

Hubungan Kontraktual Antara Pemerintah Dan Kontraktor Swasta Dalam Kontrak Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi

Abdul Rokhim
Fakultas Hukum Universitas Islam Malang
abdulrokhimsda@gmail.com

Abstract

The legal relationship between the government as the holder of Mining Authority by the contractor in the oil and gas mining contracts not based on the transfer of State Tenure, but it is a contractual relationship that allows the private sector can participate in the oil and gas mining business. In the contract mining of oil and gas, government's legal position is "monodualis", on the one hand it serves as a regulator and the holder of Mining Authority, but on the other hand the government (in case through SKK Migas) also serves as one of the parties to the contract mining of oil and gas that position "equivalent" with contractors. As a result, both as a regulator or a concessionaire, the government can not control the contractor in oil and gas mining contracts.

Keywords: contractual relations; government; private contractors; oil and gas mining

Abstrak

Hubungan hukum antara pemerintah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan (KP) dengan kontraktor dalam kontrak pertambangan Migas bukanlah berdasarkan pengalihan Hak Penguasaan Negara, tetapi merupakan hubungan kontraktual yang memungkinkan pihak swasta dapat turut serta di dalam usaha pertambangan Migas. Dalam kontrak pertambangan Migas, posisi hukum pemerintah bersifat "monodualis", di satu sisi pemerintah berkedudukan sebagai regulator dan sekaligus pemegang KP, namun di sisi lain pemerintah (dalam hal ini melalui SKK Migas) juga berkedudukan sebagai salah satu pihak dalam kontrak pertambangan Migas yang kedudukannya "setara" dengan kontraktor. Akibatnya, pemerintah baik sebagai regulator maupun pemegang KP tidak bisa mengendalikan kontraktor dalam kontrak pertambangan Migas.

Kata kunci: hubungan kontraktual; pemerintah; kontraktor swasta; pertambangan Migas

Pendahuluan

Secara yuridis-konstitusional, hubungan antara negara dengan bahan tambang migas dapat dilihat melalui Pasal 33 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan: “Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai negara”, dan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan: “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat”. Hal ini berarti secara ideologis, penguasaan negara atas sumber daya alam (bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya) harus ditujukan untuk meningkatkan kesejahteraan atau kemakmuran rakyat.

Meskipun secara idiil Hak Penguasaan Negara (HPN) atas sumber daya alam harus digunakan sebagai sarana memperbesar kemakmuran rakyat, namun dalam kenyataannya hak penguasaan negara atas sumber daya alam untuk kesejahteraan (kemakmuran) rakyat

menjadi bias, karena beberapa sebab antara lain: *pertama*, politik hukum negara sering diboncengi oleh sejumlah kepentingan kelompok atau individu yang mengatasnamakan kepentingan umum, kepentingan negara, atau kepentingan pembangunan. *Kedua*, dilihat dari substansi hukum, pengertian “dikuasai” oleh negara tidak mencerminkan makna yang jelas dan lugas, sehingga mengandung banyak penafsiran (multi-interpretasi) yang berimplikasi pada implementasinya. Akibatnya, sering terjadi benturan kepentingan dan konflik wewenang di antara departemen atau instansi pemerintah sektoral dalam penggunaan dan pemanfaatan sumber daya alam di Indonesia. Hak penguasaan negara yang diterapkan pada sektor yang berbeda (misalnya atas tanah, perikanan, kehutanan, pertambangan) tidak menunjukkan kesamaan penafsiran tentang isi dan batas-batasnya, akibatnya timbul ketidakpastian dalam hukum.¹

¹ Achmad Sodiki, “40 Tahun Masalah-masalah Dasar Hukum Agraria”, Pidato

Konsep Penguasaan Negara atas Sumber Daya Migas

Istilah “dikuasai oleh negara” mempunyai padanan arti “negara menguasai atau penguasaan negara”. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, pengertian kata “menguasai” ialah berkuasa atas (sesuatu), memegang kekuasaan atas (sesuatu), sedangkan pengertian kata “penguasaan” berarti proses, cara, perbuatan menguasai atau mengusahakan”.² Dengan demikian, pengertian kata penguasaan lebih luas dari pada kata menguasai. Oleh karena itu, menurut **Abrar Saleng**, penyebutan yang tepat kekuasaan negara atas sumber daya alam dalam rangka pasal 33 UUD 1945 adalah Hak Penguasaan Negara (HPN).³

Pengertian “hak”, menurut **Apeldoorn**, adalah suatu kekuasaan (*macht*) yang teratur oleh hukum yang berdasarkan kesusilaan (*zakelijkheid*;

moraal). Tetapi kekuasaan semata-mata bukanlah hak. Hanya kekuasaan yang dibenarkan oleh hukum (*het recht in zijn veroorloovende gedaante*) saja yang dijadikan dasar bagi adanya hak untuk mengatur oleh negara.⁴

Apabila pengertian penguasaan negara dikaitkan dengan pengertian hak, maka makna “hak penguasaan negara” tertuju kepada negara sebagai subyek hukum yang memiliki hak dan kewajiban. Dari hubungan yang demikian, maka hak penguasaan negara dapat dipahami bahwa di dalamnya terdapat sejumlah “wewenang” dan tanggung jawab (kewajiban) yang bersifat publik. Hal ini berarti bahwa hak penguasaan negara harus dilihat dan dipahami dalam konteks hak (wewenang) dan kewajiban negara sebagai subyek yang memiliki kekuasaan atas sumber daya alam yang bersifat *publiekrechtelijk*, bukan sebagai *eigenaar* (pemilik) yang bersifat *privaatrechtelijk*. Pemahaman

Penguatan Guru Besar Ilmu Hukum Unibraw, dalam Buku: *70 Tahun Prof. Abdul Gani*, Malang, 2000, hlm. 164.

² **Departemen Pendidikan dan Kebudayaan**, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Kedua, (Jakarta: Balai Pustaka, 1995), hlm. 533.

³ **Abrar Saleng**, *Hukum Pertambangan*, (Yogyakarta: UII Press, 2004), hlm. 21.

⁴ **L.J. van Apeldoorn**, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche Recht*. Terjemahan Oetarid Sadino: “Pengantar Ilmu Hukum”, (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2001), hlm. 22.

yang demikian bermakna bahwa negara memiliki kewenangan sebagai pengatur, perencana, pelaksana dan sekaligus sebagai pengawas pengelolaan, penggunaan dan pemanfaatan sumber daya alam nasional.⁵

Dalam kerangka penguasaan negara atas barang tambang, HPN mengandung pengertian bahwa negara memegang kekuasaan untuk menguasai dan mengusahakan segenap sumber daya bahan galian (barang tambang) yang terdapat dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia. Pengertian yang demikian sejalan dengan maksud kata-kata dikuasai oleh negara yang tertuju kepada obyek-obyek penguasaan yang tersebut dalam Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945.

Berdasarkan hal tersebut di atas, penguasaan bahan galian dalam konteks hak penguasaan negara menjadi *dilematis*. Karena, di satu sisi, hak penguasaan negara atas barang tambang) *tidak dapat dialihkan dan didelegasikan* kepada badan usaha

swasta (kontraktor). Namun, di sisi lain, negara *tidak mempunyai kemampuan untuk mengusahakan sendiri* bahan tambang agar bermanfaat bagi kemakmuran rakyat sesuai amanat konstitusi. Berhadapan dengan situasi demikian maka perlu diciptakan suatu piranti hukum yang kondusif untuk membangun relasi antara pemerintah (selaku pengemban dan pelaksana kekuasaan negara atas barang tambang) dengan sektor swasta (selaku pihak yang memiliki kemampuan untuk mengelola, memanfaatkan dan mengusahakan barang tambang), sehingga mampu memberi nilai tambah secara nyata kepada pertumbuhan ekonomi nasional dengan tidak menyimpang dari amanat Pasal 33 UUD 1945.

Dalam hal penguasaan dan pengusahaan minyak dan gas bumi (migas), Pasal 4 ayat (2) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi menyatakan bahwa penguasaan minyak dan gas bumi oleh negara diselenggarakan oleh pemerintah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan (KP). Selanjutnya, pada

⁵ Abrar Saleng, *Op. Cit.*, hlm. 33

ayat (3)-nya dinyatakan bahwa pemerintah sebagai pemegang KP membentuk Badan Pelaksana (BP) sebagaimana dimaksud Pasal 1 angka 23 yang bertugas untuk melakukan pengendalian kegiatan usaha hulu migas. Mekanisme seperti ini oleh pembentuk undang-undang migas dimaksudkan sebagai instrumen hukum ekonomi yang dianggap mampu untuk membangun dan memberikan landasan hukum bagi langkah-langkah pembaruan penataan atas penyelenggaraan perusahaan migas dalam kerangka mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat.⁶

Mahkamah Konstitusi (MK) menafsirkan konsep “penguasaan migas oleh negara” berdasarkan pertimbangan hukum putusan Nomor 36/PUU-X/2012 tanggal 13 November 2012, menyatakan “*Penguasaan negara harus dimaknai, rakyat secara kolektif dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan*

(beleid) dan tindakan pengurusan (bestuursdaad), pengaturan (regelendaad), pengelolaan (beheersdaad), dan pengawasan (toezichthoudensdaad) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.... Pemerintah melakukan tindakan pengurusan atas sumber daya alam Migas dengan memberikan konsesi kepada satu atau beberapa Badan Usaha Milik Negara untuk melakukan kegiatan usaha Migas pada sektor hulu. Badan Usaha Milik Negara itulah yang akan melakukan kerja sama dengan Badan Usaha Milik Daerah, Koperasi, Usaha Kecil, badan hukum swasta, atau Bentuk Usaha Tetap”. Pertimbangan hukum tersebut mengandung makna bahwa *mining right* dan *economic right* atas sumber daya alam sepenuhnya dipegang oleh pemerintah.

Putusan MK juga mengamankan dua perubahan. *Pertama*, mengenai siapa wakil negara dalam melakukan pengaturan dan pengawasan, serta pengendalian dan pengelolaan kegiatan industri hulu migas. *Kedua*, bagaimana pola penunjukan pelaksana

⁶ Lihat bagian Menimbang huruf f Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi.

kegiatan eksplorasi dan eksploitasi migas, atau yang sering disebut *granting instrument*.

Mengenai perubahan yang pertama, MK menghendaki agar tindakan pengaturan dan pengawasan serta pengendalian dan pengelolaan kegiatan industri hulu migas dilakukan langsung oleh pemerintah (eksekutif) melalui kementerian terkait (ESDM). Hal ini berarti UU Migas yang baru nantinya harus mengganti kedudukan dan fungsi BP Migas (sekarang: SKK Migas) yang sudah dinyatakan inkonstitusional berdasarkan putusan MK tersebut sebagai bagian dari Pemerintah (eksekutif). Selain itu, tugas dan wewenang SKK Migas harus diperluas tidak hanya meliputi tindakan pengaturan dan pengawasan (*mining right*) tetapi juga tindakan pengendalian dan pengelolaan (*economic right*).

Wewenang Melakukan Eksplorasi dan Eksploitasi Migas

Minyak dan gas bumi (migas) adalah kekayaan alam sebagai karunia Tuhan yang diberikan kepada bangsa Indonesia. Dalam Penjelasan Umum

Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi dinyatakan bahwa migas adalah sumber daya alam strategis tak terbarukan yang dikuasai oleh negara dan merupakan komoditas vital yang memegang peranan penting dalam penyediaan bahan baku industri, pemenuhan energi dalam negeri, dan penghasil devisa negara yang penting.

Salah satu pertimbangan lahirnya Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, yang menggantikan Undang-undang Nomor 44 Prp. 1960 tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi, menurut bagian Menimbang huruf d, adalah karena undang-undang migas yang lama dianggap tidak sesuai dengan perkembangan usaha pertambangan migas.

Sebagai salah satu undang-undang di bidang ekonomi, Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 yang diundangkan pada tanggal 23 Nopember 2001 dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 136 telah membawa perubahan besar di bidang

pengusahaan tambang, baik di sektor hulu maupun hilir.⁷ Perubahan besar dimaksud antara lain adalah mengubah sistem monopoli ke arah sistem kompetisi, liberalisasi harga Bahan Bakar Minyak (BBM), diciptakan badan baru, yakni Badan Pelaksana dan Pengatur yang menggantikan fungsi dan peran Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Nasional (Pertamina) selama ini.

Undang-undang Migas Nomor 22 Tahun 2001 merupakan perubahan Undang-undang Nomor 44 Prp. Tahun 1960 tentang Pertambangan Minyak dan Gas Bumi serta Undang-undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi, yang menurut Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 dinyatakan bahwa dalam pelaksanaannya ditemukan berbagai kendala karena substansi materi kedua undang-undang tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan

⁷ Menurut Pasal 5 Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, sektor hulu migas mencakup: a) eksplorasi, dan b) eksploitasi. Sedangkan, sektor hilir mencakup: a) pengolahan, b) pengangkutan, c) penyimpanan, dan d) niaga.

sekarang maupun kebutuhan ke depan. Di samping itu, dalam Konsideran huruf e dinyatakan bahwa Undang-undang Migas Tahun 2001 dibuat dengan mempertimbangkan aspek nasional maupun internasional.

Dengan dasar pertimbangan huruf e tersebut dapat dikemukakan bahwa transformasi global mempengaruhi hukum migas di Indonesia, sehingga aturan hukum lama harus dilakukan perubahan sesuai dengan aturan global. Hal ini tentu juga berdampak pada masalah pengaturan kontraktualnya antara pemerintah dengan kontraktor di bidang migas. Bahkan, ada beberapa ketentuan dalam Undang-undang Migas tersebut yang isinya dinilai sangat merugikan kepentingan nasional dan bertentangan dengan ketentuan konstitusi.

Karena dianggap bertentangan dengan Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945, tanggal 14 Januari 2003 sejumlah Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) mengajukan *judicial review* (uji materi) terhadap Undang-undang Migas 2001 ke MK. Dengan memberikan konsesi kepada

perusahaan pertambangan swasta maka Undang-undang Migas ini akan memberikan kekuasaan langsung untuk mengeksploitasi kekayaan negara yang menguasai hajat hidup orang banyak. Padahal, hak konsesi seharusnya berada di tangan negara melalui BUMN sesuai amanat undang-undang. Pemberian kewenangan kepada badan kontraktor, berarti Undang-undang Migas telah *mereduksi* peran negara sebagai subyek yang memiliki wewenang tertinggi atas sumber daya alam. Berdasarkan uji materi itulah, pada tanggal 21 Desember 2004 MK memutuskan agar pemerintah merevisi tiga pasal Undang-undang Migas, yakni Pasal 12 ayat (3), Pasal 22 ayat (1), dan Pasal 28 ayat (2).

Salah satu pasal terpenting yang harus direvisi dalam hal ini adalah Pasal 12 ayat (3) yang berbunyi: “Menteri menetapkan badan usaha atau bentuk usaha tetap yang *diberi wewenang* melakukan kegiatan usaha eksplorasi dan eksploitasi pada wilayah kerja sebagaimana dimaksud dalam ayat (2)”. MK juga berpendapat

bahwa adanya kata “paling banyak” pada Pasal 22 ayat (1)⁸ Undang-undang Migas Tahun 2001 bisa disepadankan dengan kata “maksimal”. Hal ini oleh MK dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Sementara penetapan harga bahan bakar minyak dan gas bumi diserahkan pada mekanisme pasar sebagaimana dalam Pasal 28 ayat (2)⁹ oleh MK dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, sebab penetapan harga migas adalah kewenangan pemerintah.¹⁰

MK menilai adanya kata “diberi wewenang” telah menyebabkan Pasal 12 ayat (3) Undang-undang Migas bertentangan dengan UUD 1945. Hal ini karena pasal tersebut memberikan penafisiran bahwa kewenangan yang dimiliki pemerintah telah *diserahkan*

⁸ Pasa 22 ayat (1) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001: “Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap wajib menyerahkan *paling banyak* 25% (dua puluh lima persen) bagiannya dari hasil produksi minyak bumi dan/atau gas bumi untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri”. (cetak miring, dari penulis).

⁹ Pasal 28 ayat (2) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001: “Harga bahan bakar minyak dan gas bumi diserahkan pada mekanisme persaingan usaha yang sehat dan wajar”.

¹⁰ **Harian Kompas**, 22 Desember 2004, hlm. 1.

sepenuhnya kepada kontraktor. Jika dibiarkan berarti Undang-undang Migas telah *mereduksi* Kuasa Pertambangan (KP) yang dimiliki pemerintah sebagai wujud kedaulatan negara atas sumber daya alam migas.

Pasca *judicial review* tersebut, tanggal 25 Juni 2005 Tim Negosiasi bentukan Indonesia dan ExxonMobil dari Amerika Serikat menyepakati prinsip-prinsip dan menandatangani nota kesepahaman atau *Memorandum of Understanding* (MoU) dalam perpanjangan pengelolaan lapangan migas Blok Cepu di Jawa Tengah (Grobogan dan Blora) dan Jawa Timur (Bojonegoro dan Tuban). Paling lambat 90 hari ke depan, penandatanganan kontrak (*join operation agreement*) antara Pertamina dan ExxonMobil harus terealisasi. Hal-hal prinsip yang disepakati antara lain menyangkut persoalan penyertaan modal (*participating interest*) dan bagi hasil (*production sharing*) berdasarkan tingkat harga minyak mentah.¹¹

Menyertai MoU tersebut, ternyata masih menyisakan banyak persoalan. Misalnya, Komisi VII DPR menilai Tim Negosiasi itu ilegal, karena telah mengambil alih posisi Pertamina sebagai perunding dengan ExxonMobil dan karenanya tidak mengakui hasil negiasinya. Sistem bagi hasil yang akan diberikan ke daerahpun belum jelas, sementara wilayah Blok Cepu meliputi dua Propinsi yang tentu tidak sama kandungan migasnya.

Dalam banyak kasus, praktik investasi migas di daerah sarat dengan masalah. Daerah migas yang memiliki persoalan selain Blok Cepu tersebut antara lain Garut dan Indramayu (Jawa Barat), Bojonegoro serta Riau. Pada intinya persoalan utamanya adalah menyangkut bagi hasil dari kegiatan eksplorasi maupun eksploitasi migas di daerah yang selama ini dirasakan kurang adil. Pada umumnya, rakyat di sekitar daerah penghasil migas dalam kondisi yang miskin dan terbelakang.¹² Di samping itu, tingkat risiko

¹¹ **Harian Kompas**, 25 Juni 2005, hlm. 13.

¹² **Harian Kompas**, 27 Juni 2005, hlm. 13.

pencemaran dan/atau perusakan lingkungan akibat penambangan migas juga tergolong tinggi, seperti timbulnya semburan lumpur panas di Kabupaten Sidoarjo yang ditengarai sebagai akibat dari kegagalan kontraktor migas P.T. Lapindo Brantas dalam melakukan eksplorasi (pemboran) di Sumur Banjarpanji-1 Desa Renokenongo Kecamatan Porong.

Hubungan antara Pemerintah dengan Perusahaan Pertambangan Migas

Dalam masyarakat tradisional inti hubungan antara subyek hukum yang memerintah (pemerintah) dengan yang diperintah (masyarakat) lebih mengandalkan pada status, yang menurut **Talcott Parson** berintikan pada *power and priveleges*.¹³ Kedua hal tersebut menunjukkan supremasi secara struktural. Hubungan yang dilakukan berdasarkan pada status berlangsung bukan karena konsensus subyek individual, tetapi didasarkan

pada kerangka normatif struktur sosial yang ada.¹⁴

Pola hubungan yang didasarkan pada status, meskipun hingga kini dipraktikkan di negara modern, tetapi hal tersebut sangat selektif. Hal ini terjadi karena pendasaran ontologis dalam hubungan status adalah situasi masyarakat abad pertengahan yang sederhana, religius dan etatis. Adapun negara modern sudah menunjukkan ciri yang berbeda yakni lebih demokratis, kompleks dan rasional.¹⁵

Berdasarkan konstruksi hukum tersebut, pemerintah dalam statusnya sebagai pemegang HPN jika dikaitkan dengan pengaturan pengusahaan bahan galian yang sifatnya atributif, maka seyogyanya hubungan hukum yang timbul berdasarkan kewenangan atributif lebih didasarkan pada *status pemerintah selaku pemegang hak istimewa*. Dengan argumentasi yang demikian, maka hubungan hukum

¹³ **Anis Ibrahim**, *Merekonstruksi Keilmuan Ilmu Hukum & Hukum Milenium Ketiga*, (Malang: Penerbit In-TRANS, 2007), hlm. 112.

¹⁴ **Deno Kamelus**, *Fungsi Hukum terhadap Ekonomi Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 1998, hlm. 326.

¹⁵ **W. Friedmann**, *Legal Theory*, Fifth Edition, (New York: Columbia University Press, 1967), hlm. 165.

antara pemerintah sebagai pemegang KP dengan kontraktor migas *bukanlah suatu mekanisme pengalihan (delegasi) hak perusahaan negara*, tetapi merupakan suatu sarana atau instrumen hukum yang memungkinkan pihak swasta nasional atau asing untuk dapat turut serta di dalam usaha pertambangan migas. Posisi kontraktor adalah “*subordinasi*” dari pemerintah sebagai pihak yang memiliki wewenang atau kekuasaan atas barang tambang migas.

Masalahnya, dalam Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, KP sebagai wujud kedaulatan negara atas migas ternyata tidak secara tegas diatur sebagaimana halnya dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi (Pertamina). Bahkan, berdasarkan ketentuan Pasal 4 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001, setelah pemerintah memegang KP dari negara, maka pemerintah melalui Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral *menyerahkan wewenang* tersebut

kepada pelaku usaha melalui Pasal 1 angka 5 dan Pasal 12 ayat (3).

Sebagaimana telah disebutkan di atas, MK memutuskan agar Pasal 12 ayat (3) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi direvisi oleh pemerintah, karena bertentangan dengan UUD 1945. Pasal tersebut membuka tafsir bahwa kewenangan yang dimiliki pemerintah telah diserahkan sepenuhnya kepada kontraktor. Berdasarkan ketentuan Pasal 12 ayat (3) tersebut, berarti Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 mereduksi KP yang dimiliki atau dipegang pemerintah sebagai wujud kedaulatan negara atas tambang migas. Hal ini juga berarti menghilangkan kekuasaan konstitusional negara atas bahan tambang migas.

Dengan keputusan MK yang meminta agar pemerintah merevisi Pasal 12 ayat (3) agar sesuai dengan amanat konstitusi, berarti MK telah mengembalikan kedaulatan negara (melalui hak penguasaan negara) atas migas sebagaimana yang diamanatkan oleh Pasal 33 UUD 1945. Penjelasan Undang-undang Nomor 22 Tahun

2001 menyebutkan bahwa hak penguasaan negara atas migas ini dalam penyelenggaraannya dilakukan oleh pemerintah selaku pemegang KP pada kegiatan usaha hulu. Oleh karena KP ada pada pemerintah, maka keterlibatan badan usaha swasta (kontraktor) dalam kegiatan pengusahaan migas adalah *subordinasi* pemerintah.

Jadi, kontraktor *bukan yang memiliki wewenang* atas migas, tetapi “diikutsertakan” dalam pengusahaan migas. Inilah konstruksi yuridis yang sebenarnya dikehendaki oleh UUD 1945, yakni negara melalui pemerintah tetap memegang monopoli atas sumber daya alam migas, tetapi kompetitif terhadap persaingan pasar global, atau menurut kalimat Ketua MK (saat itu), **Jimly Asshiddiqie**: “MK mencari jalan tengah antara idealisme versus pragmatisme berkaitan dengan peran negara versus mekanisme pasar”.¹⁶

¹⁶ **Harian Kompas**, 23 Desember 2004, hlm. 9.

Hubungan Kontraktual antara Pemerintah dan Swasta dalam Kontrak Bagi Hasil Migas

Inti hubungan kontraktual menurut **Parsons** adalah “*free agreement of individual*”.¹⁷ Motivasi yang fundamental mengenai beralihnya suatu pola hubungan dari status ke kontraktual adalah hasrat untuk maju dan lebih rasional sesuai dengan tuntutan perkembangan ekonomi dan hubungan industrial. Segi-segi hubungan yang bersifat kontraktual antara pemerintah dengan kontraktor tersebut sebenarnya telah diperkenalkan oleh Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing,¹⁸ sebelum undang-undang ini diganti dengan Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, yakni dengan suatu kerja sama atas dasar kontrak karya atau bentuk lain.

Istilah “kontrak” (*contract*) acap kali disebut juga “perjanjian”.

¹⁷ **Anis Ibrahim**, *Op. Cit.*, hlm. 114.

¹⁸ Pasal 8 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 menyatakan: “Penanaman modal asing di bidang pertambangan didasarkan pada suatu kerja sama dengan pemerintah atas dasar kontrak karya atau bentuk lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Perjanjian, menurut **Subekti**, “adalah suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal”.¹⁹ Dari peristiwa itu timbullah suatu hubungan hukum antara dua orang (pihak) tersebut yang dinamakan perikatan. Dengan perkataan lain, perjanjian itu menerbitkan perikatan antara dua pihak yang membuatnya mengenai suatu hak dan kewajiban.

Pada prinsipnya perjanjian itu bebas bentuk (*vormfrij*), kecuali ditentukan lain menurut undang-undang. Artinya, perjanjian itu bisa dibuat tertulis atau secara lisan. Hal ini sejalan dengan asas kebebasan berkontrak (*contract der vrijheid beginsel*) dalam hukum perjanjian. Namun, pada umumnya jika menyebut istilah “kontrak” maka orang akan langsung merujuk pada suatu dokumen “perjanjian tertulis”. Atas dasar itu, menurut **Subekti**, “pengertian kontrak lebih sempit dari pada perjanjian, karena kontrak mensyaratkan

bentuknya selalu tertulis, sedangkan perjanjian bentuknya selain tertulis dapat juga dilakukan secara lisan”.²⁰ Apabila demikian pengertian kontrak, maka hukum kontrak merupakan species dari hukum perjanjian. Padahal, baik dalam undang-undang maupun literatur hukum pada umumnya, istilah perjanjian itu merupakan kata lain yang memiliki makna sama (identik) dengan istilah kontrak.

Hukum perjanjian (kontrak) selalu berkembang sesuai dengan kebutuhan masyarakat, karena kaidah hukum yang mengatur perjanjian dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata merupakan hukum pelengkap (*aanvullend recht*) yang sifatnya terbuka (*optional law*).²¹

Berdasarkan asas kebebasan berkontrak, hukum perjanjian memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian atau kontrak yang berisi apa saja, asalkan tidak

¹⁹ **R. Subekti**, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 1984), hlm. 1.

²⁰ **R. Subekti**, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, (Jakarta: Intermasa, 1983), hlm. 1.

²¹ **R. Subekti**, *Hukum Perjanjian, Op. Cit.*, hlm. 13.

melanggar ketertiban umum dan kesusilaan. Mereka diperbolehkan membuat ketentuan-ketentuan sendiri yang menyimpang dari pasal-pasal dari hukum perjanjian yang tertuang dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Mereka diperbolehkan mengatur sendiri kepentingan mereka dalam perjanjian (kontrak) yang mereka adakan. Kalau mereka tidak mengatur sendiri mengenai sesuatu hal, maka berarti mengenai sesuatu hal tersebut mereka akan tunduk pada ketentuan undang-undang yang sifatnya melengkapi (*aanvullend*).

Selanjutnya, mengenai sahnya suatu perjanjian (kontrak), Pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menentukan empat syarat, yaitu: (1) sepakat mereka atau para pihak yang mengikatkan diri (konsensus); (2) kecakapan para pihak untuk membuat suatu perjanjian (*bekwaamheid*); (3) suatu hal (obyek) tertentu; dan (4) causa yang halal (diperbolehkan oleh hukum). Khusus mengenai kontrak kerja sama, selain isi juga ditentukan mengenai persyaratan atau hal-hal

yang bersifat teknis yang harus dicantumkan di dalamnya.

Dilihat dari subyek hukum atau para pihak yang mengadakan perjanjian (kontrak), hukum perjanjian (kontrak) juga berkembang dinamik. Subyek hukum yang tersangkut di dalam suatu perjanjian (kontrak) tidak terbatas pada manusia individual saja, tetapi berkembang lebih luas termasuk badan hukum dan negara. Substansinya pun semakin kompleks. Karena itu, pernyataan kehendak (*promise*) dan konsensus saja tidak cukup, tetapi perlu unsur-unsur lain seperti isi kontrak tidak boleh bertentangan dengan moral, kepatutan, dan peraturan perundang-undangan yang sifatnya memaksa (*dwingend recht*) yang biasanya termasuk dalam ranah hukum publik.

Bagaimana halnya dengan suatu kontrak yang dilakukan oleh pemerintah? Dalam rangka mencapai sebesar-besar kemakmuran rakyat, dalam konsep negara hukum kesejahteraan (*welfare state*), pemerintah turut menyelenggarakan berbagai fungsi di luar fungsi

penyelenggaraan pemerintahan, yang menuntut pemerintah turut serta dalam pergaulan kemasyarakatan atau hubungan hukum sebagai pihak atau subyek perjanjian yang tidak berbeda dengan subyek hukum keperdataan pada umumnya. Tindakan pemerintah yang demikian ini, menurut **Bagir Manan**,²² adalah hubungan hukum kesederajatan yang merupakan hubungan keperdataan antara pemerintah dan orang atau badan hukum keperdataan. Hubungan keperdataan timbul dari perbuatan keperdataan, misalnya melakukan kontrak dengan subyek hukum lainnya. Sedangkan yang dapat melakukan hubungan atau perbuatan perdata adalah manusia (*natuurlijk persoon*) dan badan hukum (*rechtspersoon*).

Berdasarkan pemahaman ini, maka perbuatan hukum keperdataan pemerintah hanya dapat dilakukan oleh badan pemerintahan yang berstatus

badan hukum (*rechtspersoon*). Salah satu badan pemerintahan yang berstatus badan hukum adalah negara. Negara dalam melakukan perbuatan keperdataan (dalam hal ini kontrak) dilakukan oleh pemerintah. Kedudukan pemerintah di sini semacam dengan kedudukan direksi dalam perseroan terbatas. Karena itu, menurut **Mariam Darus Badruzaman**, pemerintah (pusat atau daerah), baik secara langsung maupun tidak langsung (melalui Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah) dapat mengadakan perjanjian perdata.²³

Di samping itu, menurut **Mariam Darus Badruzaman**,²⁴ pemerintah juga dapat mengadakan perjanjian yang diwarnai sifat hukum publik (*publiekrechtelijk*). Perjanjian ini berorientasi pada kepentingan umum dan bersifat memaksa. Di dalam kontrak yang demikian ini, tidak terdapat kebebasan berkontrak, karena

²² **Bagir Manan**, "Bentuk-bentuk Perbuatan Keperdataan yang Dapat Dilakukan oleh Pemerintah Daerah", dalam *Journal of Padjadjaran University*, No. 3 Vol. 14, Bandung, 1996, hlm. 24.

²³ **Mariam Darus Badruzaman**, "Perjanjian dengan Pemerintah (*Government Contract*)", dalam Seri Dasar Hukum Ekonomi 5: Hukum Kontrak di Indonesia, (Jakarta: Proyek Elips, 1998), hlm. 159.

²⁴ *Ibid.*

syarat-syarat yang ditentukan di dalam kontrak tidak didasarkan kepada kehendak kedua belah pihak, tetapi hanya didasarkan kepada kehendak satu pihak, yaitu pemerintah. Syarat-syarat tersebut ditentukan oleh perangkat peraturan perundang-undangan. Hubungan antara pemerintah dan mitranya (perorangan atau badan hukum swasta) dalam perjanjian ini tidak berada dalam kedudukan yang sama (*nebengeordnet*), tetapi pemerintah mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari mitranya (*untergeordnet*). Karena itu perjanjian ini disebut dengan perjanjian publik (*government contract*). Kontrak-kontrak publik itu diatur dalam peraturan perundang-undangan, misalnya kontrak *production sharing* yang diatur dalam Undang-undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Pertamina.²⁵

Dalam perjanjian publik, khususnya dalam *joint venture*, **Sunaryati Hartono** memandang bahwa hubungan pemerintah dan

lawan kontraknya di samping sebagai “pihak” (*partner*) juga sebagai “pemerintah” (*government*). Oleh karena itu, kontrak yang melahirkan *joint venture* dimana pemerintah sebagai pihak tidak dapat dikatakan sebagai suatu perjanjian komersial (*commercial contract*) biasa, sebab pemerintah mempunyai kedudukan rangkap, baik sebagai pihak maupun sebagai pemerintah.²⁶

Akibatnya, terhadap kontrak yang demikian tidak hanya berlaku hukum perjanjian dan hukum perseroan Indonesia saja, tetapi juga karena pemerintah telah menyetujui sejumlah perjanjian bilateral dan multilateral di bidang perekonomian dengan berbagai negara dan organisasi internasional, maka kontrak dalam rangka Penanaman Modal Asing (PMA) itu berlaku juga perjanjian-perjanjian tersebut dan peraturan hukum internasional. Karena itu, kontrak dalam rangka PMA dinamakan perjanjian transnasional atau perjanjian

²⁵ *Ibid.*

²⁶ **Sunaryati Hartono**, *Masalah-masalah dalam Joint Ventures antara Modal Asing dan Modal Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1974), hlm. 28.

quasi internasional, *contract sui generis* atau *economic development contract*.²⁷

Dalam hubungannya dengan kontrak dimana pemerintah sebagai salah satu pihak, **Brietzke** mengatakan bahwa “*government intervention has and will continue decisively to change the face of Indonesian contracts law. The conventional contract model is not necessarily appropriate to the relation between government and private individuals or companies*”.²⁸

Dalam rangka melaksanakan HPN atas barang tambang, kedudukan pemerintah sebagai pemegang KP memiliki kewenangan mengatur dan mengontrol perusahaan pertambangan swasta. Itulah sebabnya, dapatlah dikatakan bahwa kontrak pertambangan bukanlah kontrak bisnis biasa yang murni berkarakter privat (*privaatrechtelijk*), melainkan merupakan kontrak khusus, lain dari pada yang lain (*sui generis*). Kontrak

pertambangan antara pemerintah dan pihak swasta senantiasa memiliki karakter hukum publik dan hukum privat. Meskipun, pada hakikatnya “kontrak” itu merupakan hubungan hukum yang sifatnya privat, namun karakter publik dalam kontrak pertambangan tidak bisa dilepaskan.

Dengan demikian, dapatlah dikatakan bahwa dalam kontrak pertambangan, posisi hukum pemerintah bersifat “monodualis”, karena di satu sisi pemerintah berkedudukan sebagai regulator dan sekaligus pemegang kuasa pertambangan, namun di sisi lain pemerintah (dalam hal ini melalui SKK Migas) juga berkedudukan sebagai salah satu pihak dalam kontrak pertambangan yang kedudukannya setara dengan kontraktor. Posisi ganda pemerintah seperti tersebut tidak bisa dihindari, bahkan merupakan suatu kebutuhan hukum, mengingat sebagaimana dikatakan oleh **Brietzke**: “. . . *government must constantly safeguard the public interest in and through its contractual relations. Government agencies increasingly use*

²⁷ *Ibid.*, h. 29.

²⁸ **Paul H. Brietzke**, “The Formation of Contracts According to American Law”, dalam Buku *Seri Dasar Hukum Ekonomi 5: Hukum Kontrak di Indonesia*, (Jakarta: Proyek Elips, 1998), hlm. 91.

*contracts (rather than regulations) to spell out their relations with individuals and institutions, and this trend gives the 'private' law of contract much more of a 'public' flavor.*²⁹

Atas dasar itu maka dapatlah dipahami apabila dalam hal-hal tertentu demi kepentingan publik (*public interest*) pemerintah terpaksa harus melakukan peninjauan kembali terhadap kontrak-kontrak pertambangan yang pernah dibuat oleh pemerintahan rezim sebelumnya yang dinilai berat sebelah dan sangat merugikan kepentingan bangsa dan negara. Idealnya, apabila dinilai ada “ketidakadilan” dalam kontrak pertambangan, para pihak harus “duduk bersama” (berunding) untuk melakukan perubahan isi kontrak (*adendum*) berdasarkan kesepakatan baru sesuai dengan prinsip kewajaran dan keadilan yang menguntungkan kedua belah pihak. Karena, pada hakikatnya kedudukan para pihak dalam hukum perjanjian itu sifatnya

setara (*equal*). Meskipun, dalam hal ini, salah satu pihaknya adalah pemerintah atau badan yang dibentuk oleh pemerintah.

Simpulan

- 1) Dalam kerangka penguasaan negara atas barang tambang migas, HPN mengandung pengertian bahwa negara memegang kekuasaan untuk menguasai dan mengusahakan segenap sumber daya barang tambang migas yang terdapat dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia.
- 2) HPN atas barang tambang migas tidak dapat dialihkan dan didelegasikan kepada badan swasta, meskipun negara tidak atau belum mempunyai kemampuan sepenuhnya untuk mengusahakan sendiri bahan tambang agar bermanfaat bagi kemakmuran rakyat sesuai amanat konstitusi. Berhadapan dengan situasi demikian maka perlu diciptakan suatu piranti hukum yang kondusif untuk membangun relasi antara pemerintah dengan sektor swasta

²⁹ *Ibid.*

melalui instrumen perizinan. Posisi kontraktor adalah “*subordinasi*” dari pemerintah sebagai pihak yang memiliki wewenang atau kekuasaan atas barang tambang migas.

- 3) Hubungan hukum antara pemerintah sebagai pemegang KP dengan kontraktor migas bukanlah suatu mekanisme pengalihan HPN, tetapi merupakan hubungan kontraktual yang memungkinkan pihak swasta dapat *turut serta* di dalam usaha pertambangan migas.
- 4) Dalam kontrak pertambangan, posisi hukum pemerintah bersifat “monodualis”, di satu sisi pemerintah berkedudukan sebagai regulator dan sekaligus pemegang KP, namun di sisi lain pemerintah (dalam hal ini melalui SKK Migas) juga berkedudukan sebagai salah satu pihak dalam kontrak pertambangan yang kedudukannya “setara” dengan kontraktor. Akibatnya, pemerintah baik sebagai regulator maupun pemegang KP tidak bisa mengendalikan kontraktor dalam kontrak pertambangan Migas.

Daftar Pustaka

Abrar Saleng, *Hukum Pertambangan*, (Yogyakarta: UII Press, 2004)

Achmad Sodiki, “40 Tahun Masalah-masalah Dasar Hukum Agraria”, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Unibraw, dalam Buku: *70 Tahun Prof. Abdul Gani*, Malang, 2000

Anis Ibrahim, *Merekonstruksi Keilmuan Ilmu Hukum & Hukum Milenium Ketiga*, (Malang: Penerbit In-TRANS, 2007)

Apeldoorn, L.J. van, *Inleiding tot de Studie van het Nederlansche Recht*. Terjemahan Oetarid Sadino: “Pengantar Ilmu Hukum”, (Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2001)

Bagir Manan, “Bentuk-bentuk Perbuatan Keperdataan yang Dapat Dilakukan oleh Pemerintah Daerah”, dalam *Journal of Padjadjaran University*, No. 3 Vol. 14, Bandung, 1996.

Brietzke, Paul H., “The Formation of Contracts According to American Law”, dalam Buku *Seri Dasar Hukum Ekonomi 5: Hukum Kontrak di Indonesia*, (Jakarta: Proyek Elips, 1998)

Deno Kamelus, *Fungsi Hukum terhadap Ekonomi Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 1998

Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Kedua, (Jakarta: Balai Pustaka, 1995)

Friedmann, W., *Legal Theory*, Fifth Edition, (New York: Columbia University Press, 1967)

Mariam Darus Badruzaman, “Perjanjian dengan Pemerintah (*Government Contract*)”, dalam Seri Dasar Hukum Ekonomi 5: Hukum Kontrak di Indonesia, (Jakarta: Proyek Elips, 1998)

Subekti, R., *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 1984)

-----, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, (Jakarta: Intermasa, 1983)

Sunaryati Hartono, *Masalah-masalah dalam Joint Ventures antara Modal Asing dan Modal Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1974)

Harian Kompas, 22 Desember 2004

Harian Kompas, 23 Desember 2004

Harian Kompas, 25 Juni 2005

Harian Kompas, 27 Juni 2005