelayakan dampak lingkungan atas persetujuan pemerintah (pasal 8.5)</p> <p>Wajib melapor hasil operasi (pasal 10.7)</p> <p>Wajib menyerahkan anggaran-masing logam termasuk perak, platina, tembaga, dan logam berharga lainnya (pasal 11.5)</p> <p>Pemilihan harus di pasar merk standar Internasional Untuk emas the London Gold Market, untuk perak = the London Silver Market</p> <p>Tidak ada kewajiban memperkerjakan orang Indonesia dengan % tertentu (pasal 12)</p> <p>Kewajiban Pemerintah: Pemerintah wajib memberi tahanan penanaman hingga 2 tahun setelah penandatanganan (pasal 7.6 jns pasal 8.8)</p> <p>Hak Pemerintah: Melarang ekspor yang bertentangan dengan kewajiban internasional pemerintah pembatasan kuota menurut perjanjian komoditi Internasional, namun juga wajib memberi solusi (pasal 11.2)</p> <p>Pemerintah berhak melarang hal-hal yang berhubungan dengan penandatanganan akte, usaha, konsolidasi, dan pengudaran kontrak (pasal</p>
--	--	--

		<p>Hak Pemerintah: Hak memperoleh laporan progress pengusahaan Hak memperoleh data penyelidikan maupun eksplorasi (tanpa amdal) Hak menunggal turan, retribusi</p>	<p>16.1) Memasuki wilayah Kontrak Karya (pasal 16.3) Menangguhkan rencana/rencanan persetujuan yang berpotensi merusak lingkungan hidup, atau mengganggu stabilitas politik (pasal 16.2) Hak memperoleh progress Hak memperoleh data penyelidikan maupun eksplorasi Pemerintah berhak atas pajak, dan royalti (pasal 13)</p>
19	Pajak	<p>Tidak ada pajak selama masa eksploitasi dan konstruksi (pasal 1 dan pasal 2) Bebas pajak hingga 36 bulan setelah masa operasi (pasal 5.a) 84 bulan kemudian 35% atau > 5%/tahun Selanjutnya 41,75% = 100% penjualan/tahun Hasil bersih setelah dikurangi hutang (pasal 5.c.10) Pembayaran claim asuransi tidak termasuk pendapatan bersih (pasal 5.c.14) FI dibebaskan dari pajak-pajak lain seperti bea ekspor/impor, dll yang sedang maupun akan berlaku (pasal 5.e) Pendapatan bersih setelah dikurangi uang royalti dan uang pengeluaran ke pihak ketiga (Pasal 15.d)</p>	<p>Bentuk kewajiban pajak (pasal 13) 1. Turan tetap wilayah kontrak 2. turan eksploitasi / produksi (royalty) dan mineral yang diproduksi. 3. Pajak Penghasilan Bulanan 4. PPN 5. Bea Materai 6. PBB 7. Pungutan/pajak dari pemda 8. Pungutan administrasi secara umum 9. Pajak atas pemindahan hak milik kendaraan bermotor dan kapal di Indonesia 10. Pajak Penghasilan Karyawan 11. Pajak penghasilan atas bunga, dividen, sewa, jasa teknik, jasa manajemen, dan jasa lainnya. 12. Pemenuhan kewajiban pajak. Bebas bea masuk barang perusahaan yang di impor (pasal 12.2) Bebas bea untuk ekspor untuk barang perusahaan yang bebas impor (pasal 12.6) Bebas bea masuk dan re-ekspor untuk karyawan asing (pasal 12.10) Penundaan pembayaran PPN (pasal 12.2) Tunduk pada UU Pajak Penghasilan 1984, UU No 7 tahun 1983, UU No 6 tahun 1983 mengenai ketentuan umum cara perpajakan (pasal 13.13) Waktu claim pembayaran turan tetap, royalti, pajak, dll ≤ 5 tahun</p>
20	Royalty	<p>Untuk Tembaga sebagai konsentrat, bila harga ≤ 0.9000 per pon = 1.5%, bila harga > 1.1000 per pon = 3.5%. bila harga 0.9000 > n > 1.1000 Dihitung menggunakan rumus (pasal 13.2 (i)) Tembaga telah diolah dihitung dengan rumus diatas dengan rumus SRFS</p>	<p>Untuk Tembaga sebagai konsentrat, bila harga ≤ 0.9000 per pon = 1.5%, bila harga > 1.1000 per pon = 3.5%, bila harga 0.9000 > n > 1.1000 Dihitung menggunakan rumus (pasal 13.2 (ii)) Tembaga telah diolah dihitung dengan rumus diatas dengan rumus SRFS (pasal 13.2 (iii))</p>

		<p>Tarif royalty untuk logam mulia (emas, perak) = 1%</p> <p>(Tidak dalam kontrak yang ditandatangani pada 7 April 1967, bagian royalty ini baru muncul pada implementation agreement 10 April 1966)</p>	<p>Tarif royalty untuk logam mulia (emas, perak) = 1% (pasal 13.2 (iii))</p> <p>Mineral skotland Lainnya ditentukan berdasar rumus dengan patokan 1,5% + n + 3,5% (pasal 13.2.g)</p> <p>Royalty yang contoh untuk analisa (pasal 12.1)</p>
21	Mekanisme pengawasan penjualan logam mulia	Tidak ada	Ada (pasal 13.2)
22	Terminasi	<p>FI cukup memberitahu Pemerintah bila tidak sanggup menyelesaikan kewajibannya maka otomatis kontrak berakhir (Pasal 11.a)</p> <p>Pengakhiran sebelum masa konstruksi, mewajibkan FI dalam waktu 6 bulan untuk memindah atau menjual propertynya, bila tidak menjadi milik pemerintah (pasal 11.b)</p> <p>Pengakhiran pada masa konstruksi, mewajibkan FI menawarkan kepemerintah dalam waktu 30 hari untuk memindah atau menjual propertynya untuk dibeli pemerintah, dan dibayar selambat-lambatnya 90 hari kemudian dengan harga asli, dalam mata uang dollar (Pasal 11.e)</p> <p>Bila tawaran dengan masa tenggang 30 hari ditolak, maka FI dapat menjual pada pihak lain dalam waktu 12 bulan kemudian. Bila ada yang tersisa menjadi pemerintah tanpa ganti rugi (Pasal 11.c)</p> <p>Pengakhiran pada masa operasi Property yang telah runtuh seluruhnya langgung jadi milik pemerintah (pasal 11.d)</p> <p>Property yang belum disusut mewajibkan FI menawarkan kepemerintah dalam waktu 30 hari untuk memindah atau menjual propertynya untuk dibeli pemerintah, dan dibayar selambat-lambatnya 90 hari kemudian dengan harga disusut, dalam mata uang dollar (pasal 11.d)</p>	<p>Pengakhiran dapat dilakukan, bila perusahaan telah dilakukan secara wajar, namun tidak dapat dikerjakan dan telah dilaporkan serta dijawab pemerintah atau setelah 6 bulan sejak dilaporkan, otomatis perjanjian berakhir (pasal 22.5)</p> <p>Setelah pengakhiran, semua property wajib ditawarkan kepada pemerintah untuk membeli dengan tenggang 30 hari, dengan pembayaran 90 hari kemudian, bila tidak ditawarkan kepada pihak lain dalam waktu 12 bulan. Yang tidak terjual menjadi milik pemerintah tanpa kompensasi (pasal 22.2)</p> <p>Kebebasan repatriasi penjualan (pasal 22.5)</p>
23	Promosi Kepentingan Nasional	Tidak ada	<p>Perusahaan akan menawarkan untuk dijual atau menyuruh menawarkan untuk dijual saham - saham dan modal saham perusahaan guna mendukung kebijaksanaan pemerintah Indonesia dalam mendorong kepemilikan perusahaan-perusahaan Indonesia oleh pihak nasional Indonesia (WNI, Badan hukum Indonesia yang syah yang dikuasai oleh WNI atau pemerintah Republik Indonesia) (pasal 24.2)</p>

			<p>Pengalihan saham 10% pada 12 bulan pertama setelah 10 tahun, 51% pada pihak nasional setelah 20 tahun (namun ketentuan ini masih mungkin lebih ringan) tidak berhasil memaksa. (pasal 24.2.b)</p> <p>Sekurang-kurangnya 1 orang anggota dewan komisaris adalah orang Indonesia (pasal 24.3)</p> <p>Pengalihan hak - melalui penjualan saham/pembiayaan harus melalui ijin tertulis dan menteri pertambangan (pasal 29)</p>
24	Force Majeure	<p>Sebab-sebab yang tidak dapat dikuasai secara wajar oleh pihak bersangkutan, sehingga ada penggantian waktu bagi para pihak atas waktu yang hilang. (Pasal 12)</p> <p>Kejadian Force majeure meliputi : perang, pemberontakan, gejolak-gejolak penduduk, blokade, embargo, pemogokan kerja dan perselisihan-perselisihan buruh dan majikan, bura-hara, epidem-epidemi, gempa bumi, badai, banjir, atau kondisi cuaca lain yang buruk, ledakan, kebakaran, kilat, perintah atau petunjuk organ/badan pemerintah, hal-hal yang diluar kekuasaan manusia, tidak jalannya fasilitas atau mesin dan sebab lain apapun, sehingga pihak yang terkena tidak berkunsa secara wajar. (Pasal 12 jo pasal 13)</p>	<p>Kejadian Force majeure meliputi : perang, pemberontakan, kerusuhan sipil, blokade, sabotase, embargo, pemogokan dan perselisihan perburuhan lainnya, kebakaran, epidemi, gempa bumi, angin ribut, banjir, atau keadaan cuaca yang merugikan, ledakan, kebakaran, petir, perintah atau petunjuk (adverse order or direction) yang merugikan dari setiap pemerintah de jure atau de facto atau peangkalnya atau sub divisinya, takdir Tuhan atau perbuatan musuh masyarakat, kerusakan pada mesin-mesin yang berpengaruh besar terhadap kegiatan pengusahaan dan setiap sebab lainnya yang secara wajar tidak dapat dikuasai oleh pihak- pihak yang terkena sebab-sebab itu. (pasal 19)</p>
25	Penyelesaian perselisihan/ce ngketa	<p>Remediasi dimungkinkan (dalam praktik)</p> <p>1. Konsultasi (pasal 13) 2. Arbitrase (pasal 13)</p> <p>Biaya arbitrase ditanggung masing-masing pihak (pasal 13 e)</p>	<p>Perusahaan tunduk pada undang-undang dan sundukuri pengadilan Indonesia (pasal 3 1)</p> <p>Penyelesaian perbedaan selisih angka penjualan melalui panitia dahulu (1 unsur pemerintah dan 1 unsur perusahaan), kalau tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase dan keputusan berlaku surut.</p> <p>Penyelesaian sengketa melalui (pasal 21) 1. Perdamaian (konsultasi) (sesuai UNICTRAL. resolusi 35/52) 2. Arbitrase (UNICTRAL. resolusi 31/98)</p>

Sumber : Kontrak Karya Freeport I dan II

2. Prosedur Kontrak Karya

Salah satu pihak dari Kontrak Karya adalah pemerintah Republik Indonesia (sebagai badan hukum publik / *publicrechtspersoon*). Pemerintah Republik Indonesia sebagai badan hukum publik harus memiliki dasar hukum dalam melakukan tindakan hukum. Dasar hukum proses pembuatan Kontrak

Karya perusahaan pertambangan dalam KK I dengan pemerintah sebagai salah satu pihaknya terdapat pada pasal 8 ayat (1) Undang Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA) saja (pada waktu tersebut belum ada UU pokok pertambangan 1967). Adapun proses pembuatan Kontrak Karya I sebagaimana berikut³⁵:

1. Perundingan yang menghasilkan Persetujuan Garansi modal pada tanggal 7 Januari 1967 antara pemerintah Amerika dan Indonesia (pasal 12.e KK I)
2. Pemerintah Indonesia mengajukan pola kontrak *production sharing*, tapi pihak Freeport menolak. Kemudian pihak Freeport melalui ahli hukumnya bernama Bob Duke mengajukan konsep Kontrak Karya (yang kemudian diakomodasi dalam undang-undang PMA 1967).
3. Dibuat UU No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing, yang mengizinkan Penanaman Modal Asing secara langsung dan dengan kepemilikan saham 100 % (yang tidak diperbolehkan oleh UU PMA sebelumnya). Dan Kontrak Karya memperoleh dasar hukumnya pada Ps 8 UUPMA 1967 (yang dibuat pada 10 Januari 1967)
4. 19 Januari 1967 dibentuk Badan Pertimbangan Penanaman Modal Asing atau BPPMA (yang terdiri dari Ketua Presidium Kabinet sebagai ketua, dan anggota terdiri dari menteri utama ekonomi keuangan, menteri utama bidang industri pembangunan, menteri keuangan, menteri perdagangan, menteri luar negeri, menteri dalam negeri, gubernur Bank Sentral / Bank Negara Indonesia, ketua badan perencanaan pembangunan nasional, dan menteri

³⁵Kontrak Karya Freeport I

perindustrian dasar / ringan dan tenaga) yang dibentuk berdasar Keputusan Presidium Kabinet No. 17 / EK / KEP / I / 1967 (namun prosedur tentang Penanaman Modal Asing sendiri hingga 7 April 1967 belum dibuat, dasar hukum prosedurnya sendiri baru dibuat pada 28 April 1967 (melalui Keputusan Presidium Kabinet No. 104/EK/KEP/4/67 - namun berlaku surut hingga 25 Maret 1967) , yang mensyaratkan adanya persetujuan dari team teknis Penanaman Modal Asing dari Departemen Pertambangan⁴⁰ sebelum dimintakan persetujuan dari BPPMA). Dalam proses KK I tidak terlihat keterlibatannya untuk diminta konsultasi.

5. Berdasar Keputusan Presidium Kabinet No. 82 / EK / KEP / 4 / 1967 - 7 April 1967, dibuat kontraknya pada hari itu pula Penandatanganan kontrak dilakukan antara S. Bratanata sebagai menteri pertambangan dan energi bertindak atas nama pemerintah dengan pihak kontraktor yang ditandatangani langsung oleh Forbes Wilson selaku president dari Freeport Indonesia Incorporated sebagai kontraktor. Kontrak Karya berlaku efektif sejak ditandatangani kedua belah pihak.

Sedangkan pada KK II, dasar hukum kebelakuan dan prosedurnya atas dasar pasal 8 ayat (1) Undang Undang Nomor 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA) dan pasal 10 ayat (1) dan (3) UUPP 1967 dengan istilah "Perjanjian Karya". Kontrak Karya secara prosedur harus diajukan perusahaan

⁴⁰Keputusan Presidium Kabinet No. 82/ EK/KEP/4/67 merupakan persetujuan perjanjian kerja sama oleh Menteri Pertambangan, tertanggal 27 Maret 1967, menjadi alasan mengapa Keputusan Presidium No. 104 berlaku surut. Ismail Suny dan Rudhor Rohmat, *Op. Cit.*, h 21

pertambangan kepada pejabat yang berwenang dan melalui beberapa tahapan kegiatan Kontrak Karya, sbb ⁴¹:

1. Perundingan rancangan naskah Kontrak Karya antara team perundingan dengan calon investor, sebelum mendapat persetujuan Menteri Departemen Pertambangan dan Energi;
2. Persetujuan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), yang berdasar Keppres No. 33 tahun 1981 merupakan satu-satunya lembaga yang berwenang dan bertugas untuk menetapkan kebijaksanaan, penyelesaian persetujuan, penilaian pelaksanaan, dan pengembangan penanaman modal di Indonesia.
3. Konsultasi dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) untuk mendapat rekomendasi
4. Persetujuan Jend. Suharto selaku presiden pada waktu itu.
5. Penandatanganan Kontrak Karya II dilakukan oleh Ginanjar Kartasasmita selaku menteri pertambangan dan energi yang bertindak atas nama pemerintah dengan Hoediatmo Floed sebagai presiden direktur dari PT Freeport Indonesia Company selaku kontraktor, dan Kontrak Karya berlaku efektif sejak ditandatangani kedua belah pihak tersebut

Prosedur pembuatan KK I persetujuannya cukup melalui presidium tanpa harus melalui konsultasi dengan DPR (pada waktu itu MPRS mengamankan perbaikan ekonomi) sedang KK II sudah sesuai UU Pertambangan tahun 1967 yang dibuat setelah KK I yaitu melalui persetujuan Presiden dan konsultasi

⁴¹Abnar Saleng, *Op. Cit.*, h.154 dan Kontrak Karya Freeport II

dengan DPR. Hal ini mengindikasikan KK I dibuat dalam kondisi khusus mengingat pada waktu itu pemerintahan masih bersifat transisi.

Ratifikasi oleh DPR memberi kekuatan hukum bagi pemerintah sebagai eksekutif untuk mengikatkan diri secara sah dalam perjanjian dengan pihak swasta. Pengratifikasian ini membawa konsekuensi bahwa pemerintah sebagai salah satu pihak dalam berkontrak dapat dituntut ke pengadilan apabila terbukti melakukan wanprestasi. Tetapi di Indonesia DPR tidak diminta untuk meratifikasi.

Permasalahan awal yang timbul dari prosedur pembentukan Kontrak Karya antara pihak pemerintah Republik Indonesia dengan pihak Freeport Mc. Moran dikarenakan hal berikut:

1. Keabsahan UU. No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing

Keberlakuan Kontrak Karya I didasarkan UU PMA tahun 1967 memiliki implikasi yuridis, bila melihat bahwa pengesahan UU PMA tahun 1967 tercantum dilakukan oleh presiden Sukarno. UU PMA tahun 1967 ditandatangani / disahkan dengan atas nama presiden Sukarno pada tanggal 10 Januari 1967. Keabsahan pengesahan ini patut dipertanyakan mengingat pada waktu tersebut jelas presiden Soekarno bukan dalam posisi bebas dari ancaman dan tekanan untuk mengesahkan Undang-undang (dengan kata lain secara *de facto* tidak lagi memiliki kekuasaan untuk melakukan tindakan hukum), meskipun secara *de jure* baru pada tanggal 12 Maret 1967 dicabut mandatnya oleh MPRS melalui Tap MPRS RI No. XXXIII / MPRS / 1967 namun *de facto* ada tindakan hukum *de jure* oleh presidium cabinet (bukan oleh Sukarno yang

baru akan dicabut mandatnya pada 12 Maret 1967) pada tanggal 19 Januari 1967 . Hal ini diperkuat fakta pada -- 11 maret 1966 -- melalui SUPERSEMAR. Sukarno dianggap telah melakukan penyerahan kekuasaan oleh Amir Machmud, disisi lain Sukarno sendiri mengatakan hal itu sebagai penyimpangan kewenangannya (dan bukti asli supersemar hingga hari ini belum ditemukan)⁴². dan mengingat UU No 16 tahun 1965 tidak mengakomodasi Penanaman Modal Asing dengan menghapus UU PMA 1958. Sehingga pada masa tersebut ditawarkan sistem *productum sharing*

Posisi dibawah ancaman sangat mungkin terjadi mengingat bahwa pemerintahan Sukarno sedang berkonfrontasi dengan pihak Amerika dan sekutunya dalam peristiwa Dwikora yang pada waktu tersebut belum selesai. Terkait dengan penambangan Freeport, Sukarno dan Jend. Ahmad Yani (yang akhirnya terbunuh dalam peristiwa G 30 S PKI) lebih menghendaki pihak Jepang (yang menawarkan diri) untuk melakukan penambangan. Sehingga pada waktu tersebut ada survey geologis yang dilakukan KOTI dibantu RPKAD yang dipimpin Soetaryo Sigit dan pemerintah Jepang (sedangkan Amerika telah melakukan survey geologis pada tahun 1960), meskipun akhirnya tidak berlanjut dengan alasan daerah tambang tersebut tidak dapat dicapai. Soekarno juga menolak bentuk semacam *consesie* dengan pihak Jepang⁴³

⁴²Sidarto Damusubroto, *dari ajudan menjadi wakil rakyat*, Pusataka Sinar Harapan, Jakarta, 2000, h. 69. Hal ini diperkuat analisis Ong Hok Ham bahwa Sukarno menghadapi kudeta merangkak atau pendapat Hery Achmadi dalam buku putih ITB - bahwa seharusnya kekuasaan pemerintah Orde Baru tidak absah

⁴³ ____, *Wawancara Bapak Soetaryo Sigit, FII Mengangkat Level Pertambangan Indonesia*, Warta Freeport, edisi Januari-Februari 1989, h. 4

Bila keberlakuan UU PMA tidak sah adanya maka hal tersebut berimplikasi terhadap sahnya KK I dan KK II (sebagai kelanjutan KK I), mengingat UU PMA sebelumnya tidak mengizinkan dilakukannya Penanaman Modal Asing secara langsung / *Foreign Direct Investment (FDI)*

2. Keabsahan Wilayah Kontrak Karya

Problem kedua muncul, bahwa wilayah territorial Irian Jaya secara hukum belum menjadi wilayah Indonesia pada (KK I tahun 1967) mengingat status *de jure* harus ditentukan melalui Penentuan Pendapat Rakyat - PEPERA 1969 / plebisit total (*Act of Free Choice*) . Artinya kedua belah pihak tidak mempunyai kewenangan untuk mengklaim wilayah Irian Jaya sebagai asset Republik Indonesia.

Kedua hal tersebut mengindikasikan KK I dan KK II sebagai kelanjutannya berindikasi bersifat kolusif dan tidak sah antara rezim pemerintahan Orde Baru (atas nama Republik Indonesia) dengan pulak Freeport Mc Moran dan pemerintah Amerika Serikat.

2.2.2. Substansi Kontrak Karya

Mengingat begitu banyaknya isi kontrak, maka penulis mencoba mengkajinya dalam beberapa bagian yang penting terkait dengan kemungkinan kerugian atau ketidakadilan yang mungkin dialami pemerintah. Kajian substansi lebih ditekankan pada hubungan hukum subjek Kontrak Karya, kepemilikan bahan galian tambang, dan pembagian keuntungan

1. Hubungan Hukum Subyek Kontrak Karya .

Kontrak itu terbentuk dari hubungan hukum secara multilateral (dua pihak atau lebih) dan bersifat timbal balik (obligatur) – saling berkewajiban antara para pihak sebagaimana dinyatakan Buku 6 bab 5 pasal 6; 213 NBW berikut: “ *a contract in the sense of this title is a multilateral juridical act whereby one or more parties assume an obligation towards one or more other parties*”. Di Indonesia diatur pada pasal 1313 BW . Menurut C. Asser, ciri utama **hubungan hukum antara para pihak**, dimana dengan hubungan itu terdapat **hak / right** (prestasi) dan **kewajiban obligation** (kontra prestasi) yang saling dipertukarkan oleh para pihak. Hubungan hukum tersebut menimbulkan akibat hukum berubungan harta kekayaan (hubungan para pihak tersebut berorientasi pada harta kekayaan)⁴⁴.

Para pihak dalam Kontrak Karya I diketahui ada 2 pihak yang terkait , yaitu⁴⁵:

1. Pihak pertama Pemerintah (diwakili menteri pertambangan dan energi) selaku principal
2. Pihak kedua swasta asing yaitu Freeport Mc-Moran melalui Freeport Indonesia Incorporated (berbadan hukum Negara bagian Delaware Amerika Serikat) selaku kontraktor⁴⁶

⁴⁴Agus Yudha I, *Op.Cit.*, h. 21

⁴⁵Abrar Saleh, *op.cit.*, h. 150

⁴⁶Kontrak Karya Freeport I

Kontrak itu selanjutnya disebut KK I yang berakhir pada 2003, namun kontrak itu ternyata diperpanjang (dengan bentuk baru) pada tanggal 30 Desember 1991 (12 tahun sebelum KK I selesai), dengan perubahan isi kontrak dan subyek kontrak, sbb:

1. Pihak pertama Pemerintah selaku principal
2. Pihak kedua swasta asing yaitu Freeport Mc-Moran melalui PT. Freeport Indonesia Company (berbadan hukum Indonesia) selaku kontraktor⁴⁷

Hubungan Hukum para pihak dalam Kontrak Karya dapat dilihat dari aspek berikut

- a. Dasar Hukum
- b. Kedudukan Hukum

a. Dasar Hukum

Dasar keberlakuan Kontrak Karya pada Kontrak Karya I hanya didasarkan pada UU No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing sedangkan pada Kontrak Karya II selain didasarkan pada UU No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing juga UU No. 11 tahun 1967 tentang Pokok Pertambangan. Pelaksanaan ini menimbulkan sedikit permasalahan sbb:

1. Dasar Hukum Subyek Hukum pada KK I.

Kontrak Karya I (KK I) dasar keberlakuannya tidak didasarkan pada UU no. 11 tahun 1967 tentang Pokok Pertambangan yang lahir kemudian. Terkait

⁴⁷Kontrak Karya Freeport II

dengan Subyek hukum Penanaman Modal Asing dalam Pasal 3 UU PMA 1967 disyaratkan sbb: *"Perusahaan yang dimaksud dalam pasal 1 yang dijalankan untuk seluruhnya atau bagian terbesar di Indonesia sebagai kesatuan perusahaan tersendiri harus berbentuk badan hukum menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia"*

Perusahaan Freeport Indonesia Incorporated (FI) New York merupakan perusahaan asing pada KK 1 yang didirikan dan tunduk atas undang-undang yang berlaku di Negara bagian Delaware Amerika Serikat. Hal ini tentu merupakan pelanggaran terhadap UU PMA 1967 sebagai dasar keberlakuan kontrak. Hal ini berimplikasi terhadap diberlakukannya pajak dan hukum / peradilan Indonesia pada freeport. Pemerintah tidak memiliki pijakan yuridis untuk melakukan kontrak dengan modal asing yang tidak berbadan hukum Indonesia.

2. Dasar Hukum Subyek Hukum pada KK II.

Pada KK II, Freeport Mc Moran telah memiliki perusahaan PT Freeport Indonesia Company yang berbadan hukum Indonesia, tidak memiliki masalah mengenai kewenangannya.

Namun mengingat dasar keberlakuan KK II didasarkan pada UU PMA 1967 dan UU PP 1967, justru menimbulkan masalah baru. Dasar keberlakuan dari kedua undang-undang tersebut berimplikasi pada penentuan subyek hukum publik (dalam hal ini pemerintah). Ada perbedaan antara masing – masing aturan berikut:

1. Pasal 10 dari UU No. 11 tahun 1967 tentang Pokok Pertambangan menyatakan bentuk kontrak dinamakan perjanjian karya dan instansi pemerintah atau perusahaan negara bertindak sebagai principal, sedangkan Berdasarkan pasal 3 Undang-undang No.11 tahun 1967 tentang Bahan galian tembaga, emas dan perak termasuk bahan galian vital / bahan galian golongan B **Bahan galian vital merupakan bahan galian yang dapat menjamin hajat hidup orang banyak.** Usaha pertambangan galian vital yang dilaksanakan oleh Negara atau daerah dapat dilaksanakan oleh Perusahaan dengan modal bersama antara negara atau perusahaan negara dan atau daerah / perusahaan daerah di satu pihak dengan badan dan / atau perseorangan swasta di pihak lain.
2. Pasal 8 dari UU PMA 1967, kontrak dinamakan Kontrak Karya dan pemerintah bertindak sebagai principal.

Hal ini dapat menimbulkan kerancuan, badan hukum publik mana yang berwenang menjadi subyek hukum dari Kontrak Karya -- meskipun terlihat pada pasal 3 UU PP 1967 pemerintah memang berniat menjadi subyek hukum secara langsung. Dalam praktek pelaksanaannya pada KK II pemerintah memilih pasal 8 undang-undang no.1 tahun 1967 *lex specialis* terhadap pasal 10 ayat (1) UUPP 1967, dimana substansi bahwa perusahaan pertambangan pada umumnya *lex generalis* terhadap bermacam-macam pola kontrak yang ada termasuk Kontrak Karya didalamnya

b. Kedudukan Hukum

Hubungan hukum yang terjadi sehubungan dengan dilakukannya Kontrak Karya antara pemerintah dan pihak Freeport Mc-Moran melalui FII (pada KK I) dan PT FCI (pada KK II). Dalam beberapa tulisan disebutkan bahwa pihak Indonesia sebagai pemilik bahan galian merupakan "principal" dan pihak Freeport sebagai pelaksana perusahaan bahan galian "kontraktor, yang melakukan kontrak kerjasama perusahaan pertambangan dan bukan merupakan pemberian kuasa"⁴⁸. Untuk memahami perimbangan (ratio) dalam proporsi kedudukan peran (*role*) masing – masing pihak dapat kita lihat uraian dalam Kontrak Karya dapat dilihat dari kedudukan hukum para pihak sbb.:

Secara eksplisit dalam kontrak disebutkan kedudukan Freeport sebagai kontraktor yang secara nyata disebutkan dalam kontrak baik pada KK I maupun KK II untuk melakukan penambangan (pasal 1 KK I jo pembukaan)⁴⁹, sbb

"FI acting as the sole contractor for the ministry of mines, hereby agrees to undertake, at FI's cost and expense".

Sedangkan kedudukan pemerintah Indonesia sebagai principal tidak disebutkan secara eksplisit. Dalam KK I pemerintah disebut sebagai pemilik teritorial yang memiliki kekuasaan mengatur aset nasional, sebagai subyek hukum perdata disini bukan pemilik (*eigenaar*) namun justru berperan sebagai

⁴⁸Abrar Saleh I, *Op Cit*, h. 60. AR Soehod menyebutkan bila pemilik sumber daya alam adalah Negara, dan pengusaha tambang adalah kontraktor sebagai pelaksana. AR. Soehod, *Op Cit*, h. 93. A. Pitlo menyebut pemberi kuasa sebagai *principal* – disini lain kontraktor dapat dianggap penerima kuasa. A. Pitlo, *Tafsiran Singkat Tentang Beberapa Bah Dalam Hukum Perdata* terjemahan M. Moerasad cet ke-2, Internusa, Jakarta, 1979, h. 34.

⁴⁹Kontrak Karya Freeport (pasal 1 jo Pembukaan

organ negara yang hanya berhak mengatur regulasi / aturan perusahaan dalam teritorialnya (bukan pemilik barang).

Hubungan hukum antar subyek hukum terkait dengan bentuk kontrak (*vorm*), seharusnya kontrak secara tegas menyebutkan kedudukan utama freeport sebagai investor dengan modal 100% (atau dominan dalam perusahaan tersebut) dari pada kedudukannya sebagai kontraktor (karena freeport berhak menunjuk pihak ke tiga untuk mengerjakan , meskipun tanggung jawab tetap di pihak freeport) Kedudukan ini mendudukan posisi **Freeport seperti Investor – Developer (bedanya pada developer hasilnya tak berpindah sedangkan pada KK hasil tambang berpindah, dan keuntungan developer lebih kecil dari perusahaan pertambangan)**

Pilihan pihak pemerintah (*principal*) sebagai subyek hukum publik dalam Kontrak Karya, menempatkan pemerintah berkedudukan sama / sejajar dengan pihak pengusaha swasta (kontraktor) sebagai subyek hukum perdata (*staat op gelijke voet als een privaat persoon*).

Penempatan kedudukan secara sejajar dalam hukum antara pihak pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai *lichaam* (badan dari negara / badan hukum publik) dan pihak Freeport (badan hukum privat) dalam Kontrak Karya bersifat merugikan bagi pemerintah sebagaimana uraian berikut:

- Pemerintah bukan pelaku usaha (tidak memiliki kewenangan manajemen) selaku pelaksana Hak Penguasaan Negara, pemerintah lebih sebagai organ (yang bersifat membuat aturan namun melepas kewenangannya sebagai

wasit yang bertugas menjaga kepentingan umum atau membuat keputusan sepihak untuk menyelesaikan sengketa) Pemerintah justru nampak sebagai pemberi kuasa / ijin perusahaan pertambangan dibanding bekerjasama.

- Pemerintah sebagai pemegang kontrol atas wilayah merupakan subyek hukum yang dapat tunduk kepada pihak lain (arbitrase) dan dapat dikalahkan (oleh pihak lain dalam perjanjian). Kedudukan hukum pemerintah ini sangat merugikan kepentingan umum (publik, rakyat Indonesia) mengingat pihak ke tiga sebagai wasit sangat kecil kemungkinannya berpihak pada kepentingan umum / rakyat Indonesia. Terkait dengan fungsi mengatur usaha pertambangannya dalam UNIDROET / UPICCs mengizinkan suatu Negara untuk sektor-sektor tertentu bidang ekonomi yang ditentukan sesuai hukum nasional dibuat menyimpangi / sebagai pengecualian dari prinsip kebebasan berkontrak (misalnya menentukan bentuk kontrak, menetapkan daftar *negatif list*), termasuk di dalamnya adalah membatasi kepemilikan asing pada bidang yang dianggap vital. Artinya dalam Kontrak Karya ini pemerintah memberi kesempatan seluas-luasnya kepada pengusaha asing dengan pemilikan penuh

Bagaimana detail kontrol / pengaturan pemerintah terhadap pengusaha dalam hak dan kewajiban para pihak akan menjadi tolok ukur kesederajatan kesetaraan (bukan kesamaan) hubungan hukum Pemerintah dengan Freeport.

2. Hak dan Kewajiban Para Pihak

Kedudukan negara sebagai subyek hukum dalam perusahaan pertambangan tersebut selanjutnya tergantung keseimbangan hak dan kewajiban serta pelaksanaannya, serta besar kecilnya komposisi pembagian saham sebagai badan dan pembagian keuntungan buat pemerintah sebagai organ.

J.H Nieuwenhuis⁵⁴ dalam salah satu bukunya mengenai perikatan menyatakan suatu hubungan hukum dapat menimbulkan hak dan kewajiban sebagaimana berikut: "Hubungan hukum yang terjadi antara minimal 2 (dua) pihak, dimana pihak pertama berhak atas prestasi, dan pihak yang lain punya kewajiban atas prestasi tersebut". Menurut Nieuwenhuis, perjanjian ini bersifat *obligatoir* (yang menciptakan perikatan sebagai sarana utama bagi para pihak untuk secara mandiri mengatur hubungan-hubungan hukum diantara mereka)

Satu hal yang mendasari pertukaran hak dan kewajiban adalah UNSUR ESENSIAL dari PENGUSAHAAN PERTAMBANGAN yaitu bahan galian tambang / ore (tembaga, emas, perak, dll.). Unsur Esensial ini dapat dipahami manakala ada permasalahan tidak ditemukannya bahan galian tambang / ore secara cukup (komersial) maka kontrak pertambangan tersebut tidak akan terjadi. Dalam pelaksanaan Bahan galian tambang ini harus dipisahkan agar bermanfaat, biasanya dalam 1 ton Tembaga,

⁵⁴J.H Nieuwenhuis, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, terjemahan Djasadin Saragih, Surabaya, 1958, h. 1

diperoleh sekitar 13 kg konsentrat tembaga, 1,47 gram emas, dan 4,04 gram perak⁵⁵.

Sedangkan terkait unsur esensial, hubungan hukum antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Freeport Mc-Moran menimbulkan hak dan kewajiban, sbh:

Tabel Hak dan kewajiban Freeport Mc-moran dengan Pemerintah Republik Indonesia dalam KK I dan KK II

KK I Freeport	KK II Freeport
<p>Hak FI FI selaku kontraktor tunggal yang membiayai sendiri perusahaan penambangan, dan menanggung segala risikonya (pasal 1 jo pembukaan)</p> <p>Manajemen sepenuhnya ada ditangan FI</p> <p>Kontrak perusahaan penambangan bersifat lumpsum (tanpa putus dalam satu rangkaian perusahaan) dari penyelidikan, hingga penjualan.</p> <p>FI wajib merencanakan dan melaksanakan semua operasinya dengan cara sebaik-baiknya dan selalu memperhatikan aspirasi kesejahteraan rakyat Republik Indonesia (pasal 14.b)</p> <p>FI dapat melepaskan haknya sewaktu-waktu</p> <p>Hak FI beralih bila ada yang menguasai 50% saham Freeport Sulphur Company (pasal 18.b)</p> <p>Bebas merubah rencana biaya dan pemenuhan fasilitas (pasal 3.d) Kapasitas 5000 short tons biji mentah (pasal 2 D) (kapasitas itu diperbesar pada perbaikannya) Pengkonsentrasian besi dibuat 10 tahun masa operasi dan bukan merupakan keharusan Tidak ada royalty atau sewa lokasi Ganti rugi reestemem (pasal 2) Bebas pajak pembelian atau pemakaian bahan</p>	<p>Hak PT. FIC: PT. FIC selaku kontraktor tunggal berhak untuk menyelidiki, menambang, mengolah, menyimpan, mengangkut, mineral yang ada, dan memasarkan, menjual hasil produksi tambang (pasal 2 a)</p> <p>Manajemen sepenuhnya ada ditangan PT FCI</p> <p>Kontrak perusahaan penambangan bersifat lumpsum (tanpa putus dalam satu rangkaian perusahaan) dari penyelidikan, hingga penjualan.</p> <p>PT FCI wajib merencanakan dan melaksanakan semua operasinya dengan cara sebaik-baiknya dan selalu memperhatikan aspirasi kesejahteraan rakyat Republik Indonesia</p> <p>PT. FIC dapat melepaskan haknya sewaktu-waktu (pasal 3.5 jis pasal 3.5, pasal 6.2)</p> <p>PT. FIC dapat melanjutkan haknya sewaktu-waktu (pasal 5.5 jis pasal 6.3)</p> <p>Privilege untuk melakukan penambangan atas wilayah yang telah deklarasasi (pasal 8.2)</p> <p>Hak mengeksport hasil produksi, namun diekspor sesuai ketentuan per-uu-an Indonesia yang non-moneter (pasal 11.11)</p>

⁵⁵ Bachriadi Dianto, *Op. Cit.*, h. 122

<p>(pasal 2.c) Semua fasilitas dapat digunakan, dipatokkan, dll (pasal 7.g) Bebas izin ekspor (pasal 3.c) Bebas menentukan daerah ekspor (pasal 3.c) Bebas menentukan pembeli (pasal 3.c) Pengalihan produk sesuai persetujuan FI dan pihak pembeli (pasal 3.c) Bebas membeli alat transport (pasal 3.c) Bebas memilih perusahaan asuransi (pasal 3.c) Bebas pajak ekspor-impor keperluan pribadi, kecuali barang berakumulasi, gula, alcohol (pasal 8.a) Bebas pajak Re-ekspor barang proyek (pasal 8.b)</p> <p>Transfer Keuntungan tidak dibatasi (Pasal 24 UU PMA 1967) FI bebas membawa hasil keuntungan keluar Indonesia (pasal 7.g)</p>	
<p>Kewajiban FII: FI wajib merencanakan dan melaksanakan semua operasinya dengan cara sebaik-baiknya dan selalu memperhatikan aspirasi kesejahteraan rakyat Republik Indonesia (pasal 14.b) Wajib melaksanakan perusahaannya secara efektif dan efisien mungkin</p> <p>Tidak ada jaminan dari FII</p>	<p>Kewajiban PT, FIC: FI wajib merencanakan dan melaksanakan semua operasinya dengan cara sebaik-baiknya dan selalu memperhatikan aspirasi kesejahteraan rakyat Republik Indonesia Wajib mengopumalkan perolehan biji tambang yang ekonomis (pasal 10.9)</p> <p>Wajib membuka rekening escrow yang berbunga kepada pemerintah sejumlah 5.000.000 US Dollar sebagai jaminan atas penandatanganan kontrak (pasal 7.3)</p>
<p>Membiayai sendiri dan menanggung risikonya (pasal 1)</p> <p>Wajib melapor ke Dep. Pertambangan (pasal 2.1)</p> <p>Wajib memberitahu program tahunan dan rencana anggaran serta progress report kepada menteri pertambangan. (pasal 6.a)</p> <p>Wajib menyerahkan data geologi, dll terkait perusahaan</p>	<p>Menentukan modal (pasal 5 ayat 2 jus pasal 6 ayat 5 dan pasal 7 ayat 5)</p> <p>Wajib menyerahkan data geologi dll terkait perusahaan Wajib memberitahu program tahunan dan rencana anggaran serta progress report kepada menteri pertambangan</p> <p>Wajib melapor hasil penyelidikan umum setelah 2 bulan (pasal 5.4) Wajib melaporkan progress perusahaan (pasal 7.1)</p>
<p>FI tidak boleh mengalihkan kepemilikan tanpa persetujuan tertulis Departemen pertambangan (pasal 18.b)</p> <p>Wajib membayar iuran atau retribusi</p> <p>Tidak ada iuran atau sewa lokasi</p>	<p>Wajib melapor hasil operasi (pasal 11.7)</p> <p>FI tidak boleh mengalihkan kepemilikan tanpa persetujuan tertulis Departemen pertambangan</p> <p>Kewajiban membayar pajak dan pungutan lain (pasal 12 dan 13)</p> <p>Tidak ada kewajiban memperkerjakan orang Indonesia dengan % tertentu (pasal 17)</p>

<p>Minimal 75% tenaga kerja adalah orang Indonesia setelah 8 tahun masa operasi (pasal 9 a)</p>	<p>Kewajiban mengikuti standard pertambangan (pasal 10 ayat 9)</p> <p>Memperhatikan lingkungan hidup (pasal 26)</p> <p>Menjamin keselamatan kerja dan kesehatan (pasal 26)</p> <p>Wajib mengembalikan/mencidukkn wilayah yang tidak dieksplores lebih lanjut beserta datanya (pasal 4 b jo pasal 6 2)</p> <p>Studi Keluasan dampak lingkungan atas persetujuan pemerintah (pasal 8 5)</p> <p>Wajib menasahkan masing-masing logam (emas, perak, platinum, tembaga, dan logam berharga lainnya (pasal 11 5)</p> <p>Pemurnian harus diberi merk standar Internasional Untuk emas = the London Gold Market, untuk perak = the London Silver Market</p> <p>Wajib mendivestasikan sahamnya kepada nasional Indonesia sebesar 51% paling lambat 20 th setelah operasional dimulai</p> <p>Bila dana memungkinkan PT FIC wajib memhual pabrik pemurnian sendiri (opsional)</p>
<p>Kewajiban Pemerintah: Pemberian Kuasa, ijin-ijin dan persetujuan untuk mempercepat proses pengusahaan</p> <p>Pemerintah wajib membantu PT FE bila timbul masalah pemasaran (pasal 3 c)</p> <p>Pemerintah dilarang melakukan pencelaan dan nasionalisasi (pasal 14)</p> <p>Departemen pertambangan wajib menjaga kerahasiaan informasi FE (pasal 6 c)</p> <p>Pemerintah wajib membantu PT FE bila timbul masalah pemasaran (pasal 3 c)</p> <p>Pemerintah tidak berhak ikut dalam manajemen</p>	<p>Kewajiban Pemerintah: Pemberian Kuasa, ijin-ijin dan persetujuan untuk mempercepat proses pengusahaan</p> <p>Pemerintah wajib menjaga rahasia perusahaan hingga 3 tahun setelah penandatanganan (pasal 7 b jo pasal 8 8)</p> <p>Pemerintah tidak berhak ikut dalam manajemen</p> <p>Hak Pemerintah: Hak memperoleh progress report</p>
<p>Hak Pemerintah: Departemen pertambangan berhak meminta keterangan atas rencana dan progress pelaksanaan (pasal 2 h)</p> <p>Hak memperoleh data penyelidikan maupun eksplorasi (tanpa andal)</p> <p>Hak memungut iuran, retribusi</p>	<p>Hak memperoleh data penyelidikan maupun eksplorasi</p> <p>Pemerintah berhak atas pajak, dan royalti (pasal 13)</p> <p>Melarang ekspor yang bertentangan dengan kewajiban internasional pemerintah pembatasan kuota mentaui perjanjian komedi internasional, namun juga wajib memberi solusi (pasal 11 2)</p>

	<p>Pemerintah berhak melacak hal-ha yang berhubungan dengan pemindahan akte usaha konsultasi, dan penggodam kontrak (pasal 16.1)</p> <p>Memasuki wilayah Kontrak Karya (pasal 15.3)</p> <p>Menangguhkan rencana <i>franchise</i> persetujua yang berpotensi merusak lingkungan hidup atau mengganggu stabilitas politik (pasal 16.2)</p>
--	--

Sumber: Kontrak Karya I dan II

Pada KK I hak dan kewajiban terlihat lebih sederhana, yaitu:

Hak Pemerintah yang utama meliputi:

1. Meminta Freeport melaksanakan perusahaan secara profesional dan tidak merugikan kepentingan Negara.
2. Menerima laporan progress, penyelidikan dan pengeksplorasi
3. Menarik pajak / pungutan (yang baru diatur kemudian)
4. Hak (option) pertama membeli barang Freeport , bila Freeport memberhentikan usahanya setiap saat

Kewajiban Pemerintah yang utama meliputi:

1. Memudahkan perijinan dan peraturan,
2. Membantu Freeport bila terjadi kesulitan dalam memasarkan hasil tambang.
3. Tidak melakukan nasionalisasi.

Sedangkan bagi pihak Freeport, Hak Freeport yang utama adalah:

1. Investor sekaligus kontraktor tunggal yang membiayai sendiri usahanya sekaligus menanggung resikonya.
2. Bebas merubah rencana biaya dan pemenuhan fasilitas (pasal 3.d)

3. Hak sewaktu-waktu memutuskan kontrak pada semua tahap

Kewajiban Freeport utamanya terdiri dari

1. Melakukan pengusahaan seekonomis mungkin dengan tidak merugikan negara
2. Membayar pajak dan pungutan (yang baru diatur kemudian)
3. Minimal 75% tenaga kerja adalah orang Indonesia setelah 8 tahun masa operasi (pasal 9.a) Pasal ini kemudian diganti pada KK II dengan tidak ada kewajiban memperkerjakan orang Indonesia dengan % tertentu (pasal 17)

Pada KK (II) ada kewajiban Freeport utama yang ditambahkan yaitu:

1. PT. FIC dapat melepaskan haknya sewaktu-waktu (pasal 3.5 jts pasal 5.5, pasal 6.2) sekaligus PT. FIC dapat melanjutkan haknya sewaktu-waktu (pasal 5.5 jo pasal 6.3)

Pada KK (II) ada kewajiban Freeport utama yang ditambahkan yaitu:

1. Promosi kepentingan nasional Freeport wajib Mendivestasikan sahamnya, 10 % (awal tahun ke 5 sampai ke 10), 45% (sejak 12 bulan pertama setelah tahun ke 10 hingga tahun ke 20 dilaksanakan tiap tahun hingga 51% pada tahun ke 20 . (dijual melalui Bursa Efek Jakarta)
2. Membayar bank garansi pada tahap awal penyelidikan dan operasi sebagai jaminan pelaksanaan.
3. Membayar dead rent pada masa penyelidikan dan eksplorasi
4. Menyediakan asuransi tenaga kerja

5. Menanggung resiko kerusakan lingkungan hidup tunduk pada UU lingkungan hidup.

Hak Pemerintah pada KK II ditambahkan:

1. Dapat dilakukan pemutusan kontrak manakala terjadi wanprestasi setelah dilakukan teguran dalam tenggang waktu yang cukup (Pasal 20)
2. Diangkatnya komisaris dari pihak Indonesia

Kewajiban pemerintah

1. Tidak melakukan nasionalisasi

Adanya hak dan kewajiban tersebut menimbulkan suatu hubungan timbal balik (*obligator*), pasal 1266 BW menyebutkan syarat batal dianggap perlu dicantumkan dalam persetujuan timbal balik. Hal mana terjadi bila salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya. Pasal 1267 BW menyebutkan para pihak dapat menentukan apakah akan melanjutkan atau membatalkan perjanjian yang dibuat, bila ada pihak yang tidak dapat memenuhi prestasinya. Perbandingan prestasi yang bersifat penting bagi masing-masing pihak sbb.:

1. Perusahaan Pertambangan
2. Pemutusan Kontrak
3. Promosi Kepentingan Nasional (Indonesianisasi)
4. Pembagian Keuntungan Perusahaan

1. Pengusahaan Pertambangan

Kewajiban Freeport untuk melakukan pengusahaan pertambangan secara menyeluruh (meliputi penyelidikan umum, eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi, operasi, hingga penjualan), merupakan suatu bentuk kontrak yang eksklusif, yang dibiayai sendiri (namun diizinkan meminjam pada pihak ke tiga).

KK II Freeport memperoleh kesempatan mengeksplotasi yang cukup panjang, lebih kurang mencapai 50 tahun pelaksanaan diluar tahapan yang lain

3 Tahap Pengusahaan KK I

1. Periode Eksplorasi (penyelidikan) = 30 bulan + perpanjangan
2. Periode Konstruksi = 36 bulan
3. Periode Operasi = 30 tahun (Pasal 16 jo pasal 3)

5 tahapan pengusahaan KK II

1. Penyelidikan umum 12 bulan + 12 bulan pasal 5.3
2. Periode Eksplorasi 36 bulan + (2 x 12 bulan) pasal 6.3
3. Periode Studi Kelayakan 12 bulan + 12 bulan atau kurang dari 8 tahun sejak penandatanganan kontrak pasal 8.2 jo pasal 8.4
4. Periode Konstruksi 36 bulan + 3 bulan - 3 bulan pasal 8.4 jo pasal 9.1
5. Periode Operasi 30 th + (2 x 10 tahun)

sedangkan Pemerintah memperoleh pajak, retribusi, royalti. Pada KK I, pengaturan pajak tidak lengkap dan royalti belum diatur.

2. Pemutusan Kontrak

Dalam pelaksanaannya pada KK I, Freeport dapat sewaktu-waktu memutus kontrak bila Freeport menganggap pengusahaan itu tidak layak dilanjutkan. Pada KK II pemerintah memiliki jaminan atas pelaksanaan tiap tahap dan Pemerintah dapat memutus kontrak hanya bila terjadi wanprestasi

pada tahap operasi (hak itu tereduksi oleh hak Freeport) Hak ini menjadi (dianggap tidak ada) terkait Indonesianisasi.

Namun melihat pasal 18 Undang-Undang No. 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, diatur tentang berakhirnya Perjanjian Internasional secara lebih luas, ada 8 (delapan) macam yaitu:

1. Terdapat kesepakatan para pihak melalui prosedur yang ditetapkan dalam perjanjian;
2. Tujuan perjanjian telah tercapai;
3. Terdapat perubahan mendasar yang mempengaruhi pelaksanaan perjanjian;
4. Salah satu pihak tidak melaksanakan atau melanggar ketentuan perjanjian;
5. Dibuat suatu perjanjian baru yang menggantikan perjanjian lama;
6. Muncul norma-norma baru dalam hukum Internasional;
7. Obyek perjanjian hilang;
8. Terdapat hal-hal yang merugikan kepentingan nasional.

Apabila perjanjian berakhir sebelum waktunya diatur lebih lanjut pada pasal 19 Undang-Undang No. 24 tahun 2000 disebutkan "Perjanjian berakhir sebelum waktunya, berdasarkan kesepakatan para pihak, tidak mempengaruhi penyelesaian setiap pengaturan yang menjadi bagian perjanjian dan belum dilaksanakan secara penuh pada saat berakhirnya perjanjian tersebut".

3. Promosi Kepentingan Nasional (Indonesianisasi)

Pada KK II ada indikasi pemerintah mencoba menerapkan politik hukum dalam kontrak untuk menyiasati keberatan investor terhadap nasionalisasi, melalui Indonesianisasi dengan mewajibkan Freeport mendivestasi saham hingga 51% untuk nasional (Indonesia). Hal tersebut merupakan usaha merubah komposisi pemilikan saham / *share* dengan meminta Freeport mendivestasikan sahamnya kepada pihak nasional sebagaimana diatur dalam pasal 20 Undang-Undang

No. 11 tahun 1967 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pertambangan dan Pasal 38 Peraturan Pemerintah No. 32 tahun 1969 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang No 11 tahun 1967 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pertambangan.

4. Pembagian Keuntungan Pengusahaan

Pembukaan KK I menyebutkan kedudukan pemerintah Republik Indonesia sebagai principal dianggap memiliki kontrol terhadap asset nasional (bangsa Indonesia), pasal tersebut dan pasal-pasal lain dalam KK I menunjukkan bahwa negara bukan pemilik (*eignar*) dari asset tersebut. UU Pokok Agraria 1960 menyebutkan Negara tidak dapat menjadi pemilik (*eignar*).

Hak Penguasaan Negara dalam pengelolaan bahan galian yang menyangkut hajat hidup orang banyak idealnya adalah negara sendiri yang mengelola / mengusahakannya, sehingga seluruh produksinya merupakan pendapatan Negara dimanfaatkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Namun disisi lain Negara memiliki keterbatasan modal dan keahlian untuk mengelolanya, demikian pula tenaga dan capital nasional.

Hak Penguasaan Negara menurut teori pada dasarnya meliputi seluruh tanah dan air baik yang telah memiliki atas hak maupun belum – dan bukan dalam pemahaman *eignar* (memiliki) pada lingkup keperdataan. Hak penguasaan Negara tersebut pada dasarnya "tidak dapat dialihkan" dan didelegasikan kepada pihak swasta asing, namun dalam praktik pemerintah membutuhkan peran swasta asing.

Oleh karenanya, Negara dalam mengatasi cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan menguasai hajat hidup orang banyak. Secara teoritis memiliki 2 konstruksi yuridis untuk mengelola kekayaan alam⁵⁶:

1. Hubungan hukum antara pemerintah sebagai organ negara dengan badan hukum / perorangan yang didasarkan pada status pemerintah sebagai pemegang wewenang atributif (melaksanakan delegasi, mandate, *volmacht* / kuasa penuh, perwakilan, dan *machtigenin* / kekuasaan) dan hak istimewa (eksklusif). Berdasar hukum publik, negara adalah organisasi jabatan (*en umbr*) atau kumpulan dari organ-organ kenegaraan, yang didalamnya terdapat organ pemerintahan. Hal ini dapat dilihat dari penuturan Logemann⁵⁷ – dalam bentuk kenyataan sosialnya, Negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi. Fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungannya secara keseluruhan. Fungsi-fungsi ini dinamakan jabatan. Negara adalah organisasi Jabatan. Jabatan adalah organ pemerintahan sebagai pelaksana fungsi-fungsi negara.

Berdasar konstruksi hukum ini, pemerintah sebagai pelaksana hak penguasaan Negara dan pengatur perusahaan bahan galian yang atributif. Sehingga hubungan hukum yang timbul berdasar kewenangan atributif didasarkan pada status pemerintah selaku pemegang hak istimewa. Dimana dengan status tersebut bila terjadi hubungan hukum dengan pihak swasta (pemegang kuasa

⁵⁶Abrar Saleng II, *Op. Cit.*, h 13-14

⁵⁷Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2002, h.54

pertambahan dan / atau kontraktor) bersifat delegasi, mandate, dll. , sehingga kedudukan kontraktor disini hanya subordinasi terhadap pemerintah.

2. Hubungan hukum antara negara sebagai **badan (*lichaam*)** dari negara dan badan hukum / perorangan berdasarkan hubungan kontraktual. Berdasar hukum perdata, negara adalah kumpulan dari badan-badan hukum, yang didalamnya terdapat badan (*lichaam*) pemerintahan. Dalam lingkup perdata pelaku hukum disebut subyek hukum yang memiliki hak dan kewajiban (*de dragger van de rechten en plichten*). Badan hukum merupakan bagian dari subyek hukum – yang ditentukan undang-undang dapat bertindak sebagaimana manusia (personifikasi) yang memiliki hak dan kewajiban, seperti kumpulan orang (dalam suatu badan hukum) : *zedelyk lichaam*, perseruan terbatas / *naamloze vennotschap*, perusahaan perkapalan / *rederij*, perhimpunan (sukarela) / *vereniging*, dsb. . Subyek hukum sendiri dapat terdiri dari manusia (*natuurlyk persoon*) dan badan hukum (*rechtspersoon*). Badan hukum (*rechtspersoon*) terdiri dari badan hukum privat (*privaat rechtspersoon*) dan badan hukum publik (*publiek rechtspersoon*). J.B.J.M ten Berge⁵⁸ menjelaskan tindakan hukum (*privaatrechtelijke rechtshandelingen*) yang mungkin dilakukan badan pemerintahan (*lichaam*), “*De overheid kan net als natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer. De overheid koopt en verkoopt, hurt en verhuurt, pacht en verpacht, sluit overeenkomsten en bezit eigendom*” (Pemerintah sebagaimana

⁵⁸Ridwan HR, *Op. cit.*, h 65

manusia dan hukum privat terlibat dalam lalu lintas pergaulan hukum, Pemerintah menjual dan membeli, menyewa dan menyewakan, mengadai dan menggadai, membuat perjanjian, dan mempunyai hak milik. Dalam hubungan keperdataan tersebut C.J.N.⁵⁹ *Verstenden* menyebutkan batasan tindakan pemerintah sbb: “...*Soms neem zij aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer deel op gelijke voet als particulieren, zonder dat haar bijzondere positie als overhead en behartiging van het algemeen belang daarbij in het geding...*” (kadang-kadang mereka terlibat dalam lalu-lintas pergaulan keperdataan kedudukan yang sama dengan pihak swasta, tanpa kedudukan spesifiknya sebagai pemerintah dan yang melindungi kepentingan umum dalam hal terjadi sengketa).

Hubungan hukum yang merupakan perjanjian kerjasama antara negara sebagai badan (*lichaam*) pemerintahan yang melaksanakan melakukan perbuatan / tindakan hukum dari “negara : *state*” menjadi badan hukum publik (*publiek rechtspersoon*) dan dapat melakukan hubungan hukum dengan kontraktor dalam perusahaan bahan galian baik sebagai orang perorang (*natuurlijkpersoon*) dan badan hukum (*rechtspersoon*) dalam hubungan hukum keperdataan sebagaimana yang dilakukan perusahaan Negara sebagai pemilik bahan galian disebut *principal* dan lawan kontraknya sebagai pelaksana perusahaan bahan galian disebut *kontraktor*⁶⁰. Negara sesuai BW manakala melaksanakan kontrak dengan manusia individu atau Badan Hukum memiliki

⁵⁹ *ibid*

⁶⁰ Abrar Saleng I, *Op. Cit.*, h 60

kedudukan sama atau sejajar (*staat op gelijke voet al seen privaot persoon*)⁶¹. Sehingga kedudukan pemerintah sejajar terhadap kontraktornya. Negara sebagai badan hukum publik dapat memiliki kekayaan dan mempunyai wewenang mengusahakan dan menggunakan kekayaan yang dimilikinya dalam posisi sebagai majikan, dan pihak swasta disisi lain (orang atau badan hukum perdata) sebagai pemborong atau pembeli. Untuk itu perlu perikatan yang bersifat khusus (dikatakan khusus karena perikatan dilakukan antara pihak Negara (publik) dan pihak swasta asing (non-publik) dilain pihak). Perikatan mungkin dilakukan antara pihak pemerintah dan swasta di sistem hukum Indonesia. Dalam lingkup keperdataan badan hukum publiknya adalah Negara Republik Indonesia, Daerah Propinsi, Daerah Kabupaten / kota, dan bukan Pemerintah Republik Indonesia, dan juga bukan pemerintah Daerah Propinsi, Pemerintah Daerah Kabupaten dan Kota. Pemerintah Republik Indonesia sebagai badan (*lichaam*) negara yang melaksanakan kontrak sehingga kedudukan pemerintah dalam hal ini semacam dengan Direksi dalam sebuah perseroan terbatas⁶².

Pemerintah dapat tampil dalam dua bentuk (*twee petten*) sebagai wakil dari jabatan / organ (*ambt*) yang melaksanakan kegiatan dalam bidang hukum publik untuk negara dan wakil dari badan (*lichaam*) pemerintahan / badan

⁶¹Indroharto, *Peradilan Tata Usaha Negara*, buku I (Edisi Baru), Pustaka Sinar Harapan, 1984, h 18 dalam Abrar Saleh II, *Op. Cit.*, h 22

⁶²Abrar Saleh I *Op. Cit.*, h 59

hukum publik (*publicrechtpersoon*) yang melaksanakan dalam bidang hukum privat untuk negara

Hak menguasai oleh Negara dalam praktik dapat dilakukan secara tidak langsung sehingga hak menguasai pada praktiknya dapat dilaksanakan melalui tiga cara, sbb: pertama, kepemilikan dan pengelolaan secara langsung (melalui Negara Republik Indonesia, Daerah Provinsi, dan Daerah Kabupaten / Kota) atau kedua, tidak langsung (melalui BUMN, Perusahaan Negara) dimana Negara dapat melakukan kontrak, hingga ketiga, Negara dapat melakukan perjanjian / kontrak yang diwarnai hukum publik – yang berorientasi kepada kepentingan umum dan bersifat memaksa atau hanya bersifat mengurus (*besturen*)

Lebih lanjut pengelolaan oleh negara tersebut berdasar pasal 33 UUD 1945 haruslah mengakomodasi semangat pengelolaan cabang-cabang produksi dan sumber daya alam dikelola untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat sebagaimana terkandung didalam pasal tersebut.

Pemerintah dalam Kontrak Karya I dan II memperoleh hasil finansial dari 2 aspek, yaitu:

1. Pajak, Retribusi atau Royalti (lebih menunjukkan ciri pemerintah sebagai organ)
2. Saham (lebih mewakili kedudukan pemerintah sebagai badan)

1. Pajak, Retribusi, atau Royalti

Pendapatan negara dan pajak, retribusi dan Royalti didasarkan pada pemahaman konsep bahan galian. Konsep kepemilikan bahan galian didasarkan pada falsafah dan pemikiran tentang kepemilikan kekayaan alam yang dianut oleh suatu negara. Tiap Negara tentu berbeda-beda konsep pemilikannya atas kekayaan alam. Kapan beralihnya kepemilikan kekayaan alam tersebut ke pihak FI / PT FCI dalam Kontrak Karya di Indonesia, dapat dilihat sbb:

1. Pemilik bahan galian sebelum ditambang (mash merupakan endapan), berdasar undang-undang no.37 Prp Tahun 1960 tentang pertambangan; dan UUPP 1967 secara tegas menyebutkan pemilik bahan galian adalah bangsa Indonesia.
2. Pemilik bahan galian sesudah ditambang, menurut undang-undang no.37 Prp. Tahun 1960 tentang pertambangan; dan UUPP 1967 adalah Negara atau milik nasional.
3. Peralihan kepada pihak perorangan atau badan hukum terjadi bilamana bahan galian sudah tertambang dan dipenuhinya sarat tertentu sbb:

a. Kuasa pertambangan,

Pemenuhan kewajiban kepada Negara atas bahan galian yang meliputi pembayaran iuran tetap dan iuran eksplorasi bagi pemegang kuasa pertambangan eksplorasi, serta pembayaran iuran tetap dan iuran eksploitasi bagi bagi pemegang kuasa pertambangan eksploitasi.

b Kontraktor,

Pemenuhan segala kewajiban kontraktor yang telah disepakati didalam kontrak. Kewajiban yang harus dipenuhi meliputi deadrent (iuran tetap), dan royalty atau iuran produksi (iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi) serta kewajiban lain dalam bentuk pajak

Dengan dipenuhinya kewajiban tersebut maka beralihlah kepemilikan bahan galian tersebut dari Negara kepada pihak swasta dan hasil pembayaran tersebut merupakan penerimaan Negara dari sektor pertambangan (Pasal 28 UUPP 1967 menyebutnya pungutan Negara)

Pola pembagian keuntungan antara Negara dan perorangan / badan hukum swasta dalam pengelolaan pertambangan berdasar Pasal 28 ayat (1) UUPP 1967 dan kontrak pertambangan Freeport KK II disebut sebagai pungutan Negara, yang meliputi:

1. iuran tetap;
2. iuran eksplorasi;
3. iuran eksploitasi;
4. iuran lain yang sehubungan dengan kuasa pertambangan yang bersangkutan (dalam praktek = pajak bumi). Pajak bumi untuk usaha pertambangan merupakan konsep kelanjutan konsep *land-rent* yang sesungguhnya merupakan duplikasi iuran tetap dan iuran eksplorasi / produksi

Pada KK I hanya diterapkan royalty (iuran eksploitasi dan eksplorasi) ditambah iuran lain. Uniknya pembagian royalty untuk mineral ikutan dari tembaga (meliputi emas, perak, dll) baru dibuat detailnya pada *Implementation Agreement* pada tanggal 10 April 1986. Dalam hal ini ada indikasi kolusi, bahwa unsur penting emas disembunyikan, karena pada masa sebelum tahun 80-an Freeport diperkenalkan sebagai Tembaga pura.

Emas sebagai obyek pertambangan dan dalam jumlah yang sangat besar hendaknya dikuasai Negara. Kebutuhan akan cadangan emas untuk negara sangat dibutuhkan.

Secara detail pemahaman jenis-jenis iuran tersebut sbb:

1. Iuran tetap berdasar pasal 13 ayat (1) KK II

Iuran tetap pertambangan adalah iuran yang dikenakan pada pemegang kuasa pertambangan penyelidikan umum, eksplorasi, dan eksploitasi. Pungutan ini didasarkan perhitungan luas wilayah tanah permukaan bumi (ha) dalam kuasa pertambangan dan / atau wilayah Kontrak Karya. Dan pembayaran dilakukan di muka. Iuran tetap pertambangan ini disebut juga dead-rent. Wilayah kuasa pertambangan penyelidikan umum, lebih luas dari wilayah kuasa pertambangan eksplorasi dan eksploitasi, tetapi iuran tetapnya lebih ringan perhektarnya karena belum berproduksi. Sedang wilayah kuasa pertambangan eksplorasi, lebih kecil dari wilayah penyelidikan umum, tetapi iuran tetapnya lebih tinggi. Wilayah kuasa pertambangan eksploitasi lebih kecil dari wilayah kuasa pertambangan eksplorasi, tetapi iuran tetapnya relative lebih tinggi. Iuran tetap untuk ketiga macam kuasa pertambangan tidak akan berimpitan atau tumpang tindih.

Luas wilayah Kontrak Karya secara berangsur-angsur harus dikembalikan kepada Negara, apabila wilayah itu setelah dilakukan penyelidikan umum dan eksplorasi, ternyata tidak ekonomis untuk dieksploitasi. Wilayah yang tidak ekonomis tadi diserahkan kembali kepada Departemen Pertambangan dan Energi sehingga wilayah (tanah) kembali

menjadi tanah yang dikuasai oleh Negara. Pengembalian ini disebut *relinquishment*, *relinquishment* sendiri berarti penciptaan wilayah Kontrak Karya. *Relinquishment* dalam praktek, melalui proses tersebut wilayah yang tersisa untuk dieksploitasi umumnya tidak lebih dari 20% dari luas Kontrak Karya semula atau 10-15% dari wilayah semula⁶³. Dalam kaitan dengan iuran tetap ini, wilayah kerja Kontrak Karya yang belum direlinquishment tetap dikenakan iuran tetap⁶⁴.

2. Iuran eksplorasi

Kegiatan eksplorasi merupakan kegiatan mengambil sample bahan galian yang selanjutnya dilakukan penelitian dan analisis guna mengetahui kadar bahan galian, besar cadangan dan umur tambang dan sebagainya. Selama eksplorasi itu digunakan untuk kepentingan tersebut diatas, maka bahan galian yang terambil tidak dikenakan iuran. Tetapi manakala bahan galian yang terambil tadi dijual untuk meringankan biaya eksplorasinya, maka terhadap hasil produksi eksplorasi yang demikian dikenakan iuran eksplorasi.

3. Iuran eksploitasi dalam pasal 13 ayat (2) KK II

Eksplorasi pertambangan merupakan usaha untuk berproduksi. Iuran ini dikenakan pada hasil produksi yang diperoleh dalam eksploitasi. Ditinjau dari keterkaitannya dengan produksi, maka iuran eksplorasi dan eksploitasi keduanya disebut iuran produksi atau *royalty*. Istilah iuran produksi atau

⁶³ AR Soehoed, *Op. Cit.*, h. 95, 195

⁶⁴ Abrar Saleng I, *Op. Cit.*, h. 107

royalty tidak dikenal dalam UUPP 1967 atau PP no.32 tahun 1969, namun Kontrak Karya secara tegas menyebutkan istilah royalty untuk bagian Negara / pemerintah.

Berdasarkan pemahaman tersebut, pungutan Negara melalui iuran tetap didasarkan pada penggunaan wilayah atas tanah permukaan bumi, sedang pungutan Negara melalui iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi didasarkan pada produksi bahan galian.

Pungutan Negara mempunyai arti penting bagi usaha pertambangan. Bagi Negara pungutan merupakan penerimaan Negara dari sektor pertambangan. Bagi pemegang kuasa pertambangan dan kontraktor merupakan bentuk pemenuhan kewajiban / pelunasan pungutan Negara khususnya iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi merupakan syarat terjadinya pengalihan kepemilikan. Dengan demikian iuran eksplorasi dan iuran eksploitasi keduanya dikualifikasikan sebagai royalty⁶⁵.

4. Iuran lainnya dalam pasal 13 KK II

Selain pungutan Negara yang sifatnya tetap diatas, penerimaan Negara dari sector pertambangan juga berasal dari:

- a. Pajak atas deviden, bunga, royalty, sewa,
- b. Pajak pertambahan Nilai, dan Pajak Penjualan;
- c. Pajak Penghasilan Karyawan;
- d. Bea Materai (atas berbagai dokumen resmi)
- e. Bea Masuk untuk berbagai barang/peralatan impor
- f. Bea Balik Nama untuk kapal dan kendaraan
- g. Berbagai pajak dan pungutan daerah yang sah
- h. Pungutan / Bea Administrasi untuk fasilitas khusus; dan
- i. Pajak Penghasilan Badan (Corporation Tax).

⁶⁵*Ibid, Op. Cit.*, h. 108

Sebagian besar pungutan dan pajak diatas menjadi unsur biaya usaha, sedangkan Pajak Penghasilan Badan tergantung dari keuntungan perusahaan pertambangan. Besar kecilnya berbagi pajak dan pungutan dapat menjadi *incentive* atau *disincentive* bagi pemegang kuasa pertambangan dan : atau kontraktor.

Berdasarkan royalti yang dibebankan, pemerintah Indonesia termasuk negara yang paling rendah dan longgar menerapkan pajak dan iuran pertambangan (lihat tabel, dibawah). Hal menarik adalah banyak Negara menerapkan Royalti emas lebih kecil dari royalti tembaga, sedangkan harga satuan emas jauh lebih tinggi dari harga satuan tembaga, perkecualian Malaysia menunjukkan perbandingan yang lebih rasional. Hal ini dapat terjadi bukan karena sebuah kelaziman, namun lebih karena posisi berkuasa dari pengusaha pertambangan Internasional. Perbandingan pajak dan royalti tersebut dapat dilihat pada tabel berikut:

Perbandingan Pungutan Pemerintah berbagai negara

Deskripsi	Indonesia	Australia	Chili	India	Malaysia
Royalti emas	1 %	0-2.5%	0%	10 rupee per gram	2 - 5 %
Royalti perak	1 %	Revenue			
Royalti logam lain	1 %				
Royalti Tembaga	3,5 %	0-5%	0%	1%	0 - 5 %
Pajak Badan	30%	36%	35%	36%	30%
Pajak Daerah	Ada	Ada	-		
Depresiasi Amortasi	12.5%	Mine 30% DV Mill 20% DV	Mine 33% SL M 1 yr trans 10% SL		
Pajak Kompensasi Kerugian	5 - 8 tahun	Tanpa batas	Tanpa batas	8 tahun	Tanpa batas

Sumber: Direktorat Pertambangan Umum, Deptamben (Generasi VI) dikutip UMMAT Februari 1997 dalam M. Baiquni, Susilawardhan, *Pembangunan Yang Tidak Berkelanjutan - (Refleksi Kritis Pembangunan Indonesia)*, Transmedia Global Wacana, Yogyakarta, 2002, h.34

Hasil pungutan ini secara umum tidak dapat dipandang sebagai sebuah keuntungan, mengingat bentuk pungutan (retribusi) ini hanya semacam kewajiban yang lazim tumbuh dari suatu aturan perijinan namun tidak menyangkut keuntungan bisnisnya secara langsung. Bentuk pungutan menempatkan pemerintah hanya sebagai pengatur belaka sebagaimana layaknya pemerintah sebagai organ, bukan principal sebagai badan hukum publik. Posisi demikian lebih layak diterapkan pada bidang investasi yang sifatnya jasa atau manufaktur. Pemerintah wajib mengusahakannya langsung atau melalui atribusi (delegasi, mandat) mengingat bidang ini menyangkut kekayaan alam (*grunstoffen*) yang tidak dapat diperbaharui (*unrenewable resources*) dan kepentingan nilai tambangnya mengenai hajat hidup orang banyak.

2. Saham

Keuntungan pemerintah lebih bersifat esensial dan substansial dalam kaitannya dengan kontrak bisnis, bila pemerintah memiliki saham / *share* (dan seharusnya dominan) terutama untuk tambang yang sangat penting seperti emas. Dalam kontrak KK I tidak nampak adanya besar angka dan pasal tentang pembagian saham, dan pemerintah baru menyampaikan keinginannya untuk ikut memiliki saham melalui *Agreement On Modifications Of The Contract Work* tertanggal 28 December 1974, setelah itu diketabui

pemerintah mendapat saham 10%⁶⁶. Dan dalam KK II tidak nampak angka pembagian saham, namun ada pasal pembukaan yang menyebutkan masalah pembagian saham. Artinya angka pembagian saham dibuat terpisah tanpa mengurangi arti bahwa pemegang peran perusahaan adalah pihak Freeport Mc-Moran.

Data angka pembagian saham dan perubahan prosentase kepemilikannya sebagaimana paparan Freeport ke pihak DPR dan sumber lain dapat dilihat pada tabel berikut:

Komposisi kepemilikan saham dalam KK I dan KK II

Komposisi Pemilik Saham	KK I Freeport Indonesia Incorporated	KK II PT Freeport Indonesia Company	KK II PT Freeport Indonesia Company	KK II PT Freeport Indonesia Company	KK II PT Freeport Indonesia Company
	Sebelum 1991	30 Des 1991	Des 1992	1997	2002
Freeport Mc Moran Copper & Gold (Pex)	85,4%	80%	81,28%	81,28%	81,28%
Pemerintah Republik Indonesia	10%	10%	9,36%	9,36%	9,36%
Perusahaan Jerman	4%				
PT Indocopper Investants Corp. Dengan komposisi pemilik saham: 1. Bakrie Brothers 2. Freeport Mc Moran Copper & Gold (Pex) 3. Nusamba Mineral		10% Dengan komposisi saham awal (100%)	9,36% Dengan komposisi saham (51%) (49%)	9,36% Dengan komposisi saham (49%)	9,36% Dengan komposisi saham (90,48%)

⁶⁶Sesudah Freeport Indonesia Company beroperasi beberapa tahun, ditawarkan pula saham 20% kepada pemerintah republik Indonesia. Namun pemerintah ragu-ragu untuk menanggapi tawaran saham berdasarkan harga pasar, dengan alasan tidak dapat menyediakan dana yang diperlukan. Akhirnya diputuskan untuk membeli juga 8% saham tanpa melalui pembayaran tunai tapi melalui pengeluaran *promissory notes* surat-surat hutang oleh Bank Indonesia yang dapat digunakan untuk pembayaran pajak.

Menurut AR Soehoed, pemerintah tak perlu membeli saham, karena nilainya tinggi, sedang dividen usaha pertambangan tidak besar, lebih menguntungkan bila memperdagangkan sahamnya seperti Bakrie

AR Soehoed, *Op. Cit.*, h. 92-93

Industri 4. Publik				(0,52%)	(0,52%)
Publik	0,6%	-	-	-	-

Sumber: Djanto Bachrisdi, *Merana Ditengah Kelumpakan, Pelanggaran-Pelanggaran HAM Pada Industri Pertambangan di Indonesia*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta, 1998, h. 120-122, Paparan Pihak Freeport

Pembagian Saham tersebut sangat kecil bagi pihak Pemerintah (bila dibandingkan dengan GHANA – yang mencapai 50%), melihat hal diatas Indonesianisasi bersifat penting.

2.2.3. Pelaksanaan Kontrak Karya

Bagaimana pelaksanaan Kontrak Karya dan permasalahannya dapat dilihat pada 2 (dua) kondisi, sbb:

a. Kondisi Mikro

Terkait dengan Indonesianisasi, berdasar Kontrak Karya II (KK II) yang ditandatangani pada tanggal 26 Desember 1991, Freeport memiliki kewajiban melakukan divestasi sahamnya kepihak nasional Indonesia (pemerintah dan swasta) 51 % sahamnya dalam tempo 20 tahun sejak kontrak ditandatangani pada tahun 1991 yaitu paling tidak sekitar pada tahun 2011. Tahap awal Freeport telah melakukan divestasi sebanyak 20%, yang 10% diberikan pada pemerintah Indonesia, 10% sisanya dibeli Indocopper Investarna yang dimiliki Bakrie Brothers. Beratihnya Saham PT FI sebesar 10% ini terjadi hanya sehari setelah perpanjangan KK ditandatangani. Bakrie Brothers membeli 10% saham

dengan harga sekitar 213 juta US\$, dananya diperoleh dari sindikasi hutang luar negeri yang uniknya penjaminnya adalah Freeport sendiri, data lain menyebutkan Bakrie membeli 21.300 saham Freeport Mc Moran Copper di New York Stock Exchange, dengan menyeter dana sebesar 55 Juta US Dollar dan 173 Juta dalam bentuk pinjaman yang dijamin Freeport. Pemilikan saham oleh Bakrie dianggap beraroma KKN menyimak berita bahwa Ginanjar Kartasasmita menteri Pertambangan dan energi pada waktu itu dekat dengan Bakrie Group maupun dengan James Moffet (Presiden Komisaris Freeport), yang dikatakan teman bertualang yang menyenangkan - walaupun Ginanjar membantah telah menerima imbalan. Di pihak lain bekas menteri pertambangan era Suharto yang lain, Ida Bagus Sujana menuduh Bakrie memiliki saham PT FI tanpa dana.

Pada Desember 1992 (1 tahun setelah penandatanganan) terjadi re-divestasi, Freeport membeli kembali 49% sahamnya dari Bakrie sebesar 212 juta \$ (harga ini setara dengan harga 100% saham Bakrie 1 tahun sebelumnya), dan Bakrie tetap memiliki 51% saham tanpa memiliki hutang. Hal ini menjadi preseden mengingat dalam KK disebutkan bahwa 20 % saham musti dikuasai Indonesia.

Tahun 1997 sebesar 51% saham Bakrie dibeli oleh Nusamba Group (milik Bob Hasan). Pembelian ini kembali memperkuat aroma KKN, mengingat Nusamba (melalui anak perusahaannya PT Nusamba Mineral Indonesia) merupakan sebuah Grup yang 80% sahamnya dikuasai oleh tiga yayasan yang dikenali oleh Soeharto (Dakab, Dharmais, Supersemar) dan 20% lainnya

dipegang masing-masing oleh Bob Hasan dan Sigit Harjojudanto. Pada bulan Februari tahun 2002 Saham Nusamba dibeli kembali oleh Freeport, sejak itu Freeport menguasai 90,36% saham dan sisanya 9,36% pemerintah Republik Indonesia. Uniknyanya berdasar penjelasan PT FII Freeport Mc Moran Copper and Gold mengambil alih pemitikan PT Nusamba Mineral Indonesia karena perusahaan tersebut tidak mampu membayar hutang sebesar 254 Juta US Dollar dari sejumlah bank yang dipimpin oleh Chase, dan lagi – lagi Freeport Mc Moran Cooper and Gold sebagai penjaminnya⁶⁷.

Pada awal investasinya PT FI menginvestasikan modalnya sebesar 75 juta US Dollar dengan luas areal Kontrak Karya 100.000 hektar. Pada KK II menjadi 3 milyar Dollar (40 kali KK I) dengan area Kontrak Karya 2,6 juta hektar (260 kali luas area KK I). Kandungan emas gunung Grasberg diperkirakan mencapai 82,362 juta onces, masih ditambah kandungan tembaga dan perak (1 ton biji tembaga menghasilkan sekitar 13 kg konsentrat tembaga, 1,47 gram emas, 4,04 gram perak). Dalam kurun waktu 18 tahun eksploitasi KK I (1973-1991) tambang ini menghasilkan keuntungan 416 juta US Dollar / tahun, dan dari jumlah tersebut hanya 23 Juta US Dollar disetorkan pada Negara dalam bentuk pajak, royalty, deviden (dari hasil tersebut pemerintah hanya memperoleh 12,545% dari total penghasilan)⁶⁸. Untuk program-program social PT FI hanya mengeluarkan 5,56% dari seluruh pendapatannya selama 21 tahun berproduksi (1973-1994). Namun berdasar sumber resmi PT FI pada Kontrak Karya II

⁶⁷ Arianto Sangaji, *Op. Cit.*, h. 96-97

⁶⁸ Bachriandi, Dianto, *Op. Cit.*, h. 122

diketahui memiliki cadangan emas tunggal terbesar di dunia sebesar lebih dari 2,16 juta kg dan cadangan tembaga terbesar ke tiga di dunia sebesar lebih dari 22 juta ton. Terkait pengembangan (*development*) tahap dua diketahui Freeport Mc Moran Inc. sebagai induk Freeport Mc Moran Copper and Gold melepas sahamnya 18% sahamnya kepada RTZ Corporation Plc., sebuah perusahaan tambang terbesar didunia yang berkantor di Inggris. Hal ini ditatarbelakangi kebutuhan dana PT FI sebesar 1 milyar US. Dollar untuk menggarap gunung Grassberg., dan menjual usahanya di berbagai negara. Disisi yang sama hal ini menjelaskan betapa sangat menguntungkanya tambang Freeport. Disisi lain jelas pembagian keuntungan bagi pemerintah sangat kecil dibanding keuntungan total yang diperoleh dimana penerimaan pemerintah dalam bentuk pajak, royalty, deviden hanya memperoleh 12,545% dari total penghasilan, hal sama terjadi pada Kontrak Karya pertambangan yang lain.

Sejauh ini proses divestasi tidak berjalan kembali, alasan Freeport bahwa pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah No 20 / 1994 yang dalam salah satu pasalnya membolehkan investor asing menanamkan modal hingga 100%. Freeport menggunakan aturan tersebut sebagai dasar tidak melakukan divestasi sebab pasal 24 ayat 2 bagian "d" Kontrak Karya (KK II) menyebutkan bahwa Freeport Indonesia boleh mengikuti ketentuan baru yang lebih meringankannya. Hal ini terasa absurd mengingat bahwa ketentuan pasal 24 ayat b menyebutkan bahwa Indonesia (pemerintah atau swasta nasional) mulai tahun kesebelas, yang jatuh pada tahun 2002 nanti berhak atas 51% saham PT Freeport. Ketentuan ini berlaku jika PT Freeport tidak memperdagangkan 20% sahamnya

di Bursa Efek Jakarta. Masalah lain terkait pencemaran, penggusuran, bagi hasil untuk daerah yang terindikasi bersifat melanggar hukum

b. Kondisi Makro

Pada areal Kontrak Karya II sebesar 2,6 juta hektar di Gunung *Grassberg* (Gunung Rumpu) diperkirakan mengandung 51,8% (82,362 juta ounces) kandungan emas dari kandungan emas yang ada di seluruh Indonesia sebesar 159 juta ounces, selanjutnya Batu Hijau (9,5%), Ketian (3,6%), Gunung Pongkor (2,1%), Cabang Kiri (1,6%), Mesel (1,2%), dan Gunung Muro (0,8%)⁶⁹.

Melihat perimbangan demikian seyogyanya ada pembatasan volume produksi total dalam satu kontrak, hal mana untuk menghindari terjadinya monopoli usaha pertambangan emas.

2.3. Pilihan Hukum (Choice of Law)

Salah satu aspek yang patut diperhatikan dari kajian Kontrak Karya Freeport adalah Hukum apa yang dipergunakan bila terjadi sengketa?. Salah satu subyek Kontrak Karya – Freeport Mc. Moran berasal dari luar negeri. Hal tersebut menjadikan Kontrak Karya merupakan Kontrak Internasional. Menurut Sudargo Gautama⁷⁰, Kontrak Internasional adalah Kontrak Nasional yang terdapat unsur luar negeri atau *foreign element*. Kontrak Karya tidak

⁶⁹Bachriadi Datto, *Op.Cit.*, h. 122

⁷⁰Huala Adolf, *Op. Cit.*, b.4

menyebutkan secara eksplisit pilihan hukum para pihak apabila terjadi sengketa.

Dalam Hukum Perdata Internasional ada 2 (dua) teori mengenai pilihan hukum bagi para pihak, bilamana para pihak tidak ada pilihan hukum, yaitu⁷¹:

1. Relocalization Contract

Menurut **Schachter** manakala tidak ada pilihan hukum, hukum yang berlaku adalah dimana kontrak tersebut dibuat dan dilaksanakan.

2. Delocalization Contract

Menurut **Boekstiegel** manakala tidak ada pilihan hukum, pilihan hukum memuat pilihan hukum yang luas – umumnya memilih hukum negara pihak ketiga.

Apabila para pihak tidak menentukan pilihan hukumnya, **Schmitthoff**⁷² mengatakannya sebagai kontrak defektif (tidak ditentukannya pilihan hukum tidak mempengaruhi kontrak namun merupakan kontrak tidak lengkap). Apabila timbul sengketa, sedangkan para pihak tidak menentukan, maka pengadilan / arbitrase akan memutus sengketanya berdasar prinsip-prinsip hukum perdata internasional yang berlaku. Biasanya langkah pengadilan adalah

1. *Presumed Intention of The Parties* (arbitrase / pengadilan akan melihat apakah ada kebetulan dari para pihak.)
2. Pengadilan menentukan hukum yang berlaku untuk menyelesaikan sengketa

Langkah ini menurut **UNCITRAL**⁷³ memiliki resiko sebagai berikut:

1. Hukum yang berlaku tunduk dan ditentukan oleh aturan-aturan hukum perdata internasional dari suatu sistem hukum dari suatu negara.
2. Namun meskipun aturan-aturan HPI suatu negara akan menentukan hukum yang berlaku untuk kontrak, aturan-aturan sistem hukum tersebut dapat saja tidak jelas, terlalu umum, sehingga sulit memberi kepastian dan menentukan hukum yang berlaku untuk kontrak

⁷¹Ibid, h. 57-59

⁷²Ibid, h. 146

⁷³Ibid, h. 147

Sudargo Gautama⁷⁴ mengemukakan solusi melalui beberapa teori yang dapat dijadikan pegangan bagi para pihak untuk menentukan pilihan hukumnya, untuk menghindari resiko tersebut, yaitu:

1. *The Proper Law Theory*
Pengadilan menganalisis ketentuan-ketentuan dan fakta-fakta sekitar kontrak, untuk menetapkan hukum yang sebenarnya telah dipikirkan para pihak (*the parties had in mind*)
2. *The Lex Loci Contractus*
Kontrak ditentukan oleh hukum ditempat dimana kontrak itu dibuat. (cara tradisional)
3. *The Lex Loci Solutionis*
Kontrak ditentukan oleh hukum ditempat dimana kontrak itu dilaksanakan.
4. *The Lex Fori*
Hukum yang berlaku pada suatu kontrak adalah hukum dari pihak pengadilan.
5. *The Most Characteristic Connection*
Pengadilan menentukan pilihan hukum didasarkan pada hukum dari salah satu pihak yang "melakukan prestasi yang paling karakteristik" (*center of gravity*) dalam suatu transaksi.

Sudargo Gautama mengklaim teori *Center of Gravity* sebagai yang paling tepat.

Pilihan hukum dapat ditemukan pada sumber hukum yang mengatur kontrak Internasional. Sumber hukum yang mengatur kontrak Internasional menurut Huala Adolf⁷⁵ dapat digolongkan kedalam 7 (tujuh) Bentuk Hukum berdasar kekuatan mengikatnya, sbb:

⁷⁴Ibid, h.147-148

⁷⁵Ibid, h.69

1. Hukum nasional (termasuk peraturan perundang-undangan suatu negara baik yang secara langsung atau tidak langsung terkait dengan kontrak);
2. Dokumen Kontrak;
3. Kebiasaan-kebiasaan di bidang perdagangan Internasional yang terkait dengan kontrak;
4. Prinsip-prinsip hukum umum mengenai kontrak;
5. Putusan Pengadilan;
6. Doktrin; dan
7. Perjanjian Internasional mengenai kontrak

Melihat hal tersebut hukum nasional merupakan sumber hukum primer – namun tidak menutup kemungkinan hukum nasional tidak mengatur suatu bentuk atau substansi sebuah kontrak, mengingat hukum nasional cenderung lebih lambat perkembangannya daripada transaksi bisnis yang terjadi.

Kontrak Karya Freeport (I dan II) tidak secara eksplisit menyatakan menggunakan hukum apa bila terjadi sengketa. Berdasar teori Hukum Perdata Internasional penentuan status personal Badan Hukum dalam UU No.1 tahun 1967 tentang penanaman modal asing dapat menjadi sumber kaidah HPI (penentuan hukum yang dipakai). Pasal 3 ayat (1) UU No.1 tahun 1967 menyebutkan: *"Perusahaan yang dijalankan untuk seluruhnya atau sebagai satu kesatuan perusahaan tersendiri harus berbentuk badan hukum menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia"*

Status personal Badan hukum menentukan hukum yang berlaku bagi para pihak. Menurut Ahmad M. Ramli⁷⁶, dari pemahaman terhadap pasal tersebut Indonesia menganut penggabungan 2 prinsip terkait status personal badan hukum, yaitu:

1. Prinsip "*Place Incorporation*", hal ini didasarkan kalimat "dibentuk badan hukum menurut hukum Indonesia"
2. Prinsip "*Siege Reef*", hal ini didasarkan kalimat "berkedudukan di Indonesia"

Maka pasal 3 ayat (1) UU. No. 1 tahun 1967 menganut penggabungan prinsip "*Place Incorporation*" dan "*Siege Reef*". Hal ini bermakna tertutup kemungkinannya bagi para pihak menggunakan hukum asing, dan harus menggunakan hukum Indonesia. Undang-undang RI No. 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal pada Bab IV pasal 5 (2) menyatakan : " Penanaman Modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang". Berarti terkait pilihan hukum tidak ada perubahan pengaturan.

2.4. Pilihan Forum (*Choice of Forum*)

Biasanya para pihak memilih Arbitrase sebagai pilihan, terkait dengan suatu pemerintahan pihak swasta lebih menyukai pemanfaatan jasa badan arbitrase Internasional (UNCITRAL, ICSID, dll). Problem Pelaksanaan putusan

⁷⁶Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, FH UII Press, Yogyakarta, 2007, h. 172-173

arbitrase di dalam negeri / – umumnya warga negara yang kalah memohon pembatalan putusan arbitrase asing. Menanggapi permohonan ini pengadilan negeri kadangkala mengabulkan permohonan ini⁷⁷ Kontrak Karya Freeport diselesaikan melalui konsiliasi dan arbitrase. (selanjutnya dibahas pada BAB III).

2.5. Perbandingan Kontrak Karya dengan Kontrak Pertambangan yang lain.

Kontrak Karya Freeport sebagai salah satu bentuk *investment and / or concession agreement* merupakan kontrak komersial sebagaimana dinyatakan dalam (UNIDROIT), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, bahwa “*The concept of commercial contracts should be understood in the broadest possible sense, ... not only trade transactions ..., but also ... investment and / or concession agreements, ... etc*” dan bukan merupakan kontrak konsumen. Kontrak komersial yang ditandatangani antara Negara dan perusahaan asing menurut **Bermann**⁷⁸ memiliki 2 bentuk, yaitu:

1. **Economic Development Agreements** (Kontrak Pembangunan Ekonomi) merupakan kontrak pemanfaatan sumber daya alam, kontrak pembangunan ekonomi, kontrak pinjaman keuangan.
2. **Agreement on Government Procurement** (Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa) merupakan kontrak kerjasama pada bidang industri, kontrak pengadaan barang kebutuhan operasional aktivitas tugas pemerintahan.

Kontrak komersial yang ditandatangani antara Negara dan perusahaan asing umumnya dilatarbelakangi oleh :

⁷⁷Huala Adolf, *Op. Cit.*, h. 59-60

⁷⁸Ibid, h. 54

1. Kebutuhan dana yang besar
2. Jangka waktu pelaksanaan lama

Dari pemahaman diatas Kontrak Karya merupakan salah satu bentuk kontrak pemanfaatan sumber daya alam, yang merupakan bagian dari *Economic Development Agreements*. Petjanjian pembangunan ekonomi (*Economic Development Agreements*), disini adalah: "... agreements whereby a State engages the capital and technology of foreign enterprise, typically of one or more developed countries, in an undertaking designed to have a decisive positive impact on the State's overall economic development". Kontrak Pembangunan Ekonomi ini juga dikenal sebagai kontrak Negara (*State Contract*) sebagaimana dikemukakan Sornarajah⁷⁹, sbb:

... as a contract made between the state, or an entity of the state, which, for present purposes, may be defined as any organization created by statute within a state that is given control over an economic activity, and a foreign national or legal person of foreign nationality. State Contracts can cover a wide range of issues, including loan agreements, purchase contracts for supplies or services, contracts of employment, or large infrastructure projects, such as the construction of highways, ports or dams

Bentuk awal (generasi pertama) dari *Economic Development Agreements* adalah *Natural Resources Concession Agreement* (Kontrak Konsesi Kekayaan Alam) yang pada perkembangannya kemudian menjadi berbagai macam bentuk kontrak dimana konsesi tidak lagi secara eksplisit disebutkan. Konsesi sendiri memiliki makna sbb: "... is an agreement that permits a foreign entity to enter the country in which the resources are located and, generally for royalty

⁷⁹ibid, h 126

payments and other remuneration to the host government, permits the company to remove the resources and sell them elsewhere”.

Perkembangan kontrak Konsesi ditandai dengan dikurangnya hak eksklusif perusahaan swasta asing dan makin menguatnya peran Negara pada masa kini sebagaimana terlihat pada tabel berikut:

	Generasi I Natural Resources Concession Agreement (Kontrak Konsesi Kekayaan Alam)	Generasi II Revised Concession and Equity Participation Agreements	Generasi III Production Sharing, Work Contract, Service Contract (kata konsesi tidak tegas disebutkan)
Dirinci	Hak Eksklusif, pembangunan dan eksplorasi sumber kekayaan alam diberikan pada perusahaan asing secara luas dan dalam jangka waktu panjang. (1921) Negara penerima sebagai pember hak memperoleh royalty	Jangka waktu kontrak lebih pendek Pembagian keuntungan lebih besar untuk negara pemilik kekayaan Penambahan Klausul yang lebih komprehensif: <ul style="list-style-type: none"> • Pembuatan Program Kerja • Kewajiban sosial yang lebih besar • Aturan terkait tujuan pembangunan 	Bentuk kontrak beragam Campur tangan pemerintah lebih besar, untuk melindungi hak milik dari sumber daya alam dan keberadaannya. Peran Multi National Corporations (MNCs) dan Transnational Corporation (TNC's) pertumbuhan umum sebagai kontraktor.
Lain Belakangan	Negara sedang berkembang (Negara dunia ketiga) memiliki keterbatasan modal - baik secara finansial, teknologi maupun sumberdaya manusia	Perusahaan MNCs lebih banyak mengeruk untung. Negara berkembang merasa dirugikan. Didasarkan perkembangan Hukum Internasional Disahkannya pada tahun 1974 Resolusi 3201 (S-VI) "Declaration on the Establishment of a New International Economic Order", Resolusi 3202 (S-VI) "Declaration of Action on The Establishment of a New International Economic Order", dan Piagam Hak-hak dan Kewajiban-kewajiban Ekonomi Negara (The Charter of Economic Rights and Duties of States) khususnya pasal 2 ayat 1(1) a. "Every State has and shall freely exercise full and permanent sovereignty... over all its wealth, natural resources, and economic activities" " Hak setiap Negara untuk dengan bebas melaksanakan kedaulatan permanent peraih atas semua kekayaan alam, kekayaan alam, dan kegiatan ekonominya.	Kontrak konsesi hak atas kekayaan alam dan pengelolaan seolah telah diserahkan pada perusahaan asing. Konsep atau semangat bentuk kontrak konsesi tidak sesuai dengan konsepsi kedaulatan Negara atas kekayaan alamnya. Oleh karenanya tipe (judul) kontrak -crossesse ditinggalkan.

Sumber diadopsi dari Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, 2007, h 132-134

Lembaga Internasional The Institute of International Law Lebih jauh terkait dengan kontrak internasional yang dibuat oleh negara diwakili (pemerintah) dan perusahaan (badan hukum asing) mengeluarkan resolusi yang dinamakan Resolusi The Institute of International Law 1979, Athena 1979. (Resolusi ILA 1979) dengan judul "*The Proper Law of The Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person*" (Hukum yang berlaku atau perjanjian yang dibuat antara negara dengan perusahaan asing) membenarkan pertimbangan berikut:

1. Kontrak yang ditandatangani oleh pemerintah dan perusahaan asing merupakan kontrak yang penting dewasa ini dalam hubungan ekonomi internasional.
2. Aturan – aturan mengenai kontrak yang dibuat oleh Negara dan perusahaan belum begitu jelas sehingga perlu dibuat penjelasan mengenai aturan –aturan hukum perdata Internasional mengenai kontrak seperti ini.
3. Bahwa berdasarkan prinsip-prinsip umum mengenai hukum perdata internasional, para pihak dalam memilih hukum tertentu, termasuk didalamnya untuk tidak memilih hukum nasional suatu Negara tertentu,
4. Bahwa dalam kontrak seperti ini alasan penerapan tidak berlakunya suatu kontrak karena adanya aturan-aturan hukum yang memaksa atau ketertiban umum dapat saja terjadi (misalnya karena salah satu pihaknya adalah Negara yang dapat memanfaatkan alasan ini sebagai alasan untuk tidak melaksanakan kewajibannya berdasarkan kontrak)

Disamping empat butir diatas resolusi menegaskan bahwa resolusi tidak menyentuh masalah tanggungjawab internasional suatu Negara dalam hal Negara melakukan tindakan yang merugikan pihak lainnya. Pendekatan yang ditempuh Resolusi ini tampaknya adalah tepat mengingat masalah tanggung jawab Negara adalah bidang yang sifatnya publik⁴⁰

⁴⁰Ibid, h. 53-54

Makna suatu kontrak pertambangan dapat dipahami dari klausul kontraknya. **Huala Adolf**⁸¹ memaparkan klausul-klausul yang umum pada Klausul Kontrak Pembangunan Ekonomi, sbb:

1. Klausul Status Mineral atau Sumber Kekayaan Alam (Umumnya disebut kekayaan itu milik : dikuasi negara)
2. Klausul Kontrol terhadap Proyek
3. Klausul Royalti (Besar prosentase ditentukan dari hasil eksploitasi)
4. Klausul Perpajakan (Klausul Perpajakan Relevan Bagi Negara)
5. Klausul Perlindungan lingkungan dan sosial (Perlindungan Lingkungan dan Perlindungan Sosial (*Community Development*) – pengalokasian keuntungan untuk pembangunan kesejahteraan masyarakat sekitar proyek).
6. Klausul Pembagian Keuntungan Perusahaan
7. Klausul Penggunaan Tenaga Kerja Domestik / Transfer Tehnologi (Klausul ini menckankan besarnya jumlah tenaga lokal, sebagai upaya pembuka lapangan kerja dan transfer tehnologi).

Pembahasan selanjutnya langsung pada perbandingan Kontrak Karya dan Bentuk Kontrak lainnya.

2.5.1. Bentuk Dasar Kontrak Pertambangan

Pendekatan pemahaman bentuk Kontrak Karya, dapat dilihat dari aspek hubungan kontraktual (perjanjian) dan kepemilikan sumber daya mineral, dimana bentuk perjanjian pada pertambangan menurut **Ernest E. Smith**⁸² dapat dibagi menjadi 2 (dua) kelompok, yaitu:

1. **Konsesiner**, pemegang konsesi bukan merupakan kontraktor dari negara dalam mengusahakan pertambangan minyak dan gas bumi dan menguasai hasil produksinya berdasarkan konsesi (IZIN) yang diperolehnya.

⁸¹ Ibid. h. 134-135

⁸² Rudi M. Simanungata, *Hukum Minyak dan Gas Bumi*, Djambatan, Jakarta, 2000, h. 37-38

- 2 **Kontraktual**, perusahaan penandatanganan perjanjian merupakan kontraktor dari negara yang menjalankan usaha pertambangan menurut perjanjian yang ditandatangani dibawah kontrol negara atau perusahaan negara. Status kontraktor membawa kosekuensi bahwa hasil produksi tetap berada pada negara.

Perbedaan ini dilatar belakangi oleh adanya 2 (dua) konsep hukum yang berbeda mengenai kepemilikan sumber daya alam di dunia, sbh:

- 1 **Common Law** - Anglo Saxon (misal: Amerika), Individu boleh memiliki hak atas sumber daya mineral yang terkandung dibawah tanah yang dimilikinya
- 2 **Civil Law** - Eropa Continental, Hak Sumber Daya Mineral ada pada negara terlepas dari penguasaan atau kepemilikan individu atas tanah dipermukaannya.

Hal tersebut berimplikasi pada pengaturan kepemilikan peralatan dan *asset* yang digunakan pada proyek (pengusahaan) Umumnya dalam perjanjian kontraktual peralatan yang digunakan menjadi milik negara.

Kontrak - kontrak yang dibuat kemudian, semisal *Joint Venture*, *Contract of Work*, *Production Sharing*, dan bentuk kontrak modifikasi lainnya dalam perjanjian investasi internasional, dibuat berdasarkan 2 (dua) bentuk dasar kontrak diatas.

2.5.2. Perbandingan Kontrak Karya dan Kontrak Pertambangan Lain di Dunia Internasional

Untuk memahami pengelompokan kedua bentuk kontrak dan potensi merugikan suatu kontrak dapat dilihat dari fungsi kontrol dan *share equity* pada suatu sistem yang lazim diterapkan di dunia Internasional, sebagaimana

klasifikasi dari Oman⁸⁵ mengenai 2 pola investasi kegiatan pertambangan di Negara-negara dunia ke tiga yaitu:

1. FDI / *Foreign Direct Investment tradisional, share equity* perusahaan luar negeri menentukan kontrol kepemilikan proyek investasi, kontrol total terhadap suatu proyek atau usaha NFI dengan memakai kepemilikan ekuitas.

Termasuk didalamnya adalah bentuk berikut :

- *Concesse*,
- Kontrak Karya (*Contract of Work / CoW*)

2. NFI / *New Form of Investment, share equity* perusahaan luar negeri tidak menentukan kontrol kepemilikan proyek investasi, kontrol parsial atau total terhadap suatu proyek atau usaha NFI dengan memakai kepemilikan ekuitas.

NFI sendiri memiliki beberapa bentuk:

- *Joint venture*, Perusahaan tuan rumah / *host country* (pemerintah atau swasta) memegang paling sedikit 50% ekuitas, dengan satu atau lebih perusahaan asing sebagai minoritas.
- *Licensing Arrangement*, satu atau lebih perusahaan asing menyediakan akses teknologi pada investor (*host country*), pembayaran secara lump sum fee, perolehan bagian di masa depan, atau akses kepada produk - produk mineral di bawah harga pasar
- *Invest-and import / loan-and import*, perusahaan asing menanam modal ekuitas, secara umum dalam bentuk kepemilikan minoritas agar suplai mineral secara stabil terjamin, atau memperpanjang pinjaman jangka panjang kepada produsen dalam pertukaran kontrak suplai jangka panjang.

⁸⁴ Arianto Sangani, *Op. Cit.*, h. 7-8.

- *Management Contract*, perusahaan asing mengelola operasi di negeri tuan rumah dan selalu mendidik tenaga nasional untuk mengambil alih management dalam suatu periode tertentu.
- *Turnkey and Product in hand Contract*, Kontraktor dapat melakukan studi kelayakan, menyediakan teknologi dan keahlian, memberikan atau mensupervisi desain, rekayasa, konstruksi, dan menyuplai perlengkapan modal (model ini banyak digunakan).
- *Production Sharing Contract*, perusahaan *host country* (biasanya pemerintah) menguasai kepemilikan, kontraktor perusahaan asing diberi tanggung jawab penuh mengelola operasi dan menyediakan atau menghasilkan kebutuhan dana untuk eksplorasi dan pengembangan. Perusahaan asing memperoleh bagian dari produksi untuk membayar biaya yang dikeluarkanya dan prosentase biaya tertentu dari hasil bersih.
- *Internasional Sub-Contracting*, Pemilik proyek pertambangan menyuplai dana dan mengangkat kontraktor untuk melakukan pekerjaan tertentu, tetapi control proyek tetap di tangan pemilik.

Dari pengelompokan diatas **Kontrak Karya** merupakan bagian dari bentuk awal konsesi (*foreign direct investment tradisional*) yang potensiil merugikan pemerintah mengingat *share equity* perusahaan luar negeri menentukan kontrol kepemilikan proyek investasi.

Untuk memahami potensi merugikan tersebut dapat disimak pengklasifikasian kontrak dan klausulnya oleh Rudi M. Simamora⁸⁴ pada 2 (dua) bentuk kontrak berikut:

1. Konsesi / *Concession*
2. Kontrak Bagi Hasil / *Production Sharing Contract*

⁸⁴Rudi M. Simamora, *Op. Cit.*, h. 55-65

Pilihan pemahaman karakter substansi klausul terbatas pada kedua kontrak tersebut (dari beberapa contoh) selaras dengan dua bentuk dasar kontrak, dan dapat dianggap mewakili bentuk – bentuk kontrak lainnya (*variant of contract*) di dunia internasional

1. Koneksi / Concession

Bentuk kontrak paling tua di dunia. Sistem ini paling banyak digunakan di dunia (kurang lebih 121 negara). Koneksi secara sederhana dapat dipahami sebagai izin atau lisensi untuk menjalankan pertambangan yang diberikan oleh negara pada kontraktor dan negara tidak terlibat dalam manajemen operasi. Terjadi pengalihan atas Hak Penguasaan Negara kepada pihak swasta.. Adapun perkembangan klausula pada koneksi dapat dilihat dari 2 (dua) tahap perkembangan berikut⁶⁵.

A. Koneksi Klasik

Memiliki ciri-ciri sbb:

- Wilayah Kerja relatif luas
- Jangka Waktu kontrak sangat panjang (mencapai 70 tahun)
- Wewenang perusahaan di tangan kontraktor (operator sekaligus penanggungjawab manajemen)
- Kepemilikan bahan tambang yang dihasilkan di tangan kontraktor (setelah membayar royalti)
- Kewajiban membayar royalti produksi kepada negara dalam bentuk tunai (*in cash*) atau hasil produksi (*in kind*) – merupakan ciri utama

B Koneksi Modern

Koneksi yang dikembangkan sebagai konsep perjanjian administratif (*administratif contracts*), konsep ini dari Perancis – *droit administratif*).

⁶⁵Ibid, h 56-58

dimana hubungan kontraktual berdasarkan *droit administratif* tunduk pada ketentuan perundang-undangan negara atau badan pemerintah yang berkepentingan, sehingga kewenangan kontraktor lebih dibatasi, dengan ciri-ciri pembatasan:

- Perpajakan (pajak penghasilan atas keuntungan bersih (*net profit*), juga dikenakan pajak tanah (*surface tax*))
- Pengadaan barang dan jasa
- Penggunaan tenaga kerja lokal
- Pelaporan (administrasi perusahaan atau geologi)
- Kontraktor wajib mematuhi peraturan / keputusan-keputusan dari *regulatory body* (badan pemerintah yang dibentuk terkait dengan pelaksanaan konsesi)
- Kepemilikan Asset ditangan kontraktor secara terbatas (Tanah, bangunan, dan fasilitas dalam area menjadi milik negara tanpa biaya, untuk pengalihan asset yang dapat dipindahkan jika tidak susut – pengalihannya seizin instansi negara terkait)

Kekurangan Konsesi (meskipun sebagai sistem telah teruji (*a tried and true system*) dan efektif) adalah minimnya keterlibatan negara dalam manajemen. Solusinya adalah penambahan klausula - klausula⁸⁶, sbb:

a. Bagi Negara:

- Klausula *National Participation / National promotion* (Penyerahan saham negara dalam perjanjian Konsesi (hal ini telah dilaksanakan di Timur Tengah (misal: Arab Saudi pada tahun 1981 mendapatkan bahkan 100% Konsesi Aramco))
- Klausula *National Promotion* (Klausula penggunaan bahan lokal, tenaga lokal)
- Klausula *Allocation of National Needs* (Klausula kewajiban memberikan kontribusi pada kebutuhan nasional (misal : pengalokasian sebagian hasil

⁸⁶Ibid, h. 57

produksi untuk kebutuhan dalam negeri / biasa diterapkan pada tambang minyak)

b Bagi Kontraktor:

- Klausula *Revenue Tax* (Klausula pengaturan fleksibilitas perjanjian menghadapi perubahan harga)
- Klausula *Production Bonus* (imbalan bagi keberhasilan atas tiap tahap bagi kontraktor)

Klausula - klausula Konsesi klasik dan modern dibandingkan dengan klausula Kontrak Karya Freeport dapat dikatakan sama dan sebangun. Hal ini mengindikasikan bahwa Kontrak Karya merupakan bagian dari bentuk Konsesi generasi I dan II, perbedaannya Kontrak Karya Freeport tidak menggunakan *regulatory body* namun langsung pemerintah sebagai pihak, tidak ada klausula bonus (dapat dipahami karena klausula bonus - biasanya ada pada kontrak minyak).

Hal yang paling penting adalah langkah penambahan klausula *National Participation* - terkait dengan minimnya keterlibatan negara dalam manajemen (yang dalam Kontrak Karya dikenal sebagai klausula *Indonesianisasi* namun justru terbatalkan) menjadi titik perhatian dalam perbaikan kontrak bahwa bagaimanapun keuntungan dan perlindungan terhadap keuntungan (dimana Kontrak Karya dengan bentuknya yang demikian pengawasan / pengendalian manajemen bersifat minim) dalam sebuah perusahaan / proyek bersifat penting.

2. Bagi Hasil / Production Sharing

Kontrak Production Sharing pertama kali diterapkan oleh Indonesia antara Pertamina dan IAPCO pada tahun 1966. (Namun menurut Majedi Hasan .. pertama kali dilakukan oleh Venezuela⁸⁷ pada tahun 1948, dengan bagi hasil 50-50), yang pasti prinsip bagi hasil (*Profit Sharing Principle*) ini kemudian diikuti oleh Malaysia, Guatemala, Libya, Mesir, Syria, Jordan, Bangladesh, Gabon, RRC, dan Myanmar yang kemudian bergabung dalam OPEC pada tahun 1959 di Cairo. Kontrak Bagi hasil didasarkan pada Kontrak antara pemilik dan penggarap, dimana penggarap (kontraktor) atas perkenan (ijin) pemilik untuk menyelenggarakan usaha pertanian diatas tanah pemilik, dengan pembagian hasil antara kedua belah pihak. Ciri – ciri utama Klausula dalam Kontrak *Production Sharing* :

1. Manajemen ditangan negara (perusahaan negara)
2. Penggantian Biaya Operasi (*Operating Cost Recovery*)
3. Pembagian Hasil Produksi (*Production Split*)
4. Pajak (*Tax*)

a. Manajemen ditangan negara (perusahaan negara)

Negara tidak perlu mengalihkan Hak Penguasaan Negara (yang terjadi merupakan pendelegasian atau derivasi kewenangan / atribusi). Ada 2 (dua) teknik yang dikembangkan dalam pelaksanaannya, yaitu:

- Negara langsung sebagai kontraktan / partijen (misal: Guatemala)

⁸⁷ Majedi Hasan *Pacta Sunt Servanda*, PT Fikahati Aneska, Jakarta, 2006, h. 50

- Negara secara tak langsung sebagai pihak / kontraktan / partijen melalui Badan Usaha Milik Negara (hukun badan penyelenggara atau semacamnya karena badan yang demikian lebih pada perwujudan bentuk *consort*) (misal: Indonesia dengan PERTAMINA dan Malaysia dengan PETRONAS-nya)

Pembentukan perusahaan negara untuk mewakili negara dalam bentuk kontrak *production sharing* dilatarbelakangi pertimbangan hukum bisnis yaitu:

- **Pengalihan Resiko Bisnis yang bersifat *unpredictable*, dan *unlimited*** karena alasan berikut :

Negara sebagai institusi kedaulatan memiliki keterbatasan alamiah dan harus dijaga kewibawaannya dalam statusnya sebagai organ – yang memiliki kewajiban melindungi kepentingan (secara *a contra no* dapat dipahami penempatan bentuk perusahaan swasta asing oleh negara asalnya sebagai jaram suntik secara jundis politis untuk merobek kedaulatan melalui *act jure gestiones- dimana negara tujuan (yang umumnya bekas negara jajahan) harus menanggalkan hak imunitasnya*, dengan kata lain tidaklah patut negara melakukan kontrak dengan pihak swasta (yang sebenarnya memiliki agunan jauh lebih kecil dari negara dan resiko yang sebenarnya jauh lebih besar pada negara). Melibatkan negara secara langsung dalam ikatan bisnis akan mengekspos negara pada *exposure* pertanggungjawaban bisnis yang relatif tidak terbatas, sebaliknya dengan membentuk perusahaan , maka *exposure*

pertanggungjawaban bisnisnya menjadi sebatas asset perusahaan, dengan pengecualian apabila pemerintah mengeluarkan semacam jaminan pemerintah untuk menjamin keputusan bisnis perusahaan yang dibentuknya. Penerapan kedudukan hukum pemerintah (sebagai wakil negara) hendaklah mempertimbangkan perannya sebagai *The Guarantor of The Last Resort*.

- **Kontrol Pelaksanaan ditangan negara dan kontraktor murni sebagai pelaksana, negara / perusahaan negara terlibat langsung dalam pengambilan keputusan operasional yang dijalankan dengan mekanisme persetujuan (*approval*).**

Keunggulan klausula ini secara Juridis Formal menempatkan negara sebagai pemilik yang melakukan perusahaan (bukan sebagai pengatur belaka). Kekurangan dari sistem ini adalah masalah batasan sejauh mana persetujuan negara atau perusahaan negara dalam proses pengambilan keputusan

b. Penggantian Biaya Operasi (*Operating Cost Recovery*)

Kontraktor berkewajiban membiayai operasi dahulu, yang kemudian diganti dari hasil penjualan barang tambang (umumnya untuk tambang minyak) dengan mengambil dari hasil tambang. Dikenal ada 2 (dua) macam penggantian biaya operasi, yaitu:

- **Penggantian secara penuh (*full recovery*)**

Biaya operasi kontraktor ditanggung Negara secara penuh, semakin besar biaya operasi semakin kecil penerimaan negara, untuk itu peranan negara dituntut optimal dalam operasi (prinsip ini bagus kalau negara / badan negara telah berpengalaman) . Teknik pembayaran penggantian tidak harus penuh untuk satu tahun produksi (karena umumnya hasil produksi lebih kecil dari biaya operasi), untuk itu kekurangan akan diperhitungkan pada tahun berikutnya. **Indonesia menerapkan cara pertama ini.**

- **Penggantian biaya operasi tidak harus berupa penggantian penuh (*full recovery*)**

Kontraktor bertanggung jawab atas biaya operasi dan tidak diganti – melainkan sebatas bagi hasil yang akan diterima (prinsip ini bagus untuk negara yang kurang berpengalaman) dimana fungsi audit bukan faktor penting, namun lebih menekankan kebebasan berdiskresi yang lebih besar pada kontraktor . Kebijakan ini mendorong efisiensi kerja kontraktor untuk mengoptimalkan hasil.

Terkait dengan hal ini ada 2 teknik yang dikembangkan, yaitu:

- o Pembatasan prosentase pembayaran, Myanmar memberikan biaya maksimum 40% dari hasil
- o Bagi hasil dan insentif pajak, Libya menerapkan bagi hasil produksi dan bebas pajak daripada menerapkan penggantian biaya operasi.

Dalam Hal ini cara Libya dan Myanmar lebih menguntungkan

c. Pembagian Hasil Produksi (*Production Split*)

Pembagian hasil produksi setelah dikurangi biaya operasi dan kewajiban lainnya merupakan keuntungan yang diperoleh kontraktor dan pemasukan bagi Negara. Besaran pembagian antara kontrak production sharing berbeda-beda hal yang membedakan besar pembagian antara lain factor berikut:

- **Faktor Keterpencilan (*Remoteness*)**

Semakin terpencil semakin tidak menarik, untuk itu kontraktor biasanya diberi insentif berupa pengurangan beban pajak, bonus produksi, dll.

- **Faktor Teknologi (*Technology Advance*)**

Bagi hasil antara kontrak minyak dan kontrak migas berbeda, dikarenakan minyak secara teknologi, komersial, dan finansial lebih mudah maka negara memperoleh lebih besar, dibanding kontrak gas (misal : untuk minyak rasio pembagian keuntungan pemerintah : kontraktor = 75 : 25, untuk gas = 70 : 30)

Kedua faktor ini yang mendasari perbedaan prosentase pada Kontrak Karya minyak bagi pemerintah 65 : 35 menjadi sekitar 12 : 88 untuk Kontrak Karya Pertambangan lainnya (dalam hal ini utamanya Freeport). Keputusan reasoning perbandingan dibahas pada usulan

d. Pajak (*Tax*)

Semua pajak yang oleh ketentuan hukum dikenakan atas kegiatan operasi kontraktor. Biasanya terutama pajak penghasilan perusahaan (karena

hal ini terkait erat dengan pembagian hasil produksi antara Negara dan kontraktor). Pajak tanah (surface tax) biasanya justru diberlakukan pada Konsesi (namun tidak diberlakukan dalam Kontrak Production Sharing).

Ada 2 (dua) prinsip pendekatan penerapan pajak terkait dengan pembagian hasil keuntungan antara pemerintah dan kontraktor yaitu:

- Bagian Negara besar maka pajak (sebaran kewajiban fiscal) bagi kontraktor diperkecil
- Bagian Negara kecil maka pajak (sebaran kewajiban fiscal) bagi kontraktor diperbesar

Paradigma bahwa negara sebaiknya hanya bersifat mengatur dan cukup memungut pajak (bukan menjadi pelaku usaha) bersifat menyesatkan. Perbandingan diatas menimbulkan distorsi pada proporsi pembagian keuntungan, sepiantas tampak benar, namun sesungguhnya pemerintah akan lebih banyak menerima kerugian (azas manfaat) dari pengurangan bagi hasil namun memperbesar pajak (Oleh karena itu pendekatan kedua oleh Rudi M.Simamora dianggap cocok untuk kondisi dimana tingkat kepastian cadangan rendah karena paradigma pasti untung – meskipun sedikit dibanding penurunan bagi hasilnya), namun alasan tersebut juga tidak tepat . Paradigma pajak ini hanya bisa diterapkan bila pemerintah tetap memiliki bagian hasil yang patut (pajak hanya merupakan instrument pembantu untuk keuntungan negara, bukan yang utama - oleh karena itu

penerapan pajak rendah akan lebih menarik investor dan hal ini akan lebih sesuai dengan irama globalisasi – yang membongkar barrier perpajakan)

e. Kepemilikan *Asset*

Umumnya semua peralatan yang diperlukan untuk pelaksanaan operasi menjadi milik perusahaan negara segera setelah dibeli atau setelah diperhitungkan depresiasinya (penyusutannya). Kebijakan pembelian dan metode perhitungan depresiasi tiap Negara berbeda-beda. Perkecualian dari ketentuan diatas untuk alat yang disewa karena kepemilikannya ada pada kontraktor.

Klausula – klausula lain dari kontrak production sharing relatif sama dengan Kontrak-kontrak lain, dengan perbandingan, sbb:

	Kontrak Production Sharing	Kontrak Karya Freeport
Klausula utama/terangsi		
I Risiko dan pendanaan (<i>risk and financing</i>) Kontraktor mendapat penggantian biaya dalam bentuk tunai (<i>in cash</i>) atau dalam bentuk minyak (<i>in kind</i>)	Beban tanggung jawab teknologi dan pendanaan pada kontraktor (tidak pada Negara), hal ini dianggap wajar karena pemberian kewenangan untuk mengutus atik isi perut Negara yang berkaitan dengan minyak dan gas bumi, atau dengan bahasa politik bahwa Negara telah melepas sebagian kedaulatannya. Namun apabila ditemukan potensi tambang yang layak pembebanan biaya pada negara. Pada fase ini resiko (ketidak efisien ditangan negara)	KK I – ada KK II – ada Pada dasarnya setiap kontrak membiayai dirinya sendiri. (sebagai start up) dan semua biaya diganti dari hasil produksi Pembebanan resiko pada kontraktor pada dasarnya hanya pada awal pengerjaan. Namun dengan alasan menghindari pembebanan resiko pembiayaan start up dan selanjutnya –

	<p>Perlu benchmark keefisienan pengusahaan / batasan luas kontraktor (perlu ada klausula manajemen control secara detail dan mendasar)</p> <p>Di Indonesia pembebanan resiko masih pada negara (libya dan myanmar telah memiliki solusi)</p>	<p>pemerintah cukup memungut pajak (sekaligus pemerintah menolak resiko untang besar dari hasil) – hal ini sangat menguatkan kontraktor (yang pada dasarnya telah memiliki data pada 1960)</p>
2. Pengembalian modal dan keuntungan (<i>Economic Return and profit</i>)	<p>Didasarkan pada hak untuk mengembalikan modal (<i>right of reimbursement and to expatriate the profit</i>) dalam bentuk tunai (<i>in cash</i>) atau bentuk minyak (<i>in kind</i>) didasarkan pertimbangan pada faktor pendanaan proyek, pajak, depresiasi, amortisasi, pembagian hasil, penentuan harga minyak, fee, dan bonus.</p>	<p>KK I – ada KK II – ada</p> <p>Kebebasan pengembalian modal</p>
3. Penguasaan Manajemen (<i>Management Control</i>)	<p>Penguasaan Management – sejauh mana derajat pengawasan negara terhadap kontraktor. Kontraktor sebagai pelaksana, negara yang mengawasi</p>	<p>KK I – ada KK II – ada</p>
4. Pembagian hasil produksi (<i>Division of production</i>)	<p>Kepemilikan hasil produksi ditangan Negara yang kemudian dibagi dengan prosentase pembagian tertentu, setelah dikurangi dengan biaya operasi yang diakui dan pengeluaran lain yang disepakati;</p>	<p>KK I – ada KK II – ada</p> <p>Dalam KK, umumnya keseluruhan hasil produksi menjadi milik kontraktor dengan dikenakan pajak serta kewajiban tertentu lainnya. Peralihan cukup dengan pembayaran royalti</p>
Klausul umum/penujuaag		
5. Masa kontrak (<i>Contract Duration</i>) (Penentuan masa kontrak berkaitan dengan perhitungan ekonomi investasi proyek)	<p>Menyangkut fase pengerjaan, umumnya ada 3 fase, yaitu:</p> <p>1. Fase reconnaissance – umumnya perjanjian belum ditandatangani – bentuknya masih letter of intent. (Nota kesepahaman) –etc – umumnya sekitar 30 tahun</p> <p>2. Fase Eksplorasi</p> <p>3. Fase Pengembangan dan Produksi</p>	<p>KK I – 3 fase KK II – 5 fase</p> <p>Kontrak ektklasif langsung, dari survey hingga operasi Waktu 30-50 tahun</p> <p>Strategi ini sangat merugikan posisi tawar dalam pembagian keuntungan</p>
6. Pengembalian wilayah kerja (<i>Relinquishment</i>)	<p>Luas wilayah kerja yang dikembalikan biasanya sekitar</p>	<p>Luas wilayah kerja yang dikembalikan biasanya</p>

(memapakan upaya negara agar wilayah kerja merupakan aset yang selalu likuid)	50% hingga 75%	sekitar 50% hingga 80% Pentahapan ini bagus namun akan lebih bermakna bila diikuti dengan pentahapan kontrak (contract duration) yang dikaitkan dengan posisi tawar terkait pembagian keuntungan
7. Penempatan dan pelatihan karyawan nasional (Employment and training nationals)	Nasional menghendaki penempatan tenaga nasional disemua lini (untuk transfer of technology) hambatan investor ingin mengamankan bisnisnya dengan tetap memasang orangnya pada posisi kunci.	Pada KK I diterapkan, pada KK II tidak diterapkan (pada KK II - tambang underground perlu tenaga khusus, FIC cari tenaga ahli dari perusahaan lain Untuk tenaga kerja - datangkan dari philipina yang telah pengalamannya dg tambang underground
8. Preferensi Penggunaan Barang dan jasa produksi local (preference for use of domestic goods and services)	Untuk mempercepat pemberdayaan ekonomi nasional - namun ada kendala dari <i>appreciation of domestic (ADP)</i> , kontraktor keberatan dengan kualitas hasil kerja atau hasil produk (<i>deliverability</i>)	Ada diatur, idem
9. Pemasaran Minyak Mentah (Crude Oil Marketing)	Pengaturan produksi untuk memperoleh harga terbaik - umumnya kontraktor telah memiliki jaringan pemasaran	Pemasaran ditangan Kontraktor Pemasaran ditangan kontraktor, hal ini mengantungkan Kontraktor dalam menentukan harga pasar.
10. Pemenuhan Kebutuhan Domestik (Domestic Mobilisation Obligations) (kebutuhan strategis dikelola sendiri atau kekontraktor tergantung dari masing-masing negara)	Minyak menjadi semacam kebutuhan yang penting sehari-hari untuk dalam negeri	Emas tidak strategis, hanya vital. KK I - sebagai material ikutan tidak disebutkan KK II - emas disebut sebagai material ikutan Sepatutnya emas dapat menjadi jangkar devisa negara dalam volumenya yang besar
11. Investasi minimum	Kontraktor	wajib KK I - tidak ada

(Minimum investment)	membelajarkan jumlah anggaran tertentu dalam jangka waktu tertentu. Ketentuan ini hanya untuk masa eksplorasi agar kontraktor aktif tidak mendiadakan kontrak (pada pengembangan dan produksi tidak berlaku karena kontraktor pasti ingin segera produksi)	KK II - ada
12. Rencana Kerja (Work Program)	Penyusunan rencana kerja yang sesuai dengan dana yang telah dianggarkan sesuai komitmen. Ketentuan ini berlaku pada semua tahap. Rencana kerja ini berbasis tahun anggaran sehingga disebut pula rencana kerja dan anggaran (<i>work program and budget</i>). Dan diuatnya melalui persetujuan Negara	KK I - ada KK II - ada
13. Bonus Tunai (Cash Bonus)	Bonus penandatanganan (<i>signature bonus</i>) Bonus penemuan (<i>discovery bonus</i>) Bonus produksi (<i>production bonus</i>) Biaya yang dikeluarkan untuk bonus tidak boleh dimasukkan dalam komponen biaya operasi. Biaya tersebut sepenuhnya menjadi biaya kontraktor	KK I - tidak ada KK II - tidak ada Tidak dikenal bonus
14. Jaminan Pelaksanaan (Guarantees of Performance)	Jaminan pelaksanaan biasanya berupa bank garansi.	KK I - tidak ada KK II - ada
15. Pajak (Tax) Hal yang perlu diperhatikan adalah: Pengakuan kredit pajak (tax credit) dinegara asal Penghindaran pajak berganda (<i>double taxation</i>) (masalah ini biasanya diselesaikan melalui tax treaty antara Negara pemilik sumber daya dan Negara asal kontraktor	Biasanya pajak terdiri dari dua macam Pajak penghasilan perusahaan (<i>corporate income tax</i>) Pajak penghasilan perorangan (<i>individual income tax</i>) Tidak ada royalty Tidak ada surface tax	KK I - banyak tax holiday - pembebasan pajak KK II - instrument pajak lebih lengkap Royalti - ada Surface Tax - ada
16. Penyediaan Informasi (Supply of Information)	Kontraktor wajib menyampaikan data geologis, merupakan	KK I - ada KK II - ada

	keuntungan bagi Negara memperoleh data geologis tersebut untuk memaksimalkan pengembangan usaha tambang.	
17. Pelindungan Lingkungan (<i>Environmental Conservation</i>) Kewajiban untuk melestarikan lingkungan hidup Berlakunya pengawasan yang bersifat ekstraterritorialitas	Dimana pengawasan masalah lingkungan dapat dilakukan oleh pihak ketiga diluar para pihak (LSM, Instansi Resmi Pemerintah, dll). Dimana pelaku dapat dididili diluar negeri.	KK I – tidak ada KK II – ada
18. Penelantaran, pemindahan, dan reklamasi (<i>Abandonment, Removal, Reclamation</i>)	Umumnya kontrak pertambangan sudah mengakomodir klausula ini	KK I tidak ada KK II – tidak ada
Klausula Standard		
19. Force Majeure	Ada	Ada
20. Permutaan Perjanjian	Ada	Ada
21. Pembukuan dan audit	Ada	Ada
22. Asuransi	Ada	Ada
23. Pemberitahuan dan Perwakilan	Ada	Ada
20. Hukum Yang Berlaku	Ada	Ada
21. Penyelesaian Sengketa	Ada	Ada

Tabel ini disusun dari tinjauan Rudi M. Simamora, *Hukum Minyak dan Gas Bumi*, Djambatan, Jakarta, 2000, h. 37 - 54

Terkait dengan Kontrak Karya ada 2 (dua) klausula yang belum diakomodir yaitu klausula “bonus” dan klausula “penelantaran, pemindahan, dan reklamasi” (*Abandonment, Removal, Reclamation*), namun terkait dengan Kontrak Karya yang relevan adalah klausula ke dua.

Berdasarkan pada pemahaman Klausula - klausula diatas bentuk Kontrak Production Sharing merupakan bagian dari bentuk dasar kontrak “kontraktual” (dan merupakan bentuk perkembangan mutakhir dari bentuk konsesi pertambangan) dan memiliki keunggulan yang menguntungkan negara dalam hal *ownership*, manajemen pengusahaan (sekaligus pengawasan) serta pembagian keuntungan dibandingkan dengan Kontrak

Karya Freeport, dengan tetap memperhatikan keuntungan dan kerugian dalam penerapannya (yang masih berpotensi merugikan dan akan dibahas pada bagian selanjutnya dari pembahasan) – kelima klausula diatas diusulkan menjadi klausula inti dalam usaha perbaikan klausula kontrak pertambangan oleh pemerintah Indonesia.

2.5.3. Perbandingan Kontrak Karya dan Kontrak Pertambangan Lain di Indonesia

Bentuk Kontrak Karya bukanlah satu-satunya bentuk kontrak pertambangan bagi *Foreign Direct Investment* di Indonesia. Sebelum kemerdekaan, pemerintah Hindia Belanda memberlakukan *conssesie* dalam mengelola kekayaan alam, yang diatur dalam *Indische Mijn Wet*. Kemudian setelah kemerdekaan dikenal Kontrak Karya, Kontrak *Production Sharing* di bidang perminyakan, dan selain itu juga ada bentuk kontrak pertambangan yang lain.

Berdasar Undang-undang no.1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing yang kemudian disusul dengan Undang-undang no.7 tahun 1967 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pertambangan (Undang-undang Pokok Pertambangan), Bentuk Kontrak pertambangan antara pihak Pemerintah dan swasta asing dikenal memiliki 4 macam bentuk⁸⁸:

1. Kontrak Karya (*Contract Of Work*) untuk sektor pertambangan umum
2. Kontrak Bagi Hasil (*Production Sharing Contract*) untuk sektor pertambangan migas

⁸⁸ Abrar Saleng I, *Op. Cit.*, h.147-171 dan Salim HS, *Op Cit.*, h.63-126

3. Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara (*Coal Agreement*) untuk subsektor pertambangan Batu Bara.
4. Kuasa Pertambangan dimana BUMN (sebagai pemegang Kuasa Pertambangan) melakukan kerjasama dengan pihak swasta asing dalam Kontrak Karya Pertambangan

Masing-masing berbeda dalam pengaturannya sebagaimana berikut:

Tabel Perbandingan Kontrak Pertambangan di Indonesia¹⁹

No.	Hal	Consesie	Kontrak Karya (KK) Mining Contract of Work Pertambangan umum	Kontrak Karya (KK) Mining Contract of Work Perminyakan	Kontrak Production sharing (KPS) Production Sharing Contract	Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara (PKP2B) Coal Agreement
1.	Dasar Hukum	iuscische Mijin Wet	Ps. 14 UUPP 1967 Ps. 8 UUPMA 1967	Ps. 6 UU MIGAS Ps. 12 UU No.8/1971 UU No.44 Prp / 1960 UU No. 14 / 1963	UU No.44 Prp / 1960	Ps. 10 UUPP 1967 Keppres 75/96
2.	Ratifikasi / Persetujuan / Kea- danan Kontrak	Persetujuan Pemerintah (konsesi lama), Konsesi SA melalui ratifikasi (diberhentikan Lembaran Negara)	Dikonsultasikan DPR dan BKPM sebelum disetujui Presiden	Perjanjian Karya disetujui DPR menjadi Undang-undang	Persetujuan Presiden	Persetujuan Presiden dengan sebelumnya dikonsultasikan DPR dan BKPM bagi PMA atau hanya cukup dikonsultasikan BKPM saja bagi PMDN
3.	Subyek / Para	Pemerintah Kolonial dan	Pemerintah dan Kontraktor Asing	Pemerintah dan Kontraktor Asing	Pemerintah dan Kontraktor Asing	Pemerintah dan Kontraktor Asing / Kontraktor Nasional

¹⁹ Tabel ini disusun dari Abrar Saleng, *Hubungan Hukum antara Pemerintah dengan Badan Usaha Swasta dalam Berbagai Pola Kontrak Kerjasama Pengusahaan Pertambangan*, Jurnal Hukum No 13 Vol 7 April 2000. (selanjutnya disingkat Abrar Saleng II), h. 24 dan 28. dan Madjedi Hasan, *Op. Cit.*, h. 43-63

	Pihak	Kontraktor				
4	Mulai Berlaku oleh	Setelah disetujui pemerintah atau pejabatnya Senat/ablad	Setelah ditandatangani para pihak	Disyahkan dengan U.U.	Setelah Disetujui Presiden	Setelah ditandatangani para pihak
5	Masa Berlaku	75 tahun (gasal 13)	30 tahun sejak produksi	Old area 20 tahun New area 30 tahun	30 tahun	30 tahun sejak produksi
6	Kewenangan Managemen	Kontraktor	Kontraktor	Kontraktor	Perusahaan	Kontraktor
7	Dasar Pembagian Keuntungan	Hasil penjualan Bagian pemerintah dikur pajak, niro, temp, dan pungutan 25% dan lain lain	hasil penjualan produksi	hasil Penjualan	Uang Produksi (uang yang diproduksi/natural)	Batubara yang diproduksi termasuk dalam perkembangannya atas hasil penjualannya
8	Peralihan Hak Pemilikan atas Tamban	Setelah melunasi Royalti dan memenuhi kewajiban	Setelah melunasi Royalti dan memenuhi kewajiban Royalti emas = 1%	Berakhir pada "Point of Sale" dengan pembagian 60% pemerintah dengan 40% Kontraktor	Berakhir pada "Point of Export" dengan pembagian antara perusahaan dengan swasta	Setelah melunasi royalti, 13,5% at sale point.

8	Kewajiban lain Royalty = 4%	Total pendapatan pemerintah (pajak, royalty, saham, dll) antara 12% - 27%			Minyak = (84,15) % Gas = (79,30) %	
9	Penulisan Perolehan Perolehan	Kontraktor	Kontraktor	Kontraktor	Pertanggung jawaban perolehan operasi	

Bagaimana detail perbandingan Kontrak Karya Freeport dengan bentuk Kontrak Pertambangan lain di Indonesia, diperlukan pemahaman dari substansi klausul-klausulnya, sbb:

1. Perbandingan Kontrak Karya Freeport dan Concessie

Pada awalnya Pemerintah Hindia Belanda melalui *Indische Mijnwet* 1899 mengatur pertambangan dengan klausula pokok⁹⁰, sbb:

- Jangka waktu konsesi 75 tahun (pasal 13)
- Pemegang konsesi mempunyai hak untuk mengendalikan bahan galian dalam wilayah konsesinya yang berada diatas dan dibawah permukaan tanah (pasal 16).
- Penerimaan pemerintah, yaitu berasal dari pajak perseroan, iuran tetap (*vast recht*), yang dihitung berdasarkan luas wilayah konsesi, dan pungutan hasil kotor pertambangan (*cijns*) (Bab VI)

Kemudian pada 1910 Pemerintah Hindia Belanda menambahkan pasal 5A pada *Indische Mijnwet*. Dengan perubahan mendasar sbb:

⁹⁰Mudjedi Hasan, *Op. Cit.*, h. 47-48, Soetarjo Sigit dan S. Yuonarpodo, *Op. Cit.*, h. 7

1. Pemerintah berwenang untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi selama hal ini tidak bertentangan dengan hak-hak yang telah diberikan kepada penyelidik atau pemegang hak konsesi
2. Pemerintah dapat melakukan sendiri eksplorasi dan eksploitasi atau mengadakan perjanjian dengan perorangan atau perusahaan dimana perusahaan wajib melaksanakan eksploitasi atau eksplorasi dan eksploitasi; dan
3. Perjanjian demikian itu tidak akan dilaksanakan kecuali telah disahkan dengan undang-undang (ketentuan ini kemudian hanya diberlakukan untuk kegiatan eksploitasi berdasarkan amandemen tahun 1918).

Kontrak pada masa itu memiliki beberapa bentuk terkait dengan lingkup kerja pemerintah, sbb:

- Kontrak SA tersebut dimuat dalam staatsblad (Lembaran Negara) karena migas sebagai bahan galian penting. oleh karena itu pemerintah sendiri yang melaksanakan usaha.
- Kontrak SAE Kontrak Eksplorasi antara Pemerintah dengan perusahaan migas
- Kontrak S AEE Kontrak Eksplorasi dan Eksploitasi antara pemerintah dengan perusahaan migas

Pada Konsesi murni, pengawasan berupa perizinan, peraturan perpajakan, dan lalu lintas devisa. namun dengan pasal 5A ini maka pengawasan diperluas dengan kekuasaan mengendalikan produksi minyak dan pembagian keuntungan. Dimana ditetapkan mengenai pendapatan negara disamping hasil dari pembayaran pajak perseroan sesuai dengan ordonansi pajak perseroan 1925, iuran tetap dan pungutan hasil pertambangan (kewajiban akibat ketentuan perundang-undangan), perusahaan minyak

wajib menyerahkan bagian pemerintah dari hasil usahanya, yang dihitung atas laba bersih (jumlah produksi komersial dikurangi biaya eksplorasi dan produksi) menurut satu rumusan yang ditetapkan dalam kontrak (kewajiban yang timbul dari kontrak) dengan perhitungan berdasar *Rukan III, SA Exploratie en Exploitatie Contract* (disamping itu perusahaan wajib membayar pajak perseoran berdasar Ordonansi Pajak Perseroan 1925, uran tetap dan pungutan hasil pertambangan (Royalti) sbb:

- 25% pertama = 10%
- 10% kedua = 15%
- 10% ketiga = 20%
- 10% keempat = 25%
- Diatas 55% = 30%
- Jumlah = 25% dari laba bersih

Menjelang berakhirnya perang kemerdekaan Pemerintah Belanda memberikan aturan tambahan, yaitu:

- Insentif untuk rehabilitasi
- Kelonggaran penggunaan devisa / pengeluaran devisa
- (hasil ekspor, keperluan rehabilitasi ekspor dan impor keperluan)
- Wajib membayar pajak tanah (*vast recht*) untuk setiap hektar areal konsesi
- Royalti 4% dari produksi kotor.
- Wewenang manajemen penuh ditangan kontraktor
- Minyak dihasilkan sepenuhnya menjadi milik kontraktor karena pembayaran royalti sudah dianggap sebagai pembayaran atas minyak yang

dihasilkan kepada pemilik. (konsekuensinya) tentu pemerintah tidak mempunyai akses dan kemampuan untuk menentukan harga jual dan ketersediaan minyak di dalam negeri atas minyak yang dihasilkan.(tidak sesuai UUD 1945)

Pada beberapa literatur pada umumnya disebutkan persamaan dan perbedaan antara Kontrak Karya dan Konsesi berdasar pendapat Mochtar Kusumaatmadja,⁹¹ sbb.

a. Persamaan

1. Hak dan kewajiban kepada kontraktor sama dengan konsesi.
2. *Myr Polite Reglement* tidak herbeda tentang penerapan keselamatan kerja

b. Perbedaan

1. Kontrak Karya lebih terbatas : pendek waktunya ,
2. Hak konsesi - *right in rem*, yang dapat dijadikan jaminan, sementara hak kontraktor dalam kontraktor karya ' kontrak bagi hasil adalah *right in personam* yang tidak dapat dijadikan jaminan

Selain itu ada klausul yang berbeda walau tidak terlalu menyokok yaitu:

1. Insentif untuk rehabilitasi.
- 2 Royalty 4%
3. 25% dari hasil bersih usaha untuk negara

⁹¹ Madjedi Hasan, *Op Cit* , h 60-61

Keuntungan dan kerugian dari perbedaan dan persamaan kedua kontrak, sebagaimana berikut:

- Pembatasan waktu kontrak karya menunjukkan kepekaan akan perubahan peraturan
- *Right in personam* wilayah Kontrak Karya- menguntungkan negara karena "tanah" tidak dapat dijadikan jaminan oleh Kontraktor.
- Perlunya insentif untuk rehabilitasi
- Klausula Kontrak Karya merupakan bagian dari klausula konsesi lama, dibanding bentuk konsesi kontrak Sa yang lebih baru (dimana pemerintah Belanda menunjukkan keinginan untuk lebih terlibat sebagai pengusaha secara langsung dibanding hanya sebagai *regulator body* dengan rezim perizinannya sekaligus meningkatkan keuntungannya).
- *Capital in flow dan capital out flow policy*, pemerintah Belanda sangat memperhatikan hal tersebut. Dibuatnya kontrak Konsesi dalam pengolahan sumber daya alam di Indonesia – dengan hanya menekankan pada pajak dan royalti – adalah dalam rangka mengeksploitasi secara besar-besaran – daerah / koloni jajuhannya, atas bantuan swasta dari negara asal (Belanda), tanpa memperdulikan *return* atau hasil untuk daerah koloninya. Jadi meskipun dengan pajak dan royalti sangat kecil secara total – bersama hasil dari pengusahaan oleh kontraktor merupakan devisa yang sangat besar bagi negeri Belanda, sebaliknya menjadi

sebuah tetesan keuntungan didaerah koloninya sendiri (hanya sebatas politik balas budi). Dengan kata lain merupakan suatu anomali bila pemerintah Republik Indonesia justru memilih bentuk konsesi generasi pertama dibanding kontrak bagi hasil (*Contract Production Sharing*)

2. Perbandingan Kontrak Karya Freeport dan Kontrak Karya Minyak dan Gas

Pada tahun 1963 - setelah 18 tahun kemerdekaan, Konsesi dirubah menjadi Kontrak Karya berdasar UU No. 14 tahun 1963. Perjanjian Karya (UU No. 44 tahun 1960 lembaran negara No. 133 tahun tahun 1960 jo tambahan lembaran negara No. 2070 tahun 1960) Disitu dijelaskan bahwa bentuk kontrak / perjanjian karya merupakan bentuk transisional (bukan bentuk ideal sesuai UUD 1945)⁹²

Kontrak Karya pada prinsipnya adalah suatu perjanjian yang mengatur tentang pembagian keuntungan / pendapatan (*profit income sharing agreement*). Ciri-ciri Kontrak Karya Migas dibanding Kontrak Karya Freeport, sbb:

a. Kesamaan

- Manajemen - pada Kontraktor
- Kepemilikan Asset - pada Kontraktor (hingga Asset terdepresiasi)
- Dana operasional sepenuhnya ditangan kontraktor
- Masa berlaku 30 tahun
- Wajib Relinquishment (pengembalian wilayah untuk jangka waktu tertentu)
- Status wilayah - Right to Personam
- Penerapan post audit

⁹²Rudi M. Sismamora, *Op. Cit.*, h. 84-85

b. Perbedaan

- Kepemilikan Minyak – ditangan negara (melalui perusahaan negara) – KK ditangan negara langsung
- Bagi hasil didasarkan hasil penjualan minyak dan gas bumi (*point of sale*) dengan perbandingan keuntungan 60% untuk negaradan 40% untuk kontraktor – KK tidak ada bagi hasil , namun ada penarikan pajak yang besar dan royalty
- Kontrak Karya berlaku setelah disahkan oleh undang-undang
- Kewajiban melakukan pembayaran dalam bentuk minyak dan gas bumi (*in Kind*) secara pro-rata hingga 25% dari produksi tahunan

Keuntungan dan kerugian dari perbedaan klausula kontrak diatas adalah sebagai berikut;

- Dari segi penentuan pihak - melalui perusahaan negara, tanggung jawab negara (melalui perusahaan negara – menjadi sebatas kekayaan perusahaan negara) - Konsep KK Migas lebih menguntungkan.
- Bagi hasil juga lebih menguntungkan Kontrak Karya Migas
- Pengesahan kontrak melalui ratifikasi (persetujuan DPR) mengurangi resiko kolusi oleh pimpinan negara
- Masalah kewajiban pemenuhan kebutuhan dalam negeri – mungkin dapat diterapkan dalam KK Freeport , obyek tambang emas (sebagai material ikutan) dikecualikan dari kontrak utama untuk diserahkan seluruhnya pada negara

Kontrak Karya minyak nampak lebih baik (muskipun masih juga dikatakan merupakan bentuk transisional, namun mengapa pada KK II sekali lagi pemerintah Republik Indonesia masih memilih bentuk (substansi klausula) kontrak "konsesional" generasi pertama dan kedua.

3. Perbandingan Kontrak Karya Freeport dan Kontrak Bagi Hasil

Pembiayaan oleh kontraktor, (eksplorasi, pengembangan, hingga pemasaran) yang akan diganti / dikembalikan dari hasil produksi UU No 8 tahun 1971 hanya menyebut 1 bentuk kontrak pertambangan yaitu *Production sharing*. Kalau pertamina ingin bekerjasama untuk menjalankan kegiatan sebagaimana diatur dalam pasal 6(1) Undang-undang No. 8 tahun 1971, perjanjian kerjasamanya hanya diperbolehkan dalam bentuk *contractual joint venture*, tidak dalam *equity joint venture*. Sehingga **partner Pertamina akan selalu berstatus kontraktor terhadap Pertamina**⁹³

Peraturan Pemerintah No.35 tahun 1994 tentang syarat syarat dan pedoman kerjasama Kontrak Bagi Hasil Minyak dan Gas Bumi (PP KBH), diperbaharui dengan pasal 11 ayat (3) UU Migas 2001 dan Peraturan pemerintah No 35 tahun 2004 tentang Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (PP Migas), kontrak kerjasama wajib memuat paling tidak ketentuan pokok sbb:

1. Penerimaan negara
2. Wilayah Kerja dan pengembaliannya
3. Kewajiban Kontraktor untuk mengeluarkan dana
4. Perpindahan Kepemilikan Hasil Produksi atas minyak dan gas bumi
5. Jangka waktu dan kondisi perpanjangan kontrak
6. Penyelesaian perseisihan
7. Kewajiban kontraktor menyerahkan sebagian dari hasil produksi yang menjadi haknya untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri.
8. Berakhirnya kontrak;
9. Kewajiban Pasca Pertambangan
10. Keselamatan dan Kesehatan Kerja
11. Pengelolaan lingkungan hidup
12. Pengalihan hak dan kewajiban
13. Pelaporan yang diperlukan

⁹³Ibid., h. 104

14. Rencana pengembangan lapangan
15. Pengutamakan pemanfaatan barang dan jasa dalam negeri
16. Pengembangan masyarakat sekitarnya dan jaminan hak-hak masyarakat adat;
17. Pengutamakan penggunaan tenaga kerja Indonesia

Keuntungan Klausula Kontrak Production Sharing dibanding KK Freeport:

- Kewenangan manajemen dengan perusahaan negara (Pertamina). Namun kewenangan itu terbatas, yaitu sebatas ketentuan berikut.
 - o Kewenangan memberi persetujuan atas RKA (Rencana Kerja Anggaran termasuk Rencana Pengembangan) berdasar pasal 10 PP - Perjanjian bagi hasil akan menghilangkan sengketa mengenai harga minyak yang dipergunakan untuk menghitung keuntungan, yaitu artifisial atau dimanipulasi oleh perusahaan perusahaan minyak untuk kerugian pemerintah.
 - o Kontrak Bagi Hasil memberi persetujuan mengenai RPTK (Rencana Penggunaan Tenaga Kerja) berdasar pasal 11 PP KBH,
 - o Namun tidak mengatar kewajiban kontraktor untuk pembelian barang dan peralatan dan pengadaan jasa (yang bersifat rawan penggelembungan). **Kewenangan manajemen ini sebenarnya masih setara dengan tugas *Value Comdtree* pada article 8 perjanjian karya, oleh karena itu kewenangan manajemen negara / perusahaan harus lebih luas – dan terdiskripsikan dalam kontrak.** Selain itu Perjanjian karya / Kontrak Karya Freeport mensyaratkan *post anda* (kebijakan ini rawan penggelembungan / rekayasa)

- Asset produksi menjadi milik negara segera setelah masuk wilayah pabean Indonesia
- Hasil produksi setelah dikurangi biaya operasi dibagi antara negara dan kontraktor dengan pembagian, sbb:
 - 85% bagi negara dan 15% bagi kontraktor untuk hasil produksi minyak
 - 65% bagi negara dan 35% bagi kontraktor untuk hasil produksi gas (prosentase pembagian tersebut setelah dipotong pajak dan pengembalian biaya operasi)
- Kepemilikan minyak berakhiri pada point of export
- Pajak penghasilan 48% (lebih besar dari KK Freeport), namun tidak ada *dead rent / surface tax*.
- Wajib memenuhi kebutuhan minyak dalam negeri.
- Program *community development* (topic ini sedang hangat dibicarakan terkait kontrak karya)

Namun dengan diberlakukannya UU No 22 tahun 2001 – kontrak tambang minyak lebih mengarah pada bentuk konsesi awal kembali dengan dibentuknya Badan Pelaksana (*Regulatory Body*). UU ini melepaskan hak monopoli Pertamina, dengan tujuan Pertamina lebih konsentrasi sebagai investor dan kontraktor. Adapun pergeseran kewenangan tersebut sbb:

UU No. 37 Prp tahun 1960 tentang Pertambangan, Undang-undang No. 44 Prp tahun 1960 tentang pertambangan minyak dan gas bumi (UU Migas 1960)	UU no 22 tahun 2001
<ul style="list-style-type: none"> • Pemegang hak penguasaan "Pemerintah" • Penasionalan Negara mendapatkan "Kuasa Pertambangan" • Pertama Pemegang Kekhasan Pertambangan. Dengan pembagian kewenangan higgs <p>1 Wilayah Kuasa Pertambangan yang dikuasai sendiri oleh Pertamina</p> <p>2 Wilayah Kuasa Pertambangan yang dilakukan oleh badan usaha atau bentuk usaha tetap (sebagai kontraktor dari pertama) melalui Perjanjian Karya dan KBH. (Pasal 6 UU Migas)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Pemegang hak penguasaan wilayah induk pertambangan Indonesia (Negara Republik Indonesia) • Pemegang Kuasa Pertambangan (penyandang hak penguasaan wilayah) Pemerintah • Badan Pelaksana (Kuasa pemerintah) untuk menandatangani dan mengendalikan Manajemen Operasi Kegiatan Usaha Hulu (merupakan badan bentuk pemerintah) melakukan kontrak kerjasama dengan badan usaha / bentuk usaha tetap • Wilayah Kerja ditetapkan dari penawaran WK oleh menteri • Lelang umum dan penciptaan WK oleh menteri.

Fenomena menarik Kontrak Bagi Hasil tidak menarik bagi Kontraktor Besar (The Big Five) meskipun ada yang menerima kontrak bagi hasil, dan jumlahnya lebih sedikit dibanding pemegang Kontrak Karya / Perjanjian Karya, dan hasil Pertamina sendiri hanya 6% dari total hasil produksi minyak di Indonesia, sehingga dengan kekayaan yang begitu melimpah Indonesia bukanlah net-exportir, namun justru hanya sebagai net-importir

Secara umum kontrak pertambangan dalam bentuk kontrak *production sharing* lebih bersifat menguntungkan bagi pemerintah. Kontrak *production sharing* menempatkan modal nasional sebagai pengendali manajemen dengan prosentase pembagian keuntungannya lebih menguntungkan bagi negara,

sekalipun kurang menarik buat investor. Kewibawaan dan kedudukan pemerintah sebagai "benteng terakhir" keadilan bagi bangsa dan negara tetap terjaga, dimana pemerintah masih dimungkinkan sebagai wasit apabila terjadi masalah dalam pertambangan⁹⁴.

Kontrak Karya memberikan kedudukan hukum (terkait hak dan kewajiban) yang bersifat tidak seimbang / merugikan bagi pemerintah, karena pada dasarnya dalam perusahaan tersebut pemerintah sebagai badan hukum merupakan bagian dari Freeport (dengan pemilikan saham yang sangat kecil), dan di sisi lain pemerintah sebagai organ pengatur dan pemberi ijin telah melepas kewenangan hukumnya menjadi sebatas mengawasi dan memberlakukan rezim pajak. Dalam Kontrak Karya posisi pemerintah sebagai principal sebatas memberi ijin dan mengetahui pelaksanaan dari Kontrak Karya saja (atau dengan kata lain tidak menunjukkan posisinya sebagai badan hukum melainkan lebih hanya sebagai organ saja). Hal ini mempertegas kerugian dan kedudukan hukum pemerintah dalam Kontrak Karya.

Kedudukan negara sebagai subyek hukum dalam perusahaan pertambangan tersebut selanjutnya tergantung besar kecilnya komposisi pembagian saham sebagai badan dan instrumen pajak dan royalty buat pemerintah sebagai organ

⁹⁴Abrar Saleng berpandangan bahwa menurut UU Migas 1960 kedudukan pemerintah berada diatas para pihak, karena Pertamina yang bertindak sebagai pihak yang menandatangani kontrak. Dengan kedudukan demikian, pemerintah dapat memposisikan dirinya sebagai pembimbing atau pengawas yang dapat mencegah timbulnya sengketa. Walaupun terjadi sengketa, pemerintah dapat menjadi mediator atau wasit sebelum sengketa para pihak dibawa ke forum arbitrase. Madjedi Hasan, *Op Cit.*, h.89

4. Perbandingan Kontrak Karya, Perjanjian Karya Pertambangan Batu Bara, dan Kontrak Kuasa Pertambangan

Ke empat macam bentuk kontrak tersebut berbeda (lihat tabel perbandingan kontrak sebelumnya di atas-kecuali Kuasa Pertambangan). Kontrak Karya (*Contract of Work*) dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara (PKP2B / *Coal Agreement*) memiliki kesamaan bentuk, keduanya secara umum berbeda dengan Kuasa Pertambangan (*Mining Authorization*) dalam kaitannya dengan .

a. Peraturan pemerintah.

Kuasa Pertambangan harus mengikuti perubahan perundang-undangan atau peraturan dari pemerintah, sedang Kontrak Karya dan *coal agreement* tidak, sebagaimana diutarakan Sutaryo Sigit⁵, sbt:

...a Mining Authorization is just permit to undertake mining activity. In other words, such mining undertakings are subject to changes if there are changes in the general legislation

Dan

"Therefore, holders of contract of works or a coal contracts are protected or "insulated" from future changes in the general legislation"

b. Lingkup Pengusahaan

Kontrak Karya memberikan hak secara eksklusif pada kontraktor untuk melakukan usaha pertambangan dari tahap penyelidikan umum (survey),

⁵ Sutaryo Sigit dan Sanarto Yudonarpoko, *Legal Aspects of the Mineral Industry in Indonesia*, (Makalah) Indonesia Mining Association (IMA), 1987

eksplorasi, sampai dengan eksploitasi, pengolahan, dan penjualan hasil produksi tanpa ada pemisahan antara tahap pra-produksi dengan operasi produksi. Sedangkan Kuasa pertambangan diberikan sesuai tahap atau jenis usaha pertambangan yang diusahakan

5. Perbandingan Kontrak Karya Generasi I – VII

Secara umum pembenahan bersifat gradual dan fokus pada klausula pajak terkait perbaikan besaran dan sistem perpajakan / royalti (lihat lampiran). Hal yang paling penting adalah dicantumkannya **Indonesianisasi** pada klausula kontrak (sekalipun belum terbukti pelaksanaannya) dimana negara memperoleh kesempatan mendapatkan posisi dan keuntungan yang signifikan. Setelah Generasi II, generasi III hingga IV kurang diminati investor, baru pada generasi V kontrak karya diminati kembali.

6. Usulan Bentuk Kontrak yang Proporsional dari Perbandingan Bentuk Kontrak Konsesional Dan Kontraktual,

Secara umum Kontraktor dalam Kontrak Karya memiliki beberapa keuntungan yang tidak ada di bentuk kontrak yang lain (secara kumulatif) adalah sbb.:

1. Kewenangan manajemen penuh ditangan kontraktor
2. Penerapan *royalty* (yang sangat kecil)
3. Mendapat jaminan kepastian hukum dari kerugian perubahan peraturan yang dilakukan pemerintah diwaktu akan datang (mis: tidak ada nasionalisasi)
4. *Share Equity* pemerintah kecil
5. Lingkup usaha bersifat eksklusif dari survey hingga menjual hasil tambang.

Keuntungan bagi kontraktor ini justru potensi sangat merugikan bagi pemerintah Republik Indonesia.

Pemahaman Kerugian ini dapat kita lihat dari kelengkapan klausula antara Kontrak Karya dibanding Kontrak Bagi Hasil (Kontrak Production Sharing) dengan titik perhatian pada klausula - klausula berikut (lihat pembahasan 2.5.1. angka 2 Kontrak Bagi Hasil) :

1. Manajemen datangan negara (perusahaan negara)
2. Penggantian Biaya Operasi (*Operating Cost Recovery*)
3. Pembagian Hasil Produksi (*Production Split*)
4. Pajak (*Tax*)
5. Kepemilikan Asset

Adapun langkah langkah perbaikan yang diusulkan adalah sebagai berikut

a. Reformasi Paradigma Pajak Pengusahaan Pertambangan

Pembenahan paling awal atas upaya dibentuknya suatu Substansi Kontrak yang adil dan menguntungkan bagi pemerintah dari perbandingan 2 (dua) bentuk dasar kontrak pertambangan yaitu "konsesional" dan "kontraktual"³⁶ adalah **reformasi paradigma pengusahaan tambang terkait dengan pajak.**

Paradigma bahwa negara sebaiknya hanya bersifat mengatur dan cukup memungut pajak (bukan menjadi pelaku usaha) bersifat

³⁶Bentuk kontraktual (kontrak) dan konsesional (ijin) disini pada dasarnya keduanya dibuat dalam bentuk kontrak. Hal ini konsisten dengan pendapat ahli barat bahwa negara harus mengesampingkan hak imunitasnya (act jure imperii) manakala berhubungan dengan pihak swasta melalui kontrak sehingga hubungan bersifat sederajat (act jure gestionis)

menyesatkan⁹⁷. Akar masalah pembentukan kontrak adalah apakah kita menjadi pengusaha atau hanya pemungut pajak dan bagi hasil yang kecil?

Kita ketahui ada 2 (dua) prinsip pendekatan penerapan pajak⁹⁸ terkait dengan pembagian hasil keuntungan antara pemerintah dan kontraktor yaitu.

- Bagian Negara besar maka pajak (sebaran kewajiban fiscal) bagi kontraktor diperkecil (hal ini mewakili bentuk kontraktual)
- Bagian Negara kecil maka pajak (sebaran kewajiban fiscal) bagi kontraktor diperbesar (hal ini mewakili bentuk konsesional)

⁹⁷ Lihat sepak terjang Temasek (BUMN Singapura) yang menembus batas mancanegara. Pada Awal Januari 2008, perusahaan investasi global milik pemerintah (BUMN) Singapura tiga kali melakukan pengucuran dana miliaran ke institusi finansial global, sbb:

- Temasek Holdings (BUMN Investasi) menginjeksi 4,4 Milyar US Dollar (Rp 41,36 triliun) ke perusahaan pialang AS, Merrill Lynch
- The Government of Singapore Investment Corporation / GIC (BUMN Investasi) menginjeksi 10 Milyar US Dollar (sekitar Rp 94 triliun) ke UBS (Bank Swiss)
- The Government of Singapore Investment Corporation / GIC (BUMN Investasi) menginjeksi 6,88 Milyar US Dollar (sekitar Rp 64,67 triliun) ke Citigroup (raksasa perbankan AS)

* (Kurs ketiganya Rp. 9.400,- per 1 US Dollar)

GIC dan Temasek adalah *wealth fund independent*. Didirikan pemerintah Singapura untuk mengelola **devisa Negara** Menurut Citigroup Global Markets – GIC dan Temasek termasuk investor pemerintah (*Wealth Funds*) terbesar di dunia. Menurut Leon Parera (group managing director Spire Research and Consulting) berpendapat

Tidak dapat dipungkiri, *wealth funds* seperti itu cenderung bersifat politis (karena tidak cukup dimiliki oleh pemerintah, *wealth fund* juga dikontrol oleh pemerintah. Hal ini berimplikasi pada timbulnya kekhawatiran pada Negara resipien (penerima *wealth funds*) - akan timbulnya kurang transparan dan keamanan bagi nasional (Contoh kasus: Temasek dengan penguasaan saham pada perusahaan telekomunikasi dan perbankan di Indonesia). Gerard Lyons, chief economist Standard Chartered Bank (Standard), *asset wealth fund* lebih besar ketimbang investasi swasta, seperti *private equity* atau *hedge funds* – pemilikan *wealth funds* oleh Tiongkok dan Rusia membuat dunia baru tidak tenang - ketidaktertangan timbul karena kekhawatiran **tak semua dana investasi itu didorong alasan komersial** (misal : politis). Chairman GIC dan Founding Father Singapura – Lee Kuan Yew, menyatakan GIC dengan investasinya bukan ancaman. Konsep ini menegaskan BUMN memiliki nilai strategis – dan sepatutnya memiliki asset besar. (Jawa Pos, 18 Januari 2008)

(Lihat kembali pemikiran Sukarno, Joseph Brois Tito, dan Nehru dengan konsep BUMN nya – dalam gerakan Non-Blok (Non Allign Country) – lihat T. Mulya Lubis, *Pembangunan Modal Ajang*, yayasan obor, Jakarta atau T. Mulya Lubis, *Hukum dan Ekonomi*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1980 bandingkan dengan sepak terjang TNCs, MNCs yang pergerakannya dibantu pemerintah Negara asalnya)

⁹⁸Rud. M. Simamouu, *Op. Cit.*, h. 61-64

Penerapan pendekatan instrument pajak pada kontrak dapat dilihat dari 2 (dua) kontrak yang dapat dianggap mewakili 2 bentuk dasar kontrak yaitu kontrak karya (*contract of work*) dan kontrak bagi hasil (*production sharing contract*), sebagaimana berikut:

- 1) Pada Kontrak Bagi Hasil, Pemerintah mendapat bagian besar (75%), sehingga penerapan pajak pada kontraktor lebih kecil – bahkan cenderung hanya pajak pengusahaan yang menonjol, pajak dead rent / surface, royalty ditiadakan. Hasil / bagian pemerintah sebesar 75% setelah dipotong biaya operasional
- 2). Pada Kontrak Karya Freeport wajib membayar pajak pengusahaan besar (35%) masih ditambah rezim pajak yang lain (dead rent, royalty, dll) dengan penerapan pajak yang besar maka bagian pemerintah seharusnya kecil. Dari pendekatan tersebut hasil pemerintah tidak lebih dari 30% dari hasil bersih pengusahaan. Namun pemerintah memperoleh kesempatan membehi saham

Jadi ratio naik turunnya bagian pemerintah itu tidak proporsional terhadap naik turunnya pajak hal ini bisa dilihat adanya ratio konstan yang berbeda pada keuntungan (bagi pemerintah) pada Kontrak Bagi Hasil 75% dan pada Kontrak Karya 30%. Maka paradigma pajak pertambahan diatas menyetatkan

Bagaimanapun pajak tidak identik dengan keuntungan pengusahaan / proyek pertambangan itu sendiri – meskipun hasil pajak merupakan pemasukan bagi negara. Itu sebabnya pada banyak kontrak diluar negeri penyertaan saham

Negara pemilik tambang menjadi factor koreksi penyeimbang proporsi dari paradigma pajak (misal : Aramco dimana pemerintah Arab Saudi dapat membeli 100% saham). Pajak lebih patut disebut sebagai penyisihan sebagian keuntungan perusahaan, jadi tidaklah tepat bila pajak dianggap sebagai sebuah keuntungan perusahaan bagi Negara, meskipun bentuknya merupakan keuntungan bagi pemasukan Negara. Ditihat dari sisi kebijakan penerapan pajak yang sangat tinggi – amatlah tidak bijak (akan menjadi terasa aneh bila pajak antar perusahaan ada disparitas yang besar). Selain itu pula penerapan berbagai macam pajak pada suatu kontrak yang rumit – justru menimbulkan ketidakefisienan baik kerugian waktu (pelaporan, akuntabilitas, birokrasi) maupun terkait financial Kontrak Bagi hasil lebih menunjukkan makna hubungan keuntungan perusahaan dan perpajakan. Dengan kata lain lebih bagus bila instrument pajak berada diluar kontrak, dalam kontrak cukup dicantumkan bahwa perusahaan tunduk pada aturan perpajakan Negara.

Pemahaman ini akan membuka cakrawala pandang dimana signifikansi proporsionalitas penerapan hukum pajak dalam hubungannya dengan keuntungan Negara yang mengusahakan pertambangan sumber daya alamnya, apakah untung atau malah buntung ?

b. Reformasi Hukum Agraria dan Pertambangan terkait Hukum Benda dan Hukum Perjanjian

Pengusahaan pertambangan tidak dapat dilepaskan dari keberadaan unsur sumberdaya alamnya (bahan galian tambang / ore) dalam hukum agraria.

Pemahaman hukum agraria dalam konteks ini dapat dilihat lagi dari perbedaan 2 (dua) bentuk dasar kontrak – “konsesional” dan “kontraktual”, perbedaan yang dilatar belakangi oleh adanya 2 (dua) konsep hukum yang berbeda mengenai kepemilikan sumber daya alam di dunia, sbb:

1. **Common Law** - Anglo Saxon (misal: Amerika), Individu boleh memiliki hak atas sumber daya mineral yang terkandung dibawah tanah yang dimilikinya
2. **Civil Law** Eropa Continental, Hak Sumber Daya Mineral ada pada negara terlepas dari penguasaan atau kepemilikan individu atas tanah dipermukaannya.

Penerapan Kontrak Karya yang hampir sama dan sebangun dengan Konsesional, justru tampak lebih mengakomodasi jiwa dari Common Law dibanding Civil Law UU No. 5 tahun 1960 (UU PA) mengakomodasi azas horisontal dari hukum adat. Dalam hukum adat berlaku **azas pemisahan horisontal yang memungkinkan pemilikan dan peralihan benda-benda diatas tanah itu terlepas dari tanahnya**⁹⁹, dan sesuai sifat hukum adat yang fleksibel - maka diakomodir azas *accessio* dalam perkembangannya.

Sistem Civil Law menganut hak kekayaan alam yang ada didalamnya dikuasai oleh negara hal ini bersesuaian dengan pasal 2 ayat 1 UU PA. UU Pokok Agraria 1960 menyebutkan Negara tidak dapat menjadi pemilik (*eignar*) atas hak penguasaan yang dimilikinya - hal ini menghapuskan pengertian *domen* negara, dan ditegaskan bahwa perkataan dikuasai dalam pasal 2 ayat 1 UU PA bukan dalam arti “memiliki” (berdasar Memori Penjelasan angka

⁹⁹Sri Soedewi, dalam Moch. Isnaeni, *Hipotesis Persepsi Uidaro di Indonesia*, Dharma Mada, Surabaya, 1996, h 111

11.2 (UUPA) Dan menegaskan pada pasal 2 ayat 2 bahwa Negara hanya bersifat "menentukan dan mengatur"¹⁰

Terkait dengan kekayaan alam didalamnya (yang dikuasai negara) diatur lebih lanjut pada pasal 8 yang menjelaskan: " Atas dasar hak menguasai dari Negara sebagai yang dimaksud dalam pasal 2 diatur pengambilan kekayaan alam yang terkandung dalam bumi, air, dan ruang angkasa". Berdasar pada penjelasan pasal 8 UUPA dijelaskan lebih jauh :

Karena menurut ketentuan dalam pasal 4 ayat 2 hak-hak atas tanah itu hanya memberi hak atas permukaan bumi saja, maka wewenang-wewenang yang bersumber dari padanya tidaklah mengenai kekayaan-kekayaan alam yang terkandung di dalam tubuh bumi, air dan ruang angkasa. Oleh karena itu maka **pengambilan kekayaan dimaksudkan itu memerlukan pengaturan tersendiri. Ketentuan ini merupakan pangkal bagi perundang-undangan pertambangan (cetak tebal dari penulis) dan lain-lainnya.**

Selanjutnya pengaturan tersebut dapat dilihat pada Bab VIII Undang – Undang No. 11 tahun 1967 tentang Ketentuan – Ketentuan Pokok Pertambangan mengenai Hubungan Kuasa Pertambangan dengan Hak-Hak Tanah (dari pasal 25 hingga pasal 27) pada dasarnya tidak memberikan status hak atas tanah tertentu pada mitra kontrak. Hal ini bermakna bahwa tanah untuk pertambangan tersebut merupakan tanah negara (bila belum ada alas hak diatasnya, namun bila sudah ada harus dibebaskan terlebih dahulu)

Mengenai bahan galiannya sendiri – yang merupakan endapan-endapan alam sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, disebutkan sebagai kekayaan

¹⁰ Eddy Rochiyat, *Politik Pertambangan Nasional sampai Orde Reformasi*, Alumni, Bandung, 2006, h. 10-11

relinquishment atau secara keseluruhan pada akhir masa kontrak. Pengalihan ini ditandai dengan pembayaran pajak *dead-rent / surface tax*.

Pengalihan Bahan galian tambang - "Benda yang akan ada" dalam kontrak karya, tidak dibatasi oleh volume tapi dibatasi oleh luas area permukaan yang diperjanjikan dan batas akhir waktu kontrak yang diperjanjikan. **Pengalihan bersifat permanen** - karena kebendaan ini pada akhirnya dijual pada pihak lain - tidak kembali kepada negara. Pengalihan ini ditandai dengan pembayaran *royalti* sebesar 1% untuk emas dan perak, 3 % untuk tembaga.

Pengalihan dalam Kontrak Karya diatas benar-benar menempatkan kedudukan pemerintah (sebagai wakil negara) hanya sebagai pengatur pengeksploitasian kekayaan alam bukan pemilik, dengan pungutan 1% sebagai indikator pengalihannya.

Pitlo terkait dengan kebendaan mengatakan " ..., di dalam hukum kebendaan pemilikan memiliki titik pusatnya, sedangkan dalam Hukum Perikatan pembuatan persetujuan merupakan perbuatan hukum yang terpenting."¹⁶⁵ Hal ini membawa konsekuensi bahwa pemerintah akan selalu termarginalkan dalam perusahaan pertambangan karena pada dasarnya pemerintah bukan pemilik atas segala kekayaan alam tersebut. Sebagai pemilik atas bendanya - tidak memiliki hak kebendaan atas bendanya sebagai barang modal dalam usaha - , pemerintah tidak dapat menggadaikan maupun menghipotekkan, dan pemerintah tidak dapat

¹⁶⁵Moch. Isaeni, *Op. Cit.*, h. 117

menikmati secara patut atas bendanya dengan hanya mendapat (1%) dari harga jual.

Pengalihan dalam pemahaman diatas membawa implikasi bahwa pemilik dari benda tambang itu sesungguhnya adalah kontraktor sejak awal, dan kepemilikan saham pemerintah atas perusahaan itu juga menjadi tidak sah. Negara hanya patut sebagai pengatur yang hanya wajib memungut pajak. Kepemilikan atas benda (buzit) oleh kontraktor – mengindikasikan kontrak karya mirip dengan common law – dan memang pembedanya hanya masalah jaminan, namun mereka tetap berhak atas kenikmatan (azas manfaat) secara penuh sebagaimana common law.

Hal ini pada akhirnya akan berimplikasi cita – cita – mengusahakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat tidak tercapai, karena masih sebatas merubah potensi alam menjadi riel sebagaimana bunyi pasal 9 Tap MPRS 1966.

Hal diatas mencerminkan keabsurdan dari ketentuan UU PA dan UU PP bila dikaitkan dengan pasal 33 UUD 1945. Untuk itu diperlukan perubahan pada perkataan dikuasai dalam pasal pasal 2 ayat 1 UU PA bukan dalam arti “memiliki” (berdasar Memori Penjelasan angka II : 2 UU PA) dan pasal 2 ayat 2 yang menyatakan bahwa Negara hanya bersifat “menentukan dan mengatur”¹⁴ **Perubahan yang diusulkan terkait dengan sumberdaya alam untuk hajat hidup rakyat banyak, sbh:**

¹⁴ Eddy Ruchiyat, *Cip Cit*, h. 10-11

1. Judicial Review dan uji materiil terkait UJ PA dan UJ PP.
2. Negara sebagai Pemilik (*owner bezit*) memiliki kedudukan berkuasa (*bezit*) - (berdasar pasal 1977 BW) terhadap barang tambang sebagai benda bergerak (pasal 506 (3) BW), dan barang yang akan ada sepatutnya memiliki nilainya sebagai barang modal. Berdasar pasal 529 BW **Bezit adalah keadaan memegang atau menikmati suatu benda oleh orang yang menguasainya, baik sendiri ataupun perantaraan orang lain, seolah-olah itu kepunyaan sendiri. Penguasa pada akhirnya dapat menjadi pemilik. Negara sepatutnya berhak menjadi pengusaha, menjadi pemilik dari benda yang akan ada (bahan tambang sebagai benda bergerak) secara langsung *in natura*, ini sebagai konsekuensi legis jika pemerintah bertindak langsung sebagai subyek hukum perdata dalam perjanjian yang bersifat obligatur. Hal tersebut menguatkan pertanggungjawaban pemerintah atas hak penguasaan atas benda yang dapat dipindahkan dan *Unrenewable*, dengan memiliki kedudukan berkuasa (*bezit*) atas benda yang akan ada tersebut.**
3. Negara sebagai Penguasa dan Pengatur Teritorial (bukan pemilik / *eignuar*) atas tanah sebagai benda tidak bergerak. Terkait dengan *surface* dan *accessie* - nya (manakala barang tambang secara geologis masih melekat dalam tanah) barulah pemerintah sebagai pengatur dan bukan *eignar* (Dalam skala pertambangan kecil, tugas pemerintah

- yang utama mengatur, dapat sebagai pengusaha (namun tidak langsung memiliki kekayaan didalamnya secara *in natura*). Hal ini sebagai konsekuensi kedaulatan teritorial negara tidak boleh dipindahkan.
4. Penetapan penggolongan barang tambang dan pengusahaan tambang yang bermanfaat untuk hajat hidup orang banyak sebaiknya disusun kembali yang sesuai dengan konteks kekinian.
 5. Penetapan hukum benda untuk menghindari kerancuan hukum dalam lalu lintas hukum.
 6. Hal ini berimplikasi barang yang akan ada dapat menjadi barang modal, yang mempunyai nilai ekonomi tinggi bagi pemerintah sebagai *pemilik*.

Dengan demikian Pemerintah sepatutnya tidak lagi melakukan kontrak kaya dalam konstruksi "konsesional" dengan pembagian keuntungan yang demikian (dengan logika hukum yang rancu dan absurd), lebih tepat dalam konstruksi "kontraktual" seperti bagi hasil. Dalam konteks ini keberadaan pemerintah mempunyai posisi tawar yang lebih baik, dan sudah sepatutnya demikian.

Problema penerapan perubahan ini adalah adanya perilaku politik hukum negara maju, satu hal yang patut diperhatikan dalam skala makro bahwa perlu dihindari monopoli negara pada skala tertentu, disisi lain negara harus memperhatikan jumlah kuota penanaman modal asing lebih besar dari *share*

equity atau *share* nasional atas suatu pertambangan (*capital out flow* lebih besar daripada *capital in flow*).

c. Perhitungan Kontrak yang Proporsional

Berbicara kontrak dalam dunia bisnis dengan segala pertukaran kepentingannya, tidak akan lepas dan pembicaraan keuntungan yang akan diperoleh masing-masing pihak, yang pada akhirnya dapat diterima dengan kepuasan bagi masing-masing pihak. Kondisi tersebut menggambarkan telah terjadinya pertukaran kepentingan yang berbeda secara proporsional, sehingga tercipta suatu keseimbangan bagi para pihak. Penelusuran proporsionalitas dalam perhitungan dapat ditelusuri dari perhitungan keuntungan dalam 2 (dua) bentuk kontrak yang dibuat berdasar 2 (dua) bentuk dasar kontrak, yaitu:

1. Kontrak Karya
2. Kontrak Bagi Hasil

Contoh perhitungan ¹⁶⁵, Pembagian Keuntungan Kontrak Karya pada Contract of Work dari PERUSAHAAN TAMBANG EMAS PT.KELIAN EQUATORIAL MINING (perhitungan ini mirip dengan Kontrak Karya Freeport – yang pembagian hasilnya buat pemerintah lebih kecil)

KEUNTUNGAN PERUSAHAAN

Welayah Kontrak Karya	286.233,5 hektar,
Kapasitas Produksi	264.000 troy ounce emas dan 340.000 troy ounce perak setiap tahunnya
Lama Kontrak	8 tahun.

¹⁶⁵Bactriadi Diano, *Op. Cit.*, h. 104

Asumsi-asumsi

- Hasil produksi yang dijual hanya yang diperoleh pada tahap eksploitasi
- Harga di pasaran adalah US\$ 400,00 / tray ounce untuk Emas dan US\$ 15,00 / tray ounce untuk Perak
- Rentang waktu proyek dan tahapannya mengikuti patokan bank pemerintah (standar minimal)
- Nilai Input berdasarkan data BPS adalah 67,1% dan Nilai Output (sudah termasuk capital cost, operational, and production cost serta pajak, pungutan tak langsung dalam pertambangan).

Pertimbangan-pertimbangan :

1. Kapasitas Produksi Emas yang dimiliki = 264.000 tray ounce / tahun = 8.263.200,00 gram / tahun (1 tray ounce = 31,3 gram) = 8.263,20 kg / tahun = 10.642,00 kg / tahun
2. Jumlah lahan tetap yang dibayarkan

Tahun 1 (Penyelidikan Umum)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,025	=	US\$ 7.155,8375
Tahun 2 (Penyelidikan Umum)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,50	=	US\$ 143.116,75
Tahun 3 (Eksplorasi I)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,10	=	US\$ 28.623,35
Tahun 4 (Eksplorasi II)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,12	=	US\$ 34.348,02
Tahun 5 (Eksplorasi III)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,15	=	US\$ 42.935,025
Tahun 6 (Eksplorasi IV)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,25	=	US\$ 71.558,375
Tahun 7 (Eksplorasi V)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,35	=	US\$ 100.181,725
Tahun 8-9 (Feasibility Study)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,50x2	=	US\$ 286.233,5
Tahun 10- 2 (Konstruksi)	=	286.233,5 hektar x US\$ 0,50x3	=	US\$ 429.350,25
Tahun 11 (Eksplorasi II)	=	286.233,5 hektar x US\$ 1,50	=	US\$ 429.350,25
Tahun 12-18 (Eksplorasi II-VIII)	=	286.233,5 hektar x US\$ 3,00x7	=	US\$ 6.010.903,5
Total lahan tetap yang dibayarkan = US\$ 7.409.860,65				
3. Jumlah lahan Eksploitasi yang dibayarkan selama 8 tahun eksploitasi

Dari penjualan Emas = 8.263,20 kg x US\$ 225,00 x 8	=	US\$ 14.873.760,00
Dari penjualan Perak = 10.642,00 kg x US\$ 8	=	US\$ 85.136,00
Total lahan Produksi yang dibayarkan selama 8 tahun dari dua komoditas hasil US\$ 14.958.896,00		
4. Jumlah hasil penjualan yang diperoleh =
4. Nilai Input yang dibutuhkan untuk usaha pertambangan = 67,1 % x US\$ 885.600,00(1,00) = US\$ 590.237.600,00
6. Keuntungan yang diperoleh = US\$ 825.600.000,00 (US\$ 7.409.860,65 + US\$ 594.237.600,00 = US\$ 268.961.507,00)

- 7 Nilai pajak pendapatan = $15\% \times \text{US\$ } 268,913,507,507 = \text{US\$ } 40,337,026,10$
- 8 Jadi keuntungan "bersih" yang diperoleh selama usaha = $\text{US\$ } 268,913,507,00 - \text{US\$ } 40,337,026,10 = \text{US\$ } 228,576,480,90$
- 9 Sedangkan hasil yang diperoleh Negara karena Kontrak Karya ini hanya = $\text{US\$ } 7,464,860,65 + \text{US\$ } 15,044,032,00 + \text{US\$ } 40,337,026,10 = \text{US\$ } 62,785,918,75$ atau 27,47% dari hasil yang menjadi milik perusahaan.

Contoh perhitungan II¹⁰⁶, Pembagian Keuntungan Kontrak Bagi Hasil

Produksi gross	= 100 mmbbls
Cost Oil untuk pengambilan biaya	= 35 mmbbls

100,00	Produksi gross
- 35,00	Pengambilan Biaya
65,00	Jumlah Pembagian Bersama
- 46,25	Bagian Negara *
18,75	Bagian Kontraktor
- 9,00	Pajak 48%
9,75	Bagian kontraktor setelah pajak : jumlah pembagian bersama $18,75:65,00 = 15\%$

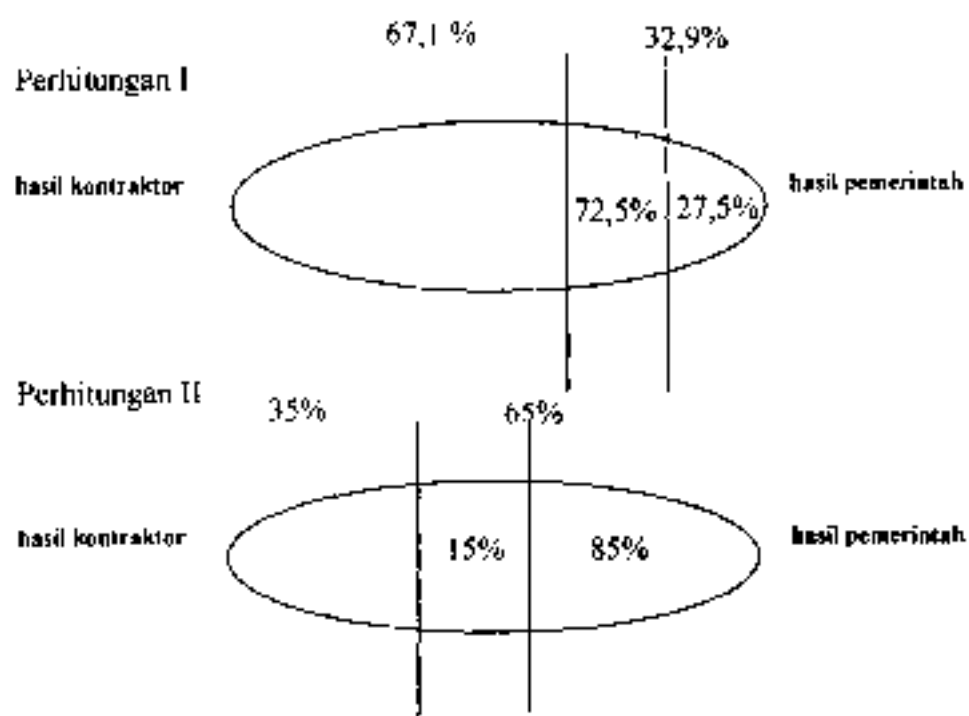
Total penerimaan negara = (bagian negara + pajak) : jumlah pembagian bersama = $(46,25 + 9,00) : 65,00 = 85\%$

Pada perhitungan I Ratio perbandingan pendapatan antara pemerintah dan kontraktor dari pendapatan kotor, dapat dilihat dari Hasil Kotor sebesar 825 milyar US Dollar dikeluarkan untuk operasional (nilai input) sebesar 67,1% sisanya memiliki keuntungan bersih 228 576.480.9 US Dollar (72,5%) dimiliki kontraktor, sedangkan pemerintah memperoleh 62.785.918,75 US Dollar (27,5%)

Pada perhitungan II Ratio perbandingan pendapatan antara pemerintah dan kontraktor dari pendapatan kotor, dapat dilihat dari Hasil Kotor sebesar 100 dikeluarkan untuk operasional (nilai input) sebesar 35%, sisanya merupakan keuntungan bersih 9,75 (15%) dimiliki kontraktor, sedangkan pemerintah memperoleh 55,25 (85%)

¹⁰⁶Rudi M. Simamora, *Opa. Cu*, h. 110

Secara perhitungan kotor posisi pembagian hasil penjualan bahan tambang dapat dilihat pada diagram berikut:



a. Perbandingan Ratio Keuntungan dari Pembagian Hasil (atas dasar harga kotor)

Berapa sebenarnya keuntungan yang dapat diperoleh pemerintah dari hasil kotor, dapat dilihat pada rincian berikut

I. Pada perhitungan I atas dasar penjualan kotor sbb:

Pengeluaran (kontraktor) = 67,10 %

72,5% Pendapatan kontraktor dari 32,9% hasil bersih = 23,85 %

27,5% Pendapatan pemerintah dari 32,9% hasil bersih = 9,05 %

ii. Pada perhitungan II atas dasar penjualan kotor sbb:

Pengeluaran (kontraktor)	= 35.00 %
15% Pendapatan kontraktor dari 65% hasil bersih	= 9.75 %
85% Pengeluaran pemerintah dari 65% hasil bersih	= 55.25 %

Pada Kontrak Karya pendapatan pemerintah dari hasil kotor hanya 9,05% . Hal ini mengindikasikan bahwa faktor pajak hanya berperan sangat kecil, sehingga tidak patut menyandarkan keuntungan pada faktor pajak yang hanya 8% mengingat 1% merupakan royalti (rezim pajak / pungutan juga). Hal ini sekaligus menunjukkan: Benda (bahan galian tambang) bukan milik pemerintah (pemerintah hanya pemilik teritorial) – karena tidak ada tanda pembagian keuntungan terkait bendanya (baik *contractual joint venture* ataupun *share equity joint venture*)

Pada Kontrak Bagi Hasil pendapatan pemerintah jelas sangat signifikan terhadap hasil kotor pendapatan mencapai 55,25%, hampir dipastikan untung. Bahan galian tambang sebagai milik menemukan nilainya – melalui *contractual joint venture*. Jumlah Share menjadi bersifat signifikan -- **harga share menjadi lebih murah karena ditetapkan sejak awal** – dan pembayarannya dapat langsung dikaitkan dengan hasil produksi.

Solusi yang dilakukan dalam Kontrak Karya melalui penyertaan saham, yaitu melalui *share equity joint venture* – ada 2 macam teknik:

- *Share equity joint venture* perusahaan, teknik ini dilakukan Indonesia melalui pengeluaran Promissory Notes (*surat pengakuan hutang*)– cara ini merugikan sebab:

- Pemerintah sub – ordnat dari pengusaha Freeport (kedudukan hukum lemah, tidak memiliki hak suara, tidak memiliki kewenangan mengendalikan usaha)
- Saham Freeport secara logika tidak mungkin dilepas secara signifikan (dalam jumlah besar) karena usaha bersifat menguntungkan. Hal ini berimplikasi harga saham hanya akan dilepas dengan harga tinggi (meskipun modal awal Freeport kecil)
- *Share equity joint venture* perusahaan (berbentuk perusahaan), dimana diasumsikan Freeport tetap dengan 100% sahamnya (sebagai badan hukum Indonesia) terlepas dari perusahaan / proyeknya (sehingga wujudnya dapat berupa joint venture dalam share equity) – hal ini tampaknya dilakukan ARAMCO (Arabian American Oil Company) – sekarang Saudi Aramco, yang sahamnya dibeli kemudian – dan memungkinkan kedudukan mayoritas. Cara ini sedikit menguntungkan (dengan prospek kedepan jauh lebih menguntungkan), sebab:
 - Pemerintah tidak menjadi sub – ordnat namun partner usaha dari pengusaha Freeport (kedudukan hukum kuat, memiliki hak suara (diatas 25%), memiliki kewenangan mengendalikan usaha)
 - Partner cenderung membandingkan dengan besar modal disektor dan biaya operasional tinggi. Hal ini berkonsekuensi harga share / sahamnya jauh lebih mahal, karena umumnya dibeli kemudian.

Maka pembagian share melalui bagi hasil yang ditetapkan sejak awal bersifat menguntungkan (bila telah ditetapkan secara proporsional).

b. Perbandingan Ratio Keuntungan dari Faktor biaya produksi dan pembagian keuntungan (hasil bersih)

Maksud dari perbandingan ini untuk menunjukkan bahwa hanya melihat hasil keuntungan dari perbandingan pembagian keuntungan dari hasil bersih saja tidak cukup namun juga harus melihat faktor biaya produksi, dan perimbangan cash in flow dan cash out flow bagi negara, kesalahan penerapan akan mengakibatkan kerugian sejak awal. Cara yang sederhana adalah dengan melihat faktor biaya produksi dan faktor bagi hasil bagi pemerintah dalam pendekatan pada angka 50% , sbb:

Pada perhitungan I

- Faktor biaya produksi lebih dari 50%
- Faktor pembagian hasil lebih dari 50%

Pada perhitungan II

- Faktor biaya produksi kurang dari 50%
- Faktor pembagian hasil kurang dari 50%

• **Faktor biaya produksi / operasi (*Operating Cost Recovery*)**

Secara umum dengan pembagian tersebut tampak Kontrak Bagi hasil lebih menguntungkan dibanding Kontrak Karya. Tetapi sesungguhnya belum tentu demikian, karena pada dasarnya dengan 85% pendapatan dari hasil bersih dapat berubah menjadi hanya 50% - manakala kita ketahui bahwa Faktor biaya produksi / operasi (*Operating Cost Recovery*)

mengandung keuntungan buat kontraktor sebesar 35%¹⁰⁷ (mengingat indikator pengeluaran ini bersifat penghasilan kotor – dimana didalamnya sebenarnya masih ada keuntungan kontraktor) dan dengan logika yang sama dapat dikatakan bahwa dalam Kontrak Karya hanya akan mendapat hasil dibawah 9% hasil kotor.

Terkait dengan capital out flow dan inflow dapat dilihat dari hasil bersih.

Pendekatan Myanmar dan Libya menjadi bermakna (membatasi faktor produksi dibawah 50%), merupakan usaha awal untuk melihat keprofesionalan kontraktor. Makna yang berbeda dapat dilihat pada kasus Freeport biaya periode eksplorasi awal sebesar 1 juta 500 ribu US Dollar menjadi 4 juta US Dollar , kemudian biaya periode konstruksi dari 75 juta US Dollar menjadi 120 juta US Dollar, secara kumulatif dan biaya awal 76,5 juta US Dollar menjadi 124 juta US Dollar (didasarkan *Implementation Agreement* 18 Oktober 1969).

- **Factor capital out flow dan inflow**

Hal ini dapat dilihat dari hasil bersih. Manakala hasil bersih lebih kecil dari 50% maka negara pasti rugi (karena modal kontraktor telah dibayar). Manakala hasil bersih lebih dari 50% harus diperhatikan berapa modal

¹⁰⁷Keuntungan kontraktor dengan spesifikasi teknologi, alat dan bahan yang ditentukan pemilik memiliki nilai keuntungan antara 8-10%, namun bukan tidak mungkin bisa lebih. Contoh kasus salah satu program pengerukan sungai dengan bahan (granjaman) modal asing di Indonesia dengan spesifikasi ditentukan negara donor, bahkan diwujudkan dalam bentuk jasa dengan nilai skala 5 (dengan modal asing skala 4, dan modal pemerintah skala 1), pekerjaan bisa diselesaikan cukup dengan skala 2 – 2,5, proyek selesai, pemerintah masih terbebani hutang skala 4 berikut bunganya (padahal kontraktor asing tersebut sudah tercukupi dengan skala 2 – 2,5), sumber: wawancara pihak terkait.

2.4. Permasalahan Kontrak Karya Freeport dalam Persepektif Azas Kesimbangan dan Azas Proporsionalitas

Untuk mengatur kontrak, Hukum Nasional Indonesia menggunakan BW. Terkait permasalahan kontrak Pasal 1320 BW menyebutkan Perjanjian yang dilakukan antara para pihak dapat dikatakan sah atau tidak bila memenuhi syarat sbb:

1. **Adanya Kata Sepakat/** sepakat mereka yang mengikatkan dirinya (*de toestemming van degenen die zich verbinden*)
2. **Kecakapan** untuk membuat suatu perikatan (*de bekwaamheid om eene verbinteniss aan te gaan*)
3. **Suatu pokok persoalan tertentu / hal tertentu** (*een bepaald onderwerp*)
4. **Suatu sebab yang dibolehkan / tidak dilarang** (suatu sebab yang halal) (*eene geoorloofde oorzaak*)

Ke-4 syarat tersebut harus dipenuhi semua / syarat kumulatif, bila salah satu syarat tersebut tidak dipenuhi maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan (*vernietigd*) atau batal demi hukum (*nietig*). Menurut Subekti ke empat syarat tersebut dapat digolongkan menjadi 2 bagian, yaitu:

Bagian ke -1, mengenai subyek perjanjian, ditentukan:

1. Orang yang membuat perjanjian harus cakap (*handelingsbekwaam*) atau mampu melakukan perbuatan hukum tersebut.
2. Adanya kesepakatan (*consensus*) yang menjadi dasar perjanjian yang harus dicapai atas dasar kebebasan menentukan kehendaknya (tidak ada paksaan, kekhilapan, atau penipuan)

Bagian ke -2, mengenai obyek perjanjiannya, ditentukan:

1. Apa yang dijanjikan oleh masing-masing harus cukup jelas untuk menetapkan kewajiban masing-masing pihak.
2. Apa yang dijanjikan oleh masing-masing tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, atau kesusilaan.

Subekti menambahkan bahwa tidak dipenuhinya syarat-syarat subyektif dapat dimintakan pembatalan perjanjian itu kepada hakim (*vernieteg*), akan tetapi hal tidak dipenuhinya syarat-syarat obyektif diancam dengan batal demi hukum (*niereg*)¹⁰⁸

Berdasar Buku III tentang hukum harta kekayaan pada umumnya (*vermogensrecht in Het Algemeen*) dan Buku IV BW tentang bagian umum hukum Perikatan (*Algemene Gedeelte van Het Verbintenissenrecht*), Syarat syahnya kontrak menurut NBW¹⁰⁹ tersebar dalam berbagai pasal dengan substansi pokok yaitu:

1. Kesepakatan;
2. Kemampuan bertindak;
3. Perjanjian yang dilarang (gabungan syarat "hal tertentu" dan syarat "causa yang dilarang")

Sedangkan menurut hukum kontrak Amerika ada empat syarat syahnya kontrak¹¹⁰, sbb:

1. Adanya *offer* (penawaran) dan *acceptance* (penerimaan)
2. *Meeting of minds* (persesuaian kehendak)
3. *Consideration* (prestasi)

¹⁰⁸ Subekti, *Beberapa Tinjauan Hukum*, PT Penerbit Universitas, 1959, h.17-20 (selanjutnya disebut Subekti I)

¹⁰⁹ Henry P Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstandigheden) Sebagai Alasan (Baru) untuk pembatalan perjanjian*, Liberty Yogyakarta, Yogyakarta, 1992, h. 15

¹¹⁰ Salim HS II, *Op Cit.*, h. 25

4. *Competent parties and legal subject matter* (kemampuan hukum para pihak dan pokok persoalan yang sah)

Ketentuan BW menganut asas kepercayaan yang didasarkan ajaran kehendak, ajaran pernyataan, dan dikategorikan dengan sikap perilaku (*gedraging*) kedua pihak. Hal tersebut dapat dipahami dalam suatu kontrak walaupun tidak secara tegas dinyatakan yaitu harus menyiratkan itikad baik para pihak, artinya para pihak harus melaksanakan substansi kontrak, berdasarkan kepercayaan atau keyakinan atau kemauan para pihak. Itikad baik merupakan sendi yang begitu penting dalam hukum perjanjian. Para ahli hukum tanah air umumnya masih menganggap itikad baik bersifat subyektif. Namun di Belanda telah berkembang bersifat obyektif. Dalam *Nieuw Burgerlijk Wetboek* asas itikad baik mengandung asas kepatutan dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid*), hal ini mengandung makna bahwa itikad baik tidaklah berada pada niat atau dalam benak para pihak untuk melaksanakan hak-hak dan kewajiban yang timbul dari hubungan hukum dalam perjanjian, melainkan harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan keadilan dengan menjauhkan diri dari perbuatan yang menimbulkan kerugian pihak lain.

Hal ini mencerminkan bahwa hukum tidaklah hanya menjamin kepastian (ketertiban) bahwa janji itu mengikat (*pacta sunt servanda*) dan kita harus memenuhi janji kita (*promissorum implendorum obligati*)

sebagaimana pasal 1338 ayat (1) BW, namun juga harus memenuhi tuntutan keadilan sebagaimana dalam pasal 1338 ayat (3) BW¹¹¹.

Hukum perdata sering didasarkan pada azas kebebasan berkontrak (*contractvrijheidbeginsel / freedom of contract / laissez faire*), tetapi pada dasarnya kebebasan itu tetap berada dalam batas-batas yang dapat diterima masyarakat. Buku 3 pasal 40 NBW membedakan 3 Hal yaitu:

1. Larangan untuk membuat perjanjian. Perjanjian dilarang bila berlawanan dengan ketentuan undang-undang bersifat memaksa.
2. Larangan tentang isi perjanjian. Isi perjanjian itu tidak boleh bertentangan dengan keparutan dan dengan ketertiban umum.
3. Larangan untuk daya berlakunya suatu perjanjian.

BW pasal 1321 menyebutkan 3 alasan untuk pembatalan perjanjian sbb.:

1. Kekhilafan : kesesatan (*dwaaling*)
2. Paksaan (*dwang*)
3. Penipuan (*bedrog*)

Namun Pasal 44 Buku 3 , ayat 1 NBW, menambahkan unsur baru yaitu penyalahgunaan keadaan sehingga perjanjian dapat dibatalkan jika ada :

1. Ancaman (*bedreiging*)
2. Penipuan (*bedrog*)
3. Penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*)

Dalam sistem Common Law dijumpai ada 4 alasan pembatalan perjanjian yaitu

1. Penipuan (*Fraud*)
2. Kesalahan (*Mistake*)
3. Paksaan (*Duress*)
4. Penyalahgunaan Keadaan (*Undue Influence*)

¹¹¹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, cetakan 7, Alumni, Bandung, 1985. h. 41 (selanjutnya disebut Subekti III)

UNIDROIT sebagai payung hukum perjanjian Internasional tidak mengatur syarat sahnya kontrak sebagaimana pasal 1320 BW. Pasal 3.1 UNIDROIT tidak mengatur ketidakabsahan yang ditimbulkan dari:

1. Tidak memiliki kemampuan
2. Tidak memiliki kewenangan
3. Amoralitas dan Ilegalitas. (kontrak yang amoral dan ilegal)

Menurut UNIDROIT (pasal 3.2 UPICCs) keabsahan kontrak berdasar aspek persetujuan semata-mata hal ini didasarkan pada azas kebebasan berkontrak. Namun dimungkinkan pembatalan kontrak terkait dengan kesalahan berikut:

1. Kesalahan fakta atau hukum (Pasal 3.4 UPICCs)
2. Kesalahan pengungkapan dan penyampaian (Pasal 3.6 UPICCs)
3. Wanprestasi (Pasal 3.7)
4. Penipuan (Pasal 3.8)
5. Ancaman (pasal 3.9)
6. *Gross Disparity* / Perbedaan Besar (Pasal 3.10)

Selain itu UPICCs dalam tiap pengaturannya selalu menekankan prinsip itikad baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*) mulai dari proses negosiasi, pembuatan, pelaksanaan, hingga berakhirnya kontrak.

Memahami permasalahan yang timbul pada prosedur, bentuk, substansi, dan pelaksanaan Kontrak Karya baik pada KK I maupun KK II. Bila dipahami hanya didasarkan pada azas kebebasan berkontrak (*contractvrijheidbeginsel*), para pihak dianggap sebagai *persoon* yang cakap, sehat jasmani dan rohani, dan dewasa, sehingga apa yang diperjanjikan dianggap telah dibuat dengan cermat dan

dilandasi dengan itikad baik. Pemahaman ini pada banyak buku selalu bermuara bahwa kontrak yang ada harus dihormati (dianggap tidak dapat diubah atau tidak dapat dibatalkan) untuk menjamin kepastian hukum, sehingga jangan dilakukan perubahan, karena hal itu mengusik kehendak baik berdasar azas janji itu suci¹¹². Hal ini secara riil akan mengusik rasa keadilan masyarakat / rakyat Indonesia bahwa mereka merasa dirugikan atas proses, substansi, dan pelaksanaan kontrak pertambangan Freeport.

Penulis menganggap bahwa permasalahan yang ada tidak cukup dilihat / dikaji dari pasal 1320 BW (sebagai undang – undang) maupun undang-undang internasional terkait (misal: UNIDROIT) saja namun juga harus dikembangkan pemahamannya melalui azas-azas hukum yang ada dan tata nilai masyarakat Indonesia yang bersifat universal. Kajian meliputi syarat subjektif dan obyektif dari pasal 1320 BW dengan Hukum Internasional, azas-azas hukum dan tata nilai masyarakat Indonesia bersifat penting.

BW melalui azas konkordansi dalam garis besarnya memiliki struktur dan isi yang kurang lebih serupa dengan BW (lama). Hakim dalam peradilan perdata Indonesia disamping memiliki kewenangan juga mempunyai hak uji berkenaan dengan BW juga dapat mendayagunakan azas-azas hukum, pasal-pasal, dan pranata-pranata hukum perjanjian yang bersumber pada BW Indonesia. Semua hal tersebut dapat dipergunakan sepanjang tidak dianggap bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 (sebagai *Verfassungsnorm*) dan Pancasila

¹¹²Madjedi Hasan, *Pieter Van Nerveen’s*, PT Fikahati Aneska, Jakarta, 2005, h.124-125

(sebagai *Staatsfundamentatum*) sebagai landasan idul, serta tatanan masyarakat secara riil.

Hubungan antara AZAS dan UNDANG-UNDANG / ATURAN sifatnya problematik, namun kurang lebih dapat dilihat perbedaannya sebagaimana dikemukakan Dworkin¹¹³ sbb:

	Aturan / Undang-undang	Azas
Derajat Konkretisasi	Lebih Konkret, peran langsung	Lebih Abstrak, peran tidak langsung
Keberlakuan	<p>Otoritas hukum dan undang-undang. Aturan memiliki karakter berlaku atau tidak, tidak ada tempat untuk menimbang-nimbang jalan tengah.</p> <p>Jika ada 2 aturan bertabrakan, tidak mungkin membertakukan keduanya, harus diterapkan aturan mana yang berlaku, dimana tidak mungkin merujuk pada bobot nilai dari aturan tersebut, harus dipergunakan tolok ukur lainnya, yang berada diatas dan melampaui aturan-aturan dimaksud, yaitu prinsip-prinsip (azas-azas) yang berada dibalik aturan tersebut</p>	<p>Penerimaan oleh forum yudis Bersifat tidak mendikte, tetapi memiliki dimensi yang tidak dimiliki aturan-aturan hukum (principles have a dimension that rules do not the dimension of weight or importance)</p> <p>Jika ada 2 azas / azas-azas yang saling berlawanan, masing-masing azas akan tetap berlaku, sekalipun salah satu darinya tidak diterapkan.</p>
Fungsi	<p>Formalisasi norma hukum. Suatu norma hukum terbentuk berdasarkan suatu prosedur yang telah ditetapkan lebih dahulu (melalui proses pembentukan undang-undang), berdasar pada Pendekatan positivistik</p> <p>Hukum mencakup aturan-aturan yang relative terbatas, sehingga muncul persoalan hukum tidak dapat menjawab, untuk itu diperlukan azas azas hukum untuk memberikan makna.</p>	<p>Azas hukum adalah pokok-pokok pikiran yang berpengaruh terhadap norma-norma perilaku. Dan menentukan lingkup keberlakuan norma hukum Dengan fungsi:</p> <p><u>Mengisi kekosongan hukum</u>, Azas timbul dari kebutuhan mengisi kekosongan hukum pada aturan</p> <p><u>Pemecahan azas masalah baru</u> yang timbul dan membuka bidang liputan masalah baru. (smits)</p> <p><u>Menafsarkan aturan hukum</u>, Azas hukum menjelaskan dan menjustifikasi norma-norma hukum, yang didalamnya</p>

¹¹³ Herlien Budiono, *Azas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, PT Citra Adya Bakti, Bandung, 2006, h.75-83

	<p>terkandung (dan bertumpu) nilai-nilai ideologis tertin hukum (Jue)</p> <p>Azas hukum menjustifikasikan prinsip-prinsip "etikal", yang merupakan substansi dari aturan-aturan hukum Penafsiran aturan tidak dalam arti <i>conversational interpretation</i> melainkan <i>constructive interpretation</i></p> <p><u>Memberikan keterjahan dari aturan-aturan yang tergebar</u></p> <p><u>Memberikan pedoman perilaku</u>, namun tidak bersifat langsung sebagaimana terjadi dalam norma-norma perilaku</p> <p><u>Mengedepankan kesucilaan</u>. Azas hukum harus diperjuangkan bukan pada tataran rasio manusia tetapi lebih pada tataran kesucilaan Azas hukum tidak sekedar bersifat umum namun juga bersifat terberi dan terpercaya (bila tidak demikian maka hilanglah karakter sebuah azas)</p> <p><u>Mengusulkan lingkup keberlakuan norma hukum</u>. Azas hukum adalah norma yang mencakup ukuran-ukuran untuk mengukur/menilai (<i>waardemaatsaven</i>) Bruggink</p> <p><u>Menulis ulang bahan ajaran hukum yang ada</u>, untuk memunculkan solusi terhadap masalah baru</p>
--	--

Berkaitan dengan syarat syahnya perjanjian menurut Mariani Darus¹¹⁴ ada 10 macam azas yang perlu diperhatikan sebagaimana berikut.

1. Azas kebebasan mengadakan perjanjian (*party autonomy*) sesuai dengan azas kebebasan berkontrak (*contractvrijheidbeginsel*)
2. Azas persesuaian kehendak (azas konsensualisme)
3. Azas kepercayaan
4. Azas kekuatan mengikat
5. Azas persamaan hukum
6. Azas keseimbangan
7. Azas kepastian hukum
8. Azas moral
9. Azas kepatutan
10. Azas kebiasaan

¹¹⁴ Mariani Darus Hadriyaman, *HW Huku III. Hukum Perikatan dengan penjelasan*, Alumni, Bandung, 1981, h 27

Namun azas-azas yang digunakan dalam kajian ini ada enam, sbb.

1. Azas Konsensualisme

Bahwa perjanjian terbentuk karena adanya perjumpaan kehendak (*consensus*) para pihak. Perjanjian pada pokoknya dapat dibuat secara bebas tidak terikat oleh bentuk, dan tidak harus formil, tetapi cukup melalui konsensus belaka.

2. Azas kekuatan mengikat perjanjian (*verbindende kracht der overeenkomst*)

Para pihak harus memenuhi apa yang mereka sepakati dalam perjanjian yang mereka buat.

3. Azas kebebasan berkontrak (*contractsvrijheid*)

Para pihak bebas menentukan kebendanya dalam membuat perjanjian dan setiap orang bebas mengikatkan diri dengan siapapun yang ia kehendaki. Para pihak juga bebas menentukan cakupan isi serta persyaratan dari suatu perjanjian dengan ketentuan bahwa perjanjian tersebut tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat memaksa, baik ketertiban umum ataupun kesusilaan

4. Azas Itikad Baik (*good faith*) dan Transaksi Jujur (*fair dealing*)

Bahwa terkait mulai dari proses negosiasi, pembuatan, pelaksanaan, hingga berakhirnya kontrak, maupun bila ada perubahan kontrak harus dilandasi itikad baik para pihak (azas itikad baik mengandung azas kepastian dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid*)) dan pertukaran kepentingan diantara para pihak harus bersifat fair (jujur)

5. Azas Keseimbangan (*evenwichtbeginsel*)

Sumber keterikatan / kekuatan mengikat menurut azas keterikatan kontraktual, diberikan oleh relasi antara kepentingan perorangan (antara para pihak) dan kepentingan umum (antara para pihak dan publik / masyarakat) yang seimbang (setara namun tidak sama)¹¹⁵

6. Azas Proporsional

Azas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya secara *fair*.¹¹⁶ Azas proporsional sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (menjaga kelangsungan hubungan):

Dasar pertimbangan yang menjadi alasan keberlakuan ke enam azas ini didasarkan pada hal berikut:

Ketiga azas pertama dipengaruhi paham *individualisme*, yang mengusung tema kebebasan, persamaan, dan keterikatan kontraktual (*vrijheid, gelijkheid, en contractuele gebondenheid*) sebagaimana BW 1838 ataupun BW 1992¹¹⁶. Tema ini kemudian melandasi azas hukum lainnya, sehingga ke tiga azas juga disebut azas dasar (*grondbeginselen*).

Azas ke empat Azas Hikad Baik (*good faith*) dan Transaksi Jujur (*fair dealing*), dimana dalam hikad baik terkandung azas kepatutan dan kepatutan

¹¹⁵ Helia Bultong, *Op. Cit.*, h. 304

¹¹⁶ *Ibid.*, h. 94

(*redelykheid en billiykheid*) merupakan azas yang dipakai disemua pengaturan UPICCs / UNIDROIT pilihan azas ini juga dilandasi fakta bahwa azas ini merupakan tonggak pembongkaran pemahaman kepastian hukum secara sempit dengan mengedepankan tuntutan keadilan sebagaimana dalam pasal 1338 ayat (3) BW

Azas kelima menurut Herlien Budiono diusulkan menjadi azas keempat dari *gronbeginselen* muncul dari factor idil dan riil masyarakat Indonesia yang bersifat "komunal" namun mengusung nilai universal (Belanda juga menerapkan azas keseimbangan)¹¹⁷.

Azas keenam menurut Yudha Hernoko diusulkan menjadi salah satu azas utama dalam hukum kontrak nasional, menekankan perlunya azas proporsionalitas untuk membuka ketidakseimbangan (matematis) dengan syarat pertukaran prestasi berlangsung secara fair. Seyogyanya menjadi dasar untuk : (1) menjamin pertukaran hak dan kewajiban dalam berkontrak, (2) rambu - rambu aturan main dalam transaksi bisnis para pihak, dan (3) sebagai batu uji atau tolok ukur eksistensi kontrak.¹¹⁸

Pilihan pada Azas kelima dan keenam ini, sebagai Azas yang baru sebagaimana diusulkan Herlien Budiono dan Yudha Hernoko, didasarkan alasan kesamaan visi dan misi berikut:

- a. Kedua azas memiliki visi yang sama yaitu terciptanya kontrak yang adil dalam pemahaman luas dengan mengedepankan kesetaraan

¹¹⁷ *ibid*, h. 323

¹¹⁸ Agus Yudha Hernoko. *Op. Cit.*, h. 312

pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) bagi para pihak tidak ada pihak yang dirugikan, dan menghindari pemahaman ketidakseimbangan kontrak secara sempit dari ketidakseimbangan pembagian hasil (persamaan matematis secara kuantitas dan bukan kualitas) merupakan manifestasi pembongkaran pemahaman kepastian hukum secara sempit dengan mengedepankan tuntutan keadilan sebagaimana dalam pasal 1338 ayat (3) BW

- b. Kedua azas memiliki misi sama yaitu menemukan tolok ukur proporsi atau keseimbangan untuk dapat diterapkan dalam prosedur pembentukan kontrak melalui evaluasi terhadap kontrak yang berbeda kasus per kasus

Untuk memahami lebih jauh persamaan dan perbedaan Azas Keseimbangan dan Proporsionalitas dapat dilihat dari tabel berikut

	AZAS PROPORSIONALITAS	AZAS KESUMBANGAN
Landasan terbentuknya Azas	Azas yang secara tersamar telah mengada dalam aturan hukum positif. Aturan Hukum yang menguasai kontrak sebenarnya penjelmaan dari dasar-dasar filsafat yang terdapat pada azas-azas hukum secara umum. Azas-azas hukum ini bernilai sangat umum dan menjadi landasan berfikir yaitu dasar ideologis aturan-aturan hukum. Heberapa azas itu bersifat samar-samar dan hanya dengan upaya yang sangat keras dapat dipaharti dan diurai secara jelas. Azas Hukum merupakan sumber bagi system hukum yang memberi inspirasi mengenai nilai-nilai etis, moral dan social masyarakat. Dengan demikian azas hukum sebagai landasan norma menjadi alat uji bagi norma hukum yang ada, dalam arti norma	Azas-azas hukum dapat saja timbul dari pandangan akan kepastian dalam pergaulan sosial yang kemudian diadopsi oleh pembuat undang-undang sehingga menjadi aturan hukum tertulis. Azas itikad baik) Upaya menemukan azas hukum tersebut diatas dilakukan dengan cara mencari sifat-sifat umum (kesamaan kesamaan) dalam norma peraturan kongkrit. (Peter Mahmud Marzuki dalam Yudha Hernoko (107-108) Azas hukum pada dasarnya berakar pada kenyataan di masyarakat dan didalam nilai-nilai yang dipilih oleh masyarakat sebagai pedoman hidup Nluewenhuis¹¹⁹

¹¹⁹ Mathien Budiono, Op Cit., h. 157

	<p>hukum tersebut pada akhirnya dikembalikan pada azas hukum yang menjawabnya. (Peter Mahmud Marzuki) (106-107)</p> <p>Menurut Niewenthuys, azas-azas hukum itu berfungsi sebagai pemihangan system, dan lebih lanjut azas-azas itu sekaligus membentuk system "check and balance".</p> <p>Melalui pendekatan tersebut ada tujuan yang diemban yaitu agar tercipta suatu hubungan kontraktual yang proportional antara pelaku bisnis, sebagai suatu pola hubungan "win-win solution" yang mencerminkan suatu hubungan simbiosis mutualisme.</p>	<p>berpendapat bahwa fungsi hukum, dalam konteks ini, ialah menyalurkan faktor-faktor idil dan riil berkenaan dengan hukum.</p> <p>Melalui pendekatan tersebut dapat tercipta suatu kontrak yang sangat berorientasi pada keseimbangan kontraktual dalam konteks hubungan dan kepentingan para pihak yang "membawa kehidupan yang lebih baik" bagi kedua belah pihak dan memberikan "peluang eksistensi imateriil"</p>
LINGKUP	Kontrak Komersial	Kontrak Konsumen Kontrak Komersial
MAKNA	<p>"Azas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya" Azas proporsional sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (menjaga kelangsungan hubungan)</p> <p>(h 91)</p> <p>Yang diwujudkan dalam Penerapan azas proporsionalitas dalam kontrak komersial Prakontraktual Pembentukan Kontrak Pelaksanaan Kontrak (h 14)</p>	<p>Keseimbangan sebagai azas etikal</p> <p>Kedamaian atau keselarasan karena dari pelbagai gaya yang bekerja tidak satupun mendominasi yang lainnya, atau karena tidak satu elemen menguasai lainnya" dimana janji para pihak dianggap menyalurkan sepanjang dilandasi</p> <ul style="list-style-type: none"> • Keseimbangan hubungan antara perantara dan kepentingan umum atau • Adanya keseimbangan antara kepentingan kedua belah pihak sebagaimana masing-masing pihak menghatarapkannya (304-305) <p>Azas Keseimbangan sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak yang "membawa kehidupan yang lebih baik" bagi kedua belah pihak dan memberikan "peluang eksistensi imateriil" (132/342)</p> <p>Keseimbangan antara Individu sebagai kekuatan normatif dan disisi lain masyarakat dengan hukum obyektif sebagai kekuatan regulatif (h 542)</p> <p>Yang diwujudkan dalam Penerapan azas keseimbangan dalam kontrak komersial Prakontraktual Pembentukan Kontrak</p>

		Pelaksanaan Kontrak
<p data-bbox="235 312 335 355">FUNGSI</p> <p data-bbox="406 312 856 549">Kontrak mengamankan transaksi karena dalam kontrak terkandung suatu pemikiran (tujuan) akan adanya keuntungan para pihak, fungsi asas proporsionalitas menunjukkan karakter berguna yang "operasional dan implementatif"</p> <p data-bbox="406 571 692 603">TAHAP PRAKONTRAK</p> <p data-bbox="406 603 856 786">membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara fair. Oleh karena itu adalah tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan itikad buruk</p> <p data-bbox="406 819 763 851">PEMBENTUKAN KONTRAK</p> <p data-bbox="406 851 856 980">menjamin kesetaraan hak serta kebebasan menentukan / mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berangung secara fair</p> <p data-bbox="406 1013 778 1045">PELAKSANAAN KONTRAK</p> <p data-bbox="406 1045 856 1175">menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak hak dan kewajiban menurut proporsi yang disepakati / dibebankan pada para pihak</p> <p data-bbox="406 1196 856 1498">Kegagalan pelaksanaan kontrak harus ditinjau secara proporsional : apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental (fundamental breach) sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedat hal-hal yang sederhana / kesalahan kecil (minor inporant) (mis karena perbedaan bargaining position, perbedaan status)</p> <p data-bbox="406 1498 856 1778">Pengujian melalui Asas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain,</p> <p data-bbox="406 1811 856 1961">Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, asas proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang</p>		<p data-bbox="878 258 1120 291">Pelaksanaan Kontrak</p> <p data-bbox="878 312 1356 452">Kriteria keseimbangan bukan melihat apakah situasi atau sasaran yang hendak dicapai seimbang atau tidak melainkan</p> <p data-bbox="878 571 1163 603">TAHAP PRAKONTRAK</p> <p data-bbox="878 603 1356 700">Apakah pada saat terjadinya terdapat masalah ketidakseimbangan dalam cara pembuatan kontrak,</p> <p data-bbox="878 819 1235 851">PEMBENTUKAN KONTRAK</p> <p data-bbox="878 851 1356 948">Apakah perjanjian yang bersangkutan mengandung muatan atau maksud dilakukannya perjanjian,</p> <p data-bbox="878 1002 1235 1034">PELAKSANAAN KONTRAK</p> <p data-bbox="878 1034 1356 1110">dan pelaksanaan kontrak itu pada suatu keadaan yang tidak seimbang (343)</p> <p data-bbox="878 1196 1356 1379">Perundingan ulang harus diprioritaskan sebelum perjanjian diakhiri akibat munculnya ketidakseimbangan, terutama jika dengan cara ini kepentingan para pihak dapat dijustifikasi dan juga dapat dijamin pencapaiannya(358)</p> <p data-bbox="878 1379 1356 1509">Penyesuaian dan pengakhiran dapat dilakukan setelah perundingan ulang untuk menyeimbangkan situasi dan kondisi (358)</p>

	fair (h.105)	
TUJUAN	<p>Didapatkannya Prosedur (formal) baru untuk memandu terwujudnya proporsi yang menguntungkan kepentingan para pihak</p> <p>Terwujudnya kontrak yang menguntungkan bagi para pihak (win-win solution contract) yaitu:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Memberikan kepastian hukum dan • Memberikan keadilan <p>Selingga tidak merugikan salah satu pihak atau kedua belah pihak.(h. 6)</p>	<p>Dicari dan ditentukannya tolok ukur baku untuk menetapkan ada atau tidaknya situasi ketidakseimbangan (333)</p> <p>Terwujudnya kontrak yang menguntungkan bagi para pihak (win-win solution contract) yaitu:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Memberikan kepastian hukum dan • Memberikan keadilan <p>Selingga tidak merugikan salah satu pihak atau kedua belah pihak dan juga kepentingan umum</p> <p><u>Koreksi dalam hal menul ketidakseimbangan didalam dan berdasarkan BW Indonesia / BW (akibat hukum dan alternatif yang pemecahan yang tersedia)</u></p>
CIRI	<ul style="list-style-type: none"> • Pola Kemitraan (menghindari istilah lawan kontrak) dan win-win solution • Ketidak seimbangan posisi para pihak kurang relevan untuk diterapkan dalam kontrak komersial • Fokus pada bagaimana perbedaan kepentingan para pihak dapat diatur sedemikian rupa secara proporsional • Tidak berkuat pada keseimbangan matematis tetapi justru lebih menekankan pada proporsionalitas hak dan kewajiban para pelakunya 	<p>Pola hubungan kemitraan (tolong menolong) dan kekeluargaan (gotong royong), dan win-win solution dengan memperhatikan kepentingan masyarakat</p> <p>Tidak berkuat pada keseimbangan matematis tetapi justru lebih menekankan pada bobot pertukaran hak dan kewajiban para pelakunya</p>
AZAS TERKAIT	<ul style="list-style-type: none"> • AZAS KEBEBASAN BERKONTRAK • AZAS KONSENSUALISME • AZAS DAYA MENGIKAT KONTRAK (FACTA SUNT SERVANDA) • AZAS ITIKAD BAIK • AZAS KEPATUHAN DAN KEADILAN • AZAS PROPORSIONAL 	<ul style="list-style-type: none"> • AZAS KEBEBASAN BERKONTRAK • AZAS KONSENSUALISME • AZAS DAYA MENGIKAT KONTRAK (FACTA SUNT SERVANDA) • AZAS KESEIMBANGAN (Azas Itikad Baik, Azas Kepatuhan Dan Keadilan dianggap berakar pada azas keseimbangan) (h.56)
TEHNIK KERJA AZAS Daya kerja	<p>HUBUNGAN AZAS PROPORSIONAL DAN AZAS-AZAS LAINNYA</p> <p>Dalam hubungan antar azas - azas hukum kontrak,</p> <p>Memperhatikan substansi masing-masing azas, sesuai dengan fungsi (check and balance)</p> <p>kedudukan azas proporsionalitas adalah azas pokok yang mandiri dan berdiri setara dengan azas-azas pokok hukum kontrak yang lain. (didasari fungsi</p>	<p>HUBUNGAN AZAS KESEIMBANGAN DAN AZAS-AZAS LAINNYA.</p> <p>1. Dalam konteks Harmonisasi (ditarbelakangi Hukum kontrak dalam BW ditransplantasikan dalam sistem hukum Hindia Belanda), Azas Keseimbangan berfungsi melengkapi (peran subsider untuk mengisi "kekosongan" yang tidak tercakup pada Aturan maupun Azas-azas hukum lainnya</p>

	<p>proporsional) (148)</p> <p>Contoh Kelezatan kue tersebut karena terpadunya komposisi unsur-unsur penyusun, komposisi itu lezat karena sesuai takaran atau proporsinya. Demikian halnya dengan daya kerja dan fungsimasing masing azas, membentuk sistem check and balance sesuai proporsinya (149)</p> <p>Proporsionalitas daya kerja masing-masing azas dalam membingkai suatu kontrak hendaknya tidak diartikan sebagai pengertian dan makna azas proporsionalitas</p> <p>Bekerjanya masing-masing azas secara proporsional dalam membentuk kontrak karena bekerjanya azas-azas tersebut dalam sistem check and balance</p> <p>Idealnya agar kontrak menjadi kokoh maka masing-masing azas seyogyanya mempunyai daya kerja proporsional.</p> <p>Sedangkan azas proporsionalitas sendiri terkait dengan pertukaran hak dan kewajiban secara proporsional yang meliputi seluruh tahapan kontrak</p> <p>Jadi pengertian azas proporsionalitas hendaknya dibedakan dengan bekerjanya azas-azas dalam hukum kontrak secara proporsional) (149)</p>	<p>(359)</p> <p>2 Azas keseimbangan berfungsi sebagai azas hukum mandiri disamping ke tiga Azas Pokok lainnya (507) Varian kedua ini dipilih Herlien Budiono (360)</p> <p>Fungsi ini memunculkan 2 varian alternatif pengembangannya:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Varian dengan interaksi kuat 2. Varian dengan interaksi lemah <p>Interaksi kuat, Pranata dan azas-azas hukum sejak semula dilandaskan pada azas keseimbangan.</p> <p>Interaksi lemah. Penerapan pranata serta azas-azas hukum yang pada dasarnya dilandaskan pada azas keseimbangan sekalipun azas tersebut tidak disebutkan secara eksplisit, namun secara jelas pengaruh azas keseimbangan dapat dikenal.</p> <p>Untuk menjelaskan perhubungan azas-azas pokok dalam hukum kontrak Indonesia dilatarbelakangi Azas keseimbangan melalui hermeneutika.(penafsiran) (508)</p> <p>Kedua daya kerja (varian 1&2) memberikan "kepastian" suatu aturan hukum (dan pranata hukum yang ada) bahwa aturan tersebut benar dan adil melalui azas keseimbangan (360)</p> <p>Azas keseimbangan ini oleh Herlien dimaknai "Balance" (larasimbang / setara / sama bobot kualitasnya) bukan dalam makna sempit dari "Equal" (sama), dan azas keseimbangan sejak awal berfungsi "balancing" among others (539-565)</p>
Eksistensi Penerapan Azas	<p>Perwujudan keadilan berkontrak ditentukan melalui 2 pendekatan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pendekatan Prosedural, pedoman ini menitikberatkan pada persoalan kebebasan kehendak dalam suatu kontrak 2. Pendekatan Substantif yang menekankan kandungan atau substansi serta pelaksanaan kontrak (91) 	<p>PENGUJIAN DAYA KERJA AZAS KESEIMBANGAN MELALUI 3 aspek Perjanjian yaitu:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Perbuatan para pihak (perbuatannya sendiri atau perilaku individual) 2. Isi kontrak sebagaimana disepakati para pihak 3. Pelaksanaan apa yang disepakati <p>3 Perbuatan / Tindakan</p>

1. PENERAPAN AZAS PROPORSIONALITAS DALAM PEMBENTUKAN KONTRAK KOMERSIAL

1. Lisensi Negosiasi dalam pembentukan kesepakatan para pihak.

2. Keabsahan Kontrak.

Kontrak melindungi para pelaku bisnis bila kontrak dibuat secara sah.

Syarat sahnya kontrak (Pasal 1320 dan pasal-pasal lain seperti Pasal 1335, pasal 1337, pasal 1339, pasal 1347.

3. Klausul Kontrak yang mencerminkan Azas Proporsionalitas

Dengan memperhatikan substansi klausul-klausul yang diadopsi dan diumumkan di dalam hukum positif di Indonesia. **Penormaan materi muatan azas proporsionalitas tersebut lebih ditunjukkan pada terciptanya aturan main yang fair bagi para pihak dalam membagi hak dan kewajibannya secara proporsional.** (228)

2. PENERAPAN AZAS PROPORSIONALITAS DALAM PELAKSANAAN KONTRAK KOMERSIAL

1. Penentuan isi kontrak

Isi kontrak terkait dengan penentuan sifat serta luasnya hak dan kewajiban yang timbul dari hubungan kontraktual para pihak (229) Berdasar pasal 1339 BW

Untuk mengetahui sifat serta luasnya hak dan kewajiban yang timbul dari hubungan kontraktual. Nieuwenhuis menekankan 2 aspek utama, yaitu:

1. Interpretasi (penafsiran, *uitleg*) terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, dan

2. Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, meliputi

- Faktor otowin /otonomi

- Perbuatan hukum dan perjanjian
- Penawaran dan penerimaan
- Penarikan kembali dan percabutan
- Penawaran tidak dapat dicabut
- Percundungan yang terputus
- Kewenangan/ kecakapan bertindak
- Cacat Kehendak (*wilgebreken*)
- Bentuk

(Formalisme dan Konsensualisme, dan dampak kesalahan bentuk)

2 Muatan Isi atau Substansi dari perjanjian

- Bertentangan dengan undang, undang
- Bertentangan dengan kesusilaan yang baik
- Akibat-akibat hukum
- Kenyataan faktual dan kenyataan yuridis
- Kesetaraan dan Kelayakan pertukaran

3 Situasi –Kondisi Pelaksanaan

1. Umum
2. Keadaan yang tidak terduga

para pihak (terkait daya mengikatnya kontrak), kecuali apabila berhadapan dengan undang-undang yang bersifat memaksa, maka faktor otonom harus mengalah.

- Faktor Heteronom (faktor-faktor yang berasal dari luar para pihak), terdiri dari
 - Syarat yang biasa diperjanjikan (*besluitgebruikelijk bepaling*)
 - Kebiasaan (*gebruik*)
 - Undang-undang yang bersifat menambah atau melengkapi (*aanvullend recht*)
 - Keputusan (*beslissing*), dengan catatan kalau mengikuti pola pikir NBW maka keputusan ditempatkan secara sejajar dengan undang-undang yang bersifat memaksa (vide pasal 6:2 NBW) (230)/264

3. Pelaksanaan Kewajiban Kontraktual.

AKIBAT HUKUM DARI ANALISA KRITERIUM DIATAS

1. PEMBATALAN KONTRAK

Efase Pembentukan Kontrak – bila syarat sahnya kontrak dilanggar (karena tidak sah maka membawa akibat kontrak dianggap tidak pernah ada – akibat hukumnya berlaku surut sejak dibuatnya kontrak)

2. PEMUTUSAN KONTRAK

Efase Pelaksanaan Kontrak – bila ada pelanggaran kewajiban kontraktual (302) (keabsahan kontrak diakui, namun karena bermasalah maka kontrak diputus akibat hukumnya tidak berlaku surut (aman sejak kontrak diputus)

Sumber: Agus Yudha Hermoko, "Azas Proporsionalitas sebagai Landasan Pertukaran Hak dan Kewajiban Para Pihak dalam Kontrak Komersial", Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2007. dan Herlihan Budiono, "Azas Keseluruhan bagi Hukum Perjanjian Indonesia", Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006

Secara umum Azas keseimbangan dan proporsionalitas memiliki perbedaan dan kesamaan, kesamaan dapat dilihat dari :

- a. Visi dan misi
- b. Sama-sama mengakomodir kepentingan umum / masyarakat, bedanya :
 - azas keseimbangan bersifat lebih eksplisit.
 - azas proporsionalitas lebih bersifat tersirat dan dapat dipahami dari landasan asal keberlakuannya sebagaimana diungkapkan **Peter Mahmud Marzuki** bahwa Azas Hukum merupakan sumber bagi system hukum yang memberi inspirasi mengenai nilai-nilai etis, moral dan social masyarakat.

Sedangkan perbedaan antara kedua azas terletak pada :

- a. Landasan (asal keberlakuan) didasarkan penuturan **Peter Mahmud Marzuki** dan **Nieuwenhuis**, berbeda karena :
 - azas keseimbangan timbul dari Azas hukum yang dasarnya berakar pada kenyataan di masyarakat dan didalam nilai-nilai yang dipilih oleh masyarakat sebagai pedoman hidup.
 - azas proporsional muncul dari Azas yang secara tersamar telah mengada dalam aturan hukum positif
- b. Area Keberlakuan:
 - azas keseimbangan dapat mencakup kontrak komersial dan konsumen.
 - azas proporsionalitas hanya dibatasi pada kontrak komersial.

Langkah selanjutnya adalah bagaimana ke-enam azas itu diterapkan dalam menganalisa Kontrak Karya Freeport, dapat disimak dari pemikiran Dworkin (lihat tabel hubungan antara AZAS dan UNDANG-UNDANG / ATURAN sifatnya problematik – pada halaman sebelumnya), sbb:

Terhadap kejadian yang sama dapat diterapkan berbagai azas hukum, yang semuanya memainkan peranan pada interpretasi aturan-aturan yang dapat diterapkan. Dalam hal itu maka harus ditimbang-timbang azas hukum yang mana yang memiliki bobot yang paling besar. Demikianlah, sejumlah azas hukum pada waktu yang bersamaan masing-masing dengan bobot yang berbeda-beda memberikan sumbangan pada penetapan keputusan dalam suatu kejadian tertentu, tetapi hanya terdapat satu aturan hukum yang dapat diterapkan pada kejadian itu.¹²⁰

Menurut Nieuwenhuis, Azas - azas itu sekaligus membentuk system *check and balance*, artinya azas-azas itu akan saling tarik menarik menuju proses keseimbangan. Bagaimana *check and balance* itu bekerja dapat disimak dari azas-azas umum yang telah berlaku (dituar azas keseimbangan dan azas proporsionalitas). sbb:

¹²⁰Agus Yudha I. *Op. Cit.*, h

uan	<p>perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”</p>	<p>wang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”</p>	<p>yang dibuat secara sah berlaku sebagai <u>undang-undang</u> bagi mereka yang membuatnya”</p>	<p>baik (Contractus bonafidei)</p>	<p>baik (Contractus bonafidei)</p>
Makna	<p>Seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (<i>hargaining position</i>) yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi yang seimbang.</p> <p>kebebasan berkontrak akan eksis jika para pihak dalam berkontrak memiliki keseimbangan secara ekonomi dan sosial. Pihak ini memberi peluang luas kepada golongan ekonomi kuat untuk mengatasi golongan ekonomi lemah,</p>	<p>Istilah secara sah bermakna bahwa dalam membuat perjanjian yang sah adalah mengikat (vide pasal 1320) karena didalam azas itu terkandung kehendak para pihak (126)</p> <p>Azas ini menentukan adanya perjanjian (<i>raison de être; het bestaanwazende</i>) (126)</p> <p>Azas ini menumbulkan kepercayaan diantara para pihak. azas kepercayaan (<i>vertrouwenleer</i>) merupakan nilai etis yang bersumber pada moral. (126)</p> <p>Subekti menyatakan bahwa Azas Konsensualisme terdapat dalam pasal 1320 jo 1338 BW. Pelanggaran</p>	<p>Pemahaman ini menempatkan bahwa undang-undang mengikat dan menempatkan posisi para pihak dalam kontrak sejajar dengan pembuat undang-undang (131)</p> <p>L.J. Van apeldoorn, Hal tersebut dapat dianalogikan bahwa keduanya memiliki kesamaan para pihak sama dengan pembuat undang-undang, namun memiliki perbedaan terkait daya berlakunya. Undang-undang dengan segala proses dan prosedurnya berlaku dan mengikat untuk semua orang dan bersifat abstrak. Sedangkan kontrak mempunyai daya berlaku terbatas pada kontrak, bersifat kongkrit (132)</p>	<p>Berdasar pasal 1963 BW, kemauan atau kejujuran seseorang itu pada saat ia mulai menguasai barang, dimana ia mengira bahwa syarat-syarat yang diperlukan untuk mendapatkan hak milik atas barang itu telah dipenuhi. Itikad baik semacam ini juga dilindungi oleh hukum Itikad baik ini bersifat subyektif.</p> <p>ADA 3 FUNGSI UTAMA ITIKAD BAIK dalam pasal 1318 (3) BW, menurut sarjana antara lain P.I. Werry, Arthur S Hartkamp, dan Marianne M.M. Tillein, terdapat 3 fungsi utama itikad baik</p> <p>1. Kontrak harus</p>	<p>Maksudnya perjanjian itu dilaksanakan menurut keperluan dan keadilan (<i>redelijkheid, reasonable, dapat diterima dengan akal sehat</i>) dan (<i>billijkheid, patut dan adil</i>)</p> <p>Keadilan diukur dari norma-norma obyektif dan bukan dari subyektifitas para pihak. (140)</p> <p>Pasal 1338 (3) selalu ditubungkan dengan Pasal 1339 BW "Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan didalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang memenuhi sifatnya persetujuan dituntut Berdasarkan keadilan, kehiasaan, atau undang-undang" (140-141)</p> <p>Analisis keadilan dalam</p>

ini ternyata menyangkut dua pihak yang berbeda kekuatan ekonomisnya

(AG. GUEST, Konrad Zweigert, Heinz Kötz, dalam Ridwan Khairandy, Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak, FH UI: Pasca Sarjana, 2003, h.1-2)

Perjanjian ini sah karena persesuaian kehendak atau konsensus semata-mata (127)

Pasal 1341
Hak yang lahir merupakan hak perseorangan (*persoonlijk*) dan bersifat relatif
Pasal 1348, 1365, 1376 BW (134)

menambah isi atau kata-kata perjanjian apabila terdapat hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan dalam kontrak

3. Membatasi dan meniadakan (*beperkerke en derogende werking van de goede trouw*), artinya fungsi ini hanya dapat diterapkan apabila terdapat alasan yang amat penting (*alleen in speekende gevallen*)

hubungan kontraktual
Memahami keadilan dalam kontrak komersial tidak boleh membawa kita pada sikap *inchoistic* (paham tunggal), namun lebih dari itu harus bersikap komprehensif
Dalam keadilan komutatif yang menjadi landasan hubungan antara person, termasuk kontrak, hendaknya tidak dipahami sebagai kesamaan semata karena pandangan ini akan membawa ketidakadilan ketika dihadapkan pada ketidakseimbangan para pihak dalam berkontrak.
Dalam keadilan distributif yang dipolakan dalam hubungan negara dan warga negara, konsep distribusi proporsional yang terkandung didalamnya dapat ditarik kepersepektif hubungan kontraktual (69)

(Pasal 1338-1341) Kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik (*Contractus bonafidei*) – berdasarkan (*redelijkheid, redelijke, dan* dengan akal sehat) dan (*billigheid, patut dan adil*) Itikad baik (*good faith*) (139) Keadilan diukur dari norma-norma obyektif dan bukan dari subyektifitas para pihak.(140) Menurut Subekti. Paham Individualis (sering perkembangan paham etis dan sosialis) diintai tidak memverminkan keadilan Masyarakat ingin pihak yang lemah lebih banyak memperoleh perlindungan. Oleh karena itu kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak, melainkan relatif, selalu dikaitkan dengan kepentingan umum.(117)

terwujud sempurna karena adanya Cacat kehendak (*wilsgebreke*) (127)

Itikad Baik
 Keputusasan dan keadilan

Keputusasaan dan keadilan
 Overmacht (Force Majeure) (134)

mengikatnya berlaku (itikad baik) mencakup seluruh kontrak.(140)

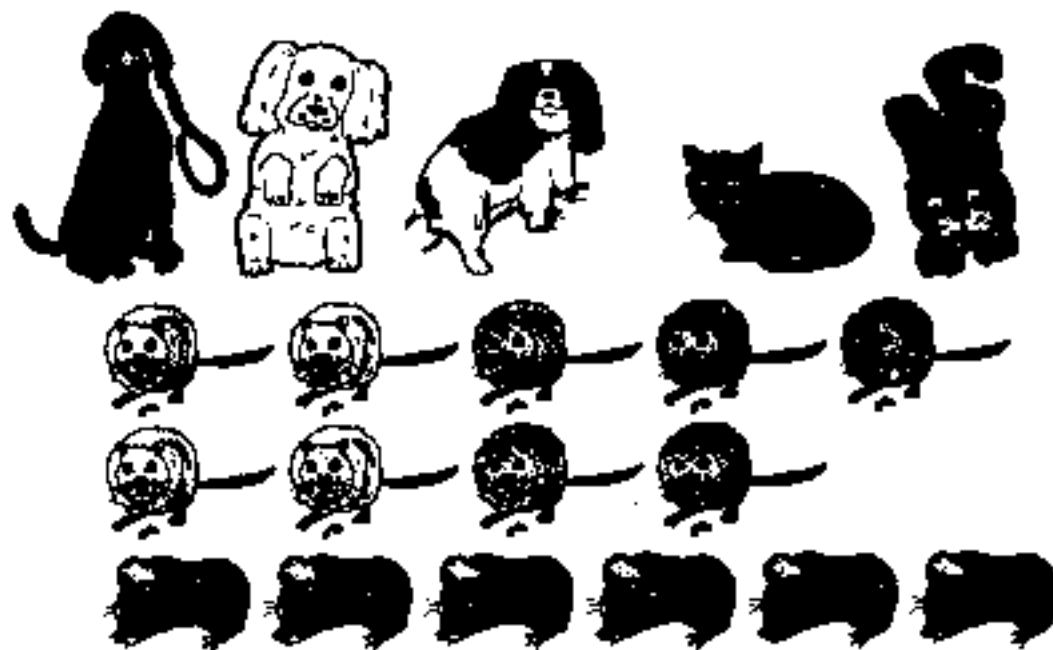
(139)

Bagaimanakah azas keseimbangan dan proporsional bekerja dalam mekanisme *check and balance*, pada dasarnya secara matematis keduanya bekerja pada satu ranah, sebagaimana dua sisi mata uang, dapat dilihat pada pemahaman berikut:

Proportions are built from ratios.

A *ratio* is a comparison of two quantities /different things. The ratio of dogs to cats is 3 to 2
The ratio of gerbils to guinea pigs is 9 to 6

A *proportion* is a comparison of two ratios. The ratio of 3 to 2 is the same as the ratio of 9 to 6



For every three animals of one species there are two of the other species.

These two ratios are equal to each other: This is a **proportion**.

$$3/2 = 9/6^{121}$$

A **ratio** is a comparison of two numbers. We generally separate the two numbers in the ratio with a colon (:). Suppose we want to write the ratio of 8 and 12.
We can write this as 8:12 or as a fraction $8/12$, and we say the ratio is *eight to twelve*.

Examples:

Jeanine has a bag with 3 videocassettes, 4 marbles, 7 books, and 1 orange.

1) What is the ratio of books to marbles?

Expressed as a fraction, with the numerator equal to the first quantity and the denominator equal to the second, the answer would be $7/4$.

Two other ways of writing the ratio are 7 to 4, and 7 : 4.

¹²¹ **Proportion** by Bernadette Dvorscak. <http://www.cis.yale.edu/ynht/curriculum/guides/1991/5/81.05.09.x.html>

2) What is the ratio of videocassettes to the total number of items in the bag?

There are 3 videocassettes, and $3 + 4 + 7 + 1 = 15$ items total.

The answer can be expressed as $3/15$, 3 to 15, or 3:15.¹²²

Generally, though, ratio problems will just be a matter of stating ratios or simplifying them. For instance,

- **Express the ratio in simplest form: 240 miles to 8 gallons**

Depending on the text (or instructor), you may be supposed to keep the units on a ratio. In this case, you would have $(240 \text{ miles})/(8 \text{ gallons}) = (30 \text{ miles})/(1 \text{ gallon})$, or, in more common language, **30 miles per gallon**.

Properly, this answer *should* have units on it, since the units, "miles" and "gallons", do not cancel out.

Conversion factors are simplified ratios. For instance, suppose you are asked how many feet long an American football field is. You know that it is 100 yards. You would then use the relationship of 3 feet to 1 yard, and multiply by 3 to get 300 feet. (For more on this topic, look at the "Canceling / Converting Units" lesson.)

Ratios are the comparing of one thing to another (miles to gallons, feet to yards, ducks to geese, et cetera). But their true usefulness comes in the setting up and solving of proportions.

A ratio is one thing **compared** to or related to another thing; it is just a statement or expression. A proportion is two ratios that are equal to each other, a proportion is an equation that can be solved. When I say that a proportion is two ratios that are equal to each other, I mean this in the sense of two fractions being equal to each other. For instance, $3/10$ equals $1/2$. Solving a proportion means that you are missing one part of one of the fractions, and you need to solve for it. For instance, suppose you were given:

$$x/10 = 1/2$$

Notice how I wrote out the ratio in words:

$$(x \text{ ducks}) / (10 \text{ geese})$$

This is *not* standard notation, but it can be very useful for setting up your proportion, because it will help you keep track of what each number stands for. In other words, it will help you set up your proportion correctly. If you do not set up the ratios consistently, you will get an incorrect answer, so clarity can be very important.¹²³

More formally, the variable y is said to be **proportional** (or sometimes **directly proportional**) to the variable x , if there exists a non-zero constant k such that

¹²² <http://www.mathedu.com>

¹²³ <http://www.purplemath.com/modules/ratio6.htm>

$$y = kx$$

The relation is often denoted

$$y \propto x$$

and the constant ratio

$$k = y/x$$

Beware that the symbol " \propto " is sometimes used for relations other than equality. For example, the statement $f(n) = O(n^2)$ means that $f(n)$ grows at the *order of* n^2 . Despite the notation, the statement is actually better understood as asserting a set membership: $O(f(n))$ is formally the set of all functions on the positive integers that, for large n , grow no faster than $f(n)$.

In particular, since membership, unlike equality, is not symmetric, it is meaningless to write $O(n^2) = f(n)$. See Big-O notation for more on this.

Proportionality (mathematics)

In mathematics, two quantities are called **proportional** if they vary in such a way that one of the quantities is a constant multiple of the other, or equivalently if they have a constant ratio.

Definition

More formally, the variable y is said to be **proportional** (or sometimes **directly proportional**) to the variable x , if there exists a non-zero constant k such that

$$y = kx$$

The relation is often denoted

$$y \propto x$$

and the constant ratio

$$k = y/x$$

is called the proportionality constant or constant of proportionality of the proportionality relation.

Examples

- If an object travels at a constant speed, then the distance traveled is proportional to the time spent traveling, with the speed being the constant of proportionality.
- The circumference of a circle is proportional to its diameter, with the constant of proportionality equal to π .
- On a map drawn to scale, the distance between any two points on the map is proportional to the distance between the two locations the points represent, with the constant of proportionality being the scale of the map.
- The amount of force acting on a certain object from the gravity of the Earth at sea level is proportional to the object's mass, with the gravitational acceleration being the constant of proportionality on the object.

Properties

Since

$$y = k \times x$$

is equivalent to

$$x = (1/k) \times y,$$

it follows that if y is proportional to x , with (nonzero) proportionality constant k , then x is also proportional to y with proportionality constant $1/k$.

If y is proportional to x , then the graph of y as a function of x will be a straight line passing through the origin with the slope of the line equal to the constant of proportionality.

Another relation:

Inverse proportionality

Exponential and logarithmic proportionality

Experimental determination

To determine experimentally whether two physical quantities are directly proportional, one performs several measurements and plots the resulting data points in a Cartesian coordinate system. If the points lie on or close to a straight line that passes through the origin (0, 0), then the two variables are probably proportional, with the proportionality constant given by the line's slope.¹²⁴

Pemahaman matematik ini mungkin berguna sebagai tolok ukur untuk pemahaman makna proporsional dan keseimbangan yang bekerja pada ranah yang sama. Bahwa Proporsi itu terbentuk dari dua Ratio. Ratio sendiri terbentuk dari perbandingan (*compare*) dua hal yang berbeda (tidak sama) dan ditunjukkan dengan notasi (:).

Sesuatu dikatakan proporsional bila perbandingan dua ratio menunjukkan hubungan yang setara (*equal*) namun bukan dalam makna sama (*mirror*) - penerapan *mirror* dalam proporsional + keseimbangan diartikan sebagai hukuman yang setimpal dalam hukum pidana (pembunuh dihukum mati, dll). Proporsional ditunjukkan dengan notasi - atau $y \propto x$, y sebanding / setara dengan x (tapi x dan y harus merupakan ratio bukan angka tunggal sebagai hasil)

Jadi kita tidak dapat mengatakan sesuatu itu proportional atau tidak jika kita tidak memiliki ratio pembanding, misal: a mendapat bagian 30 dan b mendapat bagian 70 atau sebuah relasi 3 : 7 sebagai sesuatu yang tidak proportional tanpa

¹²⁴Proportionality (mathematics) - wikipedia.com

memiliki variable ratio pembanding (hal tersebut hanya menunjukkan compare dari dua hal yang berbeda dan bukan proportional).

Hubungan yang proportional sederhana nampak pada kasus berikut:

Hubungan kontrak antara "pemerintah RI" : "PT Freeport", dengan modal awal "pemerintah RI" = 300 . "PT Freeport" = 700, untuk membeli rokok, ternyata mendapat 10 rokok, dan rokoknya dibagi dengan pembagian "pemerintah RI" = 3 batang : "PT Freeport" = 7 batang. Keduanya memiliki hubungan yang proportional antara modal dan hasil, karena hubungan dua ratio dapat didapatkan secara equal, yang ditunjukkan dengan perbandingan berikut $300:700 = 3:7$, dalam kasus ini kita dapat menemukan proportionalitas dengan mengalikan sbb: $300 \times 7 = 3 \times 700$

Dalam praktik hubungan tidak selalu bersifat matematis, sebagaimana kasus berikut :

Kontrak dengan perbandingan modal awal sama seperti kasus diatas ternyata "pemerintah RI" tetap mendapat 3 batang rokok, sedang "PT Freeport" hanya mendapat 4 batang rokok, namun "PT Freeport" mendapat tambahan "ciuman" dari Roro Mendut sang penjual Rokok (secara kuantitas ratio hasil freeport tidak proportional terhadap ratio modal awal freeport namun secara kualitas bisa proportional, karena Freeport menganggap ciuman sang Roro setara dengan harga 3 batang rokok yang seharusnya dia dapat). Dalam hubungan sosial hal itu bisa menjadi hubungan Proportional dan equal. Namun dapat pula menjadi tidak proportional manakala kita tahu Roro Mendut itu istrinya "pemerintah RI" (dalam konteks ini hubungan belum mencerminkan hubungan timbal balik dan ratio)

Dalam konteks hubungan bisnis, hubungan itu tidak hanya bersifat matematis dan non matematis belaka namun juga rumit, kita tidak hanya melihat perbandingan ratio modal awal dan ratio hasil keuntungan belaka, namun juga harus dilihat dari ratio "hak dan kewajiban pihak I" / "hak dan kewajiban pihak II" yang bersifat khas karena merupakan sesuatu yang bersifat timbal balik (dimana hubungan yang terbentuk dapat bersifat *directly proportional*, *inverse proportional*, *logarithmic proportional*, dll). Bentuk Proportional dari hubungan kontrak itu secara matematika sederhana dapat dilihat sbb

Pemerintah RI : PE Freeport = modal1 / modal2-hasil1 / hasil2- hak dan kewajiban 1/ hak dan kewajiban 2 =kepentingan 1/ kepentingan 2.

Bagaimana menemukan proporsionalitas dan keseimbangan dari hubungan bisnis tersebut, dalam konteks matematis kita harus memiliki "ratio konstan"

Dalam perhubungan yang lebih rumit makna keseimbangan ("balance") dalam kualitas dapat dinyatakan dengan *proportional in a sense*¹²⁵ (dalam makna ini kepentingan umum dapat menjadi suatu ratio konstan yang bersifat menentukan), bahkan makna keseimbangan dapat memiliki makna yang abstrak dalam keseimbangan alam (*harmony dari ratio law (order) and chaos*)¹²⁶.

Problematika azas keseimbangan dan azas proporsionalitas adalah menemukan prosedur formal sebagai pemandu dan tolok ukur baku dari suatu hubungan kontraktual yang berbeda-beda kasus per kasus¹²⁷

Secara Formal prosedural dalam perundang-undangan telah ada usaha mempersandingkan azas keseimbangan azas proporsionalitas (namun mungkin dalam pemaknaan dan pemahaman yang berbeda) yaitu pencantuman azas keseimbangan / proporsional pada Jasa Konstruksi dalam pasal 2 Undang-undang No. 18 tahun 1999¹²⁸.

Satu hal yang mendasari keberlakuan formal adalah politik hukum suatu negara.

Jadi dalam kasus ini azas keseimbangan dan azas proporsionalitas bekerja saling melengkapi Langkah kerja kedua azas terkait Kontrak Karya Freeport adalah:

1. Politik Hukum Pertambangan Indonesia
2. Kontrak Karya Freeport dalam persepektif azas keseimbangan dan proporsional.

¹²⁵Architecton, Wikipedia.com

¹²⁶Law and Order, Wikipedia.com

¹²⁷Agus Yudha E. *Op. Cit.*, h. 6, dan Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 333

¹²⁸Salim HS II, *Op. Cit.*, h. 6

2.6.1. Politik Hukum Pengusahaan Bahan Galian Tambang

Azas hukum pada dasarnya berakar pada kenyataan di masyarakat dan didalam nilai-nilai yang dipilih oleh masyarakat sebagai pedoman hidup. Niuewenhuls¹²⁹ berpendapat bahwa **fungsi hukum, dalam konteks ini, ialah menyalurkan faktor-faktor idil dan riil berkenaan dengan hukum.**

Faktor idil dalam suatu bangsa dan factor riil dalam suatu masyarakat berbedabeda. Dasar ideology (idil) bangsa Indonesia adalah Pancasila. Penciptaan keadilan sosial yang dilandaskan ide dasar gotong royong (sikap tolong menolong dalam ikatan kemasyarakatan) tertuang dalam sila ke lima dalam Pancasila. Gagasan dan pemikiran tersebut dapat ditelusuri dari proses penumusan Pancasila. Presiden Soekarno¹³⁰ dalam sidang pertama *Dokuritsu Zyunbi Tyosakai* tertanggal 15 Juli 1945 menyatakan

"Penulis kira, penulis boleh mengatakan bahwa semua anggota-anggota telah memulakati dasar yang dibicarakan di dalam sidang pertama daripada **Dokuritsu Zyunbi Tyosakai**, yaitu dasar kekeluargaan atau dasar yang penulis namakan dasar gotong royong"

Dan:

"Tuan-tuan dan nyonya-nyonya telah mengetahui bahwa Undang-Undang Dasar daripada Negara-negara itu tadi ialah didasarkan atas dasar filsafat pikiran yang dikemukakan oleh **Rousseau**, oleh **Montesquieu**, oleh **Hobbes**, oleh **Locke**, oleh **Immanuel Kant**, paham individualisme dan liberalisme itulah yang menjadi dasar falsafah Undang-Undang Dasar yang penulis sebutkan tadi"

Yang kemudian dilanjutkan dengan

¹²⁹Hulien Budiono *Op Cit.*, h. 157

¹³⁰*Ibid.*, h. 164

"Maka oleh karena itu, jikalau kita betul-betul hendak mendasarkan Negara kita pada paham kekeluargaan, paham tolong-menolong, paham gotong royong, dan keadilan social, cnyahkanlah tiap-tiap pikiran, tiap-tiap paham individualisme, dan liberalisme dari padanya."

Terkait dengan peran pemerintah, Soekarno¹³¹ lebih lanjut mengemukakan:

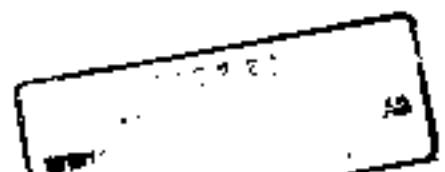
Identitas - gotong-royong- khas Indonesia ... Abdi Negara harus memiliki ikatan kebersamaan dengan masyarakat dan berkewajiban untuk menjaga kesatuan dan keselarasan kehidupan bersama tersebut. Didalam semangat antara seluruh lapisan masyarakat dan para pimpinan, serta antara seluruh lapisan masyarakat, selalu dapat kita temukan kembali semangat gotong royong dan kekeluargaan yang melingkupi keseluruhannya.

Konsep gotong royong ini berbeda dengan tolong menolong, gotong royong terkait dengan kepentingan kesejahteraan masyarakat, kalau tolong menolong terkait dengan kepentingan kesejahteraan perseorangan, sekalipun keduanya dalam lingkup kebersamaan. Azas keseimbangan didasari oleh identitas gotong royong tersebut.

Secara riil masyarakat kita menjaga idea gotong royong tersebut dan terungkap dalam hukum adat (muskipun nilai ini pada masa kini juga telah mengalami pergeseran).

Negara sebagai perwujudan masyarakat bangsa bekerja melalui organ-organnya, berkuasa untuk membuat peraturan perundang-undangan yang dipandang sebagai instrument yang harus didayagunakan untuk menjamin masa depan lebih baik bagi masyarakat, ini merupakan politik hukum. Pemerintah sebagai badan maupun organ negara dapat mengarahkan system hukum dan politik hukum bangsa. Indikasi politik hukum suatu Negara dapat diketemukan didalam Undang-Undang Dasar.

¹³¹ Ibid. h 193



Di Indonesia Undang-Undang Dasar Indonesia tidak secara tegas menyatakan tentang apa dan bagaimana politik hukum Indonesia¹³¹. Namun terkait dengan pengusahaan yang menguasai hajat hidup orang banyak jelas dicantumkan pengusahaan yang menguasai hajat hidup orang banyak harus dikuasai Negara. Panitia BPUPKI yang diketuai oleh Moh. Hatta, pada waktu akan merumuskan Undang-Undang Dasar 1945 terkait dengan tujuan mencapai kesejahteraan umum secara tegas menjelaskan dilarangnya dominasi orang perorang dalam pengusahaan yang bersifat menguasai hajat hidup orang banyak, sbb:

1. Pemerintah harus menjadi pengawas dan pengatur dengan berpedoman kepada keselamatan rakyat;
2. Semakin besar perusahaan dan semakin banyak jumlah orang yang menggantungkan dasar hidupnya karena semakin besar mestinya peserta pemerintah; (garis bawah oleh penulis)
3. Tanah.. haruslah dibawah kekuasaan Negara; dan
4. Perusahaan tambang yang besar.... Dijalankan sebagai usaha Negara" (garis bawah oleh penulis)

Hal dominasi pemerintah secara tegas dinyatakan pada penjelasan pasal 33 UUD 1945 yang menyebutkan arah demokrasi ekonomi Indonesia sebagaimana berikut:

*Dalam pasal 33 tercantum dasar demokrasi ekonomi. Produksi dikerjakan oleh semua untuk semua dibawah pimpinan atau penilikan anggota-anggota masyarakat.
Kemakmuran masyarakatlah yang diutamakan, bukan kemakmuran orang seorang. Sebab itu perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar*

¹³¹ibid, h. 224

asar kekeluargaan. Bangun perusahaan yang sesuai dengan itu ialah koperasi.

Perkonomian berdasar atas demokrasi ekonomi, kemakmuran bagi semua orang. Sebab itu cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara. Kalau tidak, tampak produksi jadi untung orang seorang yang berkuasa dan rakyat yang banyak ditindasnya. Hanya perusahaan yang tidak menguasai hajat hidup orang banyak, boleh ada ditangan orang seorang.

Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung dalam bumi adalah pokok-pokok kemakmuran rakyat. Sebab itu harus dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Demokrasi Ekonomi sebagaimana pasal 33 ayat 4 amandemen keempat UUD 1945 pada masa kini menekankan prinsip kebersamaan, efistensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasa lingkungan, kemandirian, serta menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Namun dalam penyelenggaraannya dan pengaturan hendaknya didasarkan pada Demokrasi Ekonomi sebagaimana penjelasan Founding Father. Demokrasi Ekonomi Indonesia bertujuan memakmurkan semua orang namun sifatnya harus kerakyatan Ekonomi yang berkerakyatan, ekonomi yang berpihak kepada rakyat, yaitu rakyat Indonesia dibanding semua orang (Hal ini juga tercermin pada cita kemerdekaan, bahwa bangsa Indonesia cinta damai namun lebih cinta kemerdekaan) Demokrasi ekonomi Indonesia harus ditandai dengan adanya kedaulatan kemerdekaan dibidang ekonomi dan politik, hal mana diungkapkan Bung Karno¹³³ sebagai berikut.

Banyak diantara kaum nasionalis Indonesia yang berangan-angan jempol sekali jikalau negeri kita bisa seperti negeri Jepang atau negeri Amerika atau negeri Inggris! Armadanya ditakuti dunia, benderanya kelihatan dimana-mana? Kaum nasionalis yang demikian itu lupa bahwa barang-barang yang hebat-hebat, bank-banknya meliputi dunia, benderanya kelihatan dimana-mana¹. Kaum nasionalis yang demikian itu adalah hasratnya kapitalisme dan

¹³³ Sriwa Arif, *Ekonomi Kerakyatan Indonesia mengenang Bung Hatta*, *Haruk Ekonomi Kerakyatan Indonesia*, Mahaniradiah University Press, Surakarta, 2002, h. 153-154

bahwa kaum Marhaen di negeri-negeri itu adalah tertindas. Kaum nasionalis yang demikian itu adalah kaum nasionalis yang *bürgerlyk*, yaitu kaum nasionalis *bourgeois*. Mereka hanya ingin Indonesia Merdeka sahaja sebagai maksud yang penghabisan dan tidak suatu masyarakat adil yang *condider* ada kaum yang tertindas. Mereka lupa, bahwa Indonesia -Merdeka hanyalah suatu syarat sahaja untuk memperbaiki masyarakat Indonesia yang rusak itu. Mereka adalah *bürgerlyk revolutionair* dan tidak *Social Revolutionner* . .

Nasionalisme kita tidak boleh nasionalisme yang demikian itu. Nasionalisme kita haruslah nasionalisme yang mencari selamatnya perikemanusiaan. Nasionalisme kita haruslah lahir daripada *men-seklijkheid*...

Nasionalisme kita, oleh karenanya, haruslah nasionalisme yang dengan perkataan baru kami sebutkan : Sosio - Demokrasi.

Apakah sosio-nasionalisme dan sosio-demokrasi itu ? Sosio - nasionalisme adalah dus. nasionalisme-masyarakat dan sosio-demokrasi demokrasi masyarakat. Tetapi apakah nasionalisme-masyarakat dan demokrasi masyarakat ?

Nasionalisme masyarakat adalah nasionalisme yang timbulnya tidak karena 'rasa' sahaja, tidak karena 'gevoel' sahaja, tetapi ialah karena keadaan-keadaan yang nyata di dalam masyarakat. Nasionalisme masyarakat-sosio-nasionalisme bukanlah nasionalisme 'ngelamun', bukan nasionalisme 'kemenyan', bukanlah nasionalisme 'metayang', tetapi ialah nasionalisme yang dua-dua kakinya berdiri di dalam masyarakat.

Memang, maksudnya sosio-nasionalisme ialah memperbaiki keadaan-keadaan di dalam masyarakat itu sehingga keadaan yang kini pincang itu menjadi keadaan yang sempurna, tidak ada kaum yang tertindas, tidak ada kaum yang celaka, tidak ada kaum yang papa-sengsara. Jadi sosio-nasionalisme adalah nasionalisme yang bernaksud mencari keberesan politik dan keberesan ekonomi, keberesan negeri DAN keberesan rezeki.

Dan demokrasi masyarakat ? Demokrasi- masyarakat, sosio-demokrasi adalah timbul karena sosio-nasionalisme. Sosio-demokrasi adalah pula demokrasi yang berdiri dengan dua-dua kakinya di dalam masyarakat. Sosio-demokrasi, tidak ingin mengabdikan kepentingan sesuatu gundukan kecil sahaja, tetapi kepentingan masyarakat. Sosio-demokrasi adalah demokrasi politik DAN demokrasi ekonomi" (Sukarno, 1932)

Apa yang dikemukakan Sukarno menurut Sritua merupakan manifestasi bangsa

Indonesia, bangsa yang pernah terjajah dan hidup dalam alam feodalisme, sehingga

Sukarno menganut pendirian bahwa revolusi kebangkitan bangsa Indonesia harus

mengandung dua sisi, sebagaimana berikut :

1. Sisi Pertama ialah **Revolusi Nasional** untuk mengenyahkan kolonialisme dan imperialisme asing.
2. Sisi Kedua ialah **Revolusi Sosial** untuk mengoreksi struktur sosial-ekonomi yang ada di dalam masyarakat.

Hal ini timbul dari kesadaran Sukarno akan kepincangan yang sangat mencolok dalam struktur sosial di mana massa rakyat hidup di dalam suatu stelsel yang eksploitatif (Sukarno kemudian mengembangkan idenya dalam konsep TRISAKTI). Sukarno berpendapat bahwa kemerdekaan adalah merupakan syarat untuk melakukan koreksi yang fundamental dalam tatanan sosial dan tata hubungan ekonomi dalam masyarakat¹³⁴.

Senada dengan apa yang dikemukakan Sukarno, mengenai tujuan kemerdekaan Indonesia yang merdeka dibidang politik dan ekonomi serta bersifat kerakyatan, Hatta¹³⁵ mengemukakan struktur sosial di Jaman Kolonial Belanda yang menjadi dasar pandangannya mengenai tujuan kemerdekaan Indonesia, sebagai :

Yang hendak kita persalahkan disini ialah kedudukan soal usaha ekonomi dalam masyarakat kita. Kaum produsen sebagian yang terbesar terdiri daripada bangsa kita. Kaum konsumen demikian pula. Akan tetapi kaum distributor terdiri daripada bangsa asing dan inilah satu pokok yang penting yang menjadi sebab kelemahan ekonomi rakyat kita.

Kita perhatikan kedudukan produksi. Disini tampak oleh kita, bahwa penghasilan kita amat terpecah-pecah dan sama sekali tidak mempunyai susunan yang sederhana. Dimana-mana terdapat produsen yang kecil-kecil, bekerja dengan hampir-hampir tidak berpokok. Dengan keadaan yang seperti ini, ia malah kena jerat si lintah darat dalam desa [cetak tebal dari penulis] Itulah sebabnya maka tani kita hanya menjadi tukang tanam, sedangkan buahnya sudah orang asing yang empunya. Dengan jalan voorschot

¹³⁴Ibid. h. 33

¹³⁵Ibid. h. 34

atau piutang si tukang "minderung" sudah mempunyai hak milik atas padi yang masih dibatangnya dan atas pohon yang masih muda dalam kebun.

Orang tani hampir tidak mempunyai perhubungan dengan pasar tempat menjual barang-barang penghasilannya atau dengan kaum konsumen di kota dan di luar negeri yang mempergunakan barang-barang itu. Kalau ia hendak menyampaikan barang-barangnya kepada kaum konsumen, ia terpaksa menerima perantara kaum saudagar asing yang cukup mempunyai akal dan modal dan saudagar-saudagar itulah yang menetapkan harga barang-barang penghasilan pak tani. [cetak tebal dari penulis] Demikianlah kedudukan rakyat kita sebagai produsen. Bertambah lama bertambah terpaut. Oleh karena harga penghasilan tidak mencukupi untuk dimakan dengan anak bininya, ia senantiasa terpaksa mengambil kredit dari si tukang "minderung" dengan rente yang semata-mata riba [cetak tebal dari penulis]. Dengan keadaan ini nasibnya bertambah lama bertambah melarat. Tambahan lagi jumlahnya bertambah lama bertambah berkembang.

Kondisi ini menurut Sritua mengakibatkan bangsa Indonesia, sebagai penjual ia menjual dengan semurah-murahnya, sebagai pembeli, ia membeli dengan semahal-mahalnya.¹³⁶

Lebih lanjut Hatta menambahkan yang harus kita lakukan adalah "Ausschaltung" merebut jalan perdagangan itu dari tangan bangsa asing¹³⁷. Sukarno dan Hatta memformulasikan tujuan utama revolusi nasional Indonesia, yaitu mengangkat posisi ekonomi penduduk pribumi Indonesia sehingga terbebas dari tekanan dan hisapan. Tidak ada terkandung dalam kalbu Sukarno, Hatta dan pemimpin-pemimpin revolusi kemerdekaan Indonesia suatu konotasi rasial. Yang ada hanyalah keinginan untuk mengembalikan hak mayoritas untuk hidup layak dan bermartabat di dalam negerinya sendiri dalam suasana harmonis dengan golongan minoritas sehingga Indonesia menjadi tempat yang damai untuk semua orang.¹³⁸

Memahami pemikiran para founding father tersebut dengan pemikirannya yang strukturalis, maka azas keseimbangan / proporsional hendaknya didasarkan pada "AZAS NON DOMINATION" terhadap pihak Penanam Modal Asing secara langsung (usaha untuk menghindari substansi kontrak yang eksploitatif), sebagaimana

¹³⁶Ibid. h. 34

¹³⁷Ibid. h. 36

¹³⁸Ibid. h. 156 - 157

diungkap Bung Hatta mengenai keberadaan modal asing atau modal swasta. Dapat disimak pemikiran Bung Hatta¹³⁹, mengenai kedudukan perikatan dengan pihak swasta asing, sbh:

"Dikuasai Negara dalam pasal 33 UUD 1945 tidak berarti Negara sendiri menjadi pengusaha, usahawan, atau *ondernemer*. Lebih tepat dikatakan bahwa kekuasaan Negara terdapat pada membuat peraturan guna melancarkan jalan ekonomi, peraturan yang melarang pula "penghisapan" orang yang lemah oleh orang lain yang bermodal... (cetak tebal oleh penulis) Cita-cita yang tertanam dalam pasal 33 UUD 1945 ialah produksi yang besar-besar sedapat-dapatnya dilaksanakan oleh pemerintah... Terutama digerakkan tenaga-tenaga Indonesia yang lemah dengan jalan koperasi. Kemudian diberi kesempatan kepada golongan swasta untuk mengerahkan tenaga dan capital nasional. Apabila bangsa asing tidak bersedia meminjamkan kapitalnya, maka diberi kesempatan kepada mereka untuk menanam modalnya di Tanah air kita dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh Pemerintah Indonesia sendiri... Kesempatan yang dibuka bagi bangsa asing untuk menanam modal mereka di Indonesia ialah supaya mereka ikut serta mengembangkan kemakmuran bangsa kita"

Memahami hal tersebut Bung Hatta tidak menolak keberadaan modal asing. Pendapat Bung Hatta menunjukkan tidak semua kekayaan alam dikuasai pemerintah, dan masih ada ruang bagi swasta untuk melakukan usaha pertambangan. Namun bagaimanapun bentuk pengelolaan kekayaan alam tersebut Bung Hatta menekankan perlunya peraturan yang melarang penghisapan terhadap orang yang lemah oleh orang lain yang bermodal.

Pemahaman ini menurut penulis menjadi dasar penguat diterapkannya "azas non-dominantion" pada penguasaan dan pengusahaan kekayaan alam yang penting untuk masyarakat banyak, artinya hendaknya memiliki saham mayoritas atau kepemilikan yang bersifat menentukan dalam skala mikro, dan dalam skala makro pemerintah dan swasta nasional memegang peran dominan dalam usaha

¹³⁹ Mohammad Hatta. *Bung Hatta Menyjawab*, Gunung Agung, Jakarta, 1979, h. 201-204 dalam Madjedi Hasan, *Op. Cit.*, h. 2

pertambangan (sehingga tidak terjadi **Capital Inflow** lebih kecil dari **Capital Outflow**).

Pada masa kini kekhawatiran Bung Karno dan Bung Hatta akan merobaknya kekuatan modal asing yang eksploitatif semakin mendekati nyata, dan cita-cita mewujudkan untuk meraih kemakmuran dengan modal kekayaan alam malah menjauh. Untuk menunjang pertumbuhan ekonomi nasional, Indonesia bukannya sibuk menginvestasikan kekayaannya ke berbagai bidang di negeri sendiri atau di luar negeri, namun Indonesia makin hari justru makin bingung untuk mencari investor baik yang bersifat langsung maupun tidak langsung. Indonesia membutuhkan Penanaman Modal Asing untuk bidang-bidang usaha yang bersifat padat modal seperti proyek pertambangan, industri berat, dan lain-lain yang membutuhkan modal dan biaya besar, ketrampilan (*skill*) dan teknologi.

Aturan dan pemikiran *founding father* diatas tidak bersifat memaksa dalam arti memiliki sanksi namun sebagai sumber hukum terhadap perundang-undangan yang ada bersifat mengikat, dan bila aturan perundang-undangan itu menyimpang maka undang-undang tersebut hendaknya batal demi hukum (*nieeteg*).

2.6.2. Kontrak Karya Freeport dalam persepektif azas keseimbangan dan azas proporsionalitas.

Substansi Kontrak Karya dalam persepektif azas proporsionalitas menurut Agus Yudha Hernoko¹⁴⁰, hendaknya tidak diartikan akan memperoleh hasil temuan angka-angka matematis. Azas proporsionalitas tidak mempermasalahkan

¹⁴⁰ Agus Yudha I, *Op Cit*, h. 91-92

keseimbangan matematis namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban diantara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut.

Pemahaman klausul kontrak, hendaknya tidak secara membabi buta menyatakan klausul tersebut tidak adil. Klausul kontrak tersebut harus dianalisis secara obyektif, bahwa perbandingan itu akan diterima sebagai pola pembagian (keuntungan atau kerugian) yang fair, dengan mempertimbangkan seluruh proses dan hasil akhirnya.

Pertimbangan dari aspek bisnis yang melandasi hubungan para pihak, sehingga dapat disimpulkan apakah hubungan tersebut secara fair dapat diterima sebagai pola hubungan kontraktual yang proporsional.

Kesetaraan posisi para pihak terbuka peluang negosiasi serta aturan main yang fair (dimana problematika adanya keseimbangan dan ketidak seimbangan (dalam arti "sama") para pihak pada dasarnya kurang relevan lagi untuk diungkapkan).

Persepektif azas proporsional terhadap Kontrak Karya Freeport dapat dilihat dari pendapat Konrad Zweigert dan Hein Kotz, yang mengatakan "Tugas utama para sarjana bukan lagi untuk mengagungkan kebebasan berkontrak, melainkan mencari kriteria serta prosedur bagi perkembangan doktrin "keadilan kontraktual"¹⁴¹. Perwujudan keadilan berkontrak sendiri dapat ditentukan melalui 2 pendekatan:

1. Pendekatan prosedural, pedoman ini menitikberatkan pada persoalan kebebasan kehendak dalam suatu kontrak ,

¹⁴¹ Ibid, h. 91-92

2. Pendekatan substantif yang menekankan kandungan atau substansi serta pelaksanaan kontrak. Dalam pendekatan substantif perlu diperhatikan adanya kepentingan yang berbeda

Dasar pemikiran azas proporsionalitas ini selanjutnya dikombinasikan dengan azas keseimbangan (pendekatan proporsional diatas sama dengan keseimbangan)

Sedangkan Herlien Budiono¹⁴² mengemukakan perlunya penerapan azas keseimbangan untuk memahami ketidakadilan dalam perbuatan / tindakan hukum, substansi, dan pelaksanaan kontrak berangkat dari tata nilai Indonesia.

Adapun kajian Kontrak Karya Freeport pada KK I dan KK II dilihat dari pranata hukum yang terkait dengan azas keseimbangan dan azas proporsionalitas secara detail dapat dilihat pada:

1. Perbuatan / Tindakan.

Apakah telah terjadi perbuatan hukum dan perjanjian, kemudian kepatutan pada proses penawaran, apakah ada kecakapan dan kewenangan dari para pihak (*handelingsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid*), apakah ada cacat kehendak (*wilsgebreken*), dan bagaimanakah bentuk (*vorm*) kontrak yang dipilih.

2. Muatan isi atau Substansi dari Perjanjian

- a. Bertentangan dengan undang-undang (*instryd met de wet*)
- b. Bertentangan dengan kesusilaan yang baik (*in stryd met de goede zeden*) dan ketertiban umum (*in stryd met de openbare orde*)
- c. Kesetaraan atau kelayakan pertukaran (*ruilrechtvaardigheid*)

¹⁴² Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 334-338

3. Situasi dan kondisi Pelaksanaan (*Uitvoeringsomstandigheden*)
 - a. Keadaan yang tidak terduga (*onverwachte omstandigheden*)
 - b. Kesulitan dalam pelaksanaan (*hardship*)
 - c. Kegagalan dalam pelaksanaan (*wanprestasi*)
 - d. Perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigdaad*)

Selanjutnya Urutan pembahasan dari Herlien Budiono tersebut akan dipakai sebagai kerangka pembahasan Kontrak Karya Freeport dalam persepektif azas keseimbangan dan azas proporsionalitas

1. Perbuatan / Tindakan,

Perbuatan yang dilakukan para pihak dalam pembahasan ini lebih ditekankan bukan pada kapan terjadinya perjanjian kebendaan, karena perjanjian telah terjadi dan telah ditentukan bentuknya. Oleh karena itu pembahasan terkait dengan unsur subyektif pada pasal 1320 BW, lebih ditekan apakah ada ketidakadilan / ketidakseimbangan didalam perbuatan membuat kontrak tersebut Pasal 1320 BW menyebutkan Perjanjian yang dilakukan antara para pihak dapat dikatakan sah atau tidak bila memenuhi syarat sbb:

1. Adanya Kara Sepakat
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan

Bagian ke -1, mengenai subyek perjanjian, ditentukan

1. Adanya kesepakatan (*consensus*) yang menjadi dasar perjanjian yang harus dicapai atas dasar kebebasan menentukan kehendaknya (tidak ada paksaan, kekhilapan, atau penipuan)
2. Orang yang membuat perjanjian harus cakap (*handelingsbekwaam*) atau mampu melakukan perbuatan hukum tersebut.

a. Kecakapan dan kewenangan dari para pihak (*handelingsbekwaamheid en handelingsbevoegdheid*)

Pemahaman subyek yang melakukan perjanjian harus cakap (*handelingsbekwaam*) pada pasal 1320 BW bersifat lebih mengatur pada setiap orang (*natuurlijke persoon*) sebagaimana Pasal 1329 BW jis pasal 1330 dan pasal 330 BW. Pada dasarnya setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan, kecuali dinyatakan oleh undang-undang tidak cakap. Mereka yang dianggap tidak cakap adalah: orang yang belum dewasa (*minderjarigen*), dibawah pengampuan (*curatele*), orang-orang perempuan dalam hal undang-undang melarang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang. UNIDROIT tidak mengatur masalah ini.

Pengaturan undang-undang tersebut lebih mengarah pada orang (*natuurlijke persoon*), undang-undang tidak mengatur kecakapan badan hukum (*rechtspersoon*) baik publik maupun non publik. Hakikatnya subyek tidak cakap menurut hukum adalah berdasar wewenang berupa larangan oleh undang-undang, terlepas dari apakah secara faktual subyek tersebut mampu memahami konsekuensi tindakannya (seorang dibawah umur mungkin memahami perjanjian tapi ia tak berwenang, sebaliknya seorang yang dewasa yang sehat akal dan pikirannya belum tentu memahami).

BW mengatur definisi dan kewenangan dari pemerintah sebagai badan hukum pada pasal 1653 BW yang menyebutkan.

"Selain perseroan perdata sejati, perhimpunan orang-orang sebagai badan hukum juga diakui undang-undang, entah badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum atau diakuinya sebagai demikian (garis bawah oleh penulis).

entah pula badan hukum itu diterima sebagai yang diperkenankan atau telah didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan”

Kewenangan badan hukum publik (*rechtspublicpersoon*) untuk melakukan perbuatan perdata diuraikan sebagaimana berikut.

Pasal 1654 BW:

“Semua badan hukum yang berdiri dengan sah, begitu pula orang-orang swasta, berkuasa untuk melakukan perbuatan-perbuatan perdata, tanpa mengurangi perundang-undangan yang mengubah kekuasaan itu, membatasi atau menundukkannya kepada tatacara tertentu”

Pasal 1655 BW.

“Para pengurus badan hukum, bila tidak ditentukan lain akta pendiriannya, dalam surat perjanjian atau dalam reglemen, berkuasa untuk bertindak demi dan atas nama badan hukum itu kepada pihak ketiga atau sebaliknya dan untuk bertindak dalam sidang pengadilan, baik sebagai penggugat maupun sebagai tergugat”.

Pemerintah merupakan jenis badan hukum yang didirikan oleh kekuasaan umum.

Pemerintah selaku badan hukum dapat melakukan tindakan perdata, sehingga sebagai subyek hukum perdata dapat pula digugat atau menggugat di pengadilan perdata.

Melihat hal tersebut Herlien Budiono¹⁴³ membedakan pembatasan kebebasan pada subyek untuk melakukan perjanjian yang dikembangkan melalui pemahaman ilmu hukum menjadi 2 sebagaimana berikut:

1. Ketidaccakapan melakukan tindakan (*handelingsonbekwaamheid*)
2. Ketidakwenangan melakukan tindakan hukum (*handelingsonbevoegheid*)

Kedudukan badan hukum (*rechtspersoon : legal entity*) sebagai subyek hukum perjanjian dapat dipahami dari kewenangannya. Tidak cakap adalah mereka yang pada umumnya tidak boleh menutup perjanjian. Tidak wenang adalah mereka yang oleh undang-undang dilarang menutup perjanjian-perjanjian tertentu. Ketidaccakapan

¹⁴³ Herlien Budiono, Op. Cit. , h. 433-438

melakukan tindakan hukum ialah ketidakmampuan umum (*algemene ongeschiktheid*) untuk melakukan tindakan hukum untuk dan atas dirinya sendiri yang ditetapkan atas dasar ketentuan perundang-undangan atau putusan hakim. Ketidakwenangan melakukan tindakan merujuk pada ketidakmampuan khusus (*by-ondere ongeschiktheid*) sebagaimana ditetapkan oleh undang-undang untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu. Subekti menyatakan bahwa tidak dipenuhinya syarat-syarat subyektif dapat dimintakan pembatalan perjanjian itu kepada hakim (*vernietig*). Namun Herlin Budiono¹⁴⁴ membedakan tujuan dan akibat dan pernyataan tentang status ketidakcakapan dan ketidakwenangan seseorang, sbb:

1. Perbedaan tujuan hukum dalam pengklasifikasian subyek hukum perjanjian:
 - a. Pernyataan "ketidacakapan" bertujuan melindungi pihak yang tidak cakap
 - b. Pernyataan "ketidakwenangan" bertujuan satu, ditujukan utamanya pada pihak yang tidak berwenang, kedua, melindungi pihak lain atau kepentingan umum (publik).
2. Perbedaan akibat hukum dalam pengklasifikasian subyek hukum perjanjian:
 - a. Perjanjian yang ditutup atau dibuat oleh yang tidak berwenang biasanya adalah batal demi hukum (*nietig*)
 - b. Perjanjian yang ditutup oleh mereka yang tidak cakap tidak *ipso jure* batal sepanjang belum dibatalkan, tetapi sekadar dapat dibatalkan (*vermetigbaar*)

Kedudukan badan hukum (*rechtspersoon*) dan badan hukum publik (*publiecrechtspersoon*) sebagai subyek hukum perjanjian dapat dipahami dari kewenangannya dan adanya kata sepakat dengan pihak lain. Pada kasus Freeport

¹⁴⁴Ibid, h. 110-114, 434-438.

sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, terkait dengan subyek / para pihak ada permasalahan sebagai berikut:

1. UU PMA 1967 sebagai landasan hukum kewenangan pemerintah melakukan Kontrak Karya pada waktu tersebut dapat diancam kewenangannya, mengingat status Soekarno pada waktu tersebut.
2. Freeport sebagai subyek hukum asing tidak memiliki kewenangannya dalam menandatangani perjanjian karena bertentangan dengan UU PMA 1967 sebagai dasar hukumnya (pada KK1)
3. Wilayah pertambangan secara yuridis belum masuk wilayah Republik Indonesia dapat diancam ke absahannya
4. Pilihan pemerintah sebagai subyek hukum berdasar UU PMA 1967 pada KK II yang berbeda dari UU PP 1967, bersifat merugikan pemerintah sendiri dalam kaitan kedudukannya didalam hukum, sehingga pemerintah tidak dapat menjadi wasit, dan harus berkedudukan sama dengan pihak swasta asing.

Pada poin 1 dan 2, Perjanjian yang ditutup atau dibuat oleh yang tidak berwenang biasanya adalah batal demi hukum (*inong*), suatu perbuatan hukum yang batal (demi hukum) berarti menurut undang-undang perbuatan hukum itu tidak mungkin ada atau terjadi, menurut Hagma¹⁴⁵, jika pihak yang berbuat (bertindak) ini melanggar lingkup kemampuannya mengatur / menentukan perbuatannya (*zelfbeschikingsfeer*), perbuatan itu menjadi tidak absah. Perjanjian KK. I telah

¹⁴⁵ *ibid*, h 439

selesai namun KK II merupakan kelanjutan dari KK I, jadi masih relevan bila keberadaan kontrak di permasalahan.

Pada poin 3, Kewenangan bertindak dari suatu subyek hukum untuk melakukan suatu tindakan hukum dapat dibatasi oleh atau melalui hukum. merujuk pada "azas kebebasan" (*vrijheidsprincipe*) harus diterima bahwa syarat suatu tindakan hukum adalah adanya tindakan pemilikan (*besciukkingssdaad*), bahwa klaim pemerintah Republik Indonesia dan Freeport Mc-Moran atas wilayah Grasberg Irian Barat adalah tidak sah, mengingat pepera (penentuan pendapat rakyat) Irian baru akan dilakukan tahun 1969 sedangkan kontrak telah dilakukan pada tahun 1967 dan dilaksanakan setelah ditandatangani. Jika pihak yang berbuat melanggar lingkup perbuatannya (*zelfbeschikkingssfeer*), perbuatan itu menjadi tidak absah

Berdasar Azas Keseimbangan, adalah tidak adil bila tindakan-tindakan hukum dilakukan oleh orang yang tidak berwenang memunculkan akibat hukum. Atas dasar alasan tersebut maka untuk melindungi kepentingan umum dan kepastian hukum, sanksi yang ditetapkan adalah kebatalan demi hukum (*nieteg*)

Pada poin 4, Ada kerancuan mana yang bersifat *lex specialis*, patutnya UU PP 1967 bersifat *lex specialis* terhadap UU PMA 1967, namun pemerintah memilih UU PMA 1967 sebagai *lex specialis* terhadap UU PMA 1967 pada KK II. Pilihan pemerintah bersifat merugikan bagi pemerintah, karena harus berkedudukan sama dengan pihak swasta - *act ius gestiones* dan harus menanggalkan hak imunitasnya - kedaulatannya - *act ius imperii*, seyogyanya pemerintah dapat memajukan badan usaha milik Negara dan berkontrak dalam bentuk dasar kontrak "kontraktual"

b. Bentuk kontrak (*vorm*).

Permasalahan subyek ini terkait dengan Bentuk (*Vorm*) kontrak, yang merugikan secara hukum bagi pemerintah meskipun secara undang-undang (dari rezim pemerintahan Soeharto) bentuk tersebut diperbolehkan, dan secara Internasional ada kontrak dengan bentuk demikian. Kontrak Karya bersifat merugikan pemerintah sendiri dalam kaitan kedudukannya didalam hukum, sehingga pemerintah tidak dapat menjadi wasit, dan harus berkedudukan sama dengan pihak swasta asing, padahal pemerintah memiliki opsi bentuk lain yang sifatnya lebih melindungi kepentingan umum. (misal dalam hal pengaturan kekayaan mineral ini pemerintah harus tunduk pada kebijakan wasit arbitrase yang belum tentu adil dan memahami kepentingan bangsa).

Dari ketentuan perundang-undangan, tidak diindahkannya persyaratan bentuk tidak selamanya menghasilkan kebatalan demi hukum, namun dapat dimintakan kebatalan ataupun tetap berlaku absah. Permintaan kebatalan hanya dapat dilakukan bila ada perundang-undangan yang bersifat memaksa. Pengadilan dalam menyelesaikan kasus tidak merujuk pada bentuk namun lebih kepada substansi, karena cacat pada bentuk belum tentu merugikan para pihak, sehingga masih terbuka kemungkinan kontrak tersebut tetap berlaku dan sah. Keberlakuan bendaknya merujuk pada perjanjian dengan cacat bentuk yang dibenarkan oleh tuntutan kepatutan dan kelayakan. Penerapan ini dilandaskan azas keseimbangan, dimana keseimbangan kepentingan para pihak tidak dipengaruhi syarat bentuk, sehingga perjanjian / kontrak layak dipertahankan.

Namun terkait dengan asas proporsionalitas dalam pemahaman klausula kontrak karya dalam perbandingan dengan kontrak lain, diusulkan perubahan klausul – klausul terkait dengan kontrak.

Maka kontrak pertambangan (yang menguasai hajat hidup orang banyak) hendaknya dibuat dalam bentuk “kontraktual” dan bukan bentuk “konsesional” disertai **pembenahan struktur hukum kontrak terkait aspek hukum** dibawah ini:

- a. Reformasi Paradigma Pajak Perusahaan Pertambangan
- b. Reformasi Hukum Agraria terkait Hukum Benda dan Hukum Perjanjian
- c. Perhitungan Kontrak yang Proporsional

untuk **menjadi dasar / tolok ukur proporsi penentuan klausula-klausula utama** dalam kontrak pertambangan **bersifat proporsional** seperti berikut

- Manajemen ditangan negara (perusahaan negara)
- Penggantian Biaya Operasi (*Operating Cost Recovery*)
- Pembagian Hasil Produksi (*Production Split*)
- Pajak (*Tax*)
- Kepemilikan Asset

Klausul – klausul ini menyiswi klausul – klausul lain dalam kontrak dan pembuatan prosedur formal Kontrak Pertambangan

c. Cacat kehendak (*wilsgebreken*)

Berdasar pasal 1320 BW adanya kesepakatan (*consensus*) yang menjadi dasar perjanjian yang harus dicapai atas dasar kebebasan menentukan kehendaknya. Hal ini selaras dengan pemberian wewenang itu mengandung kebebasan “*freis ermessen / discretionary power*”. Suatu perbuatan hukum mensyaratkan terlebih dahulu adanya kehendak yang tertuju pada suatu akibat hukum yang mewujudkan dalam suatu pernyataan. Meskipun kehendak dan pernyataan bersesuaian, perbuatan / tindakan

hukum tersebut masih bisa dibatalkan bila ada cacat kehendak. Cacat kehendak tersebut ada bermacam-macam. BW pasal 1321 menyebutkan 3 alasan untuk pembatalan perjanjian sbb.:

1. Kekhilafan / kesesatan (*dwaling : mistake*)
2. Paksaan (*dwang : duress*), (termasuk adanya ketakutan dan adanya kekerasan (*geweld*) pasal 1326)
3. Penipuan (*bedrog : fraud*)

Namun Pasal 44 Buku 3 , ayat 1 NBW, menambahkan unsur baru yaitu penyalahgunaan keadaan sehingga perjanjian dapat dibatalkan jika ada :

1. Ancaman (*bedreiging : threat*)
2. Penipuan (*bedrog : fraud*)
3. Penyalahgunaan keadaan (*mishbruik van omstandigheden : undue influence*)

Penyalahgunaan keadaan ini dapat diterapkan untuk berbagai jenis perjanjian. Perjanjian dapat dibatalkan jika terjadi penyalahgunaan keadaan (buku 3 pasal 44 ayat 1). Nieuwenhuis¹⁴⁶ mengemukakan 4 syarat terjadinya penyalahgunaan keadaan, sbb:

1. Keadaan-keadaan istimewa (*bijzondere omstandigheden*) seperti: keadaan memaksa / darurat (*noodtoestand*), ketergantungan (*afhan kelijikheid*), ceroboh / gegabah / sembrono / kurang akal (*lichtzinnigheid*), jiwa yang kurang waras / tidak normal (*abnormale geestestoestand*), dan tidak berpengalaman (*onervarenheid*).
2. Suatu hal yang nyata (*kenbaarheid*) disyaratkan bahwa salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak hatinya untuk menutup suatu perjanjian.

¹⁴⁶Henry P. Panggabean, *Op. Cit.*, h. 36

3. **Penyalahgunaan** (*misbruik*) salah satu pihak telah melaksanakan perjanjian itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa dia seharusnya tidak melakukannya
- 4 **Hubungan kausal** (*causaal verband*) adalah penting bahwa tanpa menyalahgunakan keadaan itu maka perjanjian itu tidak akan ditutup.

Beberapa ahli berpendapat "penyalahgunaan keadaan ini" dimasukkan kedalam "sebab yang tidak diperbolehkan", tapi **Prof. Mr. J.M. van Dunne** dan **Prof. Mr. Gr. Van den Burght**¹⁴⁷ menyatakan ada perbedaan antara 2 hal tersebut, sbb :

1. "Sebab yang tidak diperbolehkan" (*ongeeoorloofde oorzaak*) terdapat pada pasal 1320 sub ke empat BW terkait dengan isi perjanjian apakah tujuan atau maksudnya bertentangan dengan Undang-undang yang bersifat memaksa, kebiasaan yang baik atau ketertiban. Kausa tidak halal tidak ada kaitannya dengan cacat kehendak (*wilgebrek*). Sekalipun tidak didalilkan / dicantumkan dalam kontrak, hakim secara ex-officio wajib mempertimbangkannya.
2. "Penyalahgunaan keadaan" tidak semata-mata terkait dengan isi perjanjian tetapi berhubungan dengan apa yang telah terjadi pada saat lahirnya perjanjian, yaitu penyalahgunaan keadaan yang menyebabkan pernyataan kehendak dan dengan sendirinya persetujuan satu pihak tanpa cacat. Tidak tepat menyatakan perjanjian yang terjadi dibawah pengaruh penyalahgunaan bertentangan dengan kebiasaan yang baik. Penyalahgunaan keadaan itu berhubungan dengan terjadinya kontrak, dan

¹⁴⁷Ibid h 42

perjanjian yang terjadi dalam keadaan tertentu itu tidak mempunyai pengaruh atas dibolehkannya tidaknya sebab perjanjian itu. Penyalahgunaan sebagai factor yang membatasi atau mengganggu adanya kehendak yang bebas untuk menentukan persetujuan antara kedua pihak (pasal 1320 sub kesatu BW) . Penyalahgunaan keadaan lebih tepat bila dikaitkan dengan cacat kehendak / *wilsgebrek* (hal ini dianggap sesuai dengan konstruksi hukum manakala seseorang yang dirugikan menuntut pembatalan perjanjian). Dalam cacat kehendak (*wilsgebrek*) pernyataan batal atau pembatalan perjanjian hanya akan diperiksa oleh hakim kalau didalilkan oleh yang bersangkutan. Demikian pula gugatan atas dasar "penyalahgunaan keadaan" (*misbruik van omstandigheden*) terjadi dengan tujuan tertentu. Penggugat harus mendalilkan bahwa perjanjian itu sebenarnya tidak ia kehendaki atau bahwa perjanjian itu tidak ia kehendaki dalam bentuknya yang demikian. Penyalahgunaan keadaan tidak berhubungan dengan syarat-syarat obyektif melainkan mempengaruhi syarat – syarat subyektifnya

Lebih lanjut Van Dunne¹⁴⁸ membagi penyalahgunaan keadaan menjadi 2 bentuk, yaitu.

1. Keunggulan Ekonomis dengan syarat:
 - Satu pihak harus memiliki keunggulan ekonomis terhadap yang lain
 - Pihak lain terpaksa mengadakan perjanjian

¹⁴⁸Ibid, h. 44

2. Keunggulan Kejiwaan dengan syarat:

- Salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relative, seperti hubungan kepercayaan istimewa antara orang tua dan anak, suami-istri, dokter-pasien, pendeta-jemaat
- Salah satu pihak menyalahgunakan keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan, seperti adanya gangguan jiwa, tidak berpengalaman, gegabah, kurang pengetahuan, kondisi badan yang tidak baik, dan sebagainya.

Penyalahgunaan kehendak terdiri dari 2 unsur yaitu:

- Adanya kerugian yang diderita satu pihaknya
- Adanya penyalahgunaan kesempatan oleh para pihak pada saat terjadinya perjanjian.

Semua tindakan hukum yang dipengaruhi cacat kehendak dari pihak yang melakukan dapat dibatalkan (*vernietigbaar*). Hal terpenting apakah ada kausalitas antara cacat kehendak dan perbuatan / tindakan hukum tersebut, yang intinya adalah adanya perilaku pihak lawan yang dari sudut pandang tata nilai kemasyarakatan tidak patut dilakukan.

Penyalahgunaan Keunggulan Ekonomis sangat mungkin terjadi pada kasus Freeport, melihat unsur-unsurnya:

- Satu pihak harus memiliki keunggulan ekonomis terhadap yang lain
- Pihak lain terpaksa mengadakan perjanjian

1. Faktor Keunggulan ekonomis

Pada KK I, dimana kondisi perekonomian carut marut, terjadi hyperinflasi yang diakibatkan konfrontasi dengan pihak sekutu (Amerika, Inggris, Malaysia, dll). Pemerintah orde baru mengambil keputusan yang liberal dengan menerima konsep Bob Duke (ahli hukum Freeport) sebagai Penanaman Modal Asing secara langsung pertama dengan penanaman modal 100% , yang kemudian diakomodasi dalam UJ PMA 1967 (artinya undang-undang dibuat karena adanya konsep tersebut). Pemerintah Orde Baru sebelumnya telah mencoba menawarkan *konsep production sharing* (sesuai undang-undang yang berlaku pada waktu itu).

2. Faktor Keterpaksaan

Sangat mungkin ada unsur "keterpaksaan" menerima kontrak tersebut, mengingat kondisi Indonesia yang membutuhkan *roll over* hutang luar negeri. Bila melihat kontrak Freeport dijadikan contoh untuk menarik modal asing lainnya dengan bentuk kontrak sejenis, yang tampak justru adalah penyimpangan kewenangan oleh pemerintah terhadap UUD 1945, dan disisi lain Amerika Serikat memanfaatkan situasi dan kondisi tersebut.

Kondisi ekonomi carut marut merupakan suatu Keadaan-keadaan istimewa (*bijzondere omstandigheden*) seperti: keadaan memaksa / darurat (*noodtoestand*), ketergantungan (*afhan kelijtheid*), dan tidak berpengalaman (*onervarenheid*). Yang berakibat melakukan tindakan ceroboh / gegabah / sembrono / kurang akal (*lichtzinnigheid*). Kondisi demikian juga merupakan Suatu hal yang nyata (*kenbaarheid*) disyaratkan bahwa salah satu pihak mengetahui atau semestinya mengetahui bahwa pihak lain karena keadaan istimewa tergerak hatinya untuk menutup suatu perjanjian. Oleh karena itu konsep Kontrak Karya pihak Amerika

memanfaatkan kondisi tersebut sehingga dilaksanakan penyalahgunaan (*misbruik*) salah satu pihak telah melaksanakan perjanjian itu walaupun dia mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa dia seharusnya tidak melakukannya. Sebagaimana pernyataan Sutaryo Sigit bahwa bila ekspidisinya waktu itu mencapai Erstberg mungkin penulis tidak bertemu dengan saudara – saudara dari Amerika, dan manakala bertemu pihak Amerika untuk perbaikan ekonomi beliau menuturkan sebagai berikut¹⁴⁹:

In the case of the Freeport Contract of Work, we were pushed by the mission that this project should attract other potential investors. Quite honestly, the negotiations of this contract, by that time were not yet 100% completed to Indonesia's satisfaction. But because at the time President intended and the international environment intended, that Indonesia shows, as quickly as possible, some concrete evidence of her readiness to accept PMA, the completion Contract of Work with was Freeport was speed up. (garis bawah oleh penulis)

Belum 100% disini dimaksudkan belum adanya pengaturan pajak dan royalty (pembagian keuntungan), sesuatu yang justru sangat esensial dalam kontrak karya (pengusahaan pertambangan) ini malah justru tidak diakomodir.

Hal tersebut menunjukkan adanya hubungan kausal (*causaal verband*) adalah penting bahwa tanpa menyalahgunakan keadaan itu maka perjanjian itu tidak akan ditutup.

Berdasarkan azas keseimbangan peninjauan kembali secara hukum suatu perjanjian dimungkinkan dan selaras dengan tuntutan kepatutan / kelayakan didalam hukum. Pihak yang dirugikan mendasarkan diri pada cacat kehendak, pihak lain

¹⁴⁹ _____, wawancara Sutaryo Sigit, *Op. Cit.*, h

mempertahankan keberlakuan perjanjian. Bagaimana menyelesaikan masalah ini

Herlien Budiono¹⁵⁰ mengemukakan pendapatnya sbb:

“Persoalan apakah kedua kepentingan tercapai harus dijawab dengan memperhitungkan situasi dan kondisi konkret yang ada. Jika kepatutan sosial (*soziale gezindheid*) sebagai maksud dan tujuan para pihak tidak menghalangi, pilihan sah atau batalnya perjanjian diserahkan pada yang berkepentingan”

Jadi terkait dengan adanya cacat kehendak, dimungkinkan untuk **dimintakan kebatalannya (*vernietigbaar*) oleh pihak yang dirugikan.**

2. Substansi / isi perjanjian.

Pasal 1320 BW menyebutkan Perjanjian yang dilakukan antara para pihak dapat dikatakan sah atau tidak bisa memenuhi syarat *obyektif* sbb:

- a. Suatu pokok persoalan tertentu / hal tertentu
(*een bepaald onderwerp*)
- b. Suatu sebab yang dibolehkan / tidak dilarang (suatu sebab yang halal)
(*eene geoorloofde oorzaak*)

a. Suatu pokok persoalan tertentu / hal tertentu (*een bepaald onderwerp*)

Apa yang diperjanjikan haruslah merupakan sesuatu hal atau suatu barang yang cukup jelas atau tertentu, hal ini diperlukan untuk menetapkan kewajiban para pihak. Barang atau hal yang diperjanjikan dalam perjanjian hendaknya memiliki syarat¹⁵¹ berikut .

- a. Jenis barang / hal yang diperjanjikan (harus jelas)
- b. Adanya barang (dapat barang / hal yang akan ada)
- c. Jumlah Barang (tidak harus disebutkan , sepanjang kemudian dapat dihitung atau ditetapkan)

¹⁵⁰ Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 443

¹⁵¹ Subekti J., *Op. Cit.*, h. 96

Kontrak Karya I dan II jelas menyebutkan bahwa kedua belah pihak, pemerintah Republik Indonesia dan pihak Freeport Mc Moran melalui anak perusahaannya melakukan kerjasama usaha pertambangan tembaga (dan material ikutannya). Barang yang dijadikan obyek perjanjian baru akan ada, namun demikian perjanjian ini telah memperjanjikan sesuatu hal / atau suatu jenis barang.

b. Suatu sebab yang dibolehkan / tidak dilarang (suatu sebab yang halal) - (*eene geoorloofde oorzaak*)

Adanya suatu "*oorzaak atau causa*" secara *letterlijk* berarti "sebab" namun sebenarnya dimaksudkan sebagai "tujuan" yakni mengenai apa yang dimaksud oleh kedua belah pihak dengan mengadakan perjanjian. Dengan kata lain, *causa* berarti isinya perjanjian itu sendiri. *Causa* harus dibedakan dari "*motief*" atau desakan jiwa yang mendorong seseorang untuk membuat suatu perjanjian (misal: pemerintah Republik Indonesia melakukan perjanjian kontrak karya karena kebutuhan ekonomi dimana keadaan ekonomi semakin merosot). *Causa* merupakan substansi yang diperjanjikan / isi perjanjian itu sendiri¹⁵².

Berkaitan dengan isi atau substansi dari perjanjian menurut buku 3 pasal 40 BW, suatu tindakan atau perbuatan hukum hanya akan dilarang berkenaan dengan 3 hal, yaitu:

1. Bertentangan dengan undang-undang (*in strijd met de wet*)
2. Kesusilaan yang baik (*in strijd met de goede zeden*)
3. Ketertiban umum (*in strijd met de openbare orde*)

¹⁵²Ibid., h. 97

Ketiga larangan ini dapat terkait dengan pelaksanaan dari tindakan hukum, substansi, terhadap maksud dan tujuan tindakan hukum tersebut. Namun berdasar azas keseimbangan dan Bab III pasal 3 :10 (1) dari UNIDROIT perlu diperhatikan factor lain yang mempengaruhi keadilan dan keabsahan kontrak, sbb:

4. Kesetaraan / kelayakan pertukaran (*ruilrechtvaardigheid*) / perbedaan besar (*Gross Disparity*)

Dalam posisi tawar yang tidak seimbang, substansi kontrak tidak hanya dilihat dari adanya perbedaan keuntungan (posisi dan finansial) yang besar namun juga keabsahannya. Berdasar pasal 1337 BW maupun huku 3 pasal 40 NBW menyebutkan syarat tidak sahnya kontrak jika memenuhi syarat kontrak tersebut bertentangan dengan undang-undang (*in strijd met de wet*), dalam arti undang-undang harus menetapkan perbuatan hukum itu terlarang (bersifat memaksa / *imperative*) disertai adanya ancaman sanksi terhadap pelanggaran tersebut, sekaligus bertentangan dengan ketertiban umum (*in strijd met de openbare orde*) atau kesusilaan yang baik (*in strijd met de goede zeden*) . Terpenuhinya syarat syahnya (undang-undang yang melarang (*in strijd met de wet*) dan ketertiban umum (*in strijd met de openbare orde*) tersebut mengakibatkan kontrak batal demi hukum (*nietig*), jika tidak maka perbuatan hukum tersebut mungkin hanya bersifat dapat dibatalkan (*vernietigbar*).

a. Bertentangan dengan undang-undang (*in strijd met de wet*)

Indikasi Kontrak tersebut bertentangan dengan undang-undang (*in strijd met de wet*), Kontrak Karya pembuatannya didasarkan oleh undang-undang no. 1 tahun 1967. Dimana Freeport sebagai subyek hukum pada KK 1 tidak berbadan hukum Indonesia sebagaimana diamanatkan undang-undang. Namun undang-undang

(bukan Undang-Undang Dasar) tersebut tidak mencantumkan "sanksi". Larangan yang ditetapkan undang-undang terkait pembuat kontrak menjadi terkait dengan 3 aspek perbuatan hukum : pelaksanaan dari tindakan hukum, substansi dari tindakan hukum, serta maksud dan tujuan tindakan hukum tersebut. Keabsahan subyek yang dilarang undang-undang harus terkait dengan 3 aspek tersebut. Akibatnya penerapan sanksi disini menjadi lebih bermuansa - bukan batal demi hukum (*Nieteg*) namun menjadi dapat dibatalkan (*Vernietegbar*), namun terkait pelanggaran lingkup kewenangan (menghindari kesewenang wenangan) seyogyanya **batal demi hukum**.

b. Kesusilaan yang baik (*In strijd met de goede zeden*)

Unsur pelanggaran kesusilaan yang baik (*in strijd met de goede zeden*) pada KK I dan KK II agak sulit ditentukan, mengingat kesusilaan yang baik merupakan bidang hukum tidak tertulis (itu sebabnya faktor keabsahan tidak menjadi pertimbangan penentuannya sebagaimana tersebut diatas) - sehingga penentuan kesusilaan yang baik diserahkan pada hakim. Kesusilaan yang baik berbeda menurut tempat dan waktu - sehingga pemaknaan kesusilaan yang baik lebih ditekankan pada unsur kepatutan atas suatu perjanjian (terkait dengan ketertiban) yang diwujudkan pada pengakomodasian kepentingan umum. Bila masyarakat menganggap hal itu **patut** maka hilanglah ancaman kebatalan tersebut sebagaimana pasal 1337 BW. Terkait dengan KK I dan KK II - telah muncul keberatan elemen-elemen masyarakat atas kepatutan diberlakukannya kontrak antara negara Republik Indonesia dengan pihak Freeport dapat menjadi dasar kebatalan (*Nieteg*) atau dapat dibatalkannya kontrak (*Vernietegbar*).

c. **Ketertiban umum** (*in strijd met de openbare orde*)

Kepentingan umum dapat dipahami dari pemikiran HERLIN bahwa pemahaman ketertiban umum membalikkan cara pandang tentang pengertian perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) dan kelalaian yang melawan hukum (*onrechtmatige nalatigheid*) yang sebelumnya ditafsirkan secara sempit, hanya sebatas bila terjadi pada kewajiban hukum sipelaku, menjadi penggunaan hak yang tidak bertentangan dengan kepentingan umum. Kebebasan individu yang diberikan hukum dibatasi demi keuntungan dan kepentingan umum / masyarakat.¹³³

Bertentangan dengan ketertiban umum (*in strijd met de openbare orde* / *public policy*) dalam konteks Hukum Perdata Internasional (HPI) menurut NIBOYET dianggap merupakan satu masalah yang terpenting namun juga merupakan masalah tergelap dalam HPI, karena hingga kini belum ada kata sepakat diantara pakar HPI mengenai isi dan makna ketertiban umum. Pada prinsipnya “Demi Kepentingan Umum atau Ketertiban Umum” – hukum asing / perjanjian dapat dikesampingkan, manakala pemberlakuan suatu hukum dapat menimbulkan pelanggaran atau bertentangan dengan sendi-sendi pokok hukum setempat (sendi-sendi atau azas-azas hukum nasional) / (*Lex Fori*)¹³⁴.

Ketentuan ketertiban umum tersebut menurut J.G. CASTEL dapat dijumpai dalam konstitusi dan undang-undang secara menyeluruh yang mencerminkan nilai-nilai keadilan, dan kesejahteraan umum (*public welfare*). Selanjutnya ketertiban umum mencakup ketertiban umum eksteren (Internasional) dan interen. Ketertiban

¹³³Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 175-176.

¹³⁴Ridwan Khaicandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, FH UII Pres. Yogyakarta, 2007, h. 104-105

umum Internasional mencakup kaidah-kaidah yang bermaksud melindungi kesejahteraan negara dan perlindungan bagi masyarakat (mengenai sah atau tidaknya suatu perjanjian Internasional) dan Interen meliputi kaidah-kaidahnya yang membatasi kebebasan perorangan (misal: undang-undang perkawinan yang membatasi usia perkawinan). Penolakan hukum asing berdasarkan ketertiban umum harus didasarkan adanya unsur bertentangan dengan nilai keadilan, azas moral yang baik (*good morals*), atau tradisi yang mengakar didalam ketentuan (*lex ferri*)¹⁵⁵.

Dalam konteks Kontrak Karya Freeport ini ketertiban dapat dilihat dalam konteks ketertiban umum eksteren (Internasional). Melihat dalam substansi kontrak dan konstruksi kontrak yang bersifat liberal dan merugikan, dimana pemerintah memiliki posisi tawar yang sangat rendah, mengusik rasa keadilan rakyat Indonesia. Kedudukan pemerintah berhadapan dengan pihak investor asing dengan saham 100% yang dikuatkan UU PMA 1967 senyatanya adalah menyimpangi apa yang dikehendaki UUD 1945 dan *Founding Fathers* mengenai Demokrasi Ekonomi Indonesia yang mengedepankan azas "*non domination*" (lihat pembahasan 2.6.1.) dan *Groos Disparity* pada pembahasan kemudian.

UNIDROIT/ UPICCs sebagai prinsip umum bagi kontrak komersial Internasional pada pasal 1.4 mengizinkan suatu negara untuk sector-sektor tertentu bidang ekonomi yang ditentukan sesuai hukum nasional dibuat menyimpangi / sebagai pengecualian dari prinsip kebebasan berkontrak (misalnya : menentukan bentuk kontrak, menetapkan daftar negatif list, menetapkan aturan memaksa, dll), namun pemerintah Republik Indonesia justru membuat kontrak komersial dan undang-undang yang bersifat liberal dan bersifat menyimpangi UUD 1945 sebagai

¹⁵⁵Ibid, h 106

verfassungsnorm. Bahkan dalam amandemen IV nampak indikasi demokrasi ekonomi sebagaimana maksud *founding fathers* untuk melindungi kepentingan nasional direduksi menjadi bersifat Internasional.

Dilihat dari sistem norma hukum Negara Republik Indonesia, Pancasila adalah *Staatsfundamentalnorm*, UUD 1945 adalah *Verfassungsnorm*, TAP MPR adalah *Grundgesetznorm*, dan Undang-undang merupakan *Gesetznorm* – secara keseluruhan merupakan suatu sistem norma hukum Republik Indonesia¹⁵⁶.

Norma hukum yang tertinggi dalam suatu negara menurut Hans Nawiasky disebut sebagai Norma Fundamental Negara (*Staatsfundamentalnorm*) – suatu norma yang tidak dibentuk oleh suatu norma yang lebih tinggi lagi – yang menjadi tempat bergantungnya norma-norma hukum dibawahnya. *Staatsfundamentalnorm* merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar suatu negara (*Staatsverfassung*), termasuk norma pengubahannya. Hakikat hukum suatu *Staatsfundamentalnorm* ialah syarat bagi berlakunya suatu konstitusi atau Undang-Undang Dasar. Ia ada terlebih dahulu dari Undang-Undang Dasar.

Aturan dasar negara atau aturan pokok negara (*staatsgrundgesetz*) merupakan kelompok norma hukum dibawah norma fundamental negara, merupakan aturan-aturan umum yang masih bersifat garis besar sehingga masih merupakan norma tunggal dan belum disertai norma sekunder. Aturan Dasar / Pokok negara ini merupakan landasan bagi pembentukan undang-undang (*Formell Gesetz*) dan peraturan lain yang lebih

¹⁵⁶Maria Farida Indrati Soeprapto. *Ilmu Perundang-undangan*, cet Ke 5, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2002, h. 44

rendah. **Hamid S. Attamimi** mengemukakan keterikatan suatu undang-undang terhadap aturan pokoknya¹⁵⁷, sbb:

Isi penting bagi Aturan Dasar, selain garis-garis besar atau pokok-pokok kebijaksanaan negara, juga terutama aturan-aturan untuk memberlakukan dan memberi kekuatan mengikat kepada norma-norma hukum Peraturan Perundang-undangan, atau dengan kata lain menggariskan tata cara membentuk peraturan Perundang-undangan yang mengikat umum.

Jadi Aturan Dasar / Pokok Negara merupakan sumber dan dasar bagi terbentuknya suatu undang-undang (*Formell Gesetz*).

Untuk menjamin dilaksanakannya amanat Undang-Undang Dasar secara sungguh-sungguh sehingga menjadi *the living constitution* dalam praktek penyelenggaraan negara sesuai dengan prinsip *constitutional state*, maka keberlakuan semua peraturan perundang-undangan khususnya undang-undang, perlu terus menerus dievaluasi konsistensinya dengan ketentuan Undang-Undang Dasar. Dalam kasus Kontrak Karya ini perlu dilakukan peninjauan kembali kesesuaian tersebut.

Hal ini bersifat penting melihat data yang dikemukakan **Deno Kamelus** bahwa dari produk peraturan perundang-undangan di era orde baru sejak 1968-1983, dari 997 peraturan perundang-undangan yang lahir, 319 (32%) diantaranya tergolong lembaran Negara di bidang ekonomi. Namun, dari jumlah itu, hanya 15 undang-undang dan 22 peraturan pemerintah (11,6%) dari total undang-undang di bidang ekonomi yang merujuk langsung atau tidak langsung pada amanat Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945. (Kamelus 1998)¹⁵⁸

¹⁵⁷Ibid, h. 30-31

¹⁵⁸Nindyo Pramono, *Bunga Rampai Hukum Bisnis Hukum Aktual*, PE Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, h.151

Apabila senyatanya kontrak tersebut bertentangan / tidak sesuai dengan UUD 1945 sebagai (*Staatsverfassung*) dan Pancasila sebagai landasan idil, berdasar azas keseimbangan kontrak tersebut diancam keabsahannya, maka kontrak tersebut seyogyanya batal demi hukum (*nietig*).

d. Kesetaraan / kelayakan pertukaran (*ruilrechtvaardigheid*) / perbedaan besar (*Gross Disparity*)

Suatu perjanjian, lalu lintas pertukaran timbal balik, adalah cara pergeseran kebendaan dan perbuatan. Unsur timbal balik di dalam perjanjian adalah satu bentuk keadilan yang menjadi ikatan dari kerjasama. Nieuwenhuis mengatakan perlunya *ruilrechtvaardigheid* (keseimbangan keadilan pertukaran), yakni "keseimbangan dari posisi tawar dan bukannya kesamaan dari prestasi, yang membentuk inti dari pertukaran materiil", dengan cara tersebut Nieuwenhuis tiba pada azas keadilan yang terbagi (*verdelende rechtvaardigheid*) untuk mana mekanisme kontrak melegitimasi azas keadilan pembagi tersebut¹⁵⁹.

Menurut Nieuwenhuis latar belakang atau rasio kontrak beranjak pada tujuan terjadinya pertukaran harta kekayaan secara adil (*ruilrechtvaardigheid*) Pertukaran yang adil (*fair exchange*) akan muncul apabila dalam hubungan tersebut terwujud perikatan yang berisi prestasi dengan imbalan kontra prestasi.

P.S. Atjeh mengemukakan, kontrak merupakan bentuk pertukaran yang adil ("*fair exchange-who contributed what*") terkait dengan kewajiban kontraktualnya

¹⁵⁹Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss Ruli 1979, Deventer, 1979, h. 59 dalam Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 216

(*exchange of obligation*) yang didasarkan pada proporsi masing-masing. Kontrak merupakan bentuk pertukaran yang saling menguntungkan (*exchange benefit for benefit*)¹⁵⁰

Problem substansi / isi kontrak yang esensial adalah kesetaraan / kelayakan pertukaran (*ruilrechtvaardigheid*), prinsip ini pada dasarnya sama dengan prinsip kontrak mengandung perbedaan besar / keuntungan berlebihan (*gross disparity*) dari UNIDROIT / UPICCs yang bertujuan melaksanakan azas itikat baik (*good faith*) dan transaksi jujur (*fair dealing*) terkait dengan azas keseimbangan dan keadilan. Keuntungan berlebihan tersebut harus ada pada saat pembuatan kontrak (bukan dilihat pada waktu pelaksanaannya)

Unsur ketidakadilan dan perbedaan besar (*gross disparity*) yang menimbulkan keuntungan berlebihan berdasar UNIDROIT pasal 3.10 meliputi:

1. Posisi tawar yang tidak seimbang
2. Sifat dan tujuan dari kontrak
3. Factor-faktor lain, sehingga menimbulkan hak untuk membatalkan atau mengubah kontrak tersebut

Unsur pertama dari perbedaan besar (*gross disparity*) adalah posisi tawar (*bargaining position*) yang tidak seimbang.

Menurut Rudi Prasetya, untuk mencari kata sepakat dalam kontrak, bukan sekedar masalah bagaimana panda "bernegosiasi" yang paling menentukan adalah "bargaining position" (posisi tawar) para pihak. Namun akan lebih obyektif apabila mencermati dan memperhatikan klausul-klausul dalam kontrak, apakah tidak bertentangan dengan kepatutan dan keadilan (*bilykheid dan redelijckheid*), serta

¹⁵⁰ Agus Yudna L, *Op. Cit.*, h 102

menguji keberadaan suatu kontrak bisnis melalui bekerjanya azas pokok dalam hukum kontrak. Dengan demikian problematika mengenai perbedaan, ketidaksamaan atau ketidakseimbangan dalam berkontrak akan dapat dikaji secara obyektif – proporsional, apabila diletakkan pada sendi-sendi dasar kepatutan dan keadilan (*bilykheid dan redelijtheid*)¹⁶¹

Hal ini berkorelasi dengan azas keseimbangan sebagai sumber keterikatan / kekuatan mengikat menurut azas keterikatan kontraktual, diberikan oleh relasi antara kepentingan perorangan dan kepentingan umum (public / masyarakat) yang seimbang. Kata “seimbang” (*evenwicht*) memiliki pengertian “keadaan pembagian beban di kedua sisi berada dalam keadaan seimbang”. Menurut **Herlien**¹⁶² makna kata “keseimbangan” dapat dipahami sebagai “keadaan hening atau keselarasan karena dari pelbagai gaya yang bekerja tidak satupun mendominasi yang lainnya, atau karena tidak satu elemen menguasai lainnya”. Pemahaman ini menekankan bahwa azas keseimbangan menghendaki kesetaraan dalam pertukaran kepentingan para pihak. Terkait dengan kepentingan umum dalam perkembangan hukum kemudian didapatkan pembalikan pandangan tentang pengertian perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) dan kelalaian yang melawan hukum (*onrechtmatige nalatigheid*) yang sebelumnya ditafsirkan secara sempit, sedemikian sehingga mencakup perbuatan atau kelalaian yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum yang berlaku, menjadi tidak sekedar dimengerti sebagai peniadaan kebebasan terhadap suatu hak atau kepemilikan ataupun untuk menguasai dan menggunakan

¹⁶¹Ibid. h. 153

¹⁶²Herlien Budiono, *Op Cit.*, h. 304

suatu kebendaan secara sepatutnya, namun berubah menjadi penggunaan hak yang tidak bertentangan dengan kepentingan umum (bukan sekedar ketertiban umum)¹⁶¹.

Terkait dengan posisi tawar pemerintah (yang pada dasarnya sebagai organ maupun badan harus mengakomodasi kepentingan umum / rakyatnya) yang tidak seimbang dapat dilihat pada substansi dari kontrak Freeport sendiri menunjukkan para pihak melakukan perusahaan bersama, namun kerjasama dimaksud lebih pada ijin pemerintah terhadap Freeport untuk melakukan investasi perusahaan pertambangan, yang harus dibiayai sendiri dan menanggung sendiri resiko kerugiannya. Sehingga posisi pemerintah lebih sebagai organ, yang melepas kewenangan hukumnya (dengan janji tidak melakukan nasionalisasi) daripada sebagai badan. Pemerintah hanya memperoleh "keuntungan" dari pungutan atas jasa Freeport sebagai investor, bukan atas perusahaan pertambangan itu sendiri dan pemerintah hanya berhak "mengetahui" atas progres perusahaan.

Kewajiban Freeport sendiri, yang utama banyalah mengusahakan perusahaan yang efisien dan wajar sehingga diperoleh keuntungan yang maksimal, dan kewajiban melaporkan progress usahanya berikut data-datanya. Kewajiban tersebut tanpa diminta pasti dilakukan pihak Freeport karena perusahaan dan perusahaan yang dijalankan adalah miliknya sendiri. Artinya pemerintah tidak memiliki kontraprestasi yang esensial menguntungkan.

Kontraprestasi ini hanya membenarkan keuntungan yang sifatnya tetesan "*trickle down effect*", namun dari kacamata devisa sebenarnya bersifat sangat negatif artinya

¹⁶¹Ibid, h. 175

capital outflow lebih besar dari *capital inflow* (lebih kurang 90% kekayaan dibawa keluar negeri sisanya ditinggal didalam negeri). Kondisi tersebut mengindikasikan pemerintah sebenarnya merugi. Bahkan pemerintah sebenarnya sangat merugi, mengingat material emas (yang dalam kontrak dikatakan sebagai material ikutan / bukan unsur yang esensial) mempunyai potensi besar sebagai cadangan devisa, dan pencegah inflasi

Memahami apa yang diungkapkan oleh Sutaryo Sigit selaku Ketua Panitia Teknis dan beberapa buku dapat kita lihat adanya **pertukaran yang bersifat politis dibanding pemahaman prestasi dan kontraprestasi yang berorientasi keuntungan. Pemahaman ini lebih mengarah pada pemahaman membayar sebuah ongkos politik yang amat besar (merugikan)**. Adapun alasan yang mendasari dilakukannya kontrak tersebut ada 2 yaitu:

Alasan pertama, pemerintah melakukan Kontrak Karya Freeport adalah pemulhan ekonomi pada tahun 1966 - dimana terjadi pemutusan sepihak pemerintah Indonesia terhadap Negara asing yang menanamkan modalnya baik secara langsung maupun melalui portfolio. Triumvirat rezim Orde Baru (Soeharto, Hamengkubuwono IX, Adam Malik) dibantu teknokrat Orde Baru yang sering disebut Mafia Berkeley (Soemitro Joyohadikusumo, M. Sadli, Wijoyonitisastro, Emil Salim, dll) merancang dilakukannya Kontrak Karya pertambangan Freeport sebagai (primadona) untuk membuktikan komitmen Indonesia terhadap Investor Asing - sebelum diundangkannya UU No. 1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Ketertundukan pemerintah pada waktu tersebut berhasil mendatangkan perusahaan besar lainnya untuk menginvestasikan modalnya secara langsung di Indonesia dan

berhasil menurunkan Hyperinflasi pada waktu tersebut (secara politis, namun mengakibatkan devaluasi dan inflasi yang sangat besar dikemudian).

Gambaran tersebut dapat disimak dari penuturan Sutaryo Sigit¹⁶⁴ mengenai misi membuat Kontrak Karya Freeport (yang dilatar belakangi bahwa Indonesia harus mengirim misi investasi ke Jenewa yang dipimpin oleh almarhum Sri Sultan Hamengkubuwono IX (dengan anggota Sutaryo Sigit, Emil Salim, Rachmat Saleh, dll), misi ini disponsori *Life-Time Magazine*, untuk mengutarakan prospek investasi di Indonesia. Penandatanganan Kontrak Karya Freeport di bulan April 1967 untuk mengejar waktu menjelang pengiriman misi tersebut, dan Kontrak Karya Freeport dianggap penting karena semacam suatu proyek yang akan ditalasekan didalam forum¹⁶⁵. Dalam kesempatan tersebut Bapak Sutaryo Sigit sendiri yang mengutarakan prospek Investasi pada forum) , sbh:

In the case of the Freeport Contract of Work, we were pushed by the mission that this project should attract other potential investors. Quite honestly, the negotiations of this contract, by that time were not yet 100% completed to Indonesia's satisfaction. But because at the time President intended and the international environment intended, that Indonesia shows as quickly as possible, some concrete evidence of her readiness to accept PMA... (garis bawah oleh penulis)

...Dalam menangani Kontrak Karya Freeport, kami didorong misi bahwa proyek ini harus merupakan daya tarik bagi investor lain (PMA yang lain). Jadi terus terang, perundingan kontrak waktu itu boleh dikata belum tuntas 100% seperti yang dikehendaki pihak Indonesia. Tapi karena waktu itu Presiden menghendaki, demikian pula lingkungan Internasional menghendaki, supaya Indonesia secepat mungkin

¹⁶⁴ _____, wawancara Bapak Soetaryo Sigit, FI mengangkat level pertambangan Indonesia, Warta Freeport, Jakarta, Januari - Februari 1989, h. 6

¹⁶⁵ Selain misi tersebut juga ada misi-misi yang lain seperti misi mempromosikan kebijaksanaan penanaman modal asing yang baru diundangkan, dengan menetalasekan kontrak freeport ke Australia dengan tim terdiri dari: Julius Tahja, Harlan Bektu, Nahar zahirudin, Gertina Gandawijaya, dan AR Soehod. Atas undangan Pemerintah Australia (melalui Menteri Industri Primer Mac Erwin) AR Soehod. *Op. Cit.*, h. 89

menghasilkan satu bukti kongkrit bahwa Indonesia benar-benar siap menerima PMA ... (cetak tebal oleh penulis)).

Kemudian Sutaryo Sigit¹⁶⁶ menambahkan terkait bentuk kontrak karya tersebut, sbb.

Considering this background, it seemed for a long time, that we would have unresolved problems with Freeport concerning, for example, the obligation of paying taxes and royalties. This can well be imagined, because when the contract with Freeport was signed, we had no tax regulations. We did not even have a draft of tax rules at that time. . . Nevertheless, in 1984-1985, we were able to formulate the problem of royalties with Freeport

(Mengingat latar belakang tersebut (1967) , untuk jangka waktu yang lama, kita memiliki masalah yang belum terpecahkan dengan Freeport, yaitu menyangkut kewajiban pembayaran pajak dan royalty... , Namun dalam perkembangannya, pada 1984 - 1985, kita bisa merumuskan kembali permasalahan royalty tersebut dengan pihak Freeport)

Menyimak penuturan beliau, tampak bahwa pertimbangan politis-ekonomi (adanya kehendak Internasional dan janji pemulihan ekonomi, juga kehendak Presiden Republik Indonesia (Suharto)) mengorbankan unsur esensial perusahaan pertambangan (yang begitu besar dan esensial yaitu masalah pembagian keuntungan negara melalui pajak dan royalty) sedangkan sahanipun tak punya

Alasan kedua, keterbatasan teknologi dan financial menjadi alasan yang dikedepankan pemerintah pada waktu tersebut.

Alasan tersebut tidaklah tepat benar Pada faktanya Indonesia memang mengalami hyperinflasi dan kesulitan membayar hutang luar negeri yang mencapai jutaan dollar. Namun seharusnya pengorbanannya tidaklah harus sebesar itu. Alasan financial juga tidaklah tepat mengingat sebagai negara modal pinjaman bukanlah masalah (mengingat besarnya jaminan yang dimiliki suatu Negara), dibanding perusahaan Freeport yang hanya perusahaan swasta kecil pada awal kontrak. Apakah ada ancaman / tekanan dari kreditur (Negara Amerika Serikat dan kawan-kawan)?

¹⁶⁶ _____, wawancara Bapak Soetaryo Sigit, *Op. Cit.* , h. 7

Mengenai keterbatasan teknologi tersebut, sebenarnya dapat ditaklukan melalui *technical assistant* atau mengontrak kontraktor (bukan investor sekaligus kontraktor dan pemerintah harus melepaskan hak pengusahaannya) untuk melakukan penyelidikan, eksplorasi, dan eksploitasi. Alasan takut menanggung resiko rugi bila melakukan *technical assistant* tidaklah tepat, karena kerugian hanya sampai pada batas masa studi kelayakan, dan pada akhirnya kerugian itu bila dilaksanakan oleh swasta asing juga dibebankan pemerintah melalui mekanisme pembagian keuntungan¹⁶⁷. Disisi lain mengingat data itu telah ada dan dimiliki Amerika Serikat (telah lama mengincar Freeport) dan Belanda sehingga resiko rugi seharusnya minimum. Pertambangan Freeport secara komersial sangat menjanjikan, oleh karena itu Freeport merupakan pilihan yang dibidik pihak Amerika (melalui Freeport Mc. Moran).

Satu-satunya alasan pemerintah yang paling kuat adalah alasan politik, yaitu pemerintah ada di dalam tekanan politik melalui ekonomi untuk mengakhiri konfrontasi dengan pihak sekutu (terutama Amerika Serikat yang sejak semula ingin berinvestasi langsung dalam penambangan emas di Indonesia).

Timbul pertanyaan, mengapa kontrak Freeport pada KK II masih dilakukan sedang jelas-jelas didalamnya terkandung cadangan emas tunggal didunia (bila KK I dianggap timbul sebagai tindakan darurat). Mengapa tidak dikelola sendiri, apakah data geologis yang disampaikan kepada pemerintah tidak seperti apa yang

¹⁶⁷ Kontraktor memodali, menghapus alat perlengkapan, membiayai personalia, overhead, dan biaya-biaya langsung lainnya, seluruhnya dari hasil usaha penggarapan ini - singkatnya dari hasil tambang. Laba bruto nya adalah selisih dari hasil penjualan produksi tambang dan pengeluaran operasi termasuk penghapusan modal, overhead, dan lain-lain biaya finansial. Atas laba ini, perusahaan membayar pajak perseroan dan atas besar produksinya perusahaan membayar royalty tertentu. Disamping itu, perusahaan juga membayar pajak-pajak lazim lainnya seperti pajak perorangan, pajak jasa, dll.
AR. Soehod. *Op Cit.*, h. 94

diumumkan kemudian oleh PT FIC bahwa Freeport mengandung emas terbesar di dunia. Keterangan bapak Sutaryo Sigit¹⁶⁸ terkait potensi tambang yang besar di area Freeport pada masa lalu diluar dugaan semula, terkait ditemukannya cadangan emas baru yang sangat besar pada saat ini tampaknya mengindikasikan beliau mengetahuinya, dan beliau menyatakan perlunya pembagian keuntungan yang lebih besar buat kepentingan nasional, sbb:

In fact, copper ore reserves in the FII contract area are larger than expected. Initially the total known reserves were those of Mount Erzsberg (Ore Mountain). In fact, we already suspected more extensive mineralization, but we did not know for sure, and only guessed. Nevertheless, the suspicion was right. As the reserves at Ore Mountain were coming to an end, East Ore mountain which presently being mined, was discovered. After that, there are further indications in a higher area referred to as Dom, and after the exploration of DOM, there is Grassberg. Thus in fact, mineralization in the area is more widely spread than we initially anticipated.

Now, of course, because of this extensive mineralization, it is possible that more time is necessary to exploit these reserves than is covered by the present contract will end in 2003, after about 14 more years. The problem now is : will FII put on big rush to excavate the reserves in these 14 years, - but even this does not mean that the reserves will be exhausted - or, - and certainly FII is also considering this - in addition to increasing present production, is FII interested in extending its contract?

The Government, certainly also its own requirements, such as stipulation that in the new contract domestic participation must play a greater role. This domestic role, need not be played by the government, but the private sector may also be involved. Going public is another possibility. But none of this has as yet been explored. I myself do not know what the government's policy is.

(Ternyata cadangan bijih tembaga di daerah kontrak FII itu lebih banyak dari yang kita duga semula. Pada awalnya jumlah cadangan yang kita ketahui secara kongkrit adalah cadangan dari Gunung Erzsberg (Gunung Bijih). Kita memang sudah menduga kemungkinan adanya perluasan mineralisasi, tapi kita belum tahu pasti, hanya meraha-raba. Namun dugaan itu ternyata betul. Menjelang cadangan di Gunung Bijih habis, ditemukan Gunung Bijih Timur yang sekarang di tambang. Habis itu ada lagi petunjuk-petunjuk di daerah lebih atas yang disebut DOM. Selesai eksplorasi DOM, adalah Grassberg. Jadi ternyata mineralisasi di daerah itu memang lebih luas dari yang semula disangka. Nah, sekarang tentunya, karena mineralisasi begitu luas, kalau betul-betul mau ditambang ada kemungkinan diperlukan waktu yang lebih lama dari jangka waktu kontrak yang kini berlaku. Kontrak sekarang kan akan habis pada tahun 2003, sekitar 14 tahun lagi. Maka persoalannya, apakah

¹⁶⁸ _____, wawancara Bapak Soetaryo Sigit, *Cyt. Cit.*, h. 7-8

FII akan mengebut besar-besaran untuk menggali cadangan itu dalam 14 tahun – tapi ini bukan berarti cadangan akan habis. Atau, dan ini tentunya dalam pemikiran FII pula, disamping meningkatkan produksi sekarang, FII juga berminat untuk memperpanjang kontraknya.

Tapi pihak pemerintah juga tentunya mempunyai persyaratan-persyaratan. Misalnya untuk ketentuan dalam kontrak baru harus ada partisipasi yang lebih besar dalam proyek itu dari pihak nasional. Dan nasional itu tidak harus pemerintah sendiri, bisa juga swasta. Go public sebagai kemungkinan yang lain. Tapi semua ini belum kita jajagi. Saya sendiri tidak tahu, policy pemerintah sekarang itu bagaimana).

Bahkan bapak Sutaryo Sigit¹⁶⁹ pada tahun 1988, mengatakan bahwa Indonesia sebenarnya mampu membiayai sebuah tambang baru hanya dari hasil pajak Freeport, sebagaimana keterangan beliau dibawah ini: *"In 1988, FII contributed, clean, about US \$ 75 million to the nation's finance in company taxes, royalties, employee taxes, dividends, and others. If this money is used to open a new mine, it is enough"*

Selain itu Penahanan pengerjaan tambang melalui penahanan, tujuannya agar kontraktor tidak segera perlu meng-commit dana-dana besar dahulu sebelum yakin adanya cadangan yang cukup layak untuk digarap. Meskipun, eksplorasi sendiri dana yang dipertaruhkan akan hilang lenyap. Menunjukkan adanya ketakutan akan biaya terkan pengorbanan untuk masa penyelidikan hingga eksplorasi seharusnya tidaklah harus dibesarkan – mengingat hal tersebut hanya bagian kecil dari biaya yang jauh lebih besar sesudah eksplorasi¹⁷⁰.

¹⁶⁹Ibid, h 7

¹⁷⁰ AR Soehardj, *Op. Cit.*, h 94

Terkait teknologi yang digunakan Freeport, **Soetarno Sigit**¹⁷¹ mengatakan: *“FII is already applying a very advanced mining technology which is not inferior to that applied in the most modern and newest mines anywhere in the world”*.

Berbekal pengalaman dari KK I patutnya pemerintah sudah dapat mengusahakan sendiri perusahaan pertambangan ini (minimal seharusnya tahu bagaimana memanaganya dan tahu teknologi apa yang dipakai sehingga kita cukup mempekerjakan kontraktor murni meskipun ada perkembangan teknik pada KK II yaitu dari *open pit* ke *underground*). Pernyataan tersebut justru menguatkan motif politis yang tampak sebelumnya. Klaim Freeport meminta perpanjangan kontrak pada tahun 1991, jauh-jauh hari sebelum kontrak berakhir pada tahun 2003, sebenarnya mengindikasikan hal tersebut. Alasan financial, teknologi, dan resiko kerugian amatlah tidak relevan dalam konteks kekinian. Apakah (lagi-lagi) masalah tekanan / ancaman politik yang mendasarinya ?.

Faktor-faktor tersebut sesuai pasal 3.10 UNIDROIT justru menguatkan indikasi bahwa salah satu pihak telah memperoleh keuntungan (baik posisi maupun financial) secara tidak jujur dan fair mulai melalui kebergantungan, kesulitan ekonomi atau kebutuhan mendesak pihak lain, atau kebosannya, ketidaktabuannya, kurangnya pengalaman, kurangnya keahlian dalam tawar menawar. Begitu kuatnya posisi tawar Freeport secara hukum, sehingga dapat sewaktu-waktu menghentikan kontraknya tanpa sangsi.

Dalam kontrak antara pihak freeport dan pihak pemerintah Republik Indonesia tampak sekilas tidak saling mendominasi, karena hubungan yang terjadi lebih tampak antara pemerintah sebagai organ dengan regelennya dan di sisi lain Freeport sebagai

¹⁷¹ _____, wawancara Bapak Soetarno Sigit, *Op. Cit.*, h. 8

pengusaha tunggal. Pengusahaan yang sifatnya tunggal bersifat mendominasi atas segala hal yang terkait dengan hasil ataupun tujuan pengusahaan. Pemerintah dalam kontrak tersebut tidak memiliki hak intervensi atas perusahaan dan bahkan sebenarnya telah mengalihkan hak penguasaan atas kekayaan alam sejak awal perjanjian. Dengan demikian telah terjadi tidak keseimbangan, dimana Freeport lebih mendominasi perusahaan pertambangan. Begitu kuatnya posisi Freeport bahkan tidak dicantumkan alasan kewenangan pemerintah untuk membatalkan kecuali terjadi wanprestasi (yang juga telah dianggap batal). Substansi yang mengizinkan penguasaan asing 100% pada bidang tambang yang diakomodasi dalam UU PMA 1967 mempunyai nilai penting menghilangkan esensi bahwa perusahaan tambang yang menyangkut hajat hidup orang banyak diusahakan oleh pemerintah / Negara sebagaimana termaktub dalam UUD 1945 dan penjelasannya.

Disinilah ikhwalnya bagaimana azas proporsionalitas / keseimbangan memandang ketidaksetaraan posisi tawar dapat disimak dari pendapat Peter Mahmud Marzuki¹⁷² menyebut azas proporsionalitas dengan istilah "*equability contract*" dengan unsur *justice* serta *fairness*. Makna "*equitability*" menunjukkan suatu hubungan yang setara (kesetaraan), tidak berat sebelah dan adil (*fair*). artinya hubungan kontraktual tersebut pada dasarnya berlangsung secara proporsional dan wajar. Dengan merujuk pada azas *aequitas praestacionis*, yaitu azas yang menghendaki jaminan keseimbangan dan ajaran *justum pretium*, yaitu kepatasan menurut hukum. Tidak dapat disangkal bahwa kesamaan para pihak tidak pernah ada. Sebaliknya, para pihak ketika masuk dalam kontrak berada dalam keadaan tidak sama. Akan tetapi ketidaksetaraan tersebut tidak boleh dimanfaatkan oleh pihak

¹⁷² Agus Yudha I, *Op. Cit.*, h. 89-90

yang dominan untuk memaksakan kehendaknya secara tidak memadai kepada pihak lain. Dalam situasi ini azas proporsionalitas bermakna *equitability*.

Unsur kedua dan ketiga dari perbedaan besar (*gross disparity*) adalah sifat dan tujuan kontrak terkait dengan etika bisnis perdagangan. Sifat perjanjian / kontrak bertimbang balik merupakan konsep penting untuk memahami kelayakan pertukaran. Dalam kontrak Freeport yang bentuknya merupakan suatu kontrak bisnis, harus dicari kesetaraan prestasi yang saling diperjanjikan dalam kontraknya. Kewajiban pihak yang satu dihadapkan pada kewajiban yang lainnya. Dalam suatu perjanjian timbal balik seharusnya ada pertukaran yang adil dari kebendaan satu sama lain. Pergeseran kekayaan dianggap dapat dibenarkan (layak / pantas) sepanjang tidak hanya pernyataan kehendak para pihak berkesesuaian, tetapi juga telah dipenuhinya unsur keseimbangan.

Tujuan utama kontrak adalah memperoleh keuntungan yang sebesar-besarnya bagi kedua belah pihak. Tujuan dari kontrak sendiri menurut pandangan Atiyah¹⁷³, memiliki 3 tujuan dasar :

1. memaksakan suatu janji dan melindungi harapan wajar yang muncul darinya
2. mencegah pengayaan (upaya memperkaya diri / *unjust enrichment*¹⁷⁴) yang dilakukan secara tidak adil atau tidak benar

¹⁷³Ibid, h.309-310

¹⁷⁴*Unjust Enrichment* dalam UNIDROIT ada 2 yaitu Gross Disparity (jumlahnya sangat besar) dan Hardship (jumlahnya tidak terlalu besar) Prinsip ini mirip *Unjust Enrichment Doctrine* dalam *common law* namun didasarkan pada *Quasi Contract* (kewajiban berdasarkan hukum dan tanpa adanya kesepakatan) merupakan suatu prinsip bahwa seseorang tidak boleh memperkaya dirinya sendiri secara tidak adil atas biaya pihak lain, karena itu harus mengembalikan harta atau manfaat yang telah diterima. Turnutan ganti ruginya berdasarkan *Quantum Meruit* (pergantian sepatutnya sesuai manfaat yang diterimanya *as much as deserved*). Hardjan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996, h. 30-31. Gross Disparity (conduring Civil Law) berbeda dengan *Unconscionability* (substantive) pada *Common Law* *Ibid*, h. 116-118

3. mencegah terjadinya kerugian tertentu dalam hubungan kontraktual (*To prevent certain kinds of harm*)

Kemudian ditambahkan oleh Hertien Budiono¹⁷⁵ yang diambil dari azas laras (harmoni) di dalam hukum adat yaitu:

4. Mencapai keseimbangan antara kepentingan sendiri dan kepentingan terkait dari pihak lawan.

Jika pembagian keuntungan bersifat sangat tidak menguntungkan bagi salah satu pihak, hal itu berarti tidak adanya kausa yang halal. Didalam suatu perjanjian, kemakmuran dan beban tanggung jawab (*lasten en lasten*) harus dibagi secara merata, meskipun hal tersebut tidak selalu demikian mengingat manusia tidak selalu berhasrat terhadap benda-benda materiil (*stoffelijke goederen*), artinya tetap ada perlindungan hukum untuk tindakan hukum yang non-komersial (misal; hibah)¹⁷⁶.

Keuntungan yang berlebihan dilihat dari azas keseimbangan diartikan sebagai suatu perbedaan penting dalam "harga dan unsur lainnya" yang mengganggu keseimbangan pelaksanaan, dimana ketidakseimbangan tersebut merupakan keadaan yang demikian besar sehingga menjadi aneh bagi publik (kepentingan umum)¹⁷⁷.

Jiwa dari pengusahaan pertambangan *grunstoffen* di Indonesia yang sesuai dengan penjelasan pasal 33 harus dilandasi "azas non domination" dengan bahasa sederhana bahwa kepemilikan pemerintah atau keuntungan yang diperoleh patutnya minimal sebesar 50% jika bekerjasama dengan pihak lain dan *grunstoffen* / bahan

¹⁷⁵Ibid, h.310

¹⁷⁶Ibid, h.319

¹⁷⁷Taryana Soenandar. *Tinjauan atas beberapa aspek hukum dari prinsip-prinsip UNIDROIT dan CISG*, dalam Mariam Darus Badruzaman, dkk. *Kompilasi Hukum Paerikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.

galian (fore) dapat menjadi capital / modal untuk dikonversi sebagai saham sehingga tidak terjadi yang namanya pengalihan hak penguasaan.

Freeport Indonesia Incorporated merupakan perusahaan bermodal asing pertama (dan satu – satunya) setelah pemerintahan Orde Baru berkuasa, saham terbesar perusahaan ini dikuasai oleh Freeport Mc Moran Copper & Gold Inc, perusahaan ini menguasai 85.4 % saham FII, sedangkan Pemerintah Indonesia memperoleh 10% saham, sisanya perusahaan Jerman sebanyak 4% dan pemegang saham Indonesia lain yang menguasai 0.6% saham. Pada tahun 1991 PT FI memperoleh perpanjangan Kontrak Karya selama 30 tahun lagi, dengan komposisi pemilikan saham yang berubah, dimana Freeport Mc Moran masih tetap menguasai lebih dari 80%, yaitu 81,28%, pemerintah RI menguasai 9,36% saham, dan PT Indocooper Investama menguasai 9,36 %. (dalam saham PT Indocooper Investama Bakrie Brothers memiliki 49 % dan Freeport Indonesia memiliki 49% lainnya, 2% sisanya dimiliki investor lain). Pada awal investasinya PT FI menginvestasikan modalnya sebesar 75 juta US Dollar dengan luas areal Kontrak Karya 100 000 hektar. Pada KK II menjadi 3 milyar Dollar (40 kali KK I) dengan area Kontrak Karya 2,6 juta hektar (260 kali luas area KK I). Area Kontrak Karya ini membentang dari pegunungan Weyland di bagian Barat Mamberamo sampai pegunungan Bintang di Timur pada garis perbatasan antara Indonesia dengan Papua Nugini. Kandungan emas gunung Grasberg diperkirakan mencapai 82,362 juta ounces, masih ditambah kandungan tembaga dan perak (1 ton biji tembaga menghasilkan sekitar 13 kg konsentrat tembaga, 1,47 gram emas, 4,04 gram perak). Dalam kurun waktu 18 tahun eksploitasi KK I (1973-1991) tambang ini menghasilkan keuntungan 416 juta US Dollar / tahun (dengan modal awal hanya sebesar 75 juta US Dollar), dan dari

jumlah tersebut hanya 23 Juta US Dollar disetorkan pada Negara dalam bentuk pajak, royalty, deviden. Untuk program-program social PT FI hanya mengeluarkan 5,56% dari seluruh pendapatannya selama 21 tahun berproduksi (1973-1994). Namun berdasar sumber resmi PT FI pada Kontrak Karya II diketahui memiliki cadangan emas tunggal terbesar di dunia sebesar lebih dari 2,16 juta kg dan cadangan tembaga terbesar ke tiga di dunia sebesar lebih dari 22 juta ton. Jelas pembagian keuntungan bagi pemerintah sangat kecil dibanding keuntungan total yang diperoleh, melihat total pendapatan pemerintah dalam bentuk pajak, royalty, deviden diatas maksimal hanya sebesar 18%.

Terkait dengan pembagian keuntungan adanya factor kerugian yang besar (*Gross Disparity*) pemerintah secara bisnis dapat dirinci, sbb:

1. Kekayaan alam bukan modal (*capital*)

Dasar penentuan kepemilikan saham yang pada awalnya 100% dimiliki Freeport, mengindikasikan bahwa kekayaan alam terkandung didalamnya (tembaga, emas, perak, dll) sebagai milik nasional dan diatur pemerintah tidak dianggap sebagai modal (*capital*) melainkan hanya benda sebagai komoditi, kemudian mendudukan perusahaan sebagai satu-satunya bentuk investasi modal (*capital*) dan pemerintah hanya sebagai organ yang mempunyai hak pungut saja. Sewajarnya barang yang akan ada tersebut memiliki nilainya sebagai sebuah modal (*capital*) yang memiliki nilainya dalam posisi tawar.

2. Kedudukan Hukum

Posisi kedudukan Freeport sesungguhnya adalah principal sekaligus owner (posisi kedudukan yang pantas buat investor dengan saham 100%) sedang pemerintah sesungguhnya hanya organ yang berfungsi memberikan ijin, memungut iuran

serta pajak dan sebagai investor kecil yang merupakan bagian kecil dari freeport (yang memperoleh sahamnya atas kebajikan hati Freeport melalui divestasi) dari kekayaan alamnya, sehingga secara hukum Freeport memiliki kedudukan berkuasa atas keberlangsungan perusahaan pertambangan dibanding pemerintah. Freeport berhak menentukan besarnya biaya pengeluaran dan komisi pada pihak ke-3 yang sangat mungkin telah mengalami penggelembungan.

3. Kedudukan Manajemen

Pemerintah tidak memiliki kewenangan mengatur biaya pengeluaran. Pemerintah tidak memiliki hak untuk membatasi berapa jumlah mineral yang dijual (artinya pemerintah hanya berhak mengetahui harga terbaik saat itu, tetapi tidak dapat menahan volume agar sesuai dengan kondisi pasar untuk memperoleh penjualan yang terbaik)

4. Tidak memiliki hak suara

Hal ini sesuai dengan jumlah saham dimiliki yang kurang dari 10%, sedangkan hak suara bagi pemilik saham 25%. (aturan baru memperbolehkan adanya hak suara pemilik saham minoritas).

5. Memiliki keuntungan kecil dari pembagian deviden yang tergantung kejujuran pihak lain (seperti tidak adanya *mark up* atau manipulasi atas segala pengeluaran perusahaan, dll)

Kewajiban Freeport sendiri, yang utama hanyalah mengusahakan perusahaan yang efisien dan wajar sehingga diperoleh keuntungan yang maksimal, dan kewajiban melaporkan progress usahanya berikut data-datanya. Kewajiban tersebut tanpa diminta pasti dilakukan pihak Freeport karena perusahaan dan perusahaan yang dilakukan adalah miliknya sendiri.

Artinya pemerintah tidak memiliki kontraprestasi yang esensial menguntungkan bahkan merugikan. Faktor kerugian (*grass disparity*) yang paling esensial berpengaruh pada azas "Non-Domination" adalah:

1. Secara mikro pemerintah adalah pemilik saham yang begitu kecil merupakan bagian dari Freeport, sehingga tidak memiliki fungsi kontrol perusahaan dalam arti sebenarnya (kewenangan manajemen, hak suara, dan penentuan kebijakan perusahaan)
2. Secara makro pemerintah melalui saham dan rezim pungutan (baik pajak ataupun royalti) sangat kecil (total kurang dari dua puluh persen) dari keuntungan perusahaan. mempunyai efek penting dari kacamata devisa -- adanya ketidakseimbangan pendapatan negara (*Capital in flow* lebih kecil daripada *Capital out flow* : 80% kekayaan ditawa keluar negeri sisanya ditinggal didalam negeri). Kontraprestasi ini hanya memberi keuntungan yang sifatnya tetesan "*trickle down effect*". Dengan kata lain kebijakan ini hanya menghasilkan tetesan keuntungan namun mengalami bleeding kerugian (besar pasak daripada tiang). Dalam jangka panjang hal tersebut merupakan salah satu factor utama yang mengakibatkan devaluasi dan inflasi secara permanent (karena memiliki effect addict seperti halnya narkoba). Kondisi tersebut mengindikasikan pemerintah sebenarnya merugi. Bahkan pemerintah sebenarnya sangat merugi, mengingat material emas (yang dalam kontrak dikatakan sebagai material ikutan) mempunyai potensi besar sebagai cadangan devisa, dan pencegah inflasi dan devaluasi¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Dennis Marto dan Eriel Siregar, <http://geocities.com/dennismarto/sangkakala04.htm>
 Penulangnya, sistem perekonomian dunia sekarang telah menghapuskan standar emas ini. Tahun 1930-an dunia mulai meninggalkan standar emas Internasional. Gary Desnazi menjelaskan, menghapuskan standar emas dan menggantikannya dengan uang kertas memang akan memudahkan pemerintah untuk mencapai tujuan-tujuan politiknya, namun akibatnya sangat merugikan. Pemerintah hanya perlu

Dalam konsep keseimbangan, adanya pertukaran prestasi mengungkapkan fungsi sosial-ekonomi dan azas keseimbangan, yakni mewujudkan tujuan objektif dari perjanjian. Prestasi dan kontraprestasi dipandang dari kualitasnya dalam mencapai tujuan objektif. Begitu bobot salah satu pihak lebih berat (faktual maupun ekonomis) maka situasi ini menimbulkan ketidakseimbangan, sehingga perlu ditelaah ulang kualitas prestasi tersebut. Hal tersebut bukanlah masalah kesamaan namun lebih pada kesetaraan - keseimbangan (sesuai bobot kualitas prestasi / proporsional). Jadi perlu dilakukan langkah "perubahan" untuk memperbaiki substansi dari konstruksi hukum Kontrak Karya yang sangat merugikan bagi pemerintah tersebut.

mencetak lebih banyak "uang" untuk mendanai program-programnya. Akan tetapi, selang beberapa waktu, daya beli mata uang tersebut akan menurun karena terjadi peningkatan cadangan uang secara abnormal yang tidak dibarengi dengan peningkatan cadangan barang yang setara. Inflasi pun tak terelakkan karena nilai dan sirkulasi mata uang gampang dipertanyakan.

Inflasi itu sendiri menggambarkan ketamakan dan keserakahan manusia. Manusia ingin mendapatkan sesuatu tanpa mengeluarkan biaya, atau menekan biaya itu serendah-rendahnya. Ia menginginkan kekayaan tanpa mengikuti perintah-perintah Allah. Bila dalam sistem perekonomian Allah setiap pihak diuntungkan, dalam sistem perekonomian dunia ada pihak yang dirugikan dan ada yang dirugikan.

Amerika Selatan pernah menelan pil pahit gara-gara penghapusan standar emas. Peredaran mata uang kertas di daerah koloni Massachusetts tahun 1690 meningkatkan daya beli pemerintah dan sekaligus meningkatkan cadangan uang. Saat itu, harga-harga di sejumlah daerah koloni Amerika melonjak sampai tiga puluh kali lipat. Inflasi terhentikan disebabkan oleh mata uang kertas yang ditedarkan oleh Kongres Kontinental untuk membantu membiayai Revolusi Amerika. Tahun 1781, diperlukan 1000 "kontinental" untuk membeli sesuatu yang enam tahun sebelumnya dapat dibeli dengan satu "kontinental". Nasib buruk akibat penyalahgunaan mata uang kertas ini juga pernah menimpa mark Jerman, lira Italia, franc Perancis dan berbagai mata uang Eropa lain pasca-Perang Dunia I.

Namun tampaknya dunia tidak juga belajar dari sejarah. *Encyclopedia Americana* (edisi 1977) mencatat, "Dalam penggunaan uang kertas, kejahatan inflasi mesti diperangi terus-menerus. Begitu menggoda dan sangat mudah untuk mencetak uang 'kertas' tanpa jaminan yang memadai serta memperdagangkannya dalam jumlah yang berlebihan, sehingga tak ayal terjadilah depresi yang tajam dan bahkan kolapsnya nilai mata uang. Inflasi mata uang . . . akan mudah dikenali oleh mereka yang cukup jujur dalam menghadapi fakta ini, dan penyembuhannya pun diketahui. Namun, kedajanya seperti kearduan narkoba mereka yang harus menghentikan inflasi telah kehilangan basis untuk melakukannya."

3. Situasi dan kondisi pelaksanaan (*uitvoeringsomstandigheden*)

Suatu perikatan lazimnya bertujuan untuk menghapus dirinya sendiri, pemenuhan prestasi diwajibkan, manakala prestasi ditunaikan maka telah berakhir apa yang menjadi tujuan para pihak. Dalam konteks BW pemenuhan prestasi selain didasarkan pada kebebasan para pihak yang berkontrak, juga dibatasi pada syarat-syarat sahnya kontrak. Hal ini dimaksudkan prestasi yang akan dan saling dipertukarkan oleh para pihak dapat terlaksana.

Sebagai perwujudan dari azas kebebasan berkontrak, manakala perjanjian tersebut **sah** memenuhi syarat-syarat umum pada pasal 1320BW maka akan **mengakibatkan perjanjian bersifat mengikat bagaikan undang-undang** sebagaimana tersebut pada pasal 1338 BW.¹⁷⁹

- (1) Semua persetujuan yang dibuat secara **sah** berlaku sebagai **undang-undang** bagi mereka yang membuatnya
- (2) Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh **undang-undang** dinyatakan cukup untuk itu

Hal tersebut mengikat para pihak untuk melaksanakan perjanjian sebagaimana syarat-syarat dalam pasal - pasal berikut:

Pasal 1338 ayat terakhir, Perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik (*tegoedertrouw*)

Pasal 1339, Perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak, diharuskan oleh kepatutan (*door de billijkheid*), kebiasaan (*hetgebruik*), dan undang-undang (*of de wet*)¹⁸⁰

Pasal 1347, Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan (*bestendig gebruikelyke bedingen*), dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam persetujuan, meskipun tak dengan jelas dinyatakan.

Prinsip tersebut sama dengan pasal 6:248 NBW tentang akibat hukum dari kontrak (*Juridical effects of contracts, Rechtsgevolgen van overeenkomsten*), yang

¹⁷⁹ Moch. Chidir Aji; Achmad Samsudin, Mashadi, *Pengertian-pengertian Elementer Hukum Perjanjian Perdata*, Penerbit Mandar Maju, Bandung, 1993, h. 117

menyatakan : "a contract not only has the juridical effects agreed to by the parties, but also those which, according to the nature of the contract, result from law, usage or the requirements of reasonableness and fairness" (kontrak tidak hanya mengikat apa yang disepakati para pihak, tetapi juga berdasarkan sifat kontrak, undang-undang, kebiasaan, kelayakan, dan kepatutan)

Berdasar **UPICC** Kewajiban kontraktual yang tersirat bersumber dari :

1. Sifat dan tujuan kontrak tersebut
2. Praktik-praktik yang ditentukan para pihak (terkait dengan kebiasaan),
3. itikad baik dan perlakuan adil
4. Kewajaran

Isi kontrak terdiri dari beberapa unsur:

1. Unsur esensialia: merupakan unsur yang mutlak harus ada dalam suatu kontrak
2. Unsur naturalia: merupakan unsur yang ditentukan oleh undang-undang sebagai peraturan yang bersifat mengatur, namun dapat disimpangi para pihak;
3. Unsur accidentalia, merupakan unsur yang ditambahkan oleh para pihak dalam hal undang-undang tidak mengaturnya

Untuk mengetahui sifat serta luasnya hak dan kewajiban yang timbul dari hubungan kontraktual, **Nieuwenhuis** menekankan 2 aspek utama¹⁸⁰, yaitu:

1. **Interpretasi** (penafsiran, *utleg*) terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, dan
2. **Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual**, meliputi:
 - a. **Faktor otonom** / otonomi para pihak (terkait daya mengikatnya kontrak), kecuali apabila berhadapan dengan undang-undang yang bersifat memaksa, maka faktor otonom harus mengalah.
 - b. **Faktor Heteronom** (faktor-faktor yang berasal dari luar para pihak), terdiri dari:
 - Syarat yang biasa diperjanjikan (*bestandig gebruykelyk beding*)
 - Kebiasaan (*gebruik*)
 - Undang-undang yang bersifat menambah atau melengkapi (*aanvullend recht*)
 - Kepatutan (*billijkheid*), dengan catatan kalau mengikuti pola pikir NBW maka kepatutan ditempatkan secara sejajar dengan undang-undang yang bersifat memaksa (vide pasal 6:2 NBW).

¹⁸⁰ Agus Yudha I, *Op. Cit.*, b. 230 dan 264

Interpretasi (*uitleg*) Isti kontrak, dalam perkembangan civil law sistem, awalnya begitu mengagungkan tanpa reserve sumber hukum kodifikasi dan menolak interpretasi. Hal tersebut tercermin pada pasal 1342 BW, bahwa: "Jika kata-kata suatu perjanjian jelas, tidaklah diperkenankan menyimpang daripadanya dengan jalan penafsiran"

Perlunya penafsiran untuk menghindari *fraus legis* (penyelundupan undang-undang) Menurut **Vollmar** Interpretasi untuk menemukan hukum. Sengketa dapat muncul dalam pelaksanaan kontrak. Penafsiran makna adalah penentuan makna yang harus ditetapkan dari pernyataan - pernyataan yang dibuat oleh para pihak dalam kontrak dan akibat hukum yang timbul darinya¹⁸¹

Berdasar pasal 1347 BW syarat yang biasa diperjanjikan (*bestandig gebruijkelijk beding*), sebagai faktor penentu subsidair, yang berbunyi sbb: " syarat-syarat yang selalu diperjanjikan menurut kebiasaan, harus dianggap telah termasuk dalam kontrak, walaupun tidak dengan tegas dimasukkan dalam kontrak."

Terkait Kebiasaan (*gebruik*), Para pihak bebas untuk mengatur sendiri apa yang mereka kehendaki, akan tetapi sepanjang mereka tidak mengaturnya, maka kontrak dalam kata-katanya akan dipahami menurut arti umum dari kontrak sejenis (kebiasaan).

Perbedaan antara Kebiasaan (*gebruik*) dan Syarat Yang Biasa Diperjanjikan (*bestandig gebruijkelijk beding*), yaitu: Kebiasaan (*gebruik*) ditekankan pada garis tungkah laku dalam pelaksanaan kontrak; Syarat yang biasa diperjanjikan (*bestandig gebruijkelijk beding*) merupakan kebiasaan dalam penutupan kontrak untuk

¹⁸¹ibid, n 233-236

mencantumkan syarat janji tertentu .Perbedaan keduanya terletak pada proses pembentukan (syarat yang biasa diperjanjikan) dan pelaksanaan kontrak (kebiasaan)¹⁸²

Dengan mencermati daya mengikatnya kontrak (isi perjanjian) terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, baik melalui interpretasi (penafsiran,*utleg*) maupun faktor otonom dan faktor heteronom yang saling terkait, pada dasarnya merepresentasikan bekerjanya azas proporsionalitas dalam pembentukan kontrak. Saling hubung tersebut terjalin dalam konteks mewujudkan proses pertukaran hak dan kewajiban yang fair diantara para pihak. Melalui interpretasi, faktor otonom dan heteronom, pertukaran hak dan kewajiban berlangsung secara proporsional.

Manakala terjadi kegagalan Pemenuhan Kewajiban kontraktual., akan mengakibatkan kerugian bagi pihak lain, menurut Nieuwenhuis, kerugian diartikan sebagai berkurangnya harta kekayaan pihak satu (pihak dirugikan), yang disebabkan oleh perbuatan (baik melakukan atau membiarkan) yang melanggar norma oleh pihak lain (debitur). Kerugian dibentuk oleh perbandingan antara situasi sesungguhnya bagaimana dalam kenyataannya keadaan harta kekayaan sebagai akibat pelanggaran norma, dengan situasi hipotesis situasi itu akan menjadi bagaimana scandainya tidak terjadi pelanggaran norma.¹⁸³

Berkaitan dengan pelaksanaan kontrak. Dalam keadaan "normal" para pihak memiliki kebebasan untuk menctapkan sendiri substansi maupun akibat hukum dari

¹⁸²Ibid, h. 258 - 260

¹⁸³ Ibid, h 264

perjanjian, sepanjang masih dalam koridor undang-undang yang bersifat memaksa, kesusilaan yang baik, dan ketertiban umum, sehingga dalam pelaksanaannya prestasi dilaksanakan berdasar pada apa yang telah diperjanjikan, tanpa mengindahkan apakah dalam pelaksanaannya akan memberatkan salah satu pihak. Para pihak umumnya tidak mempersoalkan perubahan situasi dan kondisi. Kondisi ini mencerminkan penerapan secara kaku doktrin "*Pacta Sunt Servanda*".

Disisi lain berlaku pula klausula "*Rebus Sic Stantibus*" dimana perjanjian akan berakhir apabila situasi dan kondisi berubah. Hal mana didasarkan pada - kontrak dibuat dalam situasi dan kondisi yang tidak berubah. Sehingga bila situasi dan kondisi berubah dalam pelaksanaannya dapat dimanfaatkan salah satu pihak untuk menarik diri dari kontrak¹⁸⁴.

Dalam kenyataannya selalu terjadi perubahan dalam pelaksanaan kontrak, untuk itu UNIDROIT¹⁸⁵ melindungi kepentingan para pihak dengan dimungkinkan suatu tindakan hukum terkait dengan pelaksanaan kontrak apabila ada kesulitan (*hardship*). Situasi dan kondisi pelaksanaan (*uitvoeringsomstandigheden*) yang mungkin dimintakan perlindungannya dalam persepektif keseimbangan¹⁸⁶, sbb.

1. Keadaan yang tidak terduga (*onvoorziene omstandigheden*)
2. Kesulitan dalam pelaksanaan (*hardship*)
3. Kegagalan dalam pelaksanaan (*wanprestasi*)

¹⁸⁴Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 472-473

¹⁸⁵Art. 6.2.2 UNIDROIT (*Definition of Hardship*)

¹⁸⁶Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 473-478

4. Perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigdaad*)

a. Keadaan yang tidak terduga (*onvoorziene omstandigheden*)

Dalam persepektif azas keseimbangan, kontrak selalu dibuat dalam dunia yang terus berubah. Perubahan situasi dan kondisi tidaklah selalu berarti berakibat kebatalan sebagaimana klausula *Rebus Sic Stantibus*, namun selalu terbuka peluang untuk melakukan koreksi / perubahan terhadap kontrak.

Tidak adanya keseimbangan yang muncul kemudian dapat berarti bahwa keabsahan perjanjian dapat dipertanyakan beranjak dari keadaan sekarang / kondisi faktual yang sifatnya mendasar / fundamental, bukan dari sejarah terjadinya kontrak. Situasi dan kondisi yang berubah ini haruslah merupakan keadaan yang tidak terduga (*onvoorziene omstandigheden*), dimana keadaan berubah sedemikian rupa sehingga bagi para pihak perjanjian terpaksa dimaknai secara berbeda dan bila hal itu dapat diperkirakan sebelumnya, para pihak sebenarnya tidak akan membuat perjanjian tersebut.

Berkaitan dengan hal tersebut buku 6 pasal 258 BW membuat solusi bahwa hakim atas dasar permohonan salah satu pihak dapat mengajukan permohonan untuk dilakukannya perubahan atau pembatalan perjanjian untuk sebagian atau seluruhnya atas keadaan yang tidak terduga (*onvoorziene omstandigheden*). Buku 6 pasal 258 BW menyebutkan secara eksplisit sbb:

“Keadaan yang tidak terduga sedemikian rupa sehingga pihak lawan beranjak dari ukuran kepatutan dan kelayakan tidak dapat lagi mengharapkan dipertahankannya muatan isi kontrak tanpa perubahan”.

Keadaan ini haruslah terkait dengan keadaan khusus (*exceptioneel*) dan tidak terduga. Tidak setiap perubahan keadaan layak diajukan perubahan atau pembatalan. Lebih detail pada pasal 6.2.2 sub a-d UNIDROIT / UPICC's *principles* dan pasal 2.117 (2) sub a-c dari **Principles of European Contract Law** menyebutkan syarat-syarat berlakunya keadaan yang tidak terduga, meliputi:

1. Jangkauan masa depan (*toekomstigheid*)
2. Ketidakterdugaan (*onvoorziensbaarheid*)
3. Diluar kesalahan (*buiten schuld*)
4. Diluar resiko (*buiten risico*)

Munculnya keadaan tersebut baik secara kuantitatif maupun kualitatif dapat difungsikan untuk menetapkan bahwa pihak lawan selayaknya tidak lagi dapat mengharapkan dilaksanakannya apa yang disepakati tanpa perubahan. Landasan perubahan yang fundamental atas keseimbangan kontrak dapat bersifat obyektif, kebendaan, ataupun personal, yang semuanya mengacu pada "untung – rugi" dari apa yang diperjanjikan secara timbal balik oleh para pihak. Hal demikian memungkinkan keharusan dilakukannya perhitungan finansial secara rinci.

Kerugian pemerintah dalam pelaksanaan ini (dalam konteks) kekinian adalah munculnya fakta bahwa pemerintah tidak memiliki cadangan emas yang cukup ketika terjadi krisis moneter yang berlanjut menjadi krisis multidimensi, merupakan sebuah kebutuhan mutlak. Munculnya signifikansi nilai emas yang muncul kemudian, disisi lain obyek bahan galian tambang berupa emas dalam kontrak hanya merupakan (seolah-olah) unsur minor dan tidak terlalu penting dalam kontrak penambangan tembaga. Seharusnya memungkinkan pemerintah untuk merubah bahkan menghentikan kontrak "lump sum / borongan" yang terkait langsung dengan unsur "emas", yang di

dalam kontrak hanya disebut sebagai material "ikutan", sehingga merugikan kepentingan umum / rakyat Indonesia.

Pada KK I penerimaan keuntungan hanya diperoleh melalui royalty (iuran eksploitasi dan eksplorasi) ditambah iuran lain. Uniknya pembagian royalty untuk mineral ikutan dari tembaga (meliputi emas, perak, dll) baru dibuat detailnya pada *Implementation Agreement* pada tanggal 10 april 1986, dan itupun pemerintah Indonesia hanya memperoleh 1 % per ons. Dalam hal ini ada indikasi kolusi, bahwa unsur penting emas disembunyikan, karena pada masa sebelum tahun 80-an Freeport diperkenalkan sebagai tembaga jura / pertambangan tembaga. Emas sebagai obyek pertambangan dan dalam jumlah yang sangat besar hendaknya dikuasai Negara. Kebutuhan akan cadangan emas untuk Negara sangat dibutuhkan.

Pada perkembangannya areal Kontrak Karya II sebesar 2,6 juta hektar di Gunung *Grassberg* (Gunung Rumpit) diperkirakan mengandung 51,8% (82,362 juta ounces) kandungan emas dari kandungan emas yang ada di seluruh Indonesia sebesar 159 juta ounces, selanjutnya Batu Hijau (9,5%), Kelian (3,6%), Gunung Pongkor (2,1%), Cabang Kiri (1,6%), Mesel (1,2%), dan Gunung Muro (0,8%), jumlah sebesar itu lebih patut dikelola oleh Negara

Di Amerika serikat pernah terjadi hal yang mirip terkait dengan penambangan bauksit, sebagaimana kutipan berikut:

Daniel Davidson menunjuk. Kasus antara Pemerintah Amerika Serikat vs Alcoa (Perusahaan Pertambangan Bauxite) di Negara Bagian Pennsylvania. Semula bidang usahanya biasa saja, namun karena perkembangan industrialisasi dikemudian hari menyebabkan terjadi pergeseran nilai terhadap bauxite yang semula pemakaiannya terbatas, berkembang menjadi kebutuhan hampir semua industri pengolahan logam, yang hasil akhir dari proses manufaktur tersebut, dibutuhkan oleh rakyat banyak di Amerika Serikat saat itu. Atas dasar itu, pengadilan memutuskan bahwa bahan galian bauxite tergolong menguasai hajat hidup orang banyak dan dicegah untuk dikuasai

secara monopolistik oleh swasta. (Kasus tersebut terdapat dalam Deno Kamelus)¹⁸⁷

b. Kesulitan dalam pelaksanaan (*hardship*).

Dalam kontrak internasional diakomodir klausula Kesulitan (*Hardship*) dalam pelaksanaan kontrak. Pasal 6.2.1. UNCITRAL menentukan apabila "pelaksanaan" kontrak menjadi lebih berat bagi salah satu pihak, pihak tersebut terikat untuk melaksanakan perikatan dengan tunduk pada ketentuan tentang kesulitan. Ketentuan ini menentukan 2 hal pokok :

1. Sifat mengikat dari kontrak sebagai aturan umum
2. Perubahan keadaan yang relevan dengan kontrak jangka panjang

Pasal diatas mewajibkan para pihak menjalankan kontrak walaupun mengalami kerugian (didasarkan sifat mengikat suatu kontrak). Namun hal tersebut dikecualikan bila kerugiannya bersifat fundamental sebagaimana Pasal 6.2.2 UNIDROIT / UPICCs mendefinisikan Kesulitan (*Hardship*) dan Pasal 6.2.1 sub ayat (a) samapi (d) mengenai 3 unsur *hardship*, yaitu : suatu peristiwa yang secara "fundamental" telah mengubah keseimbangan kontrak (1) yang diakibatkan oleh karena biaya pelaksanaan kontrak telah meningkat sangat tinggi (2) atau karena nilai pelaksanaan kontrak bagi pihak yang menerima telah sangat menurun (3). Peristiwa tersebut memenuhi syarat sebagaimana ditentukan dalam pasal 6.2.1 UNIDROIT / UPICCs berikut:

1. Peristiwa itu terjadi atau diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah penutupan kontrak;

¹⁸⁷ Abrar Saleng, *Op. Cit.*, h. 37

2. Peristiwa tidak dapat diperkirakan secara semestinya oleh pihak yang dirugikan pada saat penutupan kontrak;
3. Peristiwa terjadi di luar control dari pihak yang dirugikan; dan
4. Resiko dari peristiwa itu tidak diperkirakan oleh pihak yang dirugikan

Secara normal perubahan keadaan pada waktu pelaksanaan tidak merubah kewajiban pelaksanaan pada kontrak, kecuali ada perubahan yang bersifat "fundamental". Bersifat fundamental jika dihitung dengan syarat - syarat keuangan terjadi perubahan yang bernilai 50% atau lebih dari biaya atau dari nilai pelaksanaan¹⁰².

Dalam pelaksanaan kontrak Freeport, klausula semacam "hardship" pernah diajukan pihak Freeport, pada pelaksanaan KK I pihak Freeport mengajukan penambahan biaya untuk biaya eksplorasi melalui amandemen kontrak. Dalam hal ini pihak Freeport memperoleh keringanan - kemudahan dari resiko dibatalkannya kontrak.

Terkait dengan munculnya signifikansi "nilai suatu obyek" dalam hal ini bahan galian "emas" bagi suatu pemerintah dalam kontrak pertambangan. Renegosiasi tidak dimungkinkan melalui "hardship" karena pemerintah dalam hal ini bersifat pasif (bukan pelaksana dan tidak mengeluarkan biaya) kecuali bila pemakaian hardship dapat di *a contra riu*.

Pengambilalihan kembali yang bersifat keseluruhan tidak dapat melalui "Hardship" saja, namun juga harus mengandung unsur fundamental, ada "Gross Disparity" dan keadaan yang tidak terduga (*onvoorziene omstandigheden*). Problem dalam penyelesaian akan sulit mengingat dalam kontrak disebutkan pemerintah tidak

¹⁰²UNIDROIT, Comment 2 bij art

akan melakukan nasionalisasi. Namun janji dalam kontrak seperti demikian (senyatanya merugikan) hendaknya batasi demi hukum karena bersifat tidak mengindahkan kepentingan umum dan bertentangan dengan semangat UUD 1945, artinya janji tersebut merupakan janji "kolusif" yang bersifat melawan hukum. Namun masih mungkin dilakukan renegotiasi.

c. Kegagalan dalam pelaksanaan (*wanprestasi*)

Wanprestasi terkait dengan pelaksanaan substansi kontrak (prestasi). Prestasi menurut pasal 1234 BW dibedakan atas:

1. Memberikan sesuatu
2. Berbuat sesuatu
3. Tidak berbuat sesuatu

Berdasar Pasal 1266 BW, para pihak manakala membuat perjanjian dianggap telah meliputi klausul wanprestasi dan akan berlaku sebagai syarat atau alasan untuk membatalkan perjanjian. Wanprestasi adalah gagalnya salah satu pihak untuk melaksanakan kewajiban yang tercantum dalam kontrak. Kegagalan dapat bersifat total keseluruhan, cacat pelaksanaan (terpenuhinya sebagian isi kontrak), ataupun keterlambatan (meskipun terpenuhi), dengan kata lain ada unsur kesalahan dan resiko (*schuld en risico*).

Indikasi terjadinya wanprestasi dalam kontrak Freeport dapat dilihat pada proses "Indonesianisasi". Pada KK II ada indikasi pemerintah mencoba menerapkan politik hukum dalam kontrak untuk menyiasati keberatan investor terhadap nasionalisasi, melalui Indonesianisasi, dimana Freeport diwajibkan mendivestasi sahamnya hingga 51% untuk nasional dalam waktu 20 tahun setelah penandatanganan

kontrak. Kontrak dilakukan pada tahun 1991 dengan begitu jatuh temponya pada tahun 2011. Pemerintah menghendaki proses divestasi secara bertahap, namun hingga hari ini proses itu belum terjadi.

Ada divestasi pada awal kontrak, dengan diberikannya saham Freeport ke pihak swasta Indonesia (Bakrie Brothers). Divestasi tadi bersifat semu, karena pada dasarnya penjaminannya oleh Freeport, dan akhirnya semua saham Bakrie diredivestasi ke pihak Freeport.

Sejauh ini proses divestasi tidak berjalan kembali, alasan Freeport bahwa pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah No 20 / 1994 yang dalam salah satu pasalnya membolehkan investor asing menuanamkan modal hingga 100%. Freeport menggunakan aturan tersebut sebagai dasar tidak melakukan divestasi sebab pasal 24 ayat 2 bagian "d" Kontrak Karya (KK II) menyebutkan bahwa Freeport Indonesia boleh mengikuti ketentuan baru yang lebih mengingkannya. Hal ini terasa absurd mengingat bahwa ketentuan pasal 24 ayat b menyebutkan bahwa Indonesia (pemerintah atau swasta nasional) mulai tahun kesebelas, yang jatuh pada tahun 2002 nanti berhak atas 51% saham PT Freeport. Ketentuan ini berlaku jika PT Freeport tidak memperdagangkan 20% sahamnya di Bursa Efek Jakarta. Hal ini menimbulkan pertanyaan, apakah telah terjadi kolusi dengan presiden Republik Indonesia pada waktu tersebut ?. Karena jelas hal itu sangat merugikan program Indonesianisasi.

Secara umum demikian pula pada kontrak yang lain Indonesianisasi gagal, disatu sisi pengusaha berargumen – sebuah logika yang tidak masuk akal menyerahkan perusahaan yang sangat menguntungkan kepada pihak lain, disisi lain pemerintah tidak memiliki perangkat memaksa (sanksi) dalam undang-undang untuk pelaksanaan Indonesianisasi.

Terkait dengan upaya hukum apabila terjadi wanprestasi menurut pasal 6:265 NBW dinyatakan " Hakim atas dasar permohonan salah satu pihak dapat mengubah akibat dari suatu perjanjian ataupun membatalkan perjanjian untuk sebagian atau untuk seluruhnya" hal ini sesuai dengan prinsip UNIDROIT dalam article 7.3.1 terkait pemutusan perjanjian bahwa seharusnya pemutusan perjanjian seharusnya merupakan upaya terakhir.

d. Perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatigdaad*)

Perbuatan melanggar hukum (*Onrechtmatiggedaad*) atau juga sering disebut dengan istilah perbuatan melawan hukum atau perbuatan yang bertentangan dengan azas-azas hukum¹⁸⁵, pada pasal 1365 BW dijelaskan: "Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang yang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian tersebut", Perbuatan melanggar hukum sendiri memiliki 4 unsur, sbb:

1. Ada perbuatan melanggar hukum
2. Perbuatan itu menimbulkan kerugian pada pihak lain
3. Ada unsur kesalahan
4. Ada hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian yang muncul

Wirjono Projudikoro mendefinisikan perbuatan melanggar hukum menurut sifatnya sebagai perbuatan yang mengakibatkan kegoncangan dalam neraca keseimbangan dari masyarakat. Perbuatan melanggar hukum tidak mengandung unsur

¹⁸⁵ Rachmat Setiawan, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, Bina Cipta, Bandung, 1991, h. 5.

janji – bukan bagian dari perjanjian, namun dapat dianggap berjanji akan melaksanakan kewajiban yang ditentukan oleh hukum¹⁹⁰

Terkait dengan pemanfaatan hasil tambang yang dikelola pemerintah – dipahami sebagai satu hak penguasaan yang memiliki fungsi sosial (kepentingan masyarakat banyak / bangsa Indonesia) Hukum bertujuan menyeimbangkan berbagai kepentingan. Janganlah sampai suatu kepentingan terlantar disamping kepentingan lain yang terlaksana tujuan seluruhnya. Maka sudah selayaknya masyarakat mematuhi peraturan-peraturan hukum. Setiap pelanggaran dilingkungan masyarakat dianggap mengganggu keseimbangan. Keseimbangan mana mempengaruhi suasana kerohanian masyarakat¹⁹¹.

Dalam memahami pelanggaran hukum terkait dengan tingkah laku anggota suatu masyarakat disamping hukum masih ada 3 hal terkait yaitu kesusilaan (moral), keagamaan (*religie*), sopan santun (*conventie*). Keempat hal tersebut bilamana terwujud dalam perbuatan / tingkah laku manusia. Dimungkinkan masuk dalam ranah hukum manakala empat hal tersebut memperlihatkan satu persamaan, sepanjang peraturan-peraturan yang ada di dalamnya, semua mengandung pertanyaan, apakah yang patut dilakukan atau dihindarkan oleh seseorang sebagai anggota masyarakat. Sehingga dapat dipahami peraturan dalam masyarakat itu merupakan suatu peraturan hukum. Perbuatan yang mengganggu keseimbangan peraturan hukum tersebut disebut dengan “perbuatan melawan hukum”. Pemahaman ini sesuai dengan perkembangan penafsiran pasal 1365 BW di Belanda bahwa “*onrechtmatigedaad*”

¹⁹⁰Wirjono Projodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum Dipandang dari Sudut Hukum Perdata*, Mandar Maju, Bandung, 2000, h. 2

¹⁹¹*Ibid*, h. 3-5

memiliki arti luas yang mencakup pelanggaran segala hal yang meliputi 4 hal diatas daripada penafsiran sempit – bahwa “*onrechtmatige*” sebagai perbuatan yang langsung melanggar suatu peraturan hukum tertulis (*geschreven recht*.) (berdasar putusan Hoge Raad tanggal 13 Januari 1919 pada kasus Cohen dan Lindenbaum)¹⁹²

Lebih lanjut pada pasal 1366 BW disebutkan setiap orang bertanggung jawab tidak hanya untuk kerugian akibat “perbuatannya” tetapi juga akibat “kelalaiannya”.

Sejak berlakunya KK I sebenarnya telah terjadi kejadian pencemaran namun masalah pencemaran belum diatur dan dipersoalkan. Namun memasuki pelaksanaan KK II telah terjadi beberapa kasus lingkungan salah satunya – kelalaian terkait jebolnya danau Wanangon dan mengakibatkan pencemaran sungai Ajkwa (ditandai tercemarnya moluska di daerah estuario Timika) dan terdeteksinya aliran air asam tambang. Sesuai dengan pasal 20 KK II – pemerintah Indonesia berhak untuk mengakhiri kontrak bila teguran atas hal tersebut tidak diindahkan / tidak diperbaiki dalam jangka waktu 180 hari. Terkait kejadian ini pemerintah Indonesia dalam persepektif keseimbangan dimungkinkan memperoleh ganti rugi dan menyelesaikannya melalui mekanisme *Alternative Dispute Review* (konsiliasi atau arbitrase) terlebih dahulu.

Permasalahan kontrak Freeport yang merugikan pemerintah amat beraneka ragam dilatarbelakangi oleh yuridis, ekonomis, juga politis. Untuk itu diperlukan langkah-langkah hukum untuk melindungi pemerintah dari kerugian dan ketidakadilan dalam proses, substansi dan pelaksanaan kontrak pertambangan tembaga Freeport.

¹⁹²Ibid, h. 1-7

BAB III

PERLINDUNGAN HUKUM BAGI PEMERINTAH TERHADAP SUBSTANSI DAN PELAKSANAAN KONTRAK YANG MERUGIKAN

Tujuan umum dilakukannya kontrak bisnis (dalam hal ini kontrak pertambangan) diperolehnya keuntungan oleh para pihak. Undang-undang yang mengatur kontrak bisnis secara umum bersifat melengkapi apa yang diperjanjikan para pihak, dan apa yang telah diperjanjikan para pihak dianggap sebagai undang-undang. Ketentuan tersebut membantu para pihak memperoleh kepastian hukum untuk melindungi kepentingannya. Dibuatnya kontrak (perjanjian secara tertulis) untuk membantu para pihak memperoleh bukti guna memperoleh kepastian hukum.

Kepastian hukum diperlukan untuk menegakkan hukum. Namun Nieuwenhuis¹⁹³ mengatakan ada satu ancaman terhadap kepastian ialah "perilaku yang tidak terduga dari sesama manusia" (*het toekomstig gedrag van zijn medemens*), dengan kata lain kepastian hukum tidak selalu menghasilkan keadilan. Kepastian itu tidak dapat terbentuk sempurna, sebagaimana hakekat manusia yang tidak pernah sempurna. Kepastian hukum mungkin berguna untuk memastikan seberapa jauh bobot yang dapat diberikan terhadap kepastian hukum dalam kasus tertentu, sebagaimana diperlawankan terhadap pertimbangan-pertimbangan lain yang memahamkan bobot atau nilai hukum. Bobot argumentasi untuk kepastian hukum hanya dapat ditetapkan kasus per kasus. Oleh sebab itu penerapan argumentasi yuridis yang berbeda-beda dan metode hukum beragam tidak hanya untuk memperoleh kepastian hukum namun

¹⁹³ Heerlen Budiono, *Op. Cit.*, b. 210

juga adanya pertimbangan keadilan sebagai inti sari hukum untuk membuat putusan akhir atas suatu masalah. Kepastian hukum dalam persepektif keseimbangan adalah kepastian tercapainya tujuan kontrak yang adil bagi para pihak dalam berkontrak dan bukan kepastian dari apa yang ditulis, kepastian dari apa yang ditulis hanya membantu sebagai alat bukti bila terjadi ketidakadilan atau ketidakseimbangan.

Dalam persepektif azas keseimbangan, tujuan kontrak adalah pencapaian keseimbangan antara kepentingan individu satu sama lain atau antara kepentingan umum dan kepentingan individu, sehingga tercapai kesejahteraan individu maupun masyarakat sekaligus. Penghormatan atas kebebasan berkontrak, dan apa yang diperjanjikan harus dihormati, menjadi sah dan tidak dapat diganggu gugat dalam bentuk dan substansinya yang demikian. Pelaksanaan otonomi para pihak secara *in abstracto* ini dapat dibenarkan namun *in concreto* dapat memunculkan suatu akibat yang bertentangan dengan kepentingan umum.

Mengkaji perlunya tujuan kontrak bisnis yang menguntungkan bagi para pihak dalam persepektif azas keseimbangan adalah apakah ada "kerugian" pada salah satu pihak. Kerugian sendiri menurut Nieuwenhuis adalah berkurangnya harta kekayaan pihak yang satu, yang disebabkan oleh perbuatan (melakukan atau membiarkan) yang melanggar norma oleh pihak lain¹⁹⁴, kerugian dalam persepektif ini hanya mengarah pada terjadinya perbuatan melawan hukum dan atau terjadinya wanprestasi. Kerugian dalam persepektif azas keseimbangan menjadi lebih luas mencakup segala bentuk pengayaan secara melawan hukum dan pengorbanan tanpa dasar (*ongerechtaardige verrijking en ongegronde opoffering*) dan apabila perjanjian tidak berhasil mencapai tujuan pembentukannya (secara fundamental faktual maupun ekonomis lebih bersifat

¹⁹⁴J.H. Nieuwenhuis, *Op. Cit.*, h. 57

berat sebelah)¹⁹⁵. Azas keseimbangan membuka kemungkinan upaya untuk memulihkan keseimbangan dalam hal terjadinya kekeliruan dengan cara menghilangkan kerugian

Pemulihan atau penghilangan kerugian menurut pasal 1243 BW melalui kewajiban pembayaran biaya, rugi, dan bunga. Pemulihan keseimbangan yang terganggu (*herstel van een verstoord evenwicht*) atas kerugian yang terjadi berdasar azas keseimbangan yaitu memperbaiki segala bentuk pengayaan secara melawan hukum dan pengorbanan tanpa dasar (*ongerrechtvaardige verrijking en ongegronde opeffering*), artinya bukan sekedar kewajiban pembayaran biaya, rugi, dan bunga namun juga mengakomodasi perubahan pada kontrak yang sifatnya tetap menjaga kepentingan para pihak. Pergeseran kekayaan membutuhkan dasar pembenaran, maka pengayaan yang dilakukan dengan merugikan pihak lain secara berlebihan harus dilepas.

Dalam persepektif azas keseimbangan pemulihan tidak hanya terkait pada ganti rugi, sanksi kebatalan, dan pembatalan (*ongedwongenmaking*) yang dikaitkan oleh pembuat undang-undang pada sejumlah tindakan tertentu yakni adanya wanprestasi atau perbuatan melawan hukum, namun lebih pada upaya penelaahan kasus per kasus untuk melakukan penyelesaian sengketa yang adil (keseimbangan bagi para pihak), sehingga upaya pemulihan juga mencakup "perubahan" atas substansi kontrak selain upaya-upaya pemulihan diatas. Hal ini selaras dengan buku 6 pasal 258 BW yang memberikan kewenangan untuk mengubah selain membatalkan atas dasar adanya kondisi tidak terduga sebelumnya yang sifatnya sedemikian rupa sehingga terhadap

¹⁹⁵ Herlien Budiono, *Op. Cit.*, h. 480

pihak lawan, berdasarkan ukuran kepatutan dan kelayakan, tidak dapat dituntut pemenuhan perjanjian seperti bentuknya semula. Azas keseimbangan dalam situasi tertentu dapat mengesampingkan kewajiban-kewajiban kontraktual, yakni jika memang tuntutan keadilan mengharuskannya¹⁹⁶.

3.1 Kerugian Pemerintah Akibat Kontrak Karya

Kerugian bukan merupakan kriterium penentu untuk mengaitkan situasi tidak seimbang dengan situasi dan kondisi personal dari pihak terkait, namun munculnya ketidakseimbangan merupakan kekecewaan terhadap situasi faktual yang ada sekarang. Dalam konteks tersebut faktor kerugian dapat ikut diperhitungkan untuk menilai tingkat keadilan dari suatu pernyataan kehendak. Kerugian tersebut harus sedemikian beratnya membebani pihak yang menderita kerugian. Kerugian itu dapat dalam "bentuk apapun" yang disebabkan orang yang telah menggunakan kesempatan untuk mendapatkan manfaat (keuntungan), padahal ia tidak berhak atau sepatutnya mendapatkannya¹⁹⁷. Tujuan kerugian dalam persepektif keseimbangan dapat dilihat pada beragam factor pada 3 aspek perjanjian berikut¹⁹⁸:

1. Perilaku / perbuatan
2. Muatan dan isi
3. Pelaksanaan

¹⁹⁶Ibid, h.485

¹⁹⁷Ibid, h.486

¹⁹⁸Ibid, h 334

Ragam kehendak dan situasi faktual yang muncul atas ke tiga faktor yuridis dari perjanjian menimbulkan tingkatan atau gradasi dalam keseimbangan. Undang-undang tidak pernah dapat menetapkan gradasi ketidakseimbangan. Tindakan hukum faktual dan yuridis merupakan sebuah realita yang harus dinilai oleh para pihak dalam kontrak dan hukum obyektif, dengan azas keseimbangan sebagai landasan pembenar. Dalam hal terjadi perbenturan kepentingan antara para pihak harus ditelaah kasus per kasus sehingga ratio (landasan pemberlakuan) aturan-aturan hukum dan : atau prinsip hukum terkait harus berstfat dapat menentukan, dan melalui azas keseimbangan diupayakan pencarian keseimbangan kembali sehingga para pihak dapat menemukan penyelesaian sengketa secara adil.

Dalam Kontrak Karya Freeport ada beberapa kerugian atau ketidakadilan bagi pemerintah dalam 3 aspek perjanjian, berikut adalah rincian kerugian tersebut:

	Unsur kerugian / ketidakadilan	KUHPerdata	UNIDROIT	Azas Keseimbangan Atau proporsionalitas	Akibat Hukum
1. Perilaku/Perbuatan					
Kewenangan bertindak (<i>en handelingsonbevoegheid</i>)	Ketidakabsahan UC PMA 1967 sebagai dasar kontrak Freeport berbadan hukum asing bementangan dg UU PMA 1967 Wilayah Irian Jaya secara <i>de jure</i> belum masuk wilayah	pasal 1320 BW banya mengatur individu pasal 1467-1470 namun BW / pasal 1503-1506 BW, pasal 3.43 NTBW mengatur ketidakwenangan bertindak (<i>handelingsonbevoegheid</i>), (HB-437). pasal 3.48 BW adanya konsep ketidakwenangan melakukan tindakan	Menyerahkan pada hukum rasional	Kewenangan merupakan hal penting bagi subyek badan hukum public, ketidakwenangan merupakan cacat klausus untuk melakukan perbuatan hukum yg menimbulkan ketidakseimbangan, tindakan orang yang tak berwenang tidak menimbulkan akibat hukum (HB-437-438) Terkait dengan azas kebebasan	Batal demi hukum (<i>Nietig</i>) (pasal 1-88 -89 BW) Perbuatan hukum yang dilakukan oleh orang yang tidak berwenang adalah batal demi hukum kendati tidak untuk setiap ketidakwenangan bertindak ancamannya adalah kebatalan demy hukum (HB-438)

<p>Cacat kehendak (<i>wilgebreken</i>) Seseorang telah melakukan perbuatan hukum padahal kehendaknya tidak terbentuk secara sempurna</p>	<p>Republik Indonesia</p> <p>Adanya unsur keterpaksaan karena kondisi ekonomi, dan posisi unggul pihak lain (penyalahgunaan keadaan) (KK I)</p> <p>Adanya indikasi penyembunyian unsur emas pada tambang tembaga, unsur emas dianggap minor (Freeport memiliki cadangan emas tunggal terbesar di dunia)</p> <p>Adanya ancaman Henry Kissinger mengancam jika Kontrak Karya tidak dihormati (diubah/dihapus) maka tidak akan ada investor yang datang ke Indonesia (Sulim HS - 178) KK II</p> <p>Bila pemerintah waktu itu tidak mendajikan keterpaksaannya/ kesesatannya, maka yang terjadi adalah unsur kolusif - melanggar hukum</p>	<p>kepemilikan (<i>beschikkingovereigtheid</i>) (HB-437)</p> <p>BW pasal 1321, selanjutnya diatur dalam psl 1322-1328 BW</p> <p>1 Kekhilafan/ kesesatan (<i>dwaaling</i>)</p> <p>2 Paksaan (<i>dwang</i>) (termasuk ketakutan dan kekerasan (<i>geweld</i>) pasal 1326)</p> <p>3. Penipuan (<i>bedrog</i>)</p> <p>Pasal 44 Buku 3, ayat 1 NBW</p> <p>1. Ancaman (<i>bedreiging</i>)</p> <p>2. Penipuan (<i>bedrog</i>)</p> <p>3. Penyalahgunaan keadaan (<i>misbruik van omstandigheden</i>)</p> <p>Berdasar pasal 3:44 (3) BW ada 3 kategori tipu daya (<i>bedrog</i>): memberi informasi palsu, sengaja menyembunyikan informasi, atau tipu daya lainnya.</p> <p>Pasal 3:44 (4) NBW ada 5 pengertian penyalahgunaan keadaan: keadaan memaksa/dorurat (<i>noodtoestand</i>), ketergantungan (<i>afhankelijkheid</i>), gegabah/sembrono-kurang akal (<i>lichtzinnigheid</i>),</p>	<p>Adanya : Penipuan (Psl 3.8) Ancaman (Psl. 3.9)</p>	<p>(<i>verplichtingsprincip</i>e) syarat bagi suatu tindakan hukum adalah adanya tindakan kepencilkan (<i>beschikkingsoverheid</i>) (HB-433)</p> <p>Tidak serta merta batal demi hukum. Harus didalilkan pihak yang dirugikan.</p> <p>Perbuatan hukum yang muncul dari kehendak yang cacat dapat menimbulkan ketidakseimbangan (HB-422)</p> <p>Inti persoalannya adalah adanya perilaku dari pihak lawan yang dari sudut pandang tara nilai kemasyarakatan tidak patut dilakukan, bertindak bertentangan dengan kepatutan social (<i>social gezondheid</i>) (HB-443)</p> <p>Adanya unsur melanggar hukum</p>	<p>Dapat dibatalkan (<i>vernietigbaar</i>) psl 6:288(1) NBW bila terjadi kekeliruan nyata (<i>eigenlijke dwaaling</i>) dan batal demi hukum (<i>nietig</i>) bila terjadi kekeliruan semu (<i>onzuigenlijke dwaaling</i>) pasal 3:33 BW (HB-440)</p> <p>Jika kepatutan social sebagai maksud dan tujuan para pihak tidak menghalangi, pilihan antara keabsahan dan pembatalan perjanjian diserahkan sepenuhnya kepada pihak-pihak yang berkepentingan. (HB-443)</p> <p>Dapat dibatalkan</p>
--	--	--	---	--	--

		keadaan kejuwaan yang tidak normal (<i>abnormala gestoesis manuf</i>), kurang pengalaman (<i>oververvachendy</i>) Pasal 6 (62-42) BW perbuatan melawan hukum (<i>onrechtmatigdaad</i>) Terkaif bedrog			
<p>2. Muatan dan Isi / Substansi Bertentangan dg undang² yang bersifat memaksa Bertentangan dengan kesesuaian yang baik</p> <p>Bertentangan dg kepentingan umum</p>	<p>Bertentangan dg Undang-Undang Dasar 1945</p> <p>Bertentangan dg Undang-Undang Dasar 1945</p>	<p>6-258 NBW dapat dibatalkan sebagian atau seluruhnya Pasal 1337 BW /psl 1373 HW lama/ psl 340 NBW tindakan hukum yang dilarang mencakup 3 hal: bertentangan dengan undang-undang (<i>in strijd met de wet</i>), kesesuaian, ketertibaa umum (<i>in strijd met de openbare orde of de goetke zeden</i>)</p>	<p>Tidak mengatur ng anaralitas dan ilegalitas (Psl 11) Diserahkan pada hukum nasional</p>	<p>Azas keseimbangan memberi ruang untuk tidak tertalu merugikan salah satu pihak Adanya unsur melanggar hukum dalam Perjanjian diancam keabsahannya (<i>niebig</i>) jika bertentangan dengan kepentingan umum (HB -459) Kriteria ketidakseimbangan tidak dapat kita tempatkan dalam konteks pertanyaan apakah pembuatan perjanjian, muatan isi, ataupun maksud dan tujuan perjanjian tersebut bertentangan dengan undang-undang (melawan hukum), namun diletakkan dalam konteks apakah kemudian perjanjian menghasilkan situasi tidak</p>	<p>Batal demi hukum/ tidak dibatalkan/ absah/ Ubah kontrak (HB-454) Undang-undang tidak mengatur secara tegas (HB - 456)</p> <p>Batal demi hukum berdasar pasal 1337 BW</p> <p>Dimungkinkan pemuasaan akibat hukum lebih jauh/ luas (HB-466)</p>

<p>Kelayakan pertukaran (<i>ruisrechtvaardigheit</i>) / <i>Gross Disparity</i></p>	<p>Keuntungan pemerintah sebagai pemilik <i>grundstoffen</i> total hanya 12,5% - 18% Kekayaan alam dianggap bukan modal Kedudukan hukum Kedudukan manajemen Tidak ada hak suara Pada hakikatnya pemerintah tidak ikut dalam pengusahaan, namun lebih memberikan ijin usaha. (Hal tsb Scr. Esensial berkontribusi neraca perdagangan yang negatif</p>	<p>BW Ind dan BW lama kebebasan pertukaran kebendaan dibatasi karena perjanjian harus memiliki kausa yang halal (HB-467)</p> <p>Harga jual yang terlalu rendah berarti tidak adanya kausa halal (HB-467)</p>	<p>Pasal 3.10 (1) melindungi pihak yang memiliki posisi tidak menguntungkan dg adanya disparitas besar</p> <p>Gross Disparity merupakan salah satu cacatnya kontrak</p>	<p>seimbang atau tidak (HB-459) Terlepas para pihak memiliki maksud (kehendak) membuat perjanjian terlarang. (HB-466)</p> <p>Azas keseimbangan memberi perlindungan bagi pihak yang secara fundamental dirugikan</p> <p>Kesetaraan obyektif dari kebendaan dan jasa adalah hal niscaya dalam lalu lintas ekonomi</p> <p>Ajaran ius pretium mengandung harga yang layak/wajar (<i>rechtvaardige prijzen</i>) Harga berfungsi sbg norma kritik untuk menilai keabsahan dari prestasi yang diperjanjikan (HB-468)</p>	<p>Dapat dibatalkan / direnegosiasi Ubah kontrak</p>
<p>3. Sikon Pelaksanaan (<i>uitvoeringom standigheden</i>) Keadaan Tidak terduga Dan Kesulitan (<i>hardship</i>)</p>	<p>Unsur emas bersifat penting untuk mengatasi inflasi bagi rakyat Indonesia Kondisi ekonomi Indonesia rentan inflasi.</p>	<p>6:258 NBW dapat dibatalkan sebagian atau seluruhnya</p> <p>Hakim azas permohonan salah satu pihak dapat memutuskan untuk mengubah akibat suatu</p>	<p>Pasal 6:21 adanya <i>hardship</i> / kesulitan pada kontrak jangka panjang</p> <p>Dimungkinkan renegotiasi</p> <p>Tidak memuat</p>	<p>Azas keseimbangan memberi perlindungan bagi pihak yang secara fundamental dirugikan Sekalipun kontrak memuat perubahan secara</p>	<p>Dapat dibatalkan / Ubah kontrak</p> <p>Landasan perubahan fundamental keseimbangan kontrak dapat bersifat objektif</p>

		perjanjian atau membatalkan perjanjian sebagian dan seluruhnya (HB-475)	perubahan secara otomatis	otomatis dan mempengaruhi keseimbangan kontrak	kebendaan personal yang semuanya mengacu pada untung rugi dari apa yang diperjanjikan secara timbal balik (HB-476)
Wanprestasi	Divestasi saham sebesar 50% dalam kurun waktu 20 tahun Tidak adanya sanksi pelaksanaan	Pasal 1234 BW Pasal 1266 BW	Pasal 6:225 50% balas patokan koreksi atas perubahan fundamental	Adanya ketidakseimbangan yang muncul adanya perubahan keadaan secara mendasar setelah perjanjian dibuat	Perhitungan finansial secara neto diperlukan. Dapat dibatalkan. Ubah kontrak

Sumber: HB - Herlien Budiono (lihat nomor halaman)

3.2. Upaya Perindungan Hukum bagi Pemerintah

Upaya pemulihan keseimbangan dari kontrak / perjanjian yang sebelumnya terganggu dalam persepektif azas keseimbangan dapat dengan cara menyesuaikan kembali perjanjian atau membatalkannya setelah dilakukannya negosiasi ulang. Negosiasi ulang / perundingan kembali dapat dilakukan melalui perdamaian (*schikking*), mediasi, atau atas campur tangan hakim¹⁹⁹. Negosiasi ulang diutamakan mendahului kemungkinan campur tangan hakim²⁰⁰. Penekanan penyelesaian melalui perundingan negosiasi ulang yang dilakukan para pihak sendiri akan memberi manfaat bagi para pihak terkait pemborosan waktu dan biaya. Dengan demikian upaya hukum dalam persepektif azas keseimbangan merupakan upaya melakukan pemulihan keseimbangan melalui insitusi sbb :

¹⁹⁹Ibid, h. 488

²⁰⁰Ibid, h. 490

1. Di luar Pengadilan (non litigasi)
2. Pengadilan. (*Litigasi*)

Namun azas keseimbangan lebih mengarahkan pada usaha negosiasi, perdamaian (mediasi atau konsiliasi), atau arbitrase sebelum melangkah ke pengadilan.

Kontrak Karya I maupun II – menghendaki perundingan melalui panitia kecil bila terjadi perbedaan perhitungan. Hal ini mengisyaratkan perlunya negosiasi sebelum melangkah ke konsiliasi, arbitrase, dll.

Apabila langkah negosiasi gagal maka Kontrak Karya Pertambangan Freeport I (KK I) dalam pasal 13 KK I secara tegas menyebutkan penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui mufakat atau konsiliasi dan arbitrase. Adapun pasal 13 KK I tersebut berbunyi sbb:

Penyelesaian sengketa manakala suatu pihak lalai dalam pemenuhan kewajiban-kewajibannya merupakan keharusan, kecuali jika sudah diselesaikan dengan cara mufakat atau konsiliasi, diserahkan keputusannya kepada suatu Dewan Arbitrase terdiri dari tiga orang anggota, yakni dua orang arbitrator dan seorang sebagai wasit masing-masing pihak dalam persetujuan ini harus mengangkat seorang arbitrator, dan para arbitrator yang diangkat sedemikian harus mengangkat seorang wasit. Jika para arbitrator yang diangkat oleh para pihak itu tidak berhasil mencapai persetujuan tentang orang yang akan menjadi wasit itu, dalam masa tiga puluh (30) hari sesudah diangkatnya arbitrator yang kedua, maka wasitnya, setelah ada permintaan salah satu dari para pihak dalam Persetujuan ini, harus ditunjuk oleh Presiden Mahkamah Internasional di Den Haag.

Demikian pula dalam pasal 21 KK II ada 2 cara penyelesaian sengketa yang disepakati baik sebelum maupun sesudah pengakhirannya maupun dalam pelaksanaan perjanjian namun mendasarkan proses arbitrasenya pada aturan UNCITRAL, yang berbunyi sbb:

1. Perdamaian (konsultasi)

“Perdamaian akan berlangsung sesuai dengan peraturan-peraturan perdamaian, UNCITRAL yang termuat dalam resolusi 35 / 52 yang disetujui oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-bangsa pada tanggal 4 Desember 1980 yang berjudul “*Conciliation Rules of the United Commission on International Trade Law*” “.

2. Arbitrase

“Sengketa akan diselesaikan oleh arbitrase sesuai dengan Peraturan-peraturan Arbitrase UNCITRAL yang dimuat dalam resolusi 31 / 98, yang disetujui Majelis Umum Perserikatan Bangsa-bangsa pada tanggal 15 Desember 1976 yang berjudul “*Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law*” yang pada saat ini masih berlaku”.

Ketentuan-ketentuan tersebut di atas ini tidak berlaku untuk masalah-masalah perpajakan yang tunduk kepada yuridiksi Majelis Pertimbangan Pajak

Bahasa yang akan digunakan dalam Bidang Perdamaian dan Arbitrase adalah Bahasa Inggris kecuali kedua pihak menyetujui lain.

Kontrak Karya Freeport baik KK I dan KK II memuat secara eksplisit perjanjian damai (konsultasi) dan arbitrase, dimana kedua belah pihak telah bersepakat menuangkannya dalam klausula arbitrase / kontrak arbitrase, dimana manakala terjadi sengketa akan diselesaikan melalui konsultasi atau arbitrase. Dalam ilmu hukum dikenal 2 macam kontrak arbitrase:

1. *Factum De Compromitendo* (akta Kompromi), Para pihak sepakat memilih arbitrase “sebelum” terjadinya perselisihan. Para pihak bebas menentukan apakah klausula arbitrase merupakan bagian dari kontrak pokok atau tidak.

2. Akta Kompromis. Para pihak bersepakat memilih arbitrase "setelah" terjadinya sengketa.²⁰¹

Pencantuman kontrak arbitrase dalam kontrak pokok sebagai *choice of forum* melalui *Pactum de Compromittendo* dimungkinkan. Pencantuman ini mempengaruhi keberlakuan *klausula arbitrase*. Kekuatan berlakunya kontrak arbitrase menurut teori hukum terdiri dari 2 aliran, sbb:

1. *Niet Van Openbare Orde*, aliran yang menyatakan bahwa klausula / perjanjian arbitrase bukan *public policy*, sehingga klausula arbitrase "tidak mutlak" menyingkirkan kewenangan pengadilan untuk memeriksa dan mengadili perkara yang timbul dari perjanjian. Pengadilan dianggap tetap memiliki kewenangan sejauh tidak ada eksepsi dari pihak lawan, karena klausula arbitrase bukan *openbare orde*. (berdasar keputusan *Hoge Raad* negeri Belanda, 6 Januari 1925)
2. *Pacta Sunt Servanda* dalam penerapan klausula perjanjian arbitrase, hanya dapat disimpangi bila para pihak secara tegas menandatangani dalam suatu perjanjian atau hanya dapat ditarik kembali atas kesepakatan para pihak (berdasar pasal 1338 BW).

Pada prinsipnya, walaupun sengketa dinyatakan menjadi kewenangan arbitrase, tidak berarti bahwa pengadilan sama sekali tidak berwenang²⁰².

Pilihan yurisdiksi arbitrase melalui klausula arbitrase tersebut di atas telah diakui dan diatur dalam konvensi New York tahun 1958 tentang pengakuan dan pelaksanaan

²⁰¹ Metic Fady, *Arbitrase Nasional Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, PT Citra Adya Bakti, Bandung, 2000, h 117-120.

²⁰² *Ibid*, h 122

putusan *arbitrase* luar negeri (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*). Konvensi tersebut telah diratifikasi Pemerintah Republik Indonesia melalui Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 34 Tahun 1981. Oleh karena itu, badan-badan peradilan di Indonesia seperti juga negara lainnya yang terikat pada konvensi tersebut harus pula menyatakan dirinya tidak berwenang mengadili suatu sengketa dimana para pihak telah menentukan arbitrase sebagai pilihan yuridiksi mereka. Pasal 3 UU No. 30 Tahun 1999 menentukan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang terkait di dalam perjanjian arbitrase.

Pilihan bentuk konsiliasi dan arbitrase sesuai UNCITRAL pada KK II, merupakan pilihan terhadap bentuk Arbitrase Institusional Internasional, sebagaimana klasifikasi berikut:

1. *Arbitrase Ad-Hoc / Arbitrase Volunter / Arbitrase Perorangan*

Arbitrase yang dibentuk khusus untuk menyelesaikan atau memutus perkara tertentu, keberadaannya bersifat "insidental", yang berakhir manakala perkara selesai diputus. Dengan kata lain fungsi dan kewenangannya bersifat satu kali atau *een malig*. (Pasal 615 Rv, Pasal 1 ayat (1) Konvensi New York 1958).

2. *Arbitrase Institusional / Permanent Arbitral Body*

Arbitrase yang berbentuk lembaga atau badan, yang bersifat "permanen". Yang memiliki beberapa macam bentuk sesuai lingkup negara, sbb:

- Arbitrase Nasional (satu negara)
- Arbitrase Regional (beberapa negara dalam satu regional)
- Arbitrase Internasional (seluruh negara yang terikat konvensi)

Proses penyelesaian sengketa melalui konsiliasi dan arbitrase sering pula disebut sebagai proses penyelesaian sengketa alternatif (*ADR / Alternative Dispute Resolution*). Proses penyelesaian sengketa alternatif memiliki beberapa varian yang merupakan penggabungan dari alternatif penyelesaian sengketa diatas²⁰¹, sbb:

1. Terpusat

- **Multi-door Center, Multi-door Court House** (Penyelesaian Perkara Terpusat, dimana juru tulis (semacam panitera) akan merrefer kasus-kasus ke masing-masing penyelesai perkara disitu, namun pemilihan sesuai kehendak para pihak).

2. Campuran

- **Med-Arb** (campuran Mediasi Arbitrase)
- **Judicial Arbitration / Court Annexed Arbitration** (campuran Arbitrase Pengadilan)
- **Concilio Arbitration** (campuran Konsiliasi – Arbitrase)

Bentuk Kontrak Karya I lebih mengarah kepada bentuk campuran *Concilio Arbitration*, dimana upaya damai harus diupayakan mendahului upaya arbitrase, sedangkan pada Kontrak Karya II dapat merupakan campuran juga dapat merupakan *choice of forum* antara konsiliasi dan arbitrase. Kajian selanjutnya mengenai masing-masing proses upaya hukum untuk memulihkan kerugian baik melalui peradilan atau non – peradilan.

²⁰¹Munir Fandy, *Op Cit.*, h 36-37

a. Renegosiasi (*Heronderhandelen*)

Sebagai suatu proses, kontrak idealnya seharusnya mewartakan pertukaran kepentingan secara proporsional. Negosiasi merupakan unsur penting. Sasaran dan tujuan negosiasi adalah tercapainya kata sepakat. Namun "kesepakatan itu merupakan misteri". Negosiasi yang baik harus didasari itikad baik yang bersifat timbal balik (*reciprositas*)²⁰⁴

Menurut **Jeremy G. Thorn**²⁰⁵, dalam menegosiasikan sebuah kontrak atau perjanjian, kedudukan hukum merupakan pertimbangan mendasar dan penting. Suatu kontrak yang tidak sah, apapun definisinya, tidak akan dapat dilaksanakan dan tidak mengikat secara hukum. Seseorang tidak dapat membela diri dengan menyatakan tidak tahu bahwa kontrak atau perjanjian itu tidak sah. Dalam persepektif hukum berlaku azas "*ignorantia juris neminem excusat*", ketidaktahuan akan hukum bukan merupakan suatu alasan. Untuk itu perlu dipertimbangkan aspek-aspek hukum dalam negosiasi, jangan sampai terjadi atau paling tidak dihindari adanya sengketa dalam pelaksanaan kontrak, karena hal itu justru memporakporandakan jalinan hubungan diantara para pihak.

Kapan negosiasi dilakukan, menurut **Jeremy G. Thorn**, sebagaimana syarat-syarat berikut:

1. Kedua belah pihak akan melakukan suatu perjanjian,
2. Terdapat perjanjian atau konflik diantara beberapa pihak;
3. Terdapat variable untuk dipertukarkan melalui konsesi,
4. Kedua belah pihak mempunyai wewenang untuk mengubah syarat-syarat mereka;
5. Apabila sesuatu yang luar biasa terjadi.

²⁰⁴ Agus Yudha I, *Op. Cit.*, h. 150-152

²⁰⁵ *Ibid.*, h. 153

Bertemunya kehendak para pihak yang berkontrak maupun proporsionalitas pertukaran hak dan kewajibannya sangat ditentukan oleh proses negosiasi itu sendiri. Upaya negosiasi merupakan upaya terbaik menerapkan Win-Win Solution untuk memecahkan permasalahan para pihak sebagaimana ditekankan azas keseimbangan dan azas proporsionalitas.

b. Konsiliasi

Konsiliasi sendiri berdasar UNCITRAL merupakan upaya mencari mutakat secara damai (*amicable*), sebagaimana ungkapan berikut: "*Conciliation. The adjustment and settlement of a dispute in a friendly, unantagonistic manner*". Di Amerika Serikat Konsiliasi merupakan tahap awal dari mediasi. Sedangkan di Korea, Jepang, Konsiliasi merupakan kelanjutan dari mediasi, kedudukan konsiliator dapat ditingkatkan menjadi arbitrator untuk membuat keputusan final and binding. Dalam praktek istilah mediator dan konsiliator cenderung saling dipertukarkan ataupun disamakan²⁰⁶. Hal ini dapat kita lihat pada pengertian perbedaan antara mediasi dan konsiliasi menurut *Encyclopedia Americana*, sbh

Arbitration is to be distinguished from mediation and conciliation which involve the intervention of a third party to attempt a settlement of differences between the disputants through persuasion and compromise. Conciliation originally meant only the intervention of a third party to bring the parties together and keep them negotiating but not to offer suggestion for solving the dispute. Mediation (garis bawah oleh penulis) originally meant the intervention of a third party who actively proposed terms of compromise and means of solution (garis bawah oleh penulis). In recent years the terms

²⁰⁶Suparto Wijaya, *Penyelesaian Sengketa Lingkungan*, Universitas Airlangga Press, Surabaya, 1999, h 104-105

*mediation dan conciliation have been used interchangeably. Neither a mediator nor a conciliator makes a decision for the disputants the arbitrator does*²⁷

Berdasar pasal 1 UNCITRAL – penyelesaian masalah dalam Conciliasi diselesaikan dengan cara damai (*amicable settlement*) . Conciliator merupakan pihak ke tiga yang memfasilitasi proses damai sebagaimana mediasi namun tidak berhak memberikan solusi Menurut pasal 12 UNCITRAL pemecahan masalah ditangan para pihak. Namun berdasar pasal 7 UNCITRAL Conciliator ditugaskan membuat proposal penyelesaian masalah bagi para pihak dalam setiap tahapan, dan conciliator bertugas mendampingi para pihak dan dapat memberikan pertimbangan terkait hak dan kewajiban para pihak dalam bisnis. Conciliator berhak memiliki inisiatif mengundang para pihak baik secara lisan maupun tertulis dan berhak menentukan tempat pertemuan bila para pihak tak menentukan (pasal 9 UNCITRAL). Conciliator tidak dapat bertindak seperti hakim atau arbiter yang memegang peran dalam proses (pasal 19 UNCITRAL).

Proses konsiliasi terjadi manakala ada satu pihak berinisiatif undangan pada pihak lainnya dan telah diterima pihak lainnya tersebut : *commencement* (pasal 2 UNCITRAL). Setelah itu baru dilakukan penunjukan konsiliator Para pihak dapat memilih antara 1, 2, atau 3 dengan aturan penunjukan sesuai pasal 4 UNCITRAL. Setelah terbentuk, conciliator dapat meminta para pihak mengirimkan penjabaran permasalahan dari masing-masing pihak (pasal 5 UNCITRAL). Dalam berperkara para pihak dapat menunjuk kuasa (Pasal 6 UNCITRAL). Selanjutnya para pihak dapat mengundang para pihak untuk berkomunikasi baik secara tertulis maupun lisan secara bersama-sama atau sendiri-sendiri (pasal 9 UNCITRAL). Selanjutnya tugas

²⁷Akhmad Ichsan, *Kompendium tentang Arbitrase Perdagangan Internasional*, cetakan pertama, Pradnya Paramita, Jakarta, 1992, h 10

conciliator untuk memformulasikan setiap pemecahan masalah yang diajukan para pihak, dan mereformulasikan hingga dicapai kesepakatan / perjanjian pemecahan masalah (pasal 13 UNCITRAL).

Proses dalam konsiliasi bersifat tidak formal (Pasal 9 UNCITRAL), Namun bersifat rahasia (pasal 10 UNCITRAL), dan diselesaikan dengan cepat (pasal 7).

Conciliasi tidak mengeluarkan keputusan *award / judgement / decision* sebagaimana halnya arbitrase, hal ini dikarenakan conciliator tidak berwenang memberikan *decision* Eksistensi dan fungsi dari ADR (dalam konsiliasi) mengutamakan upaya penyelesaian yang bersifat *creative compromise* dan ditempatkan sebagai "*first resort*" hal ini berbeda dengan arbitrase dengan sifat keputusan yang *final and binding* sama seperti peradilan sehingga mengarahkan arbitrase lebih sebagai the "*last resort*" Para pihak dimungkinkan memilih penyelesaian lewat arbitrase atau pengadilan manakala salah satu pihak beranggapan penyelesaian secara damai tidak dapat melindungi haknya (Pasal 16 UNCITRAL). Aturan Konsiliasi dari UNCITRAL ini hanya dapat berlaku manakala para pihak secara eksplisit mencantulkannya dalam klausula konsiliasi.

Penyelesaian sengketa diluar pengadilan dalam konsiliasi harus dilandasi oleh sikap *win-win attitude* (suatu sikap yang dilandasi oleh itikad bahwa kontrak itu sedapat mungkin akan menguntungkan secara timbal balik) yang pada akhirnya bermuara pada prinsip "*win-win solution*"²⁰⁸

Konsiliasi dan Arbitrase merupakan salah satu penyelesaian sengketa alternatif (ADR / *Alternative Dispute Resolution*) Sistem penyelesaian sengketa sendiri dalam

²⁰⁸ A. Yudha Hernoko, "Pengembangan Konsep Win-Win Solution dalam Kontrak Hukum Bisnis", dalam rangka Pelatihan Singkat "Contract Drafting dalam Dunia Bisnis dan Perbankan", di Balai Surabaya Post, 11 September 1999.

praktek amatlah beragam, dan masing-masing memiliki kekurangan dan kelebihan, tabel berikut menunjukkan perbandingan konsiliasi dan arbitrase terhadap sistem yang lain:

	Badan peradilan	Arbitrase	Negosiasi (musyawarah)	Mediasi	Konsiliasi
Hukum yang dipakai	Nasional	Lex mercatoria Intl. nasional (untuk kewenangan)			
Norma Precedent Deterren effect	Publik Pakai	Privat Tidak	Privat	Privat	Privat
Penengah	Hakim	Arbitrator	Negosiator (para pihak)	Mediator (netral)	Konsiliator (netral)
Penilaian Kewenangan	Negara Menentukan	Para pihak memutuskan	Para pihak Tidak memutuskan	Para pihak Tidak memutuskan	Para pihak Tidak memutuskan
Keahlian	Mengorganisir Kurang	Beri Solusi Mengorganisir Ahli	Beri Solusi Mengorganisir Ahli	Beri Solusi Mengorganisir Ahli	Tidak Mengorganisir Ahli
Proses					
Kompromi para pihak	Win or Lose	Win-win Or loosing winning	Memhangun kepercayaan	Win-win	Win-win
Privacy forum	Tertutup	Privacy	Privacy	Privacy	Privacy
Hasil Sifat Hasil		Sejusi sikon			
Mengikat Final	Mengikat Tidak final/ dapat banding	Mengikat Final	Tidak Tidak / dpt ke arbitrase	Tidak Tidak / dpt ke arbitrase	
Eksekusi	Dapat	Dapat, di bantu pengadilan (dapat tdk ml review)			
Biaya	Mahal	Murah		Relatif murah	

Waktu	Lama/tertunda-tunda	Cepat		Lama	
Ganti rugi	Terbatas	Tailormade		Trade-off	

Selain penyelesaian sengketa alternatif diatas masih ada lagi beberapa, sbb:

1. Pencari fakta (*Fact Finding*) , yang bersifat memberikan kesimpulan, memberi rekomendasi, bahkan mempublikasikan fakta. Harapannya fakta yang dipublikasikan menjadi faktor perubah perjanjian yang dirasakan tidak adil.
2. Peradilan mini (*mini trial*) / *small claim court*, proses maupun kekuatan putusannya sama dengan peradilan biasa, namun lebih cepat dan hemat waktu. Peradilan ini sering juga disebut peradilan swasta, hanya ada di beberapa negara (misal Amerika, Jepang, dll).
3. *Ombudsman*, Merupakan pejabat publik yang diangkat untuk menginvestigasi kegiatan-kegiatan dari badan pemerintah yang dapat merugikan hak-hak dari individu (Ombudsman didirikan di banyak negara).
4. Peradilan adat. Badan – badan adat yang bertugas menyelesaikan sengketa secara musyawarah.

Lebih jauh secara lebih spesifik dapat dilihat dalam pengklasifikasian Siti

Sundari Rangkuti²⁰⁹, sbb:

Ditinjau dari segi proses	MEDIASI/KONSILIASI	ARBITRASI	LITIGASI
Yang Mengatur Proses	Para Pihak (Parties)	Arbitrator	Hakim
Prosedur	Informal	Sedikit Formal	Formalistik
Jangka Waktu Pemeriksaan	Segera (Speed) (3-6 minggu)	Agak cepat (quick) (3-6 bulan)	Lama-Lambat (5-12 tahun)

²⁰⁹Siti Sundari Rangkuti, *Hukum Lingkungan dan Kebijakan Lingkungan Nasional*, Airlangga University Press, Surabaya, 1996, h. 275

(Hearing)			
Biaya	Sangat Murah (nominal or low cost)	Terkadang sangat mahal	Sangat mahal (very expensive)
Aturan Pembuktian (Rule Of Evidence)	Tidak perlu	Agaka Informal dan tidak teknis	Sangat formal dan teknis
Publikasi	Konfidensial dan Pribadi	Konfidensial dan Pribadi	Terbuka untuk umum
Hubungan Para Pihak	Kooperatif menyelesaikan sengketa	Bermusuhan (antagonistic)	Bermusuhan (antagonistic)
Fokus Penyelesaian	Menuju ke depan (for the future)	Masalah masa lalu (the past)	Masalah masa lalu (the past)
Cara Negosiasi	Kompromi (compromise)	Sama keras (pada prinsip hukum)	Sama keras (pada prinsip hukum)
Komunikasi	Memperbaiki yang sudah lalu	Menghadapi jalan buntu (blocked)	Menghadapi jalan buntu (blocked)
Hasil Yang Dicapai (Result)	Sama-sama menang (win-win)	Kalah-menang (losing-winning)	Kalah-menang (losing-winning)
Pemenuhan	Dengan sukarela dan senang hati	Sejatu ditolak dan mengajukan oposisi	Ditolak dan mencari dalih (upaya hukum)
Suasana Emosi	Bebas emosi	Emosional (high temper)	Emosional bergemolak

Sumber: Siti Sundari Rangkuti, *Hukum Lingkungan dan Pelaksanaan Lingkungan Nasional*, Airlangga University Press, Surabaya, 1996.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase bersifat lebih mirip dengan penyelesaian melalui peradilan, terutama bila dilihat pada

1. Prosedurnya bersifat formal,
2. Kekuatan putusan yang bersifat *final and binding*,
3. Cara negosiasi dan hasil yang dicapai -- mengarah pada negosiasi *losing and winning*, bukan *win-win solution*.

Dalam penyelesaian sengketa dengan Freeport adalah tepat bila penyelesaian melalui konsiliasi dikedepankan sebelum arbitrase atau pengadilan, karena sifatnya relative mudah dan cepat --serta penyelesaiannya cenderung *win-win*. Dengan kata lain pilihan penyelesaian alternatif diluar peradilan (timbu) dari pemikiran bahwa peradilan bersifat merugikan dalam hal berikut:

- Buang-buang waktu (*waste of Time*)
- Biaya mahal (*very expensive*)

- Mempermasalahkan masa lalu, bukan menyelesaikan masalah masa depan
- Membuat orang bermusuhan (*enemy*)
- Melumpuhkan para pihak²¹⁰

c. Arbitrase (*Arbitrage*)

Arbitrase merupakan sistem penyelesaian sengketa diluar pengadilan (non-litigasi) yang menunjuk pihak ketiga dari swasta (non pemerintah) yang netral untuk mengadili (karena dapat memutus perkara) sengketa yang timbul dalam perjanjian sebagaimana yang diungkapkan dalam Black Law, sbb: "*Arbitrage / arbitration is The Submission for determination of disputed matter to private unofficial persons selected in manner provided by law or agreement*"

Pihak ketiga tersebut disebut sebagai Arbitrator yang merancang proses penyelesaian sengketa arbitrase dan memutuskannya, sebagaimana pemahaman berikut: "*Arbitrator is a private, disinterested person, chosen by the parties to a disputed question, for the purpose of hearing their contention, and giving judgment between them, to whose decision (award) the litigants submit themselves either voluntary, or, in some cases, compulsorily, by order of by court*"²¹¹.

Aturan arbitrase UNCITRAL berlaku manakala para pihak secara eksplisit menuangkannya dalam klausula arbitrase.

Berdasar UNCITRAL tersebut sistim arbitrase (non litigasi) para pihak yang bersengketa harus menghubungi dan mengajukan permohonan tertulis kepada

²¹⁰Suparto Wijoyo, *Op. Cit.*, h. 92

²¹¹Akhmad Ichsan, *Op. Cit.*, h. 10

secretary General of the permanent Court of Arbitration at The Hague, dengan ketentuan para pihak telah mengadakan perjanjian untuk menyerahkan sengketa yang timbul dalam pelaksanaannya kepada UNCITRAL dan aturan dari UNCITRAL. UNCITRAL sendiri merupakan lembaga dengan fungsi utama menyelesaikan sengketa dalam perdagangan dan investasi antara pihak yang berbeda yurisdiksi dengan cara yang *fair, expeditious, dan inexpensive procedurs*. Sengketa yang ditangani center meliputi: *dispute, controversy, claim, breach, termination, dan invalidity*²¹². Hal senada dikemukakan M. Yahya Harahap bahwa sengketa atas suatu kontrak yang meliputi masalah di bawah ini :

1. Perbedaan penafsiran (*Disputes*) mengenai pelaksanaan perjanjian, berupa:
 - Kontroversi pendapat (*controversy*);
 - Kesalahan pengertian (*misunderstanding*);
 - Ketidaksepakatan (*disagreement*);
2. Pelanggaran perjanjian (*breach of contract*) termasuk didalamnya adalah
 - Sah atau tidaknya kontrak;
 - Berlaku atau tidaknya kontrak;
 - Pengakhiran kontrak (*termination of contract*)
 - Klaim mengenai ganti rugi atas wanprestasi atau perbuatan melawan hukum.²¹³

²¹² Ibid, h. 105

²¹³ Munir Fuady, *Op. Cit.*, h. 11-12.

Hukum yang dipergunakan arbitrase dalam sengketa privat Internasional secara umum apa yang mencakup hukum privat Internasional, khususnya hukum dagang Internasional atau *lex mercatoria*

UNCTRAL mengatur kedudukan penunjukan arbitrator (*Appointing Authority*) Bilamana para pihak tidak sepakat tentang penunjukan *sole arbitrator* atau *presiding arbitrator* dalam hal 3 arbitrator, maka *secretary General of the permanent Court of Arbitration at The Hague* yang akan melakukan *Appointing Authority*.

Pokok – pokok acara dalam prosedur penyelesaian sengketa secara “umum” lewat arbitrase adalah sebagai berikut:

1. *Commencement* (Pengajuan gugatan, penunjukan arbiter)
2. *Preliminary meeting* (Panggilan Sidang)
3. *Pleadings (Points of Claims, Points of Defence and Counter Claim (Reconventie) , and Points of Reply and Defense to Counter Claim)*
4. *Hearing* (Pemeriksaan saksi, saksi ahli, dan pembuktian lainnya)
5. *Award* (Putusan)

KK I melaksanakan arbitrase berdasar *Internasional Court of Justice / ICJ* (merupakan organ utama dalam sistem PBB – berdasar pasal 7 Piagam) yang bertugas menyelesaikan sengketa melalui pengadilan diantara anggota –atau pihak yang mau mengikatkan diri. Semua anggota PBB secara *ipso facto* menjadi anggota ICJ.(pasal 93 (1) Piagam). ICJ tidak mempunyai yurisdiksi memaksa (*Compulsary Jurisdiction*), kecuali para pihak sebelum bersengketa atau pada saat sengketa telah menetapkannya. Kewenangan / Yurisdiksi ICJ ada 2 macam sbb:

1. Memberi keputusan (*decision / judgement*) atas sengketa yang diajukan oleh para pihak (pasal 36 statuta)
2. Memberi nasihat hukum (*advisory opinion*) untuk persoalan hukum atas permintaan badan-badan (sesuai pasal 96 piagam PBB dan pasal 65 statuta ICJ).

L. Oppenheim berpendapat keputusan (*decision / judgement*) dari kewenangan / yurisdiksi ICJ berdasar pasal 36 statuta dibagi menjadi 2 macam²¹⁴ yaitu:

1. Sukarela (*Voluntary*), para pihak setuju menyelesaikan sengketa melalui ICJ melalui perjanjian khusus.
2. Wajib (*Obligatory*), ada 3 macam kewenangan wajib sbb:
 - a. Melalui Klausula Khusus namun Tidak melalui perjanjian. Termasuk dalam kategori ini perjanjian perdagangan, konvensi perburuhan, perjanjian persekutuan (*affian.ex*)
 - b. Melalui Perjanjian – penyelesaian sengketa secara damai baik melalui konsiliasi atau arbitrase (cetak tebal oleh penulis).
 - c. Melalui *Optional Clause* sesuai pasal 36(2) statuta ICJ untuk memilih kewenangan memaksa ICJ

ICJ sendiri berkedudukan di Den Haag (sesuai pasal 21(1) Statuta ICJ). Hukum yang di terapkan merupakan hukum Internasional (konvensi Int'l, kebiasaan Int'l, asas-asas hukum, dll) atau jika perjanjian menghendaki diterapkannya norm-norma lain (berdasar pasal 38 Statuta). Hakim dapat memutuskan perkara secara *ex aequo et bono* (*right and equitable* / berdasar kepatutan dan keadilan) bila para pihak menghendaki (pasal 38 (2)). Jumlah hakim di ICJ terdiri dari 15 hakim (pasal 3(1))

²¹⁴Sri Setianingsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, UI Press, Jakarta, 2006, h. 83

namun dalam perkembangannya dapat membentuk kamar (*chamber*) dengan jumlah hakim sedikit (3,5,7 atau bilangan ganjil) untuk menyelesaikan perkara tertentu.

Proses penyelesaian sengketa diawali dengan pendaftaran kepada panitera ICJ atas dasar adanya kewenangan memaksa ICJ (pasal 36 statuta) dan menyebutkan apa yang dituntut dan fakta dasar tuntutan (pasal 38 (2) statuta). Selanjutnya panitera menyampaikan pada para pihak dan memberitahu sek-jen PBB dan negara yang berhak hadir dalam ICJ (Pasal 40(3)). Tata cara dapat secara tulis (pasal 43(2)) dan lisan (pasal 43(5)). Waktu dan urutan proses diatur panitera (pasal 43(3)). Proses bersifat informal. Uniknya proses dengar pendapat (*oral proceedings*) pada prinsipnya "terbuka", bersifat tertutup hanya saat pendaftaran atau dimohon oleh para pihak. Sistem pengambilan keputusan mengakomodasi sistem suara mayoritas (*party arbitrate*) dan sistem wasil (*umpire system*), dimana bila tidak tercapai suara mayoritas maka ketua majelis berhak mengambil keputusan (pasal 55 statuta) oleh karena itu tiap hakim berhak menyampaikan pendapat (*a separate / concurring opinion*) untuk menunjang keputusan atau berbeda pendapat (*dissenting opinion*) (Pasal 57 statuta).

Keputusan ICJ bersifat *final and binding* sehingga tidak ada mekanisme banding (berdasar pasal 60 statuta), Namun dapat dilakukan upaya peninjauan kembali apabila ada fakta yang belum diketahui ICJ (pasal 61(1) statuta). Sistem ICJ memungkinkan intervensi pihak ke tiga (Pasal 62 statuta).

Pada KK II berdasar system UNCITRAL. Sistem ICJ mirip sistem UNCITRAL, namun ICJ sidangnya bersifat terbuka sebagaimana peradilan. Bagaimanakah kekurangan dan kelebihan sistem arbitrase UNCITRAL dibanding sistem arbitrase yang lain, dapat dilihat pada tabel berikut:

	UNCITRAL	ICSID (intl. Centre for the Settlement of Investment Dispute)	Rv (Reglement op de Bergerlijke Rechtsvordering)	BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia)
Dasar Keberlakuan	Resolusi SU PBB 15 Dec. 1976	UU no 5 thn 1968	Ps) 377 IIR	UU no 30 tahun 1999
Institusi		Lembaga Dewan arbitrase (centre)		BANI
Jenis Arbitrase	Int'l Institutional	Int'l Internasional	Ad-Hoc	Badan otonom / Institusional Nasional
Sistem Arbitrase Tempat Arbitrase	Kesepakatan para pihak / tempat yg ditentukan mahkamah arbitrase (psl 16)	Washington atau tempat yg ditunjuk (psl 2 jls psl 62 dan psl.63)	Tidak ditentukan	Tidak ditentukan (selama bim ada cabang di Jakarta/ sesuai kesepakatan pihak)
Bahasa yg dipakai	Kesepakatan pr pihak / keputusan para pihak (psl 17(1)) / ketentuan mahkamah arbitrase (psl. 17(2))	Tidak diatur	Tidak diatur	Tidak diatur
Lingkup Sengketa		Meliputi hak & kewajiban dlm perjanjian penanaman modal (psl 26)		
Keberlakuan Klausula Arbitrase	Tertulis Psl. 1 Pacta Sunt Servanda	Tertulis Psl. 25 (1) jo angka 22 report Pacta Sunt Servanda	Pacta Sunt Servanda (Psl 620 (2)) Niet van openbare order (psl 136) HIR jo pasal 615 ayat (1) Rv karena tidak tegas	Tertulis Pacta Sunt Servanda
Jangka Waktu	Tidak diatur	Tidak diatur	Ditentukan pd perjanjian arbitrase / 6 Bulan Menurut uu. Psl 620 (1) / kesepakatan perpanjangan	Tidak diatur
Para pihak Penggugat	Claimant	Claimant	Penggugat	Pemohon Psl 3(3)

Tergugat	Respondent (psl.3)	Respondent	Tergugat (Partijen)	Termohon psl 5(1)
Keterwakilan	Kuasa (psl. 4)	Tidak diatur	Kuasa (psl.617)	Kuasa (psl 2(2))
Jumlah Arbiter	Tribunal Arbitrator 3 atau 3 orang - jika telah disepakati, jika belum 1 orang dengan batas waktu 15 hr, lewal 15 hr harus 3 orang (psl 5) ditunjuk oleh permanent court of arbitration di Den Haag	1 orang/ bbrp tapi ganjil/3 orang - 2 dari masing2 pihak, ke 3 oleh ketua tribunal (psl. 37 (2))	1 orang / beberapa orang dalam jumlah ganjil (psl. 615 (1))	1 orang / majelis (team) arbiter udr dr 3 orang (psl. 6 jo psl. 5 (4))
Pengangkatan Arbitrator	Penunjukan arbiter tunggal. (Psl 6), jika para pihak gagal, menunjuk badan arbitrase. (Psl 6(1) Jika gagal ditentukan permanent court of arbitration di Den Hag (Psl 6(2) Penunjukan Majelis arbiter, 2 dari masing-masing pihak. Ketua majelis dipilih 2 arbiter tertunjuk, jika gagal ditentukan permanent court (Psl. 7)	Penunjukan oleh ICSID atas persetujuan para pihak Pengangkatan arbitrator setelah cihentuknya Mahkamah Arbitrase / Tribunal oleh the Administratif council (Psl 37 (2)) Jika para pihak tidak setuju, ditunjuk oleh para pihak (Psl 37(2) huruf b) Jumlah bisa satu atau beberapa orang namun ganjil	Penunjukan sesuai perjanjian yg telah dibuat sebelum perselisihan timbul (psl. 619) Pengangkatan sesuai kesepakatan yang dibuat setelah perselisihan timbul (Psl 618) Penunjukan oleh hakim Manakala tidak sepakat ditunjuk oleh pengadilan (Psl. 619)	Penggugat dan tergugat mengajukan arbitrator pada waktu ajukan statement of defence. Psl.5(2) Atau dilimpahkan pd ketua BANI Psl. 5(2) Jika masing2 telah menunjuk, arbitrator ke-3 oleh ketua BANI Psl. 5(3) Jika masing2 tdk menunjuk, Ketua BANI menunjuk majelis (team) Psl 5 (4 dan 5) 1 untuk perkara sederhana, 3 untuk perkara tidak sederhana
Hukum yang dipakai	Para pihak / hukum Internasional terkait (Psl. 33)	Para pihak/ tata hukum negara yg berselisih (psl 42)	Sesuai R/w apabila para menghendaki dpt diterapkan rules yang lain	Tidak diatur
Proses arbitrase Tahap pendahuluan	1.Permohonan tuntutan (Psl 3 jo Psl. 18) (statement of claim), copy ke responden (Pal. 15(3)	1 Pengajuan pada Sekjen Dewan administratif Centre, copy ke respondent Psl 36(1)	1.Pengajuan Claim (tdk diatur khusus) 2.Tidak diatur sor spesifik bantahan/ eksepsi (statement	1.Pengajuan Claim (Psl.2(4)) 2.Penolakan pendaftaran pada permohonan saja. Psl 3(2)

<p>Tahap Pemeriksaan</p>	<p>2 Penolakan pendaftaran pada para pihak (psl 15(3))</p> <p>3. Penunjukan arbiter – majelis arbiter (Psl 6)</p> <p>4. Bantahan/eksepsi (statement of defence), dimungkinkan rekonsvansi (counter claim) (psl 19 jo psl 19(3)) juga pengajuan perlawanan thd Yurisdiksi Arbitrase (Psl 21)</p> <p>5. Pemeriksaan Yurisdiksi <i>scr ex officio</i> (Psl. 21)</p> <p>6. Pemeriksaan Perlawanan Arbiter (Psl.9)</p> <p>7. Tdk mutlak Awal Sidang dan pemeriksaan sengketa (Psl. 24 & 25), Claimant tak hadir – permohonan gugur (Psl 28) Tdk mengenal putusan verstek (Psl 28) Upaya damai inisiatif para pihak (Psl.34(4)) jo psl.32(2))</p> <p>7. tambahan jawaban atau bantahan (Psl 20)</p> <p>8. perlawanan terhadap yurisdiksi</p>	<p>2 Penolakan Pendaftaran pada para pihak. Psl 36(3). Keabsahan Yurisdiksi (Psl. 36 (3))</p> <p>3 Bantahan (statement of defence), dimungkinkan rekonsvansi (counter claim) (Psl 41 jo psl 46) harus menunjuk arbiter (psl 37) juga pengajuan perlawanan thd. Yurisdiksi Arbitrase (Psl 41)</p> <p>4 Pembentukan Mahkamah Arbitrase/ Tribunal arbitral oleh centre (Psl. 37 jo Psl 37 (2))</p> <p>5. Pemeriksaan Yurisdiksi <i>scr ex officio</i></p> <p>6. Pemeriksaan Perlawanan Arbiter</p> <p>7. Tdk mutlak Awal Sidang dan pemeriksaan sengketa (Psl.43) Tdk mengenal putusan verstek (Psl 43,44,45) Upaya damai wewenang dan inisiatif conciliation commission di bwh administrative council (Psl 29)</p> <p>8. tambahan jawaban atau bantahan (Psl 46)</p> <p>9. perlawanan terhadap</p>	<p>of defence) (Psl 132 – buku I bab II Bagian 3) jo Psl. 626, juga rekonsvansi (counter claim) (Buku I Bab 3I, Bagian 11, psl. 244-247 jo psl 225), Penunjukan arbiter. Juga pengajuan perlawanan thd Yurisdiksi Arbitrase</p> <p>3. Pembentukan Arbiter / mahkamah arbiter Ad-Hoc (psl. 615 (1))</p> <p>5. Pemeriksaan Yurisdiksi <i>scr ex officio</i> (Psl 132)</p> <p>6. Pemeriksaan Perlawanan Arbiter (Psl.621)</p> <p>7. Awal Sidang dan pemeriksaan sengketa, dpt verstek, dpt damai (tidak ada pengaturan yang spesifik)</p> <p>8. tambahan jawaban atau bantahan (Psl. 625)</p> <p>9 perlawanan terhadap yurisdiksi dapat dilakukan putusan sela (preliminary question) yang dpt diikuti tindakan sementara (interim measure)</p>	<p>3. Bantahan (statement of defence), Psl 5 dimungkinkan rekonsvansi (counter claim) (Psl.9) harus menunjuk arbiter (Psl. 5(2)) Bila tdk ada, kedua pihak dipanggil (psl.8) juga pengajuan perlawanan thd. Yurisdiksi Arbitrase (psl 3) segera diberikan pada claimant sedang dilakukan setelah statement of defence diterima.</p> <p>4. Pembentukan majelis arbiter (psl 6)</p> <p>5. Pemeriksaan Yurisdiksi <i>scr ex officio</i></p> <p>6. Pemeriksaan Perlawanan Arbiter (Psl 5(6))</p> <p>7. Awal Sidang dan pemeriksaan sengketa (Psl.7) Claimant tak hadir – permohonan gugur (Psl 10) Respondent tak hadir – ada putusan verstek (Psl. 12), Bila 2 pihak hadir dpt dilakukan upaya damai (Psl 13(1))</p> <p>8. Verzet (perlawanan thd verstek) (Psl.12(2))</p> <p>9 tambahan jawaban atau</p>
--------------------------	--	--	---	--

	dapat dilakukan putusan sela (preliminary question) yang dpt diikuti tindakan sementara (interim measure) (Pasal 21(4) jo Psl. 26(1))	yurisdiksi dapat dilakukan putusan sela (preliminary question) yang dpt diikuti tindakan sementara (interim measure) 10. Final award 11. Koreksi Award (Pal 51(1)) 11. Penolakan Putusan (Psl 51) 12 Pembatalan putusan (psl. 52) Oleh Komite Ad Hoc	10. Final award 11. Pembatalan putusan (Psl 643) Oleh Pengadilan negeri	bantuan (Psl 13 (1)) 10 perlawanan terhadap yurisdiksi dapat dilakukan putusan sela (preliminary question) yang dpt diikuti tindakan sementara (interim measure) 11. Final award 12. Pembatalan putusan tidak diatur - dapat rujuk psl 643 Rv
Sistim pengambilan keputusan Majelis Party Arbitrate/ sistim mayoritas Umpire Sistem	9. Final award (Pasal 31 jo Psl 32) 10. Koreksi Award (Pal. 36(1)) jo Perbaikan putusan Psl 32 (2). 11 Penambalan / ralat putusan.(Psl. 37)	Party Arbitrate (Pal. 48(1))	Party Arbitrate (Psl. 633)	Tidak diatur Dpt rujuk psl 633 Rv
Keputusan berdasar kepatutan atau ex aequo et bono (Compositour)	Ketegasan para pihak (Psl 32 (2))	Bila tegas di perjanjian (Psl. 42(3))	Bila Tegas di perjanjian (Psl 631)	Tidak diatur Dpt rujuk psl 631 Rv
Executorial kracht/Execution power/ kekuatan eksekutorial				
Final and Binding	Ya (pasal 32 (2))	Ya (psl 5 (2)) Jo Psl 53 (1)	Tidak dapat upaya banding (Psl 641), Namun tak dpt kasasi (Psl 642)	Ya (Psl.17 dan 18)
Recognize		Ya/ perdilan ngr hanya berhak menstai segi formal putusan		
Enforcement		Self executing / Eksekusi oleh negara penerima putusan (psl. 54) Jo PERMA No.1		

Putusan Provisi	Boleh (psl.26)	tahun 1990 (azas Jus Sangumns)	Boleh (psl 47) (atas kewenangan mahkamah)	Boleh (psf 627) (bersama gugatan pokok)	Tidak diatur
Sistem Eksekusi Kewenangan Deponir Exequatur	Psl 1 (1) Konvensi New York 1958 Psl. 4,5 Perma no.1 tahun1990	Psl 1 (1) Konvensi New York 1958 Psl. 4,5 Perma no.1 tahun1990		Pengadilan negeri (Psl.617 jo 639)	Pengadilan negeri Merujuk Rv
Sistem Pemeriksaan Sifat sidang	Tertutup (Psl. 32(5))	Tertutup (Psl. 48(5))		Tertutup	Tertutup
Azas Pemeriksaan 1 Any stage of the proceedings	Berlaku (Psl.15(2))	Berlaku kecuali diperjanjikan lain (Psl. 43)			
2 Audi et Alteram Partem	Psl 15(1), jis psl 24 dan 25	Psl 46 jis 43,44,45		Psl 625 jo 626	Psl 14(1), 7,8
Sistem biaya Biaya Mahkamah arbitrase	Mahkamah musti menentukan biaya pasti dan reasonable				

Sumber: Disarikan dari M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, vol. IV. Sinar Grafika, Jakarta, 2006 dan masing-masing peraturan

Secara umum sistem arbitrase UNCITRAL lebih lengkap dan detail pengaturannya dibanding sistem yang lain.

Sistem penunjukan arbiter pada UNCITRAL lebih mencerminkan sifat arbitrase sebagai *last resort*, dimana UNCITRAL bersifat menentukan manakala para pihak tidak dapat segera memutuskan, hal ini berbeda dengan sistem lain yang menyerahkan pada para pihak atau bahkan pada pengadilan (sebagai *last resort*), dan keputusan

UNCITRAL bersifat *final and binding* (sedangkan putusan Rv dapat banding ke pengadilan).

Proses peradilan bersifat tertutup, prosedur proses secara umum sama dengan sistem arbitrase yang lain pada proses awal. Penunjukan arbiter – majelis arbiter (Psl.6) dapat dilakukan sebelum bantahan / eksepsi (*statement of defence*). Kemudian di UNCITRAL (sebagaimana di ICSID) tidak dikenal putusan *verstek*.

Sistem pengambilan keputusan Majelis Party Arbitrate / sistem mayoritas dan Umpire Sistem (pasal 31 UNCITRAL) sedangkan di ICSID dan RV memilih hanya menggunakan party arbitrate (sistem suara mayoritas), sistem UNCITRAL Lebih lengkap dengan mengakomodasi Sistem Wasit / Umpire Sistem – dimana ketua arbiter dapat menjadi wasit bila terjadi kebuntuan dalam hal tidak tercapainya suara mayoritas. Selain itu dimungkinkan koreksi terhadap putusan oleh para pihak.

Hal yang paling menarik adalah masih dibukanya upaya damai bagi para pihak pada saat proses pemeriksaan Upaya damai inisiatif para pihak diatur pada Psl.34 (4) jo psl. 32 (2) – hal ini juga diatur pada sistem yang lain – kecuali Rv yang tidak secara tegas mengatur. Upaya ini setidaknya merdusir bahwa fenomena penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah *loosing-winning*, bahwa setiap upaya penyelesaian sengketa diharapkan dilandasi oleh sikap *win-win attitude* (suatu sikap yang dilandasi oleh itikad bahwa kontrak itu sedapat mungkin akan menguntungkan secara timbal balik) yang pada akhirnya bermuara pada prinsip "*win-win solution*", sehingga pihak penggugat mendapatkan tujuan yang hendak diraih dan tergugat juga masih untung (bukan berubah menjadi pihak yang dirugikan).

Dalam kasus Freeport pihak Indonesia harus berhati-hati manakala penyelesaian berkembang menjadi bersifat *loosing winning*. Sebagai misal kita

kerahui salah satu negosiator Freport yang kuwakan adalah Henry Kissinger, mantan menlu Amerika Serikat. Dia dikenal sebagai negosiator ulung, sehingga Presiden Richard Nixon pernah memberikan komentar miring kepadanya dengan menilai Kissinger sebagai orang yang "Licik, Sulit, dan Menyebalkan, namun Seorang juru runding yang hebat" (Poole, Samfrits Le, 1993)²¹⁵ mengingat putusan arbitrase ini bersifat *final dan binding*.

Namun terkait dengan upaya eksekusi dari putusan yang bersifat *final and binding* berdasar pasal 66 UJ. No. 30 tahun 1999 suatu putusan arbitrase internasional yang dijatuhkan oleh arbiter atau mahkamah / majelis arbitrase dapat dilaksanakan di Indonesia sepanjang tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Demikian pula berdasar pasal 3 ayat (3) Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No.1 tahun 1990 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Arbitrase asing disini terkait dengan *Convention On The Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Award* yang telah diratifikasi Indonesia melalui Keputusan Presiden No.34 tahun 1981. Putusan arbitrase asing yang dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas putusan yang tidak bertentangan dengan "kepentingan umum". Lebih lanjut pada pasal 4 ayat (2) disebutkan bahwa *exequatur* tidak dapat dilaksanakan apabila putusan arbitrase asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat Indonesia (ketertiban umum).

Kewenangan absolut arbitrase menyelesaikan perselisihan berdasar pasal 11 ayat (3), baru dapat disingkirkan oleh pengadilan dalam hal :

- Perjanjian arbitrase yang dibuat para pihak "hatal demi hukum" atau *null and void*

²¹⁵Munir Fuady, *Op. Cit.*, h. 42

- Perjanjian itu sendiri tidak mungkin dilakukan atau *inoperative incapable of being performed*.

Di dalam kontrak-kontrak dagang Internasional, terdapat kecenderungan para pihak untuk memilih arbitrase sebagai pilihan yuridiksi. Pilihan tersebut antara lain didasarkan pada keunggulan atau keuntungan penyelesaian sengketa melalui arbitrase (disarankan dari pendapat Erman Rajagukguk, P. A. Stein,²¹⁶), antara lain berkenaan dengan:

1. Obyektivitas Hakim

Hakim dianggap tidak dapat bersifat netral

2. Keahlian arbiter (expertise)

Arbiter atau suatu panel arbitrase dianggap memiliki keahlian terhadap pokok permasalahan yang dipersengketakan. Hal tersebut tidak dapat dijamin dalam sistem badan peradilan umum.

3. Cepat dan hemat biaya.

Sebagai suatu proses pengambilan keputusan, arbitrase seringkali lebih cepat, tidak terlalu formal, dan lebih murah dari pada proses litigasi di pengadilan (*due to process*)

4. Bersifat rahasia

Sifat rahasia arbitrase dapat melindungi para pihak dari hal-hal yang tidak diinginkan atau yang merugikan para pihak akibat penyungkapan informasi kepada umum, dalam proses adjudikasi publik pemeriksaan sengketa secara terbuka.

²¹⁶Erman Rajagukguk dalam M. Yuliyah Harahap, *Arbitrase*, cet. IV, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, h. 4, Mr. P. A. Stein dalam Akhmad Ichsan, *Op. Cit.*, h. 28

5. Bersifat non precedent

Putusan arbitrase tidak didasarkan preseden, preseden dari pengadilan dapat merugikan

6. Penerapan Azas Pacta Sunt Servanda dan Azas Keseimbangan.

Arbiter dianggap lebih memperhatikan kepentingan privat. Hakim lebih menonjolkan nilai-nilai masyarakat Akibatnya, dalam penyelesaian sengketa privat, pertimbangan hakim lebih mengutamakan kepentingan umum. Kepentingan privat atau pribadi dinomorduakan.

Di dalam praktik, pengusaha asing selain cenderung memilih hukum negaranya sendiri (pilihan hukum) juga lebih menyukai pilihan forum arbitrase di luar negeri.

Alasan diatas tidak sepenuhnya benar bila kita pahami lebih jauh bahwa.

1. Obyektifitas Hakim

Kemandirian dan tidak memihaknya seorang hakim pemerintah telah dijamin oleh undang-undang, sedangkan arbitrase bersifat subyektif mengingat tidak ada kepastian arbiter memutuskan sengketa sebagaimana orang-orang yang baik menurut keadilan (*als goede mannen naar bilijkheid*)

2. Expertise Hakim

Seiring dengan kemajuan informasi dan pendidikan kebutuhan tersebut terpenuhi.

3. Cepat dan hemat biaya

Kelambatan penyelesaian di pengadilan umum dikarenakan hukum Perdata Barat memberlakukan sistem Pertukaran Konklusi (*Conclusiewisseling*), peradilan di Indonesia tidak menerapkan hal tersebut. Hal tersebut tidak ada dalam sistem Arbitrase, namun dalam arbitrase memiliki potensi lambatnya penyelesaian karena factor berikut:

- Pertemuan arbitrase bersifat lisan namun dituntut persiapan tertulis, ditambah arbitrase yang bersifat saling mengkait (*gecumplieerd*) sehingga dibutuhkan waktu yang tidak kalah banyaknya.
- Posisi Arbiter - sering terjadi adalah professional yang terikat jadwal ketat, yang bersifat memperpanjang proses.
- Prosedur dalam arbitrase mirip dengan peradilan sehingga butuh waktu.
- Biaya yang dikeluarkan tidak sedikit. (honor dan biaya arbiter tergantung kompleksitas masalah)

4 Non Preceden

Peradilan di Indonesia tidak menerapkan preseden.

Permasalahan utama dari *choice of forum* adalah jaminan netralitas / keobyektifitasan dari pihak ketiga sebagai penengah. Adanya kecenderungan Penerapan *Azas Pacta Sunt Servanda* lebih dikedepankan karena dianggap lebih melindungi individu dibanding penerapan Azas Keseimbangan yang didasarkan semangat komunal (melindungi kepentingan umum)

Kasus nyata penyelesaian secara arbitrase dapat dilihat pada kasus sengketa Pencabutan Lisensi Amco Asia Corporation (PMA) oleh BKPM. (15 Januari 1981) Sengketa diselesaikan sesuai Konvensi ICSID (UU No. 5 tahun 1968). Kasus diajukan pada 15 Januari 1981, dan baru dapat diputus setelah ronde tiga pada 31 Mei 1990. Jadi perkara ini diselesaikan dalam kurun waktu 9 tahun. Begitu banyak biaya yang dikeluarkan kedua belah pihak (baik pemerintah maupun penggugat). Hasilnya

Pemerintah harus membayar kerugian sebesar 2.562.966,2 US dollar (15% dari tuntutan)²¹⁷. Kedua belah pihak pada dasarnya merugi.

Hal penting yang patut dicermati adalah kedudukan negara pada kasus diatas yang sifatnya melakukan aksi sepihak (rezim perijinan) masih dapat dikalahkan dalam forum arbitrase. Terkait dengan Kontrak Karya dimana pemerintah berkedudukan sederajat dengan pihak swasta – bila bermaksud merubah substansi kontrak karya hendaknya berhati-hati.

d. Peradilan

Tidak semua permasalahan Kontrak Karya Freeport menjadi kewenangan badan arbitrase. Hal ini didasarkan pemikiran bahwa tindakan yang termasuk perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) secara umum berlaku umum dari negara di mana tindakan itu dilakukan, berdasarkan ketentuan yang disebut *lex loci delicti*²¹⁸.

Hukum penyelesaian sengketa yang menyangkut unsur / elemen kewenangan para pihak (*competent parties*) yang menyangkut *legal capacity to contract*. Dimana para pihak dianggap cakap dan berwenang untuk bertindak (*handelingsbekwaamheid en handelingsonbevoegheid*) diserahkan juga pada hukum nasional (*national law*)²¹⁹. Di Indonesia hal ini berkaitan dengan unsur kecakapan baik sebagai pribadi (*persoon*) maupun sebagai badan hukum (*rechtspersoon*), juga kausa yang menyebabkan terjadinya perdagangan Internasional termasuk dalam pengertian *legal purpose*

²¹⁷Sudargo Gautama, *Hukum Dagang dan Arbitrase Internasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, h. 85 - 93

²¹⁸Akbrmad Ichuan, *op.cit.*, h. 73

²¹⁹Ibid, h. 105

terjadinya perdagangan tersebut apakah tidak bertentangan dengan hukum negara yang bersangkutan dan kebijaksanaan dan pemerintahannya²²⁰

Proses pengadilan bersifat formal, dan memakan waktu minimal sesuai aturan formil hingga tingkat kasasi mencapai 720 hari (2 tahun), dalam praktek tentunya lebih²²¹, sedangkan arbitrase Rv memberi batas maksimal 60 hari untuk arbitrase. Secara formil proses di pengadilan lebih lama.

Hal yang penting pada proses pengadilan adalah peran Hakim yang dapat mengintervensi kebebasan berkontrak para pihak dengan mendasarkan pada itikad baik, diperkenankan menafsirkan isi kontrak diluar kata-kata yang telah tercantum (boleh ditambah, dipertuas) bahkan isinya dapat ditetapkan secara bertentangan dengan kata-kata itu. Oleh karenanya, kontrak tidak hanya ditetapkan oleh kata-kata yang dirumuskan oleh para pihak, melainkan juga oleh keadilan dan itikad baik. Dalam dunia bisnis, itikad baik yang berkorelasi dengan keadilan diterapkan secara proporsional.²²²

e. Mahkamah Konstitusi

Untuk menjamin dilaksanakannya "amanat" Undang-Undang Dasar secara sungguh-sungguh sehingga menjadi *the living constitution* dalam praktek penyelenggaraan negara sesuai dengan prinsip *constitutional state*, maka keberlakuan semua peraturan perundang-undangan khususnya undang-undang, perlu terus menerus

²²⁰Ibid, h.107

²²¹Rahyono Abikusno, *Buku Praktisi Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1994, h. lampiran.

²²²Agus Yudha I, *Op. Cit.*, h. 148

dievaluasi konsistensinya dengan ketentuan Undang-Undang Dasar. Untuk itu dapat dilakukan peninjauan kembali Undang-undang . No.1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang No.11 tahun 1967 tentang Pokok Pertambangan (juga Undang-Undang Penanaman Modal Asing yang baru)

Peninjauan kembali ini dapat melalui 3²²⁵ cara, yaitu:

1. Pemerintah (*Executive Review*), bersifat evaluatif dilakukan oleh pemerintah sendiri, apakah perlu dilakukan revisi, hasil *review* dapat dilanjutkan ke proses *legislative review*.
2. DPR / Lembaga Legislative (*Legislative Review*), proses *review* untuk menindak lanjuti *executive review*.
3. Mahkamah Konstitusi (*Judicial Review*), manakala ditemukan adanya undang-undang yang tidak sesuai atau bertentangan dengan UUD sebelum adanya *executive* atau *legislative review*. Pengajuan dapat dilakukan manakala keberlakuan undang-undang dimaksud merugikan hak-hak konstitusional seseorang atau lebih warga negara.

Di Indonesia keberadaan mahkamah konstitusi telah diatur. Sesuai dengan Pasal 51 (1) UU no.23 tahun 2004 tentang Mahkamah Konstitusi, pengajuan perkara pengujian undang-undang dapat dilakukan manakala ada pihak yang menganggap hak dan kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang. Kerugian konstitusional berkaitan erat dengan hak-hak konstitusional / hak-hak yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar yang ternyata dikurangi, dibatasi, atau menjadi

²²⁵Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Yarsi Watampone, Jakarta, 2005, h 7

tidak dapat diwujudkan sebagaimana mestinya karena ada atau berlakunya suatu undang-undang.

Untuk menilai atau menguji konstitusionalitas suatu undang-undang, dapat dipergunakan beberapa alat pengukur²²⁴, yaitu:

1. Naskah Undang-Undang Dasar yang resmi tertulis
2. Dokumen-dokumen tertulis yang terkait erat dengan naskah Undang-Undang Dasar tersebut (risalah-nsalah, keputusan dan ketetapan MPR, undang-undang tertentu, peraturan tata tertib, dll)
3. Nilai-nilai konstitusi yang hidup dalam ketatanegaraan (yang hidup dalam praktek ketatanegaraan yang telah dianggap sebagai bagian tak terpisahkan dari keharusan dan kebiasaan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara)
4. Nilai-nilai yang hidup dalam kesadaran kognitif rakyat serta kenyataan perilaku politik dan hukumwarga negara yang dianggap sebagai kebiasaan dan keharusan-keharusan yang ideal dalam perikehidupan berbangsa dan bernegara.

Mahkamah konstitusi dan Mahkamah agung merupakan lembaga independen yang samasekali terpisah dari cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif. Dalam menjalankan fungsinya keduanya bersifat independen dari segala bentuk intervensi²²⁵.

Permohonan Perkara kepada Mahkamah Konstitusi melalui beberapa tahap sbb:

- Pengajuan permohonan
- Pendaftaran permohonan dan Jadwal Sidang
- Pemberitahuan

²²⁴Ibid, h. 7

²²⁵Ibid, h. 37

- Pemanggilan Pihak-pihak

Sedangkan Proses pemeriksaan dalam Mahkamah Konstitusi melalui beberapa tahap, sbb:

- Pemeriksaan Pendahuluan
- Pemeriksaan oleh Panel
- Pemeriksaan oleh Pleno
- Penghentian Pemeriksaan dan penundaan putusan
- Putusan.

Permasalahan kontrak Freeport yang merugikan pemerintah amat beraneka ragam dilatarbelakangi oleh yuridis, ekonomis, juga politis. Untuk itu diperlukan langkah-langkah hukum untuk melindungi pemerintah dari kerugian dan ketidakadilan dalam proses, substansi dan pelaksanaan kontrak pertambangan tembaga Freeport.

Undang-undang No.1 tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang No II tahun 1967 tentang Pokok Pertambangan merupakan serangkaian perundang-undangan yang terkait pertambangan Freeport dan permasalahannya. Sebagai salah satu produk tawar-menawar politik, **undang-undang hendaknya bagaimanapun tetap harus mencerminkan gagasan yang ada dibelakangnya, yaitu keadilan.** Jika suatu undang-undang cuma menghasilkan dan merupakan legitimasi dari tawar-menawar politik, undang-undang itu mungkin diundangkan dan sah, tapi secara hukum sebenarnya tidak pernah ada jika tidak memuat nilai-nilai keadilan²²⁶. Keadilan adalah ibu dari hukum sebagaimana

²²⁶Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.*, h 104

ungkapan berikut : *"Est autem just a justitia, sicut a matre sua, ergo prius fruit justitia quam jus"*²²⁷ (Tetapi hukum timbul dari keadilan sebagai ibunya sehingga telah ada keadilan sebelum adanya hukum)

²²⁷ibid.

BAB IV PENUTUP

4.1. Kesimpulan:

a. Kontrak Karya merupakan Kontrak Investasi pada bidang pertambangan, bentuknya identik dengan bentuk *conssesi* (yang dibuat kolonial Belanda) yang dihilangkan adalah unsur kepemilikan hak atas tanah (artinya setelah selesai masa kontrak tanah dikembalikan pada negara). Kontrak Karya memiliki bentuk dasar kontrak Konsesioneer dalam kontrak pertambangan internasional. Kontrak ini kurang tepat bila dikatakan kontrak jasa pengerjaan tambang oleh kontraktor, karena umumnya kontraktor mendapat *fee* lebih sedikit dibanding pemilik.

Kedudukan hukum pemerintah hanya sebagai fasilitator atau administrator suatu teritorial bagi Freeport sebagai investor (owner perusahaan pertambangan – sekaligus sebagai pemilik bahan galian setelah royalti) – bukan sekedar kontraktor

Kontrak Karya ini bersifat sangat penting karena dianggap sebagai primadona untuk menarik investasi asing pada awal pemerintahan orde baru, dengan konsep berasal dari pihak asing (mitra kontrak) setelah ditolaknya konsep *production sharing*.

Dari kontrak yang dibuat didapatkan adanya substansi yang potensial merugikan pemerintah terkait kepentingan nasional:

- Sumberdaya alam tidak dianggap sebagai barang modal, berimplikasi pemerintah hanya penguasa teritorial dengan rezim pajaknya yang berakibat.
- Kepemilikan usaha bukan ditangan pemerintah (nasional)
- Kendali manajemen bukan ditangan pemerintah (nasional)

- Hal ini berimplikasi kecilnya fungsi kontrol pemerintah terhadap perolehan harga terbaik (mengingat harga ditentukan demand dan suplai pasar sehingga pengaturan kebijakan volume produksi hasil tambang ini bersifat strategis oleh karena itu pemerintah sebaiknya memegang kendali usaha). dikarenakan lemahnya posisi hukum pemerintah dimana pemerintah sebagai wasit justru harus tunduk pada pihak ketiga (arbitrase)
- Pembagian keuntungan relatif kecil (royalti, dll) hal ini berimplikasi Negara Indonesia akan dihadapkan pada kondisi neraca perdagangan yang tidak seimbang (negatif) secara langsung manakala kontak ditandatangani (capital inflow lebih kecil capital outflow)
- Obyek Pertambangan Tembaga mengandung unsur emas dalam kontrak dianggap sebagai unsur minor (ditunjukkan dengan prosentase royalti yang begitu kecil), sedangkan emas dengan volume yang begitu besar (cadangan emas tunggal terbesar didunia) dapat membantu cadangan devisa negara (emas merupakan alat tukar yang tahan inflasi)

b. Upaya hukum apabila terjadi sengketa antara pemerintah dan pihak Freeport berdasar klausula konsiliasi dan arbitrase harus mengutamakan perundingan damai dan bila belum dapat disepakati dapat diselesaikan melalui arbitrase sebagai alternatif terakhir. Namun dipandang dari sudut hukum Internasional ada sengketa tertentu yang bukan merupakan kewenangan dari arbitrase, sehingga di mungkinkan penyelesaian melalui peradilan umum (Indonesia). Sengketa menyangkut kewenangan para pihak, legalitas kontrak, keputusan kontrak, substansi yang melanggar hukum diselesaikan

melalui peradilan umum. Sedangkan perbuatan melanggar hukum dapat melalui arbitrase bila diajukan oleh lawan pihak, tetapi bila diajukan oleh masyarakat (perorangan, lembaga, atau *class action*) yang dirugikan melalui peradilan umum.

4.2.Saran:

a. Kontrak Karya untuk investasi usaha langsung sebaiknya dibatasi pada usaha tertentu dan pada skala tertentu. Alasan bahwa pembatasan tidak sesuai tuntutan investasi Internasional tidak tepat (contoh China – pengaturan pembatasan investasinya bersifat strategis – namun investasi bagus)

Freport menguasai 51,8 % cadangan emas Indonesia dengan saham 90% lebih. Maka perlu perimbangan Pembagian keuntungan untuk kontrak pertambangan emas secara mikro dan makro harus didominasi oleh nasional (sebagai contoh: pertamina dalam kontrak production sharing memperoleh 80%, namun secara makro dari seluruh perusahaan minyak pertamina hanya menguasai 6% hasil minyak nasional, jadi besar capital outflow dibanding capital inflow), demikian juga bahan pertambangan vital yang lain

Kontrak karya (kepemilikan 100 % pada perusahaan) mungkin lebih bagus untuk bidang manufaktur, agro industri dan jasa (transportasi, kontraktor, dll.) – yang dalam praktek telah bersifat win –win bagi para pihak (seperti Build Operate Transfer untuk Tol, Mall Surabaya Mall (THR), dll)

Pengaturan kontrak dalam skala sangat besar (bukan atas dasar teritorial sebagaimana Undang - Undang Penanaman Modal yang baru dan Undang – Undang Otonomi Daerah), perijinannya sebaiknya harus dilakukan atas persetujuan

pemerintah pusat bersama DPR (menghindari eksploitasi sumber daya yang tidak terkontrol mengingat maraknya kasus KKN oleh kepala daerah – sangat mungkin terjadi dibuatnya lagi kontrak yang sangat merugikan kepentingan nasional)

Undang-undang nasionalisasi segera dibuat, mengingat nasionalisasi bukan suatu hal yang tabu dalam kehidupan bernegara (UPICS mengakomodasi pengaturan untuk kepentingan nasional suatu negara), sepanjang hal itu penting untuk nasional (menghindari pemaksaan atau bujukan pihak asing untuk melakukan kontrak yang berindikasi kolusif dengan suatu rezim pemerintah atau badan usaha milik negara atau sebagai pisau eksekusi bila terjadi perbuatan melanggar hukum pada kontrak) Janji untuk tidak melakukan nasionalisasi dan tidak dapat melakukan pemutusan kontrak hendaknya batal demi hukum. Hal ini mengingat kepastian hukum diwujudkan pada dijaminnya kepastian tujuan memperoleh keadilan dan kepatutan kontrak yang dibuat.

Indonesianisasi tidak efektif, karena tidak ada pengusaha yang rela melepas saham yang bersifat sangat menguntungkan, walaupun melepas tentulah akan melepasnya dengan harga saham yang sangat tinggi (karena jelas usaha tersebut sangat menguntungkan). Walaupun diterapkan harus dengan sangsi yang tegas

Perlunya kontrak format baru yang lebih dapat menjaga keseimbangan kepentingan para pihak tanpa harus mengorbankan kepentingan nasional secara mendasar. Suatu kontrak pertambangan (terkait hajat hidup orang banyak) yang dibuat dalam bentuk “kontraktual” dan bukan “konsesional”. Dimana kontraktor asing merupakan kontraktor bagi negara – bukan investor.

Subyek Hukum kontrak sebaiknya bukan badan negara secara langsung, sebaiknya subyek hukum kontrak (sebagai unsur nasional dan perusahaan masih milik negara) adalah BUMN, Badan Pelaksana, atau bentuk lain yang mewakili negara namun bukan pemerintah langsung sehingga pemerintah (dengan fungsi hanya sebagai organ) dapat menjalankan fungsi kontrol sebagai wasit. (menghindari unsur kolusi dari oknum wasit dan investor / kontraktor)

Perubahan bentuk dasar tersebut harus disertai **pembentukan struktur hukum kontrak terkait aspek hukum** dibawah ini:

- a. Reformasi Paradigma Pajak Pengusahaan Pertambangan
- b. Reformasi Hukum Agraria terkait Hukum Benda dan Hukum Perjanjian
- c. Perhitungan Kontrak yang Proporsional

untuk menjadi dasar / tolok ukur proporsi penentuan klausula-klausula utama dalam kontrak pertambangan bersifat proporsional seperti berikut

- Manajemen ditangan negara (perusahaan negara)
- Penggantian Biaya Operasi (*Operating Cost Recovery*)
- Pembagian Hasil Produksi (*Production Split*)
- Pajak (*Tax*)
- Kepemilikan Asset

Klausul – klausul ini menjwai klausul – klausul lain dalam kontrak dan menjwai pembuatan prosedur formal bagi Kontrak Pertambangan.

b. Baik pemerintah maupun rakyat dapat menempuh upaya hukum, melalui cara berikut :

1. non peradilan (mediasi dan konsiliasi)
2. peradilan

Penyelesaian lewat cara damai sebaiknya tetap didahulukan dengan mengedepankan azas keseimbangan dan azas proporsionalitas untuk dapat dicapainya keadilan dan kepatutan bagi para pihak.

Segala bentuk upaya hukum hendaknya dipertimbangkan untung ruginya oleh pemerintah mengingat biaya dan waktu penyelesaiannya. Kontrak Freeport selesai kurang lebih sepuluh tahun ke depan, upaya hukum melalui arbitrase dapat mencapai 9 tahun atau lebih (kasus Kartika Chandra). Apakah seimbang keuntungan yang akan diperoleh dengan biaya yang akan dikeluarkan harus menjadi pertimbangan.

Pemerintah harus mempunyai perangkat yang jelas dan tegas untuk menghentikan kontrak yang merugikan (misal : moratorium, pembekuan, nasionalisasi, atau Indonesianisasi, dll), namun lebih bagus pemerintah membuat pengaturan investasi yang (bentuk maupun prosedur kontraknya yang dapat membantu terbentuknya kontrak yang seimbang dan proporsional) ke depan

Terkait dengan pengusahaan tambang - bahkan pengelolaan ekonomi nasional sebaiknya mendasarkan pada pemikiran *founding father* melalui azas *non dommatum* dan hendaknya segera dilakukan *judicial review* untuk perangkat undang-undang yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar, hal ini merupakan titik awal pembenahan kontrak pertambangan secara menyeluruh dari kontrak yang bersifat merugikan kepentingan nasional.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Abikusno, Rabyono, *Buku Praktisi Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1994**
- Adolf, Husla, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2007**
- Arif, Sritua, *Ekonomi Kerakyatan Indonesia mengenang Bung Hatta , Bapak Ekonomi Kerakyatan Indonesia*, Muhammadiyah University Pers, Surakarta, 2002**
- Assbiddiqie, Jimly, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Yarsif Watamponc, Jakarta, 2005**
- Bachriadi, Danto, *Merana Ditengah Kelimpahan, Pelanggaran-Pelanggaran HAM Pada Industri Pertambangan di Indonesia*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta, 1998**
- Badruzaman, Mariam Darus, *KUH Perdata Buku III, Hukum Perikatan dengan penjelasan*, Alumni, Bandung, 1983**
- Baiquni, M.; Susilawardhani, *Pembangunan Yang Tidak Berkelanjutan - (Refleksi Kritis Pembangunan Indonesia)*, Transmedia Global Wacana, Yogyakarta, 2002**
- Budiono, Herlien, *Asus Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, PT. Citra Adya Bakti, Bandung, 2006**
- C. Asser, *Pengajian Hukum Perdata Belanda, cet-1*, Dian Rakyat, Jakarta, 1990**
- Danusubroto, Sidarto, *Dari Ajudan Menjadi Wakil Rakyat*, Pusataka sinar harapan, Jakarta, 2000.**
- Fuady, Munir, *Arbitrase Nasional - Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Citra Adya Bakti, Bandung, 2000**
- Gautania, Sudargo, *Hukum Dagang dan Arbitrase Internasional*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991**

- Harabap, M. Yahya**, *Arbitrase*, cet IV, Sinar Grafika, Jakarta, 2006
- Harsono, Boedi**, *Hukum Agraria Indonesia*, jilid 1, cet-8, Penerbit Djambatan, Jakarta, 1999
- Hasan, Madjedi**, *Pacta Sunt Servanda*, PT Fikahati Aneska, Jakarta, 2005
- Hernoko, Agus Yudha**, "*Azas Proporsionalitas sebagai Landasan Pertukaran Hak dan Kewajiban Para Pihak dalam Kontrak Komersial*", Desertasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2007
- HR, Ridwan**, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2002
- HS, Salim**, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2005
- , *Perkembangan Hukum Kontrak Nominaat di Indonesia*, cet Ke 2, Sinar Grafika, Jakarta, 2004
- Ichsan, Akhmad**, *Kompendium tentang Arbitrase Perdagangan Internasional*, cetakan pertama, Pradnya Paramita, Jakarta, 1992
- Isnaeni, Moch.**, *Hipotek Pesawat Udara di Indonesia*, cet. Pertama, CV. Dharma Muda, Surabaya, 1996
- Khairandy, Ridwan**, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, FH UII Press, Yogyakarta, 2007.
- Marzuki, Peter Mahmud**, *Penelitian Hukum*, cet. ke - 3, Kencana (Prenada Media), Jakarta, 2007
- Muhammad, Ablulkadir**, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000
- Nieuwenhuis, J.H.**, *Pokok-Pokok Hukum Pertukutan*, terjemahan Djasadin Saragih, Surabaya, 1958
- Panggabean, Henry P.**, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstadigheden) Sebagai Alasan (Baru) untuk pembatalan perjanjian*, Liberty Yogyakarta, Yogyakarta, 1992

- Pramono, Nindyo**, *Bunga Rampai Hukum Bisnis Hukum Aktual*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006
- Prawirohamidjojo, Soetojo - Marthalena Pohan**, *Hukum Perikatan*, Bina Ilmu, Surabaya, 1978
- Ruchiyat, Edi**, *Politik Pertanahan Nasional Sampai Orde Reformasi*, PT Alumni, Bandung, 2006
- Rusli, Hardijan**, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996
- Saleng, Abrar**, *Hukum Pertambangan*, Yogyakarta, UII Press, Yogyakarta, 2004
- Sangaji, Arianto**, *Buruk INCO rakyat digusur*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002
- Setiawan, Rachmat**, *Tinjauan Elementer Perbuatan Melanggar Hukum*, Bina Cipta, Bandung, 1991
- Simamora, Rudi M.**, *Hukum Minyak dan Gas Bumi*, Djambatan, Jakarta, 2000
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan**, *Hukum Perdata: Hukum Benda*, cet- 6, Liberty, Yogyakarta, 2004.
- Soehoed, AR.**, *Sejarah Pengembangan Pertambangan PT Freeport Indonesia di Provinsi Papua (jilid 1): Membangun Tambang di Ujung Dunia*”, Aksara Karunia, Jakarta, 2005.
- Soeprapto, Maria Farida Idrati**, *Ilmu Perundang-undangan*, cet. Ke 5, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2002
- Subekti**, *Beberapa Tinjauan Hukum*, PT Penerbit Universitas, 1959
- , *Hukum Perjanjian*, cetakan 7, Alumni, Bandung, 1985
- , *Hukum Perjanjian*, cet. XVI, Intermasa, Jakarta, 1996
- , *Pokok-Pokok dari Hukum Perdata*, cct. Ke-9, Pembimbing Masa, Jakarta, 1968

Suny, Ismail - Rudiforo Rochmat, *Tinjauan dan Pembahasan Undang-undang Penanaman Modal Asing dan Kredit Luar Negeri*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1968

Suwardi, Sri Setianingsih, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, UI Press, Jakarta, 2006

Tresna, R., *Komentar HIR*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1996

MAKALAH

_____, *Pelaksanaan Komitmen Sosial PT Freeport Indonesia*, Bahan Pemaparan kepada Anggota Komisi VIII DPR - RI

A. Yudha Hernoko, "Pengembangan Konsep Win-Win Solution dalam Kontrak Hukum Bisnis", dalam rangka Pelatihan Singkat "Contract Drafting dalam Dunia Bisnis dan Perbankan", di Balai Surabaya Post, 11 September 1999

Sutaryo Sigit dan Sunarto Yudsonarpudo, *Legal Aspects of the Mineral Industry in Indonesia*, (Makalah) Indonesia Mining Association (IMA), 1997

ARTIKEL

_____, *Wawancara Bapak Soetaryo Sigit, FII Mengangkat Level Pertambangan Indonesia*, Warta Freeport, edisi Januari-Februari 1989

Saleng, Abrar, *Hubungan Hukum antara Pemerintah dengan Badan Usaha Swasta dalam Berbagai Pola Kontrak Kerjasama Pengusahaan Pertambangan*, Jurnal Hukum No.13 Vol 7 April 2000.

DAFTAR BAHAN INTERNET

Ccpas, *Wapres Inginkan Bagi Hasil Freeport 30%*, <http://www.kompas.com/kompas-getak/0007/29/utama/tenam01.htm>, 11 Pebruari 2006

Denmas Marto dan Eriel Siregar, <http://geocities.com/denmasmarto/sangkakala.04.htm>

Sonny Rospita Simanjuntak, *Tidak Aneh Bila Sistem Kontrak Pertambangan Lebih Disenangi PMA*. [Http . / www.mynetnews.com / opinion / Sony Shtinf](http://www.mynetnews.com/opinion/SonyShtinf) , 2000

[http: //www. cts.yale.edu/ynhti/curriculum /](http://www.cts.yale.edu/ynhti/curriculum/) Proportion by Bernadette Dvorscak

<http://www.mathedu.com>

<http://www.purplemath.com/modules/ratio6.htm>

Http // www. Findlaw .com

Http // www. Wikipedia. com

LAMPIRAN

Kontrak Karya Freeport I

Kontrak Karya Freeport II

Agreement on Modifications of The Contract of Work (7 April 1967)

Implementation Agreement (18 October 1969)

Implementation Agreement (10 April 1986)

Kontrak Production Sharing

Perbandingan Kontrak Karya Generasi I - VII

PT Freeport Indonesia Public Affairs Department, *Fast Facts - Info Singkat*, Jakarta 1996