

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Dunia senantiasa membangun, satu gedung tertinggi pemegang *guiness book of world record* suatu saat akan dikalahkan oleh gedung tertinggi yang lain, bandara termegah dan terluas pun suatu saat akan dikalahkan oleh bandara termegah dan terluas yang lain, dan seterusnya. Hal ini menunjukkan hasrat manusia yang tidak pernah puas untuk membangun sesuatu. Di negara kita, semenjak jaman kolonialisme Belanda hingga era pemerintahan sekarang, pembangunan infrastruktur sarana dan prasarana selalu menjadi tujuan utama pemerintahan. Kesemuanya bertujuan untuk meningkatkan ekonomi dan pemerataan pembangunan. Pembangunan infrastruktur tidak bisa lepas dari konstruksi, Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi (selanjutnya disebut sebagai undang-undang jasa konstruksi) mendefinisikan jasa konstruksi sebagai layanan jasa konsultasi konstruksi dan/ atau pekerjaan konstruksi. Berdasarkan definisi ini maka konstruksi terdiri atas dua hal, konsultasi konstruksi dan pekerjaan konstruksi. Konsultasi konstruksi adalah layanan keseluruhan atau sebagian kegiatan yang meliputi pengkajian, perencanaan, perancangan, pengawasan, dan manajemen penyelenggaraan konstruksi suatu bangunan. Sehingga konsultasi konstruksi merupakan suatu kegiatan pra konstruksi sebelum dilakukannya proses konstruksi sampai dengan dimulainya proses konstruksi. Sedangkan berdasarkan Pasal angka 3 undang-undang jasa konstruksi Pekerjaan konstruksi adalah keseluruhan atau sebagian kegiatan yang meliputi

pembangunan, pengoperasian, pemeliharaan, pembongkaran, dan pembangunan kembali suatu bangunan. Sehingga berdasarkan kedua definisi ini suatu aktivitas konstruksi terdiri atas kegiatan pra konstruksi (konsultasi) dan kegiatan konstruksi.

Mengacu pada definisi tersebut lazimnya sebuah proyek konstruksi, maka sebelum dimulainya suatu proyek maka segala sesuatu yang bersifat teknis akan diperhitungkan melalui kegiatan yang meliputi pengkajian, perencanaan, perancangan, pengawasan untuk memperoleh informasi yang bersifat umum misalnya, luas tanah yang tersedia, luas bangunan, konstruksi, sampai informasi yang bersifat khusus misalnya jenis tanah atau batuan untuk kepentingan pondasi, kedalaman yang dibutuhkan untuk penanaman tiang pancang dan sebagainya. Semua data tersebut akan diolah untuk memperhitungkan terutama sekali mengenai biaya, konstruksi, dan bahkan jenis kontrak yang akan digunakan. Namun ada kalanya meskipun hal-hal yang bersifat teknis telah diperhitungkan secara matang, kondisi lapangan menunjukkan hal-hal diluar perhitungan teknis yang telah dibuat. Misalnya lokasi yang sudah diperkirakan aman dari faktor - faktor yang bisa diperhitungkan, ternyata timbul faktor yang terjadi diluar perkiraan, misalnya lumpur lapindo di Sidoarjo, setelah terjadi perdebatan panjang, akhirnya kejadian kejadian ini diputuskan sebagai bencana alam.¹ Faktor bencana alam tidak berdiri sendiri sebagai faktor yang tidak bisa atau sulit diperhitungkan dalam proyek konstruksi. Harus diakui bahwa dalam proses pembangunan melibatkan banyak ahli dengan latar belakang yang berbeda, yang memberikan kontribusi pada pekerjaan,

¹<https://www.cnnindonesia.com/nasional/20150529134709-20-56529/sudah-ditetapkan-dpr-bencana-alam-lapindo-tak-bisa-dipidana> diakses 25 maret 2019 jam 14:36

organisasi, lokasi geografis dan pada waktu yang berbeda pula.² Dengan begitu banyaknya perbedaan, koordinasi dan manajemen proyek yang handal menjadi sangat penting untuk menyatukan berbagai perbedaan tersebut. Banyaknya perbedaan tersebut, adalah keniscayaan dalam proyek konstruksi, sehingga pengalaman dalam pengerjaan proyek akan semakin memantapkan kemampuan. Namun terdapat faktor yang dengan standar penilaian kontraktor yang berpengalaman pun, tidak bisa diperkirakan dan atau sulit untuk diperhitungkan.

Dalam pembangunan jalan tol Nusa Dua - Ngurah Rai - Benoa misalnya, terdapat faktor yang tidak bisa diperkirakan dan atau sulit untuk diperhitungkan, meski penilaian dilakukan oleh kontraktor yang berpengalaman. Tol yang akan dibangun berdiri diatas lahan berupa, pantai dan hutan bakau sehingga sifat tanah tidak padat dan cenderung labil. Atas kondisi ini harus dilakukan observasi dan perhitungan yang detil untuk menghindari salah perhitungan, dimana data perhitungan ini akan digunakan pada saat melakukan pelelangan umum. Namun demikian, ternyata setelah pembangunan tol berjalan ditemukan fakta bahwa terdapat perbedaan data yang diberikan pada saat tender dengan kondisi yang ditemukan di lapangan. Atau dengan kata lain data yang disampaikan tidak menggambarkan kondisi yang sebenarnya. Kontraktor merasa dirugikan atas kondisi ini, biaya membengkak dan pengerjaan memakan waktu lebih sehingga kontraktor mengajukan klaim atas biaya yang timbul. Pemilik proyek keberatan atas klaim yang diajukan, karena mengacu pada jenis kontrak yang digunakan adalah

² Will Hughes et. al, *Construction Contracts Law and management*, Fifth Edition , Routledge, 2015, h. 13.

lump sum (fixed price) sehingga tidak dimungkinkan adanya perubahan nilai sebagaimana tertera dalam kontrak.

Hal ini merupakan salah satu kesalahpahaman yang sering terjadi dalam kontrak konstruksi *fixed lump sum price*.³ Karena terdapat kata *fixed* seringkali diartikan bahwa bahwa nilai kontrak tersebut tidak boleh berubah.⁴ Pangkal dari permasalahan ini adalah kondisi faktual lapangan, baik prinsipal maupun penyedia jasa sama-sama menghadapi suatu kondisi yang sulit untuk diperhitungkan sehubungan dengan karakter dan sifat tanah pantai dan hutan bakau. Kondisi yang menjadi hambatan yang timbul karena kondisi alamiah yang tidak bisa diperhitungkan ini dikenal dengan istilah *unforeseen condition*. Karakter dan sifat tanah ini, sulit diperhitungkan untuk pembangunan jalan tol yang membutuhkan penanaman tiang pancang/ pondasi yang stabil. Hal ini dipersulit dengan fakta bahwa kontrak yang digunakan adalah jenis kontrak *lump sum*, prinsipal tentu tidak akan gegabah membayar klaim yang diajukan karena selain bertentangan dengan isi kontrak, juga apabila prinsipal menyetujui untuk melakukan pembayaran klaim maka hal ini mengarah pada tindak pidana korupsi. Disisi lain, penerapan prinsip *pacta sunt servanda* secara kaku pada akhirnya akan menempatkan penyedia barang/ jasa pada situasi yang terpojok mengingat seluruh syarat kontrak pada

³ Nazarkhan Yasin, *Kontrak Konstruksi di Indonesia edisi kedua*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2014, h.18.

⁴ *Ibid*

umumnya telah terbakukan, termasuk sanksi akibat kegagalan prestasi.⁵ Kondisi ini tentu menimbulkan sengketa karena para pihak baik prinsipal maupun kontraktor akan berpegang pada penafsiran masing – masing, sesuai dengan kepentingannya. Sedangkan jika menafsirkan *pacta sunt servanda* secara kaku, maka kontrak tidak cukup memberikan solusi terhadap permasalahan *unforeseen condition* yang dihadapi.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang diuraikan tersebut diatas, maka dapat ditarik rumusan masalah yang akan menjadi inti pembahasan dari penelitian ini, yaitu sebagai berikut :

1. Karakteristik *Unforeseen Condition* dalam kontrak konstruksi
2. Akibat hukum *Unforeseen Condition* dalam kontrak konstruksi

1.3 Tujuan Penelitian

Berdasarkan paparan latar belakang dan rumusan masalah yang diuraikan diatas, tujuan yang ingin dicapai dari penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisis dan mengkaji karakteristik *unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi
2. Untuk menganalisis dan mengkaji akibat hukum *Unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi

⁵ Y. Sogar Simamora, *Hukum Kontrak : Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Laksbang Pressindo, Surabaya, 2017, h. 40.

1.4 Manfaat Penelitian

Hasil dari penelitian ini diharapkan akan memberikan sumbangsih pemikiran bagi perkembangan dan pengetahuan ilmu hukum, khususnya terkait dengan perlindungan hukum bagi penyedia jasa khususnya atas *unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi di Indonesia. Selain itu manfaat yang diharapkan atas penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Manfaat Teoritis

Hasil penelitian diharapkan menjadi sumbangsih bagi perkembangan ilmu pengetahuan hukum, khususnya kontrak konstruksi serta menambah khasanah kepastakaan;

b. Manfaat Praktis

Secara praktis hasil penelitian diharapkan dapat mmeberikan pemahaman bagi praktisi hukum maupun akademisi apabila menghadapi permasalahan terkait penggunaan *unforeseen condition* khususnya mengenai bagaimana perlindungan hukum bagi para pihak.

1.5 Tinjauan Pustaka

Unforeseen secara bebas bisa diterjemahkan sebagai tidak bisa diperkirakan. Berdasarkan *black law's dictionary*, *unforeseen* berarti *not foreseen*,

not expected (unforeseen circumstances).⁶ *Unforeseen* adalah tidak bisa diperkirakan, suatu hal atau keadaan yang tidak diharapkan atau mengacu pada keadaan yang tidak bisa diperkirakan. Dari definisi ini maka *term unforeseen* digunakan untuk mewakili gambaran atas suatu kejadian atau kondisi yang tidak bisa diperkirakan, *unforeseen* adalah *term* umum untuk mewakili kejadian atau kondisi tersebut.

Namun *term unforeseen condition* tidak berdiri sendiri sebagai istilah tunggal untuk mewakili keadaan yang tidak bisa diperkirakan. *Term* lain yang lazim digunakan adalah *unforeseeable*, yang pada prinsipnya memiliki pengertian yang sama yaitu untuk menggambarkan suatu keadaan yang tidak dapat diperkirakan (*unforeseen*). Bentuk dasarnya adalah *foresee* yang diartikan sebagai *to see (as a future occurrence or development) as certain or unavoidable*.⁷ Atau secara bebas bisa diartikan sebagai melihat kejadian masa depan sebagai kepastian atau tidak bisa dihindarkan. Sedangkan *foreseeable* merupakan kata sifat bermakna “*the quality of being reasonably anticipatable*”.⁸ Mengacu pada pengertian tersebut maka dalam *foreseeable* terdapat kondisi *reasonably anticipatable*, atau secara nalar dapat diantisipasi. Dalam *foreseeable* terdapat perkiraan bahwa berdasarkan nalar sesuatu bisa diantisipasi, jadi tidak ada pendiaman, *foreseeable*

⁶Bryan A Garner, *Black's Laws dictionary*, Tenth Edition, Thomson Reuters, St. Paul MN, 2014, h.1761

⁷Philip Babcock Gove, *Webster's Third New International Dictionary of the English Language*, Merriam-Webster Inc Publishery, Massachusstes, 1993, h. 890.

⁸ Bryan A Garner, *op.cit*, h. 764.

mensyaratkan adanya upaya untuk mengantisipasi. Mengacu pada pengertian *unforeseen* dan *foreseeable*, maka *unforeseeable* merupakan suatu keadaan yang tidak dapat diperkirakan (*unforeseen*) meski terdapat perkiraan dengan berdasarkan nalar sesuatu hal bisa diantisipasi. Dalam *unforeseeable* sesuatu hal atau peristiwa dengan menggunakan nalar, kaidah ilmu pengetahuan dan teknologi, dan seringkali ditunjang dengan pengalaman, diperkirakan tidak terjadi, akan tetapi kondisi faktualnya berkebalikan dengan hasil perkiraan. Dalam kontrak FIDIC *Condition Of Contract For Construction, For Building and Engineering Works Designed by The Employer first editon 1999 (selanjutnya disebut sebagai FIDIC Red Book)* sub-clause 1.1.6.8 disebutkan bahwa : “*unforeseeable means not reasonably foreseeable by an experienced contractor by the date of submission of the tender*”.

Hal atau peristiwa *unforeseeable* tidak terjangkau bahkan dengan standar tinggi sekalipun, dalam konteks FIDIC maka standar tersebut adalah *experienced contractor* .

Di Indonesia istilah *unforeseen condition* disebutkan dalam Peraturan Presiden Republik Indonesia nomor 70 tahun 2012 tentang perubahan kedua atas peraturan presiden nomor 54 tahun 2010 Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah dalam Pasal 38 ayat (5) huruf b dalam penjelasannya disebutkan bahwa :

Yang dimaksud dengan *unforeseen condition* adalah kondisi yang tidak terduga yang harus segera diatasi dalam pelaksanaan konstruksi bangunan. Misalnya penambahan jumlah atau panjang tiang pancang akibat kondisi tanah yang tidak terduga sebelumnya; atau diperlukan perbaikan tanah (*soil treatment*) yang cukup besar untuk landas pacu (*runway*) yang sedang dibangun.

Namun demikian Peraturan Presiden terbaru nomor 16 Tahun 2018 tentang pengadaan barang dan jasa pemerintah pada Pasal 92 menyatakan bahwa Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah beberapa kali diubah, terakhir dengan Peraturan Presiden Nomor 4 Tahun 2015 tentang Perubahan Keempat atas Peraturan Presiden Nomor 54 Tahun 2010 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah, dicabut dan dinyatakan tidak berlaku. Sedangkan dalam peraturan presiden terbaru nomor 16 tahun 2018 tidak ditemukan baik secara eksplisit maupun implisit pengaturan mengenai *unforeseen condition* dalam peraturan perundang-undangan Indonesia. Berdasarkan beberapa penjelasan tersebut maka dapat ditarik kesimpulan bahwa *unforeseen* secara umum merupakan *term* yang digunakan untuk menggambarkan segala sesuatu yang tidak bisa diperkirakan. Bentuk yang lebih khusus dari *unforeseen* adalah *unforeseeable* yang merupakan suatu keadaan yang tidak dapat diperkirakan (*unforeseen*) meski terdapat perkiraan dengan berdasarkan nalar sesuatu hal bisa diantisipasi. Perbedaan pokok dari *unforeseen* dan *unforeseeable* adalah dalam *unforeseen mencakup* segala hal yang tidak bisa diperkirakan tanpa syarat apapun. Sedangkan pada *unforeseeable*, dalam memperkiraan dengan berdasarkan nalar sesuatu hal bisa diantisipasi, akan tetapi menghasilkan sesuatu yang berkebalikan (tidak bisa diantisipasi).

Mengenai kondisi yang tidak bisa diperkirakan ini maka terdapat *term* lain yang umumnya juga digunakan dalam suatu perjanjian yaitu *force majeure* (*overmacht, keadaan kahar*). Istilah *force majeure* berasal dari hukum Perancis : “The phrase ‘force majeure’ derives from French law where it is used to describe

situations where an unforeseeable event makes execution of the contract wholly impossible and is of such importance that it cannot be overcome.”⁹

Digunakan untuk menggambarkan peristiwa yang bersifat *unforeseeable* sehingga pelaksanaan kontrak secara keseluruhan menjadi tidak mungkin dan kondisi tersebut tidak bisa diatasi. Istilah *force majeure* secara khusus tercantum dalam article 1148 *code civil* Perancis : “*there is no place for any damages when, as a result of force majeure or cas fortuit,¹⁰ the debtor has been prevented from conveying or doing that to which he was obliged or has done what was forbidden to him.*”¹¹ *Force majeure* dalam article 1148 *code civil* Perancis mengatur bahwa, sebagai akibat timbulnya *force majeure* atau *cas fortuit*, debitur tidak berkewajiban atas pembayaran ganti rugi, *force majeure* juga mencegah debitur untuk melakukan apa yang dia wajibkan atau telah melakukan apa yang dilarang baginya. Seringkali penerapan *force majeure* dalam kontrak dibagi dalam dua bagian :

*Most force majeure clause are drafted in two parts. The first part will provide for a list of specified events whose occurrence will excuse performance; examples may include strikes, accidents to machinery, war, license restrictions or acts of god. The second part of the clause will usually purport to address all other causes howsoever arising.*¹²

⁹Will Hughes et. al, *Op.Cit*, h. 224.

¹⁰ The terms *force majeure* and *cas fortuity* are used interchangeably by French lawyers and turns on any distinction between the two, dikutip dari Ewan McKendrik, *Force Majeure and Frustration of Contract*, Second Edition, Informa Law from Routledge, New York, 2013, h.6.

¹¹ *Ibid*

¹² *Ibid*, h.214.

Pembagian menjadi dua kategori juga dijelaskan dalam *black's law dictionary* mengenai pengertian *force majeure* adalah :

*Superior force, an event or effect that can be neither anticipated nor controlled, especially unexpected event that prevents someone from doing or completing something that he or she had agreed or officially planned to do. The term includes both acts of nature (eg flood hurricane) and act of people (e.g riots, strikes and wars).*¹³

Force majeure merupakan kekuatan diluar daya manusia, suatu peristiwa atau dampak yang tidak dapat diantisipasi atau dikendalikan, peristiwa tak terduga yang menghalangi seseorang untuk menyelesaikan sesuatu yang telah disepakati atau direncanakan untuk dilakukan. Istilah ini mencakup peristiwa alam (misalnya badai banjir) dan tindakan manusia (misal Kerusuhan, pemogokan, dan perang). Dalam *force majeure* terdapat kondisi yang tidak bisa diantisipasi dan dikendalikan, baik yang timbul karena kekuatan alam maupun karena perbuatan manusia. *Force majeure* secara implisit tidak disebutkan dalam peraturan perundang-undangan, namun secara eksplisit diatur dalam Pasal 1244 dan Pasal 1245 BW. Dalam Pasal 1244 diistilahkan dengan sesuatu hal yang tak terduga, sedangkan dalam Pasal 1245 BW diistilahkan dengan keadaan memaksa. Secara khusus BW tidak menggunakan dan/ atau menyebutkan istilah *force majeure*, namun demikian kedua Pasal tersebut seringkali digunakan sebagai dasar penggunaan klausula *force majeure* dalam suatu perjanjian. Dalam Pasal 1 angka 52 Peraturan presiden no. 16 tahun 2018 diatur mengenai keadaan kahar : “Keadaan Kahar adalah suatu keadaan yang terjadi di luar kehendak para pihak dalam kontrak dan tidak dapat diperkirakan sebelumnya, sehingga kewajiban yang ditentukan dalam kontrak menjadi tidak

¹³ Bryan A Garner, *op.cit*, h. 768.

dapat dipenuhi”. Namun penjelasan lebih lanjut mengenai jenis keadaan kahar tidak disebutkan dalam Peraturan presiden no. 16 tahun 2018 maupun penjelasannya. Dalam FIDIC Red Book *sub-clause* 19.1 diatur mengenai pengertian *Force Majeure* :

In this Clause, “Force Majeure” means an exceptional event or circumstance:

- (a) which is beyond a Party’s control,*
- (b) which such Party could not reasonably have provided against before entering into the Contract,*
- (c) which, having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome, and*
- (d) which is not substantially attributable to the other Party.*

Kemudian dalam *sub-clause* 19.1 secara spesifik disebutkan pula mengenai kejadian atau peristiwa yang termasuk dalam kategori *force majeure*, termasuk namun tidak terbatas pada :

- i. war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemies,*
- ii. rebellion, terrorism, revolution, insurrection, military or usurped power, or civil war,*
- iii. riot, commotion, disorder, strike or lockout by persons other than the Contractor’s Personnel and other employees of the Contractor and Sub-contractors,*
- iv. munitions of war, explosive materials, ionising*
- v. radiation or contamination by radio-activity, except as may be attributable to the Contractor’s use of such munitions, explosives, radiation or radio- activity, and*
- vi. natural catastrophes such as earthquake, hurricane, typhoon or volcanic activity.*

Seperti yang dijelaskan sebelumnya bahwa *unforeseen condition* merupakan term yang digunakan untuk menggambarkan hal atau peristiwa yang tidak bisa diperkirakan. Sehingga mengacu pada pengertian ini maka *force majeure* masuk dalam kategori *unforeseen condition*, tidak ada perbedaan yang signifikan diantara keduanya kecuali cakupan *unforeseen condition* lebih umum sehingga meliputi

force majeure. Sedangkan dalam umumnya klausula *force majeure*, secara spesifik menyebutkan kejadian, keadaan, dan peristiwa yang termasuk dalam pengertian *force majeure*, dimana peristiwa tersebut bisa dipastikan merupakan *unforeseen condition*.

Selanjutnya mengenai kontrak konstruksi, dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang no 2 tahun 2017, mengenai jasa konstruksi disebutkan bahwa : “Kontrak Kerja Konstruksi adalah keseluruhan dokumen kontrak yang mengatur hubungan hukum antara Pengguna Jasa dan Penyedia Jasa dalam penyelenggaraan Jasa Konstruksi”. Sehingga makna kontrak konstruksi sangatlah luas, karena tidak hanya kontrak itu sendiri tetapi termasuk juga dokumen-dokumen yang mengatur hubungan hukum antara pengguna jasa dan penyedia jasa. Jika penawaran itu melalui mekanisme tender maka hubungan hukum itu dimulai sejak adanya pengumuman pekerjaan hingga selesainya pekerjaan. Dalam FIDIC Red Book *sub-clause 1.1.1.1* disebutkan : “*Contract means the Contract Agreement, the Letter of Acceptance, the Letter of Tender, these Conditions, the Specification, the Drawings, the Schedules, and the further documents (if any) which are listed in the Contract Agreement or in the Letter of Acceptance*”. Dalam FIDIC Red book, secara limitatif diatur bahwa kontrak selain dokumen-dokumen sebagaimana disebutkan dalam *sub-clause 1.1.1.1* juga dokumen lain sebagaimana terlampir dalam perjanjian kontrak dan surat penunjukan. Sehingga mengenai dokumen pengaturan dalam FIDIC lebih terperinci dibandingkan dengan pengaturan dalam undang-undang Jasa Konstruksi. Selanjutnya Stephen Furst dan

the Hon Sir Vivian Ramsey menjelaskan mengenai kontrak konstruksi¹⁴ : “*Any contract where one person (this include a corporation) agrees for valuable consideration to carry out construction works, which may include building or engineering works for another*”. Pengertian ini memberikan pemahan secara lebih luas mengenai kontrak konstruksi, bahwa kontrak konstruksi adalah setiap kontrak dimana seseorang termasuk korporasi, setuju untuk melakukan melakukan pekerjaan konstruksi termasuk diantaranya pekerjaan bangunan dan rekayasa. Definisi pekerjaan konstruksi ini hampir sama dengan definisi dalam undang-undang jasa konstruksi mendefinisikan jasa konstruksi sebagai layanan jasa konsultasi konstruksi dan/ atau pekerjaan konstruksi.

1.6 Metodologi Penelitian

1. Tipe Penelitian Hukum

Tipe Penelitian dalam tesis ini adalah penelitian hukum, khususnya penelitian teoretik (*theoretical research*) yaitu tipe penelitian yang memfokuskan penelitian pada pengujian penerapan kaidah dan atau norma-norma dalam hukum positif yang berlaku. Cara yang dilakukan adalah dengan merujuk kepada peraturan perundang-undangan serta literatur yang berisi konsep yang relevan dengan obyek penelitian, mengaitkan dengan kasus-kasus terkait, kemudian dihubungkan dengan pokok

¹⁴ Stephen Furst, the Hon Sir Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts* (8th ed, 2006) at 1 dikutip dari Philip Loots and Donald Charrett, *Practical Guide to Engineering and Construction Contracts*, CCH Australia Limited, Australia, 2009, h. 23.

permasalahan yang akan dibahas dalam tesis ini. Dalam melakukan penelitian hukum maka langkah-langkah yang dilakukan adalah sebagai berikut :

1. Mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan;
2. Pengumpulan bahan-bahan hukum sekiranya dipandang mempunyai relevansi juga bahan-bahan non hukum;
3. Melakukan telaah atas isu yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan;
4. Menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum;
5. Memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun dalam kesimpulan.¹⁵

2. Pendekatan Masalah

Penelitian hukum ini merupakan penelitian untuk menganalisis penggunaan klausula *unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi dan aturan hukum yang tersedia yang mengatur bagaimana jika timbul sengketa mengenai penafsiran atas *unforeseen condition*, termasuk pula doktrin-doktrin yang relevan yang dianut dan mendukung penjelasan isu hukum dalam penelitian ini.

Penelitian ini akan menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.¹⁶ Hasil telaah tersebut merupakan suatu argumen

¹⁵ Peter Machmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2016, h. 213.

¹⁶ *Ibid*, h. 133.

untuk memecahkan isu yang dihadapi.¹⁷ Pendekatan perundang-undangan merupakan karakter utama dalam penelitian normatif, dengan fokus pada kajian perundang-undangan dan asas-asas hukum yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa alternative dan norma-norma yang mengatur mengenai bagaimana kekuatan mengikat atas putusan yang dihasilkan. Pendekatan ini digunakan baik pada pembahasan dalam Bab II dan Bab III dalam penelitian ini. Sedangkan undang-undang yang menjadi dasar penelitian ini diantaranya adalah undang-undang no. 2 tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi, Selain itu akan digunakan pula aturan-aturan yang dikeluarkan oleh organisasi internasional seperti UNIDROIT (*Institut International Pour L'Unification du Droit Prive/ International Institute for the Unification of Private Law*) dan FIDIC (*Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils/ International Federation of Consulting Engineers*).

Pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.¹⁸ Hal yang akan dikaji dengan pendekatan ini adalah pertimbangan-pertimbangan mejelis dalam menjatuhkan putusan atas suatu kasus yang relevan. Penulis menggunakan kasus PT. Waskita Karya (Persero) Tbk., melawan PT. Jasamarga Bali Tol, dengan register perkara Nomor 903/Pdt.G/2015/PN.Dps. jo. 156/PDT/2016/PT.Dps . Jo. 1680 K/Pdt/2017.

¹⁷ *Ibid*

¹⁸ *Ibid*, h. 134.

Bentuk pendekatan terakhir yang digunakan adalah pendekatan konseptual (*conceptual approach*) beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum.¹⁹ Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin dalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu yang dihadapi.²⁰ Pendekatan konseptual ini digunakan terutama untuk menjelaskan isu utama dalam penelitian ini, yaitu *unforeseen condition*. Pandangan-pandangan dan doktrin yang akan digunakan adalah Pandangan-pandangan dan doktrin dari *common law system*, hal ini dikarenakan *unforeseen condition* lahir dan berkembang dari negara yang menggunakan *common law system*. Pemahaman akan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin tersebut merupakan sandaran bagi peneliti dalam membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi.²¹

3. Sumber Bahan Hukum

Untuk mendukung penulisan penelitian ini, bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas.

¹⁹ *Ibid*, h. 135.

²⁰ *Ibid*

²¹ *Ibid*, h. 136.

Bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan dan putusan hakim.²² Bahan hukum primer yang akan digunakan adalah :

- a. *Burgerlijke Wetboek Vor Indonesie.*
- b. *Niew Burgerlijke Wetboek Belanda.*
- c. *International Chamber of Commerce Force Majeure and Hardship Clause 2003.*
- d. *Unidroit Principles Of International Commercial Contracts 2010 (UPICC)*
- e. *FIDIC Condition Of Contract For EPC/Turnkey 1999 first edition.*
- f. *FIDIC Condition Of Contract For Construction , Building and Engineering Works Design By Employer 1999 first edition .*
- g. Undang- Undang Nomor 2 tahun 2017 tentang nJasa Konstruksi.
- h. Peraturan Presiden Republik Indonesia nomor 16 tahun 2018 tentang Tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.
- i. Putusan perkara PT. Waskita Karya (Persero) Tbk., melawan PT. Jasamarga Bali Tol, dengan register perkara Nomor 903/Pdt.G/2015/PN.Dps. jo. 156/PDT/2016/PT.Dps . Jo. 1680 K/Pdt/2017.

Bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini adalah semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan

²² *Ibid*, h. 181.

komentar-komentar atas putusan pengadilan.²³ Sebagai bahan hukum sekunder yang terutama adalah buku-buku hukum termasuk skripsi tesis dan disertasi hukum dan jurnal-jurnal hukum²⁴.

Bahan hukum sekunder terdiri dari segala referensi yang diperoleh dari buku-buku, majalah dan jurnal hukum dan komentar-komentar atas putusan pengadilan yang relevan dengan tema yang dibahas.

4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Metode pengumpulan bahan hukum dalam proposal tesis ini akan dilakukan dengan cara penelusuran kepustakaan baik berupa bahan hukum primer maupun sekunder. Kemudian setelah bahan-bahan yang relevan dengan penelitian diperoleh, bahan-bahan hukum tersebut akan dipelajari, diseleksi, diklasifikasi dan dianalisis yang untuk selanjutnya dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, serta tidak menutup kemungkinan dihubungkan dengan konsep-konsep, doktrin-doktrin hukum yang dianut. Kemudian berdasarkan pada bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan, akan diklasifikasi dan disusun secara sistematis yang kemudian akan digunakan untuk menjabarkan rumusan masalah yang menjadi obyek penelitian ini.

²³ *Ibid*, h. 182

²⁴ *Ibid*, h. 195.

5. Analisis Bahan Hukum

Dalam penelitian ini bahan hukum yang telah diperoleh, kemudian akan dipelajari yang kemudian akan dilakukan pengkategorian secara umum dengan mengacu pada rumusan masalah yang akan dibahas. Pengkategorian ini bertujuan memudahkan peneliti untuk membahas isu utama dalam penelitian ini, yaitu adjudication dan arbitration, kemudian menyesuaikan dengan pendekatan yang diambil, bahan hukum tersebut akan ditelaah dan dianalisa. Dari analisis ini dilanjutkan dengan menarik kesimpulan secara induktif yaitu suatu cara berfikir yang didasarkan pada fakta-fakta yang bersifat umum, kemudian dilanjutkan dengan pengambilan kesimpulan yang bersifat khusus yang merupakan jawaban dari permasalahan berdasarkan hasil penelitian. Selanjutnya hasil akhir dari penelitian ini diberikan saran mengenai apa yang seharusnya dilakukan (preskripsi).

1.7 Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan tesis ini adalah mengacu pada ketentuan tata cara penulisan tesis sebagaimana tercantum dalam buku pedoman pendidikan fakultas hukum Universitas Airlangga, dimana penulisan tesis ini dilakukan dengan pembagian bab yang terdiri dari 4 (empat) bab.

Bab I berisi pendahuluan yang akan menguraikan secara singkat latar belakang dan rumusan masalah, yang pada pokoknya menjelaskan secara umum mengenai subyek penelitian guna memberikan pemahaman secara general mengenai isu yang diangkat yang kemudian dituangkan dalam rumusan masalah.

Kemudian akan dilanjutkan pembahasan sub bab yang merupakan penjelasan lebih lanjut dari latar belakang permasalahan dan rumusan masalah yang dikemukakan, yaitu manfaat penelitian, tinjauan pustaka, metode penelitian, serta sistematika penulisan tesis. Sub bab ini merupakan satu kesatuan yang saling menunjang penjelasan topik yang penulis angkat dalam bab I.

Bab II akan membahas rumusan masalah yang pertama, yang membahas mengenai Karakteristik *unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi. Pada bab ini akan diuraikan mengenai konsep *unforeseen condition*, untuk mengetahui lebih jelas akan dibandingkan dengan konsep sejenis yang pada pokoknya merupakan konsep yang menjelaskan hambatan-hambatan dalam pelaksanaan kewajiban kontraktual. Hal ini bertujuan untuk memberikan gambaran secara terperinci mengenai *unforeseen condition* dan apa yang membedakannya dengan konsep-konsep yang lain. Akan dibahas pula penggunaan *unforeseen condition* dalam kontrak model yang banyak digunakan dalam proyek, hal ini bertujuan untuk memberi gambaran lebih spesifik mengenai *unforeseen condition*, sehingga akan diperoleh informasi mengenai karakter khas *unforeseen condition*. Sehingga akan menjawab rumusan masalah pada bab ini.

Bab III akan membahas rumusan masalah yang kedua, yang membahas mengenai Akibat hukum *unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi. Pada bab ini akan dibahas mengenai akibat hukum atau konsekuensi yuridis bagi para pihak atas penggunaan klausula *unforeseen condition* dalam kontrak konstruksi. Hal ini bukan tanpa sebab, karena secara umum diketahui bahwa *asas pacta sunt servanda* berlaku atas suatu kontrak yang sah. Bagaimana kedudukan asas tersebut atas

bilamana timbul *unforeseen condition*. Dengan melakukan pembahasan ini, akan ditelaah mengenai kedudukan asas tersebut, kemudian akan dianalogikan, sehingga akan tercipta kesimpulan mengenai akibat hukum atas penggunaan klausula *unforeseen condition*. Dan terakhir akan dibahas kasus yang relevan yaitu, dengan mengacu kesimpulan sebelumnya mengenai akibat hukum *unforeseen condition*.

Bab IV merupakan penutup tesis, akan memaparkan kesimpulan dan saran dari penelitian. Kesimpulan akan memaparkan intisari pembahasan yang didapat penulis pada bab kedua dan bab ketiga yang merupakan jawaban dari isu hukum yang disampaikan pada bab pertama. Dari kesimpulan tersebut akan disampaikan saran dari permasalahan yang diangkat menjadi topik dalam penelitian ini.