

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Pengadaan pekerjaan konstruksi pada hakikatnya merupakan aktivitas ekonomi yang melibatkan sirkulasi modal, tenaga kerja, barang, dan jasa dalam skala besar.¹ Hal ini bukan sekadar rangkaian prosedur teknokratis, melainkan salah satu bentuk pergerakan ekonomi yang mempertemukan kepentingan publik dan dinamika pasar dalam proses pembangunan nasional. Dalam setiap tahapannya, tersimpan konsekuensi strategis yang menentukan arah distribusi sumber daya, kualitas hasil pembangunan, serta mekanisme tata kelola negara di hadapan masyarakat. Kompleksitas tersebut pada praktiknya dapat menimbulkan persoalan hukum ketika penyedia jasa konstruksi mengalami kegagalan finansial atau dinyatakan pailit di tengah pelaksanaan proyek pemerintah.

Sektor konstruksi memiliki peranan menggerakkan pertumbuhan ekonomi melalui efek berganda (*multiplier effect*), seperti industri bahan bangunan, jasa konsultasi, tenaga kerja, maupun sektor pembiayaan.² Proyek Pembangunan bukan hanya menghasilkan infrastruktur material, melainkan juga memantik gelombang aktivitas ekonomi yang merambat luas menghidupkan rantai pasok, memperluas kesempatan kerja, dan memperkuat struktur ekonomi nasional secara berlapis. Hal ini merupakan pengejawantahan kemajuan sebuah bangsa

¹ Daviq Suparwanto, I Made Agus Darmaputra, *Analisis Pengendalian Pengadaan Konstruksi Berbasis Risiko Untuk Meningkatkan Kinerja Pengadaan*, Jurnal Pengadaan Indonesia, Vol. 4 No. 2, Jakarta, 2025, h. 80-81, <https://doi.org/10.59034/jpi.v4i2.81>

² Andrio Firstiana Sukma, *Efek Pengganda Infrastruktur Pekerjaan Umum dalam Perekonomian Provinsi Bali*, Jurnal Perencanaan Wilayah dan Kota, Vol. 26 No. 2, Bandung, 2015, h. 100, <https://doi.org/10.5614/jpwk.2015.26.2.3>

di mana proses pengadaan bukan hanya terkait proses administratif belaka, melainkan fondasi fundamental atas keberhasilan pembangunan, stabilitas ekonomi, kesejahteraan masyarakat berdasarkan penerapan prinsip *good governance*.

Contoh konkret terjadinya konflik antara hukum kepailitan dan keberlangsungan proyek konstruksi pemerintah dapat dilihat pada kepailitan PT Istaka Karya berdasarkan Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat Nomor 261/Pdt.Pembatalan Perdamaian/2022/PN.Niaga.Jkt.Pst yang kemudian diikuti pembubaran perseroan melalui PP Nomor 13 Tahun 2023. Perusahaan BUMN tersebut bergerak di bidang jasa konstruksi dengan berbagai proyek yang telah dikerjakan. Adapun beberapa proyek yang menjadi sorotan saat proses menjadi perusahaan pailit diantaranya ialah Jalan Tol Cikopo-Palimanan, Jalan Layang Kampung Melayu- Tanah Abang, Bandara Internasional Yogyakarta, dan Jembatan di Papua.³

Kepailitan PT Istaka Karya menimbulkan kerugian tidak hanya bagi negara, tetapi juga bagi masyarakat dan pihak lain yang memiliki hubungan kontraktual, seperti subkontraktor maupun vendor. Dalam hukum kepailitan, penguasaan harta debitor beralih kepada kurator sehingga pelaksanaan proyek konstruksi berpotensi mengalami keterlambatan maupun penghentian. Kondisi tersebut menyebabkan manfaat publik dari proyek pemerintah tidak dapat segera dirasakan oleh masyarakat sesuai target pembangunan yang telah

³Nur Hidayah Perwitasari, *Kenapa PT Istaka Karya Pailit, Daftar Proyek Istaka Karya & Profil*, PT. Tirta Adi Surya, Jakarta, 2022, <https://tirto.id/kenapa-pt-istaka-karya-pailit-daftar-proyek-istaka-karya-profil-gugo>, diakses pada 3 April 2026.

direncanakan.⁴ Sebagai akibatnya, manfaat publik yang seharusnya segera dirasakan oleh masyarakat menjadi tertunda dari waktu yang seharusnya. Dengan demikian, kepailitan penyedia jasa konstruksi menunjukkan bahwa kegagalan finansial dalam proyek pemerintah memiliki implikasi hukum dan sosial yang luas.

Problematika kepailitan dalam proyek konstruksi pemerintah juga tercermin dalam perkara PT Utama Karya (Persero) yang dinyatakan pailit berdasarkan Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat Nomor 01/Pailit/1998/PN.Niaga.Jkt.Pst, kemudian dikuatkan pada tingkat kasasi melalui Putusan Mahkamah Agung Nomor 05 K/N/1999 sebelum akhirnya dibatalkan melalui Peninjauan Kembali.⁵ Peristiwa tersebut menunjukkan bahwa proses hukum kepailitan yang berlarut-larut tidak hanya mempersoalkan hubungan utang piutang antar subjek hukum, tetapi juga dapat melahirkan ketidakpastian sosial dan ekonomi terhadap vendor, subkontraktor,⁶ maupun masyarakat yang bergantung pada keberlangsungan proyek.⁷ Tertundanya pembayaran tagihan, munculnya gugatan PKPU oleh mitra usaha, hingga protes masyarakat di sekitar proyek memperlihatkan bahwa mekanisme kepailitan dalam sektor konstruksi pada akhirnya memiliki

⁴ Kiki Safitri, Erlangga Djumena, *Pailit, Bagaimana Nasib Proyek Garapan Istaka Karya? Ini Kata Kementerian BUMN*, Kompas, Jakarta, 2022, <https://money.kompas.com/read/2022/07/19/110600626/pailit-bagaimana-nasib-proyek-garapan-istaka-karya-ini-kata-kementerian-bumn>, diakses pada 3 April 2026.

⁵ Uray Yanice Neysa S, *Kepailitan pada Badan Usaha Milik Negara (Analisis Kasus Putusan Pengadilan Niaga Nomor 24/Pailit/1998/Niaga/Jkt.Pst)*, Tesis Magister Kenotariatan, Program Pascasarjana, Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, h. 4

⁶ Leoni Susanto dkk, *Nasib Para Vendor dan Pekerja di Balik Kerugian BUMN Karya*, Katadata, Jakarta, 2026, <https://katadata.co.id/analisisdata/69eaf90aed06a/nasib-para-vendor-dan-pekerja-di-balik-kerugian-bumn-karya>, diakses pada 7 Mei 2026.

⁷ Ali, *Ratusan Warga Blokade Akses PLTU 9–10 Suralaya, Tagih Bayaran Ke Utama Karya*, iNews Banten, Jakarta, 2025, <https://banten.inews.id/read/646735/ratusan-warga-blokade-akses-pltu-910-suralaya-tagih-bayaran-ke-utama-karya/all>, diakses pada 7 Mei 2026.

konsekuensi yang melampaui ruang privat kontraktual. Dalam situasi demikian, hukum kepailitan yang berorientasi pada pemberesan boedel debitor sering kali berhadapan secara diametral dengan kebutuhan pengadaan pemerintah yang menuntut keberlanjutan pembangunan sebagai instrumen distribusi kesejahteraan publik.

Padahal, Pasal 4 No. 12 Tahun 2021 tentang Perubahan atas No. 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah menempatkan pengadaan tidak hanya sebagai mekanisme pemenuhan kebutuhan negara, tetapi juga sebagai instrumen peningkatan penggunaan produk dalam negeri, pemberdayaan usaha nasional, pembangunan berkelanjutan, dan kesejahteraan masyarakat.⁸ Proyek konstruksi pemerintah sejatinya memiliki dimensi publik yang melampaui hubungan kontraktual privat semata. Akan tetapi, ketika penyedia jasa konstruksi dinyatakan pailit, orientasi pembangunan dan kebermanfaatan sosial tersebut justru berhadapan dengan mekanisme hukum kepailitan yang berfokus pada pemberesan harta debitor bagi kepentingan para kreditor. Kondisi ini memperlihatkan adanya ketegangan antara fungsi sosial pembangunan dalam sistem pengadaan pemerintah dan orientasi prosedural hukum kepailitan dalam menyelesaikan utang piutang debitor.

Selain itu, konflik norma secara nyata terjadi antara hukum pengadaan jasa konstruksi sebagaimana diatur dalam No. 46 Tahun 2025 jo. Undang-Undang No. 2 Tahun 2017 tentang Jasa Konstruksi yang menekankan keberlanjutan proyek dan pelayanan publik, dengan hukum kepailitan berdasarkan Undang-

⁸ Oktavia Dwi Ardiana, Dinda Azzahra, Hana Humaira Sachmaso, Razky Fawwaz, *Penerapan TKDN Dalam Pengadaan Pemerintah dan Implikasinya Terhadap Persaingan Usaha*, Media Hukum Indonesia, Vol. 3 No. 4, 2025, h. 578, <https://doi.org/10.5281/zenodo.17667629>

Undang No. 37 Tahun 2004 yang berorientasi pada pemberesan harta debitor untuk kepentingan para kreditor melalui prinsip *paritas creditorum* dan *pari passu prorata parte*. Pada Pasal 68 ayat (1) dan (2) No. 46 Tahun 2025 ditegaskan bahwa pengadaan barang/jasa pemerintah harus memperhatikan aspek keberlanjutan pelaksanaan proyek. Akan tetapi, dalam hukum kepailitan, penguasaan harta debitor beralih kepada kurator sehingga proyek konstruksi pemerintah berpotensi terhambat oleh proses pemberesan *boedel* pailit. Di sinilah proyek publik akhirnya terjebak dalam mekanisme penyelesaian utang piutang yang bersifat prosedural.

Kondisi tersebut pada akhirnya menempatkan pemerintah sebagai pengguna jasa dalam posisi yang rentan ketika penyedia jasa konstruksi dinyatakan pailit. Di satu sisi, proyek pemerintah dituntut untuk tetap berjalan demi menjamin kepentingan publik, namun di sisi lain pemerintah memiliki keterbatasan untuk mempertahankan keberlangsungan proyek ketika penguasaan harta debitor berada di bawah kendali kurator. Situasi demikian melahirkan ketidakpastian hukum terhadap kelanjutan pelaksanaan proyek konstruksi pemerintah. Maka dari itu diperlukan penerapan prinsip kehati-hatian dalam perumusan kontrak pengadaan guna mengantisipasi risiko kepailitan penyedia jasa konstruksi.

Paradigma motif hukum pengadaan barang dan jasa memiliki orientasi yang berbeda dengan paradigma hukum kepailitan yang bertumpu pada penyelesaian utang-piutang debitor. Debitor yang memiliki dua kreditor atau lebih dapat dinyatakan pailit sepanjang memenuhi ketentuan Pasal 2 ayat (1) jo. Pasal 8 ayat (4) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan

PKPU. Apabila debitor dalam keadaan insolvensi untuk memenuhi kewajibannya pada kreditor, sebagaimana ditegaskan Pasal 203 UU Kepailitan, maka kurator dapat membereskan harta debitor dan membagikan pada kreditor secara proporsional berdasarkan prinsip *paripassu prorata parte* dan prinsip *paritas creditorium*.⁹

Sementara itu, Pemerintah pada umumnya berkedudukan sebagai kreditor konkuren karena tidak memiliki hak jaminan kebendaan yang bersifat separatis maupun preferen atas harta debitor pailit.¹⁰ Kondisi tersebut menyebabkan pemerintah tidak memiliki posisi istimewa dalam proses pemberesan, sehingga berada dalam kedudukan yang setara dengan kreditor lainnya dalam pembagian boedel pailit. Hal ini memperlihatkan bahwa dalam pertemuan antara hukum pengadaan dan hukum kepailitan, negara tidak selalu berada pada posisi yang dominan untuk memastikan keberlanjutan proyek yang berorientasi pada kepentingan publik.

Terjadinya kepailitan penyedia atau terhentinya proyek akibat lemahnya desain perjanjian, kerugian yang timbul tidak berhenti pada aspek finansial negara, tetapi merambat jauh hingga menyentuh dimensi konstitusional berupa terhambatnya pemenuhan kepentingan umum dan terganggunya hak masyarakat atas pelayanan publik yang layak. Hal ini dikarenakan watak kepailitan sebagaimana tertuang dalam Pasal 24 UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU)

⁹ Hadi Shubhan, *Insolvency Test: Melindungi Perusahaan Solven yang Beritikad Baik dari Penyalahgunaan Kepailitan*, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 33 No. 1, 2014, h. 14, ISSN 2301-9190.

¹⁰ Tri Edi Santosa, Mia Rasmiati, *Kedudukan Hukum Direktorat Jenderal Bea Dan Cukai Sebagai Kreditor Preferen Terhadap Perusahaan Pailit Yang Memiliki Kewajiban Kepabeanaan*, Rewang Rencang : Jurnal Hukum Lex Generalis. Vol.6. No.8, 2025, h. 3, <https://doi.org/10.56370/jhlg.v6i8.2172>.

bahwa debitor dapat kehilangan haknya untuk dapat secara bebas menjalankan kegiatan usaha dan pemenuhan atas kewajiban kontraktualnya sehingga pelaksanaan kontrak pengadaan konstruksi berada dalam kewenangan kurator untuk dilanjutkan atau dihentikan.¹¹ Kondisi ini menimbulkan ketidakpastian terhadap keberlanjutan proyek yang sedang berjalan.

Pengadaan konstruksi tidak dapat dipandang sebelah mata yang hanya dianggap sebagai pelaksanaan anggaran. Diperlukan desain klausula kontrak yang bukan hanya bersifat formalitas belaka, tetapi juga harus mampu mengantisipasi risiko ekonomi, termasuk risiko kegagalan usaha atau kepailitan penyedia. Klausula tersebut sudah semestinya dirancang secara antisipatif dengan memuat mekanisme mitigasi, seperti pengalihan pekerjaan (*step in rights*), jaminan keberlanjutan proyek, atau skema penggantian penyedia secara cepat dan terukur. Selain itu, perlu ditentukan secara nyata mengenai klausula kepailitan yang tentunya harus dirumuskan secara eksplisit dan mencakup sistematika operasional dengan mengatur konsekuensi hukum, mekanisme intervensi, serta skema penyelamatan proyek (*project rescue*) apabila penyedia dinyatakan pailit.

Meskipun secara normatif pengadaan konstruksi telah dirancang untuk menjamin efisiensi, transparansi, dan akuntabilitas, dalam praktiknya masih ditemukan persoalan ketidakmampuan kontraktor dalam mengelola arus kas dan permodalan yang justru mengakibatkan risiko pembengkakan biaya serta memperburuk hubungan antar pihak dalam proyek.¹² Kondisi tersebut

¹¹ Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma, dan Praktik di Peradilan*, Kencana, Jakarta, 2019, h. 85-86.

¹² *Op.Cit*, Daviq Suparwanto, I Made Agus Darmaputra, h. 93.

mengindikasikan bahwa pengaturan kontraktual belum sepenuhnya difungsikan sebagai instrumen manajemen risiko yang preventif dan komprehensif. Dalam hal ini, keberlanjutan proyek menjadi sangat urgen meskipun penyedia mengalami kepailitan, sehingga diperlukan mekanisme kontraktual yang mampu memastikan proyek tetap berjalan tanpa mengorbankan kepentingan publik.

Dalam sistem hukum Indonesia, kontrak merupakan sumber utama lahirnya hubungan hukum yang mengikat para pihak sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1338 ayat (1) BW yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak. Norma ini merupakan perwujudan asas *pacta sunt servanda* serta menempatkan kontrak sebagai perangkat utama dalam menjamin kepastian hukum. Prinsip tersebut sekaligus berkelindan dengan asas kebebasan berkontrak, itikad baik (*good faith*), asas kepribadian (*personality*) dan keseimbangan para pihak yang berfungsi menjaga legitimasi serta keberlakuan hubungan hukum yang lahir dari kontrak.¹³

Namun dalam praktiknya, standar dokumen kontrak pengadaan jasa konstruksi oleh pemerintah sering kali:^{14 15}

1. Tidak mengakomodasi klausula mitigasi risiko secara memadai;

¹³ Ihsan Azis, *Asas Kebebasan dalam Berkontrak Menurut Hukum Islam*, Bilancia Vol. 13 No. 2, 2019, h. 385, <https://doi.org/10.24239/blc.v13i2.500>

¹⁴ Khafidul Ulum, *Banyak Kontraktor yang Kapok Garap Proyek Pemerintah, Komisi V: Harus Ada Evaluasi Menyeluruh*, Sekretariat Fraksi Partai Kebangkitan Bangsa (PKB), Jakarta, 2025, <https://www.fraksipkb.com/2025/06/04/banyak-kontraktor-yang-kapok-garap-proyek-pemerintah-komisi-v-harus-ada-evaluasi-menyeluruh/>, diakses pada 17 Maret 2026.

¹⁵ Marwendi Putra, *Penanganan Kontrak Kritis*, Pengadilan Agama Ampara, Ampara, 2021, <https://pa-ampara.go.id/arsip-artikel/1010-penanganan-kontrak-kritis-oleh-marwendi-putra-24-8>, diakses pada 17 Maret 2026.

2. Tidak secara eksplisit mengantisipasi potensi kegagalan finansial penyedia;
3. Lebih berorientasi pada kepatuhan prosedural daripada perlindungan terhadap keberlanjutan proyek.

Kelemahan dalam perumusan dan desain klausula kontrak pengadaan konstruksi berimplikasi pada fungsi kepastian hukum yang tidak terpenuhi secara optimal. Secara teoritis, kepastian hukum (*rechtssicherheit*) merupakan salah satu pilar negara hukum, sebagaimana ditegaskan dalam UUD 1945 Pasal 1 ayat (3) yang menyatakan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Gustav Radbruch dalam teorinya tiga pilar hukum menekankan bahwa kepastian hukum ialah salah satu dari tiga cita hukum selain keadilan dan kemanfaatan, yang menuntut agar hukum dirumuskan secara jelas, pasti, dan dapat diprediksi serta dapat ditegakkan secara konsisten.¹⁶

Dalam konteks perjanjian, kepastian hukum melekat pada daya mengikat kontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) BW. Kontrak bukan hanya alat bukti hubungan hukum, tetapi juga mekanisme pengalokasian risiko dan penjamin stabilitas hubungan ekonomi para pihak.¹⁷ Prinsip ini menegaskan bahwa setiap perjanjian yang disepakati para pihak memiliki kekuatan mengikat serta wajib dilaksanakan.

Namun ketika klausula kontrak pengadaan tidak secara eksplisit mengatur mitigasi risiko, mekanisme antisipasi kegagalan penyedia, maupun skema

¹⁶ Muslih, *Negara Hukum Indonesia dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch (Tiga Nilai Dasar Hukum)*, Legalitas: Jurnal Hukum Vol. 4 No. 1, 2013, h. 143, <http://dx.doi.org/10.33087/legalitas.v4i1.117>

¹⁷ Caglar Sahin, *Risk Allocation In International, European, and Turkish Business Law*, Prophetic Law Review, Vol. 5 No. 1, h. 61, <https://doi.org/10.20885/PLR.vol5.iss1.art4>

penyelamatan proyek, maka kontrak kehilangan fungsi prediktabilitasnya. Dalam kondisi demikian, para pihak yang tidak memiliki pedoman memadai ketika terjadi kegagalan proyek akan menimbulkan kekaburan dalam menentukan langkah yang harus diambil. Hal ini dikarenakan ketidakjelasan perumusan klausula tersebut pada akhirnya menciptakan ketidakpastian hukum karena membuka peluang penafsiran yang berbeda-beda di antara para pihak.

Selain itu, pemerintah sebagai pengguna jasa kerap menghadapi berbagai hambatan, baik secara administratif maupun yuridis, yang menghambat pengambilan tindakan secara cepat dan efektif. Situasi ini pada akhirnya memperlambat respons terhadap permasalahan yang muncul dalam pelaksanaan proyek.¹⁸ Donald Van Meter dan Carl Van Horn menegaskan bahwa efektivitas implementasi kebijakan ditentukan oleh sejumlah variabel krusial, yakni kejelasan standar dan tujuan kebijakan¹⁹, ketersediaan sumber daya yang memadai,²⁰ karakteristik institusi agen pelaksana,²¹ disposisi pelaksana, efektivitas komunikasi antarorganisasi,²² serta kondisi sosial dan ekonomi yang melingkupinya.²³

Selain itu, mekanisme penyelesaian sengketa cenderung bersifat reaktif karena baru dilakukan setelah masalah terjadi. Akibatnya, penyelesaian tersebut lebih bergantung pada interpretasi sepihak (*ex-post facto*) dan

¹⁸ Teuku Zikril Fallach, Khairani, Syofiarti, *Antara Regulasi dan Realita: Problematika Penerapan TKDN dalam Pengadaan Konstruksi Pemerintah di Indonesia*, Nagari Law Review, Universitas Andalas, Vol. 9, No. 1, h. 41, <https://doi.org/10.25077/nalrev.v9.i.1.p.41-51.2025>

¹⁹ Donald S. Van Meter dan Carl E. Van Horn, *The Policy Implementation Process: A Conceptual Framework*, Administration & Society, Vol. 6, No. 4, 1975, h. 462, <https://doi.org/10.1177/009539977500600404>

²⁰ Ibid, h. 465.

²¹ Ibid, h. 470.

²² Ibid, h. 472.

²³ Ibid, h. 472.

mengabaikan urgensi perancangan klausul yang spesifik, eksklusif, dan bersifat preventif untuk menghindari ketidakpastian hukum.²⁴ Dalam perspektif teori hukum perjanjian, kondisi ini menunjukkan belum optimalnya penerapan asas kepastian hukum dan itikad baik dalam perumusan klausula kontrak sebagai instrumen pengaturan hubungan para pihak.

Salah satu faktor yang menyebabkan tidak optimalnya fungsi kepastian hukum dalam kontrak pengadaan konstruksi adalah tidak terintegrasinya prinsip kehati-hatian (*precautionary principle*) dalam perumusan klausula kontraktual. Hal ini tercermin dari kecenderungan kontrak yang lebih bersifat reaktif terhadap risiko, daripada dirancang secara antisipatif untuk mengidentifikasi dan memitigasi potensi kegagalan sejak tahap awal. Akibatnya, ketika terjadi gangguan seperti ketidakmampuan finansial atau bahkan kepailitan penyedia, kontrak tidak memiliki instrumen yang memadai untuk menjaga keberlanjutan proyek. Ketiadaan mekanisme deteksi dini, pengalihan pekerjaan, maupun skema penyelamatan proyek menunjukkan lemahnya fungsi kontrak sebagai alat manajemen risiko. Oleh karena itu, integrasi prinsip kehati-hatian menjadi penting agar kontrak tidak hanya menjamin kepastian hukum secara formal, tetapi juga mampu melindungi kepentingan publik secara substantif melalui pengelolaan risiko yang sistematis dan berkelanjutan.

²⁴ Muntazhor, A. W., Agustin, E., & Ramadhani, T, *Kewenangan Arbitrase Sebagai Pilihan Forum Penyelesaian Sengketa Konstruksi*. Ariyah: Jurnal Hukum Ekonomi Bisnis, Vol. 1 No. 1, 2025, h. 65-67, <https://doi.org/10.36908/ariyah.v1i1.1465>

1.2 Rumusan Masalah

1. Bagaimana dampak tidak diterapkannya prinsip kehati-hatian dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi?
2. Bagaimana rekonstruksi pengaturan kontrak pengadaan jasa konstruksi sebagai upaya mitigasi risiko kepailitan?

1.3 Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis dampak tidak diterapkannya prinsip kehati-hatian dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi terhadap keberlangsungan proyek konstruksi publik ketika penyedia jasa dinyatakan pailit.
2. Untuk merumuskan rekonstruksi pengaturan kontrak pengadaan jasa konstruksi berbasis prinsip kehati-hatian yang mencakup mekanisme mitigasi risiko operasional (*early warning system*, *financial monitoring*, *step in rights*, *continuity project clause*, *project rescue clause*) sebagai upaya mitigasi risiko kepailitan penyedia.

1.4 Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Penelitian ini diharapkan memberikan kontribusi dalam pengembangan ilmu hukum, khususnya hukum bisnis, melalui pengkajian konflik norma antara hukum kepailitan dan hukum pengadaan jasa konstruksi. Secara teoritis, penelitian ini menghasilkan konstruksi konseptual penerapan prinsip kehati-hatian (*precautionary principle*) dalam kontrak pengadaan, serta menawarkan model klausula mitigasi risiko kepailitan yang meliputi *early warning system*, *financial monitoring*, *step in rights*, *continuity project*

clause, dan *project rescue clause* sebagai rujukan akademik bagi pengembangan hukum perjanjian di Indonesia.

2. Manfaat Praktis

Secara praktis, penelitian ini diharapkan memberikan rekomendasi akademik bagi pemerintah dan LKPP dalam rangka harmonisasi antara UU Kepailitan dan Pengadaan, khususnya terkait keberlangsungan proyek publik pasca kepailitan penyedia. Penelitian ini juga menghasilkan model klausula kontraktual berbasis prinsip kehati-hatian bagi Pejabat Pembuat Komitmen (PPK) dan penyedia jasa konstruksi, meliputi lima mekanisme mitigasi risiko operasional, yaitu *early warning system* (sistem peringatan dini atas kondisi finansial penyedia), *financial monitoring* (pemantauan keuangan berkala), *step in rights* (hak masuk dan penggantian penyedia), *continuity project clause* (klausul keberlanjutan proyek), serta *project rescue clause* (klausul penyelamatan proyek). Selain itu, hasil penelitian ini dapat menjadi acuan bagi praktisi hukum dan pengadaan dalam menyusun kontrak yang antisipatif terhadap risiko kepailitan, sehingga meminimalkan potensi sengketa dan terhentinya proyek.

1.5 Keaslian Penelitian

Penelitian ini berjudul “Mitigasi Risiko Kepailitan Penyedia dalam Kontrak Pengadaan Jasa Konstruksi untuk Menjamin Keberlangsungan Proyek melalui Penerapan Prinsip Kehati-hatian (*Precautionary Principle*)”. Berdasarkan penelusuran kepustakaan yang telah dilakukan terhadap berbagai penelitian terdahulu, ditemukan setidaknya lima penelitian yang memiliki keterkaitan tematik dengan isu hukum jasa konstruksi dan kepailitan, namun

belum ada satu pun yang secara spesifik mengkaji konflik norma antara hukum pengadaan jasa konstruksi dan hukum kepailitan serta merumuskan mekanisme mitigasi risiko kepailitan penyedia berbasis prinsip kehati-hatian sebagaimana menjadi fokus utama dalam penelitian tesis ini. Dengan demikian, penelitian ini menawarkan kebaruan (*novelty*) dalam tataran konseptual, normatif, dan praktis, khususnya dalam merancang rekonstruksi klausula kontraktual yang antisipatif terhadap kepailitan penyedia guna menjamin keberlangsungan proyek konstruksi publik.

Penelitian pertama oleh Falahdika Rakasatutya, Yuslim, dan Hengki Andora berupa jurnal ilmiah dengan judul “*Kedudukan Denda Keterlambatan Pelaksanaan Pekerjaan Konstruksi dalam Kepailitan*”.²⁵ Penelitian ini merumuskan masalah tentang bagaimana kedudukan piutang denda keterlambatan pelaksanaan pekerjaan konstruksi dalam proses kepailitan, serta apakah denda tersebut memiliki hak preferensi atau disamakan dengan piutang kreditor konkuren. Hasil penelitian menyimpulkan bahwa denda keterlambatan merupakan piutang negara yang lahir karena perjanjian, namun karena belum ada peraturan perundang-undangan yang memberikan hak preferensi, maka kedudukannya dalam kepailitan disamakan dengan kreditor konkuren. Perbedaan dengan penelitian penulis terletak pada fokus kajian; penelitian tersebut hanya menganalisis kedudukan piutang denda dalam kepailitan, sedangkan penelitian penulis berfokus pada upaya mitigasi risiko kepailitan penyedia sejak tahap perancangan kontrak melalui penerapan prinsip

²⁵ Falahdika Rakasatutya, Yuslim, Hengki Andora, *Kedudukan Denda Keterlambatan Pelaksanaan Pekerjaan Konstruksi dalam Kepailitan*, Jurnal Swara Justisia, Vol. 7, No. 1, April 2023, hlm. 499.

kehati-hatian, serta merumuskan mekanisme seperti *early warning system*, *financial monitoring*, *step in rights*, *continuity project clause*, dan *project rescue clause* yang tidak dibahas dalam penelitian tersebut.

Penelitian kedua oleh Falahdika Rakasatutya (penulis yang sama) berupa tesis dengan judul “*Pertanggungjawaban Pejabat Pembuat Komitmen terhadap Penagihan Denda Keterlambatan atas Penyelesaian Pekerjaan kepada Penyedia Jasa Konstruksi yang Pailit*”.²⁶ Rumusan masalah dalam tesis ini mencakup pertanggungjawaban PPK atas kendala penagihan denda, kedudukan denda keterlambatan dalam kepailitan, serta perlindungan hukum bagi PPK. Hasil penelitian menunjukkan bahwa denda keterlambatan disamakan dengan piutang kreditor konkuren karena belum ada pengaturan hak preferensi. Kebaruan penelitian penulis dibandingkan tesis ini adalah bahwa penelitian penulis tidak berfokus pada pertanggungjawaban PPK pasca-kepailitan, melainkan pada langkah-langkah preventif sebelum dan selama pelaksanaan kontrak untuk mencegah terhentinya proyek ketika penyedia mengalami kepailitan, serta mengintegrasikan prinsip kehati-hatian sebagai kerangka konseptual dalam mitigasi risiko.

Penelitian ketiga oleh Hidbar Roberta Saragih dan Sami'an dengan judul Strategi Penanganan Kontraktor Pailit/PKPU Peran Jaminan Pelaksanaan dan Implikasi Hukum terhadap Kontrak Konstruksi Pemerintah/BUMN.²⁷

²⁶ Falahdika Rakasatutya, *Pertanggungjawaban Pejabat Pembuat Komitmen terhadap Penagihan Denda Keterlambatan atas Penyelesaian Pekerjaan kepada Penyedia Jasa Konstruksi yang Pailit*, Tesis Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 2023, hlm. 1-40.

²⁷ Hidbar Roberta Saragih dan Sami'an, *Strategi Penanganan Kontraktor Pailit/PKPU: Peran Jaminan Pelaksanaan dan Implikasi Hukum terhadap Kontrak Konstruksi Pemerintah/BUMN*, Jurnal Hukum & Pembangunan Masyarakat, Vol. 16 No. 1, h. 50–56, <https://oaj.jurnalhst.com/index.php/jhpm/article/view/8750>

Penelitian ini membahas peran jaminan pelaksanaan (*performance bond*) dalam menangani kontraktor yang mengalami kepailitan atau PKPU, serta implikasi hukumnya terhadap kontrak konstruksi pemerintah/BUMN. Perbedaan dengan penelitian penulis terletak pada fokus yang lebih sempit pada instrumen jaminan pelaksanaan dan pemutusan kontrak sebagai opsi utama, sedangkan penelitian penulis mengembangkan lima mekanisme mitigasi risiko yang lebih komprehensif, termasuk *early warning system*, *financial monitoring*, *step in rights*, *continuity project clause*, dan *project rescue clause*, serta menggunakan prinsip kehati-hatian sebagai landasan konseptual yang tidak dijadikan kerangka dalam penelitian tersebut.

Penelitian keempat oleh Deka Hardiya Putra,²⁸ membahas kepastian hukum metode pembayaran *turnkey* dan risiko insolvensi pada BUMN konstruksi. Perbedaan dengan penelitian penulis: penelitian tersebut berpihak pada BUMN sebagai penyedia jasa yang dirugikan skema pembayaran, sedangkan penelitian penulis berfokus pada pemerintah sebagai pengguna jasa dengan menganalisis konflik norma antara hukum kepailitan dan pengadaan konstruksi, serta merumuskan rekonstruksi kontrak berbasis prinsip kehati-hatian yang mencakup lima mekanisme mitigasi (*early warning system*, *financial monitoring*, *step in rights*, *continuity project clause*, *project rescue clause*) yang tidak dibahas dalam penelitian tersebut.

²⁸ Deka Hardiya Putra, *Kepastian Hukum Metode Pembayaran Turnkey Dalam Kontrak Konstruksi Terhadap Risiko Insolvensi Pada Badan Usaha Milik Negara (BUMN) Konstruksi*. Tesis Magister Hukum Universitas Andalas. 2025, h. 1-149.

Penelitian kelima oleh Niko Muhammad Insani,²⁹ dengan judul Implementasi Prinsip Kehati-hatian pada Proses Pemilihan Penyedia Jasa Pekerjaan Konstruksi melalui Katalog Elektronik Sektoral di Balai Pelaksanaan Jalan Nasional Kalimantan Barat membahas dua rumusan masalah: (1) bentuk implementasi prinsip kehati-hatian dalam proses pemilihan penyedia jasa dengan metode e-purchasing melalui katalog elektronik sektoral, serta (2) kendala yang dihadapi dalam implementasinya. Penelitian ini bersifat yuridis empiris dengan fokus pada tahap pra-kontraktual (pemilihan penyedia) di lingkungan Balai Pelaksana Jalan Nasional Kalimantan Barat. Perbedaan dengan penelitian penulis: penelitian tersebut hanya mengkaji penerapan prinsip kehati-hatian pada proses pemilihan penyedia sebelum kontrak ditandatangani dan terbatas pada satu instansi, sementara penelitian penulis secara komprehensif menganalisis konflik norma antara hukum kepailitan dan hukum pengadaan jasa konstruksi serta merumuskan rekonstruksi klausula kontraktual berbasis prinsip kehati-hatian yang mencakup lima mekanisme mitigasi risiko pasca-kontrak (*early warning system, financial monitoring, step in rights, continuity project clause, project rescue clause*) untuk menjamin keberlangsungan proyek ketika penyedia dinyatakan pailit—aspek yang sama sekali tidak dibahas dalam penelitian Niko Muhammad Insani.

Berdasarkan uraian perbandingan di atas, dapat dinyatakan bahwa belum pernah ada penelitian sebelumnya yang secara khusus dan komprehensif

²⁹ Niko Muhammad Insani, *Implementasi Prinsip Kehati-Hatian Pada Proses Pemilihan Penyedia Jasa Pekerjaan Konstruksi Melalui Katalog Elektronik Sektoral Di Balai Pelaksanaan Jalan Nasional Kalimantan Barat*, Tesis Magister Hukum Universitas Andalas. 2025, h. 1-126.

membahas konflik norma antara hukum pengadaan jasa konstruksi (terutama No. 46 Tahun 2025 jo. UU No. 2 Tahun 2017) dengan hukum kepailitan (UU No. 37 Tahun 2004) dalam konteks kepailitan penyedia jasa konstruksi, serta merumuskan rekonstruksi kontrak pengadaan berbasis prinsip kehati-hatian yang mencakup kelima mekanisme mitigasi risiko (*early warning system, financial monitoring, step in rights, continuity project clause, dan project rescue clause*). Dengan demikian, penelitian tesis ini memenuhi unsur kebaruan (*novelty*) baik dari aspek rumusan masalah, kerangka teoritis, maupun kontribusi praktis bagi pengembangan hukum kontrak konstruksi dan kepailitan di Indonesia.

1.6 Metode Penelitian

1.6.1 Tipe Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang memandang hukum sebagai sistem kaidah yang bersifat preskriptif, sehingga analisis difokuskan pada norma-norma hukum positif untuk menilai konsistensi dan rasionalitasnya.³⁰ Penelitian ini menganalisis konflik norma antara hukum kepailitan dan hukum pengadaan jasa konstruksi, di mana hukum kepailitan membatasi kewenangan debitur atas harta kekayaannya untuk kepentingan kreditor, sementara hukum pengadaan menuntut efektivitas, efisiensi, dan kapasitas penyedia demi keberlangsungan proyek. Oleh karena itu, penelitian ini tidak hanya mengidentifikasi konflik tersebut, tetapi juga merumuskan mitigasi risiko kepailitan penyedia melalui penerapan prinsip kehati-hatian

³⁰ Philipus M Hadjon, *Argumentasi hukum*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, h. 1

(*precautionary principle*) guna menjaga keseimbangan antara kepastian hukum, keadilan, dan kemanfaatan serta menjamin keberlangsungan proyek.

1.6.2 Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah dalam penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).³¹ Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah berbagai peraturan hukum yang berkaitan dengan kepailitan dan pengadaan jasa konstruksi guna menemukan keselarasan maupun potensi konflik norma. Sementara itu, pendekatan konseptual digunakan untuk memahami asas, doktrin, dan prinsip hukum, khususnya prinsip kehati-hatian (*precautionary principle*), sebagai dasar dalam menemukan *problem solving* atas mitigasi risiko kepailitan penyedia demi menjamin keberlangsungan proyek.

1.6.3 Bahan Hukum

Dalam penelitian ini, bahan hukum diposisikan sebagai fondasi epistemik yang terdiri atas bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan dipahami sebagai manifestasi otoritatif dari kehendak normatif yang menjadi titik tolak dalam menelaah struktur, konsistensi, dan keberlakuan norma hukum di bidang kepailitan dan pengadaan jasa konstruksi. Sementara itu, bahan hukum sekunder yang mencakup

³¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, h. 32

literatur, buku, jurnal ilmiah, serta pemikiran para sarjana hukum, berfungsi sebagai perangkat reflektif dan interpretatif untuk mengelaborasi makna, memperkuat argumentasi, serta memperdalam konstruksi analisis terhadap isu hukum yang dikaji.

1.6.4 Prosedur Pengumpulan Data

Prosedur pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan melalui studi kepustakaan (*library research*), yaitu dengan menginventarisasi, menelaah, dan mengkaji bahan hukum primer dan sekunder secara sistematis.³² Metode ini tidak hanya sekadar mengumpulkan data, tetapi juga merupakan proses memahami dan menafsirkan teks hukum sebagai wujud dari kehendak normatif. Melalui cara ini, peneliti membangun pemahaman yang utuh terhadap norma hukum, sekaligus menelusuri hubungan, konsistensi, dan kemungkinan adanya konflik antar ketentuan yang berkaitan dengan permasalahan yang dikaji.

1.6.5 Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Pengolahan dan analisis bahan hukum dalam penelitian ini dilakukan secara sistematis melalui tahapan klasifikasi, interpretasi, dan evaluasi terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Dalam perspektif normatif, pengolahan bahan hukum tidak hanya dimaknai sebagai kegiatan teknis, tetapi juga sebagai proses penataan rasional terhadap norma-norma hukum agar membentuk struktur yang koheren.³³ Selanjutnya, analisis dilakukan dengan menggunakan penalaran hukum

³² *Ibid*, h. 134.

³³ *Ibid*, h. 89.

untuk menelaah konsistensi, menemukan konflik norma, serta merumuskan argumentasi preskriptif sebagai dasar dalam memberikan solusi atas permasalahan yang dikaji.

1.6.6 Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan disusun secara terstruktur untuk menjawab kedua rumusan masalah mengenai dampak tidak diterapkannya prinsip kehati-hatian dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi serta rekonstruksi pengaturan kontrak sebagai upaya mitigasi risiko kepailitan penyedia. Secara keseluruhan, penelitian ini terbagi ke dalam empat bab yang saling berkaitan dan disusun secara sistematis dan komprehensif.

Bab I merupakan pendahuluan yang memuat latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, serta manfaat penelitian baik secara teoritis maupun praktis. Selanjutnya, bab ini menyajikan tinjauan pustaka yang mencakup konsep perjanjian, kontrak pengadaan jasa konstruksi beserta jenis-jenis dan syarat sahnya, asas kehati-hatian, kepailitan, kedudukan hukum perusahaan pailit, serta konflik norma. Bagian akhir BAB I diisi dengan metode penelitian yang menjelaskan tipe penelitian, pendekatan masalah, bahan hukum, prosedur pengumpulan data, serta teknik pengolahan dan analisis bahan hukum.

Bab II membahas rumusan masalah pertama mengenai dampak tidak diterapkannya prinsip kehati-hatian dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi terhadap keberlangsungan proyek ketika penyedia dinyatakan pailit. Pembahasan diawali dengan pemaparan pengaturan

hukum pengadaan jasa konstruksi dan pengaturan hukum kepailitan, kemudian dilanjutkan dengan identifikasi konflik norma antara kedua pengaturan hukum tersebut yang menunjukkan belum optimalnya pengaturan berbasis prinsip kehati-hatian dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi. Selanjutnya, bab ini menganalisis implikasi yuridis dari tidak diterapkannya prinsip kehati-hatian terhadap keberlangsungan kontrak dan proyek konstruksi publik, serta menganalisis keterbatasan pengaturan hukum dalam memberikan perlindungan terhadap keberlangsungan proyek akibat kepailitan penyedia.

Bab III menjawab rumusan masalah kedua tentang rekonstruksi pengaturan kontrak pengadaan jasa konstruksi sebagai upaya mitigasi risiko kepailitan berdasarkan prinsip kehati-hatian. Bab ini dimulai dengan pemaparan konsep dan elemen prinsip kehati-hatian serta relevansinya dalam mitigasi risiko kepailitan. Selanjutnya, menguraikan rekonstruksi pengaturan kontraktual yang mengintegrasikan prinsip kehati-hatian ke dalam klausula-klausula kunci, meliputi: *early warning system* (sistem peringatan dini), *financial monitoring* (pemantauan keuangan), *step in rights* (hak masuk dan penggantian penyedia), *continuity project clause* (klausul keberlanjutan proyek), dan *project rescue clause* (klausul penyelamatan proyek). Bab III ditutup dengan analisis efektivitas rekonstruksi pengaturan tersebut dalam menjamin keberlangsungan proyek konstruksi pasca kepailitan penyedia.

Bab IV merupakan penutup yang berisi kesimpulan dan saran. Kesimpulan disajikan secara terpisah untuk menjawab masing-masing

rumusan masalah. Adapun saran ditujukan kepada pembentuk kebijakan, khususnya Lembaga Kebijakan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (LKPP), Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), praktisi hukum, serta peneliti selanjutnya, guna memperkuat pengaturan kontrak pengadaan jasa konstruksi yang berbasis prinsip kehati-hatian.

Dengan sistematika penulisan yang demikian, penelitian ini diharapkan mampu menyajikan analisis hukum yang runtut, mulai dari identifikasi masalah normatif, eksplorasi konflik antarperaturan, hingga penawaran solusi konkret melalui klausul-klausul kontraktual yang berbasis pada prinsip kehati-hatian. Seluruh bab tersusun secara logis dan koheren sehingga memudahkan pembaca dalam memahami alur berpikir peneliti serta menilai kontribusi akademik dan praktis dari penelitian ini.

1.7 Tinjauan Pustaka

1.7.1 Konflik Norma

Konflik norma (*norm conflict*) merupakan keadaan di mana terdapat dua atau lebih norma hukum yang berlaku secara bersamaan namun memberikan perintah, larangan, atau konsekuensi hukum yang saling bertentangan terhadap suatu peristiwa hukum yang sama. Hal ini seringkali disebut juga dengan antinomi hukum.³⁴ Dalam pandangan Gustav Radbruch, konflik norma juga dapat mencerminkan ketegangan antara nilai kepastian hukum

³⁴ Habibul Umam Taqiuddin, *Penalaran Hukum (Legal Reasoning) Dalam Putusan Hakim*. JISIP (Jurnal Ilmu Sosial dan Pendidikan), 2017, Vol. 1 No. 2, 191, <http://dx.doi.org/10.58258/jisip.v1i2.343>

(*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtigkeits*), dan kemanfaatan (*zweckmäßigkeit*), di mana dalam situasi ekstrem, keadilan harus diutamakan atas kepastian formal.³⁵ Dengan demikian, konflik norma tidak hanya menempatkan subjek hukum dalam dilema normatif, tetapi juga mengungkap keterbatasan hukum sebagai sistem rasional yang senantiasa berupaya menyeimbangkan antara logika, moralitas, dan realitas sosial.

Konflik norma berbeda secara konseptual dengan kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dan kekaburan hukum (*vagueness*). Kekosongan hukum terjadi ketika tidak terdapat norma yang mengatur suatu peristiwa hukum, sehingga hakim atau penegak hukum harus melakukan penemuan hukum. Sementara itu, kekaburan hukum terjadi ketika suatu norma ada, tetapi rumusannya tidak jelas atau multitafsir.³⁶ Berbeda dengan keduanya, konflik norma justru ditandai dengan keberadaan norma yang berlebih dan saling bertentangan, sehingga permasalahan utamanya bukan ketiadaan atau ketidakjelasan, melainkan ketidaksinkronan antar norma yang sama-sama berlaku.

Dalam menghadapi konflik norma, dikenal sejumlah asas yang berfungsi sebagai identifikasi masalah dan mekanisme *problem solving*. Pertama, asas *lex superior derogat legi inferiori*, yang menyatakan bahwa norma yang lebih tinggi mengesampingkan

³⁵ Donny Donardono, *Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia*, Perkumpulan Untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), Jakarta, 2007, h. 76.

³⁶ *Op.Cit.*, Habibul Umam Taqiuddin, h. 192.

norma yang lebih rendah. Kedua, *asas lex specialis derogat legi generali*, yang menegaskan bahwa norma yang bersifat khusus mengesampingkan norma yang bersifat umum. Ketiga, *asas lex posterior derogat legi priori*, yang berarti norma yang lebih baru mengesampingkan norma yang lebih lama. Ketiga asas ini menjadi alat utama dalam mengharmonisasi konflik norma secara sistematis.³⁷

Selain itu, Paul Scholten memberikan pemahaman bahwa penerapan prinsip-prinsip tersebut memerlukan pendekatan interpretative dan *rechtsverfijning* sekaligus dengan mempertimbangkan konteks, tujuan pembentukan norma, serta nilai keadilan yang hendak dicapai.³⁸ Dalam praktiknya, hakim atau analis hukum sering kali mengombinasikan beberapa asas sekaligus. Ketika antinomi hukum mengemuka, hakim tak boleh bersembunyi di balik kulit formal teks, melainkan wajib menggali ruh hukum melalui reinterpretasi. Sebab keadilan substantif bukan sekadar kepastian prosedural adalah tujuan tertinggi, yang hanya mungkin dicapai dengan menyeimbangkan kepastian, kemanfaatan, dan keadilan sekaligus.³⁹

Selain itu, dikenal pula asas proporsionalitas, yang menuntut agar dalam memilih norma yang akan diterapkan, harus dipertimbangkan keseimbangan antara kepentingan yang dilindungi

³⁷ *Ibid*, h. 193.

³⁸ *Op.Cit.*, Habibul Umam Taqiuddin, h. 194.

³⁹ *Op.Cit.*, Habibul Umam Taqiuddin, h. 191.

oleh masing-masing norma. Dalam konteks ini, penyelesaian konflik norma tidak hanya bersifat formal, tetapi juga substantif, dengan tetap memerhatikan empat indikator utama penyelesaian, yaitu *legitimate goal of law*, *rational achievement*, *necessity*, dan *balancing*.⁴⁰ Prinsip lain yang juga penting adalah asas kemanfaatan (*utility*) dan keadilan substantif, yang mendorong penegak hukum untuk memilih penerapan norma yang paling memberikan manfaat bagi masyarakat luas dan tidak sekadar berpegang pada legalitas formal.⁴¹ Dengan menggunakan prinsip-prinsip tersebut, penyelesaian konflik norma menjadi lebih kontekstual, adaptif, dan responsif terhadap dinamika sosial yang berkembang.

Pendekatan *socio-legal* berperan penting dalam menganalisis konflik norma karena tidak hanya melihat hukum sebagai teks normatif, tetapi juga sebagai praktik sosial yang hidup dalam masyarakat.⁴² Melalui pendekatan ini, konflik norma dapat dipahami dalam konteks relasi kekuasaan, kepentingan ekonomi, serta dinamika sosial yang melatarbelakanginya. Dengan demikian, penyelesaian konflik norma tidak semata-mata berbasis pada

⁴⁰ Faiq Tobroni, *Asas Proporsionalitas Sebagai Moderasi Pandangan Hukum Diametral = Proportionality Principle As To Moderate Diametrical Legal Views*. Jurnal Yudisial, Vol. 11 No. 3, 2018, h. 313.

⁴¹ I Komang Kartika Yasa, dkk, *Keadilan Substantif Dalam Praktik Diskresi Kepolisian: Telaah Normatif Filosofis Atas Kasus Anak Melaporkan Ibu Kandung*, Journal of Humanities and Education (Versa), Vol. 7 No. 4, 2025, h. 82.

⁴² Rifqi Qowiyul Iman, *Rekonstruksi Ilmu Hukum melalui Paradigma Sosio-Legal*, Marinews Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 2025, <https://marinews.mahkamahagung.go.id/artikel/rekonstruksi-ilmu-hukum-melalui-paradigma-sosio-legal-05B>, diakses pada 10 April 2026.

hierarki peraturan, tetapi juga mempertimbangkan dampak sosial dan efektivitas penerapannya di lapangan.

Dalam konteks hukum kepailitan dan hukum pengadaan barang/jasa, konflik norma sering muncul, misalnya antara ketentuan mengenai status debitur pailit dengan ketentuan kelayakan penyedia dalam kontrak pengadaan. Hukum kepailitan menempatkan debitur dalam kondisi kehilangan kewenangan mengelola harta kekayaannya, sementara hukum pengadaan menuntut kapasitas hukum dan finansial penyedia untuk melaksanakan kontrak. Konflik ini menimbulkan persoalan terkait keberlanjutan kontrak, tanggung jawab hukum, serta perlindungan terhadap kepentingan negara dan kreditur. Oleh karena itu, analisis konflik norma menjadi krusial untuk memastikan adanya keseimbangan antara kepastian hukum, efisiensi pengadaan, dan perlindungan terhadap para pihak yang terlibat.

Ketegangan normatif tersebut tidak berhenti pada tataran konseptual, melainkan menemukan manifestasi konkretnya dalam praktik, salah satunya pada kasus kepailitan PT Istaka Karya. Kasus ini menyingkap absurditas relasi antara norma dan tujuan sosialnya, yakni penundaan proyek akibat kendali kurator menanggihkan manfaat publik, memunculkan kerugian material dan immaterial bagi negara dan masyarakat. Kebutuhan tender ulang mencerminkan inefisiensi, sementara terganggunya mobilitas, distribusi, dan

aktivitas ekonomi memicu penurunan produktivitas serta efek domino ekonomi.

Ketika kepailitan menghancurkan kapasitas finansial penyedia namun logika pengadaan masih memaksanya melanjutkan proyek, atau sebaliknya ketika kurator menghentikan proyek sehingga manfaat publik menjadi korban, maka di manakah letak keadilan substantif atas kesejahteraan rakyat yang seharusnya menjadi orientasi utama? Dalam konflik antara kepastian usaha dan kelangsungan proyek publik, maka secara nyata dibutuhkan keberanian moral menafsirkan hukum secara inovatif dan kontekstual, bukan menjadi sekadar "corong undang-undang" yang membiarkan konflik norma melumpuhkan pembangunan dan aktivitas ekonomi rakyat.

1.7.2 Perjanjian

Perjanjian sebagaimana istilah yang digunakan dalam *Burgelijk Wetboek* (BW) berasal dari Bahasa Inggris, yaitu *agreement* atau *contract*. Dalam bahasa Belanda ia disebut dengan *overeenkomst*. Subekti menyatakan bahwa kontrak memiliki pengertian yang lebih sempit dibandingkan dengan perjanjian dalam arti *agreement* karena kontrak ditujukan pada suatu perjanjian atau persetujuan yang sifatnya tertulis.⁴³ Secara normatif, Pasal 1313 BW menegaskan bahwa perjanjian merupakan suatu perbuatan dengan mana satu orang atau

⁴³ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2011, h. 13.

lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Akan tetapi, dalam doktrin yuridis, definisi tersebut dinilai masih terlalu luas dan tidak lengkap karena hanya menekankan pada persetujuan secara sepihak sedemikian sehingga dalam perkembangannya perjanjian dipahami sebagai hak dan kewajiban dalam hubungan hukum yang menjejawantah dalam hubungan timbal balik antara para pihak.⁴⁴

Perjanjian didasarkan pada Buku III tentang Perikatan dalam BW (*Burgerlijk Wetboek*/BW). Hukum perjanjian dalam BW mengatur mengenai pembentukan, pelaksanaan, hingga akibat hukum dari suatu perjanjian. Perjanjian tentunya haruslah memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana ketentuan Pasal 1320 BW yang menegaskan bahwa suatu perjanjian disebut sah apabila memenuhi unsur kesepakatan, kecakapan para pihak, objek tertentu, dan sebab yang halal.

Perjanjian memiliki unsur-unsur yang melekat, yaitu adanya para pihak, kesepakatan, objek tertentu, serta tujuan yang sah secara hukum. Unsur-unsur tersebut tidak hanya menentukan terbentuknya suatu perjanjian, tetapi juga menjadi dasar dalam menjamin kepastian hukum dan perlindungan bagi para pihak. Perjanjian pada akhirnya berfungsi sebagai alat untuk menciptakan hubungan hukum yang mengikat serta memberikan mekanisme penyelesaian apabila terjadi wanprestasi,

⁴⁴ Teddy Permana, *Wanprestasi Pt. X Terhadap Pemerintah Provinsi Sumatera Selatan dalam Perjanjian Kerjasama Pembangunan Proyek Kawasan Ekonomi Khusus Tanjung Api-Api Dihubungkan Dengan Buku III KUH Perdata*, Tesis Fakultas Hukum, Universitas Pasundan, Bandung, 2023, h. 29.

sehingga memiliki peran penting dalam menjaga stabilitas dan keadilan dalam hubungan hukum dan kegiatan ekonomi.

Diantara prinsip fundamental, terdapat beberapa asas utama yang harus dipahami dalam hukum perjanjian, yakni asas kebebasan berkontrak, asas konsensualisme, dan asas *pacta sunt servanda*. Asas kebebasan berkontrak menempatkan para pihak sebagai aktor utama yang merdeka untuk merancang isi, menentukan bentuk, serta memilih dengan siapa perjanjian itu dibuat.⁴⁵ Namun dalam perkembangan bisnis modern, asas ini tak lagi absolut dikarenakan terdapat limitasi terkait prinsip kepatutan, keadilan, serta imperatif perlindungan bagi pihak yang lebih lemah.⁴⁶

Sementara itu, asas konsensualisme secara tegas menyatakan bahwa perjanjian muncul sejak adanya kesepakatan para pihak yang berkepentingan tanpa memerlukan formalitas tertentu sedemikian sehingga kehendak para pihak menjadi *core* bagi terwujudnya hubungan hukum.⁴⁷ Adapun asas *pacta sunt servanda* secara tegas menyatakan bahwa setiap perjanjian yang sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang menyepakatinya serta berkewajiban melaksanakan ketentuan setiap klausula dengan penuh tanggung jawab.⁴⁸

⁴⁵ Tami Rusli, *Asas Kebebasan Berkontrak Sebagai Dasar Perkembangan Perjanjian di Indonesia*, Pranata Hukum, Universitas Bandar Lampung, Vol. 10 No. 1, 2015, h. 25, <https://doi.org/10.36448/pranatahukum.v10i1.152>

⁴⁶ *Ibid*, h. 33.

⁴⁷ Purnama Sari, Muhammad Yadi Harahap, *Eksistensi Asas Konsensualisme dalam Perjanjian Kerja Sama Bagi Hasil Perkebunan Kelapa Berdasarkan KUHPerdara*, Jurnal Hukum Lex Generalis, Vol. 5, No. 10, 2024, h. 6, <https://doi.org/10.56370/jhlg.v5i10.544>

⁴⁸ *Ibid*, h. 5.

Terdapat pula asas itikad baik (*good faith*) yang memegang peranan penting dalam menjamin cita hukum dalam perjanjian khususnya kepastian hukum, keadilan dan kepatutan dalam hubungan kontraktual. Asas ini menuntut agar para pihak tidak semata terikat pada rumusan formal perjanjian, melainkan juga menginternalisasi nilai kejujuran, kewajaran, dan kepatutan, baik dalam tahap pembentukan maupun pelaksanaan kontrak.⁴⁹ Meskipun bersifat *open norm*, asas itikad baik juga berfungsi sebagai limitasi atas kebebasan berkontrak, sehingga hal ini merupakan manifestasi preventif terhadap potensi penyalahgunaan keadaan atau ketidakseimbangan posisi para pihak. Dengan demikian, keseluruhan asas-asas sebagaimana telah disebutkan merupakan satu-kesatuan secara integral dan tidak dapat dipisahkan satu sama lain, melainkan harus diwujudkan secara proporsional dan akuntabilitas untuk mewujudkan kepastian hukum, keadilan, keseimbangan serta kepatutan dalam hubungan hukum para pihak.

Perjanjian juga menjalankan fungsi sebagai instrumen normatif dalam distribusi dan alokasi risiko (*risk allocation*) di antara para pihak.⁵⁰ Dalam kerangka ini, para pihak tidak semata-mata menyepakati prestasi yang harus dipenuhi, melainkan juga secara sadar mengonstruksi pembagian atas potensi risiko yang dapat timbul selama pelaksanaan kontrak, seperti keterlambatan, kegagalan pekerjaan, maupun risiko finansial.⁵¹ Selain sebagai instrumen alokasi risiko,

⁴⁹ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, (Bandung: Alumni, 1982), hal. 10-11.

⁵⁰ *Op.Cit.*, Caglar Sahin, h. 61,

⁵¹ *Ibid*, h. 62.

perjanjian juga berfungsi sebagai perangkat normatif untuk melindungi kepentingan para pihak dalam suatu hubungan hukum. Melalui perumusan klausula-klausula kontraktual, para pihak tidak hanya mengantisipasi potensi kerugian yang mungkin timbul, tetapi juga menetapkan mekanisme *problem solving* apabila terjadi sengketa atau wanprestasi.

Fungsi perjanjian juga berkembang sebagai alat preventif untuk mengantisipasi risiko sebelum risiko tersebut benar-benar terjadi.⁵² Hal ini sejalan dengan pendekatan modern yang menekankan pentingnya perancangan kontrak (*contract design*) yang responsif terhadap potensi permasalahan di masa depan. Dengan demikian, perjanjian tidak hanya berfungsi secara reaktif dalam menyelesaikan sengketa, tetapi juga secara proaktif mencegah timbulnya sengketa dan kerugian, termasuk yang disebabkan oleh kondisi eksternal seperti ketidakmampuan finansial salah satu pihak.

Karakter kontrak pengadaan jasa konstruksi yang kompleks dan sarat risiko menuntut agar perjanjian tidak direduksi semata sebagai instrumen yang mengikat secara formal, melainkan dipahami sebagai perangkat normatif untuk mengelola potensi risiko sepanjang siklus pelaksanaan proyek. Dalam kerangka ini, fungsi perjanjian sebagai mekanisme distribusi risiko memperoleh signifikansi yang esensial,

⁵² Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'*, Columbia Law Review, New York, 2000, h. 799, Cohen menyatakan, “the essential problem of the law of contract is the problem of distribution of risks.” Lihat *Op.Cit*, Peer Zumbansen, juga menyatakan, “The contracts made by powerful parties, standard contracts included, that are sanctioned by the state (or not invalidated), are nothing different than the bestowal of sovereign power on one party of the contract.”

mengingat proyek konstruksi berada dalam ruang ketidakpastian yang mencakup dimensi teknis, administratif, hukum, hingga finansial.⁵³ Oleh karena itu, perancangan kontrak pengadaan harus mengintegrasikan pendekatan antisipatif yang mampu merespons berbagai kemungkinan yang berpotensi mengganggu keberlanjutan proyek.

Jenis dan karakteristik perjanjian dalam pengadaan jasa konstruksi menunjukkan adanya kebutuhan akan fleksibilitas dalam pengaturan kontraktual, mengingat kontrak pengadaan tidak selalu dapat diklasifikasikan secara rigid sebagai perjanjian bernama karena kerap memuat unsur-unsur khusus yang disesuaikan dengan kebutuhan proyek dan kebijakan pemerintah. Fleksibilitas tersebut diperlukan untuk mengakomodasi kompleksitas dan dinamika pelaksanaan proyek, sehingga hukum perjanjian dalam konteks ini dituntut untuk adaptif terhadap perkembangan praktik.⁵⁴ Namun demikian, fleksibilitas tersebut juga berpotensi menimbulkan ketidakseimbangan posisi tawar antara pengguna jasa dan penyedia, yang pada akhirnya dapat menciptakan ketidakadilan dalam alokasi risiko. Penerapan prinsip kehati-hatian (*precautionary principle*) menjadi penting, tidak hanya untuk melindungi kepentingan pengguna jasa, tetapi juga untuk

⁵³ Fathir Arfiansyah, Sami'an Sami'an, Sarwono Hardjomuljadi, *Kontrak Konstruksi Pemerintah sebagai Relasi Kuasa: Analisis Sosio-Legal terhadap Dominasi Owner dan Alokasi Resiko*, Syntax Literate: Jurnal Ilmiah Indonesia, Vol. 11 No. 1, 2026, h. 349, <https://doi.org/10.36418/syntax-literate.v11i1.63597>

⁵⁴ Randy Angga Erland Kesek, Sarwono Hardjomuljadi, *Analisis Red Clause Kontrak Konstruksi APBD Dengan Fidic Red Book 1999*, Jurnal Konstruksia, Vol 11 No. 2, 2020, h. 105, <https://doi.org/10.24853/jk.11.2.103-126>

memastikan distribusi risiko yang proporsional dan adil bagi para pihak, termasuk dalam menghadapi risiko ekstrem seperti kepailitan penyedia.

1.7.3 Kontrak Pengadaan Jasa Konstruksi

Kontrak pengadaan barang/jasa pemerintah dibentuk dengan terlebih dahulu melalui fase pra-kontraktual (*pre-contractual stage*) sebagai ruang dialektika kehendak para pihak di mana hal ini termasuk rangkaian proses persiapan dan pelaksanaan pengadaan, termasuk penetapan metode pemilihan penyedia serta evaluasi terhadap dokumen penawaran.⁵⁵ Pada fase ini, konstruksi kesepakatan tidak hadir secara tiba-tiba, melainkan dibentuk melalui mekanisme tender atau seleksi, dan dalam situasi tertentu dimungkinkan melalui negosiasi sebagai manifestasi interaksi kehendak (*meeting of minds*) para pihak. Para pihak perlu mengkaji secara cermat mengenai elemen-elemen kesepakatan yang meliputi kedudukan *Memorandum of Understanding* (MoU), aspek kewenangan para pihak, serta prinsip-prinsip fundamental sebagai landasan dalam perancangan kontrak bisnis para pihak.⁵⁶

Setelah proses negosiasi berlangsung dan sebelum kontrak ditandatangani, para pihak biasanya menyusun perjanjian pendahuluan (*pactum de contrahendo*) sebagai landasan untuk dapat membuat perjanjian yang lebih detail dan mengandung kepastian hukum. Dalam praktiknya, perjanjian ini dikenal sebagai *Memorandum of*

⁵⁵ Yohanes Sogar Simamora, Faizal Kurniawan, Bagus Oktafian, Rizky Amalia, *Pengantar Hukum: Pengadaan Barang & Jasa*, Airlangga University Press, Surabaya, 2021, h. 149-150.

⁵⁶ *Ibid*, h. 149-150.

Understanding (MoU) atau *Letter of Intent* (LoI). Umumnya MoU digunakan dalam transaksi yang kompleks dan memerlukan waktu persiapan yang panjang. Substansi perjanjian pendahuluan terletak pada kesepakatan untuk membuat perjanjian di kemudian hari (*agreement to agree*), sehingga tidak mengatur hak dan kewajiban secara rinci, kecuali hanya pokok-pokok kesepakatan yang nantinya akan dielaborasi dalam kontrak utama.⁵⁷ Oleh karena itu, secara yuridis kekuatan mengikat MoU cenderung terbatas, sebagaimana dikemukakan oleh Dalhuisen bahwa pada dasarnya para pihak dapat saling berkomitmen, namun apabila tidak memenuhi bentuk kontrak yang diakui hukum (*ius civile*), maka komitmen tersebut hanya bersifat moral (*pactum nudum*) dan tidak dapat dipaksakan pelaksanaannya, meskipun dalam perkembangan tertentu *praetor* kemudian memberikan dasar gugatan terhadap sebagian di antaranya.⁵⁸

Kontrak pengadaan jasa konstruksi merupakan perjanjian antara pengguna jasa (pemerintah melalui Pejabat Pembuat Komitmen) dengan penyedia jasa konstruksi di mana di dalamnya terdapat relasi hak dan kewajiban yang mengatur berbagai hal diantaranya ialah pelaksanaan pekerjaan konstruksi, hak dan kewajiban para pihak, ruang lingkup pekerjaan, jangka waktu proyek, serta mekanisme pembayaran (bahkan dengan termin jika diperlukan) dan pengendalian pekerjaan (*project*

⁵⁷ *Ibid*, h. 150.

⁵⁸ J. Dalhuisen, *International Commercial Financial and Trade Law*, Materials European Contract Law, J.M. Van Dunne ed., 2023/2024, h. 126.

control management).⁵⁹ Kontrak ini lahir dari proses pra-kontraktual dalam pengadaan barang/jasa pemerintah yang meliputi perencanaan, pemilihan penyedia, hingga penetapan pemenang, sehingga memiliki karakteristik sebagai kontrak yang tidak sepenuhnya lahir dari negosiasi bebas, melainkan dibentuk dalam kerangka regulasi dan prosedur administratif yang ketat. Hal ini sebagaimana diatur dalam pasal 23 ayat (1) Undang Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi. Dengan demikian, kontrak pengadaan jasa konstruksi tidak hanya tunduk pada hukum perjanjian secara umum, tetapi juga pada ketentuan khusus dalam ketentuan hukum pengadaan dan jasa konstruksi.

Kontrak pengadaan jasa konstruksi memiliki karakteristik gradasi kompleksitas yang tinggi karena melibatkan beragam dimensi teknis, administratif, dan finansial dalam jangka waktu pelaksanaan (*temporary*) yang relatif panjang. Selain itu, kontrak ini bersifat multi-pihak secara fungsional, karena selain pengguna jasa dan penyedia utama, terdapat pula subkontraktor, konsultan pengawas, dan pihak lain yang terlibat dalam pelaksanaan proyek. Karakteristik lainnya adalah adanya ketergantungan yang tinggi terhadap kondisi lapangan dan faktor eksternal,⁶⁰ sehingga kontrak harus mampu mengakomodasi perubahan yang mungkin terjadi selama pelaksanaan. Oleh karena itu, kontrak pengadaan jasa konstruksi bukan hanya sebagai lembaran-

⁵⁹ Mandar Trisno Hadisaputra, *Bentuk Pembayaran Kontrak Pengadaan Barang Jasa Pemerintah*, Balai Diklat Keuangan Makassar, Makassar, 2023, <<https://bppk.kemenkeu.go.id/balai-diklat-keuangan-makassar/artikel/bentuk-pembayaran-kontrak-pengadaan-barang-jasa-pemerintah-910455>>, diakses pada 2 April 2026.

⁶⁰ Darmawan Pontan, *Manajemen Proyek Konstruksi: Konsep, Strategi, dan Praktik dalam Teknik Sipil*, Media Penerbit Indonesia, Medan, 2024, h. 20.

lembaran kertas yang berfungsi sebagai kesepakatan hak dan kewajiban para pihak, melainkan juga sebagai kerangka pengelolaan pelaksanaan proyek yang menuntut gradasi keadilan, kepastian hukum, kemanfaatan, hingga fleksibilitas dalam menghadapi dinamika pekerjaan.

Prinsip kontrak pengadaan jasa konstruksi pada dasarnya merupakan turunan dari prinsip-prinsip umum pengadaan barang/jasa pemerintah yang menekankan efisiensi, efektivitas, transparansi, keterbukaan, persaingan yang sehat, keadilan, dan akuntabilitas sebagaimana diatur dalam Perpres 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah jo. Perpres 12 Tahun 2021. Prinsip efisien dan efektif menuntut agar pelaksanaan kontrak mampu menghasilkan *output* yang optimal dengan penggunaan sumber daya yang tepat, sedangkan prinsip transparansi dan keterbukaan menjamin bahwa seluruh proses kontraktual dapat diakses dan diawasi secara objektif.⁶¹ Selain itu, prinsip persaingan yang sehat dan adil bertujuan untuk menciptakan kondisi yang setara bagi para penyedia dalam mengikuti proses pengadaan, sehingga menghasilkan penyedia yang kompeten dan berkualitas.⁶²

Dalam memahami mekanisme pembuatan dan pelaksanaan serta bagaimana *problem solving* atas permasalahan kontrak jasa konstruksi, secara khusus kita perlu memahami prinsip-prinsip hukum kontrak jasa konstruksi. antara lain:

⁶¹ Dwi Seno Wijanarko, Gatot Efrianto, Sabela Gayo, *Persoalan Hukum dalam Pengadaan Barang dan Jasa*, Penerbit Pata, Yogyakarta, 2023, h. 69.

⁶² *Ibid*, h. 69-70.

- a. Prinsip niat membuat hubungan hukum (*intention to create legal relation*);
- b. Prinsip bayar ketika dibayar (*pay when paid*);
- c. Prinsip profesionalitas;
- d. Prinsip *privity of contract*;
- e. Dan lain-lain.

Prinsip-prinsip dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi pada dasarnya memberikan arah normatif mengenai bagaimana kontrak seharusnya disusun dan dilaksanakan secara adil, transparan, dan akuntabel. Namun demikian, prinsip-prinsip tersebut tidak berdiri sendiri, melainkan harus diwujudkan dalam kerangka pengaturan hukum yang konkret agar memiliki kekuatan mengikat dan dapat diimplementasikan secara efektif dalam praktik. Meskipun regulasi pengadaan telah mengatur prinsip-prinsip dasar yang cukup komprehensif, namun pengaturan tersebut belum secara eksplisit mengakomodasi mekanisme mitigasi risiko, khususnya yang berkaitan dengan risiko finansial penyedia.

Perpres 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah sebagaimana telah diubah dengan Perpres 12 Tahun 2021, telah mengatur keseluruhan proses pengadaan mulai dari perencanaan hingga pelaksanaan kontrak. Selain itu, terdapat aspek teknis dan penyelenggaraan jasa konstruksi yang juga diatur dalam UU Jasa Konstruksi, yang memberikan kerangka hukum terkait penyelenggaraan pekerjaan konstruksi, termasuk tanggung jawab para

pihak, standar mutu, serta pengawasan pelaksanaan pekerjaan. Adapun secara keperdataan, kontrak jasa konstruksi tetap tunduk pada ketentuan umum dalam Buku III *Burelijk Wetboek* (BW) tentang Perikatan, yang mengatur mengenai dasar-dasar perjanjian.

Hukum yang ada saat ini cenderung berfokus pada aspek prosedural, administratif, serta mekanisme pelaksanaan dan penyelesaian kontrak, seperti pengaturan mengenai pemutusan kontrak, sanksi, dan penyelesaian sengketa. Roscoe Pound dalam teorinya *law as a tool of social engineering* menekankan bahwa hukum, khususnya hubungan kontraktual, seharusnya mengarahkan dan mencegah dari potensi disrupsi, bukan hanya sebagai respon atas peristiwa.⁶³ Selain itu, Pond juga menekankan kontrak yang bermotif pada pemeliharaan kondisi sosial (*social engineering*).⁶⁴

Risiko finansial menjadi salah satu faktor yang paling krusial, mengingat keberlangsungan proyek sangat bergantung pada kemampuan penyedia dalam mengelola arus kas, pembiayaan pekerjaan, serta kewajiban terhadap pihak ketiga. Kompleksitas tersebut menunjukkan bahwa kontrak pengadaan jasa konstruksi tidak hanya mengandung risiko yang beragam, tetapi juga saling terkait satu sama lain. Diperlukan pengaturan khusus bagi pengguna anggaran untuk dapat melakukan pemantauan secara berkala atas kondisi

⁶³ Hengki Firmanda, *Hakikat Kontrak Menurut Roscoe Pound dan Relevansinya terhadap Kontrak yang Berkaitan dengan Lingkungan Hidup*. Jurnal Yuridis, Vol. 3 No. 1, 2017, h. 14. <https://doi.org/10.35586/v3i1.168>

⁶⁴ *Ibid*, h. 14.

finansial penyedia tanpa harus menunggi itikad baik agar penyedia bersedia secara deklaratif sebagaimana apa adanya.

Monitoring terhadap kondisi usaha dan keuangan sebagai bagian dari prinsip kehati-hatian (*precautionary principle*) dan mitigasi risiko. Dalam konteks proyek konstruksi yang bersifat jangka panjang dan bernilai besar, pengguna anggaran pada dasarnya juga menghadapi risiko keberlangsungan proyek akibat ketidakmampuan finansial penyedia jasa konstruksi. Secara fungsional, posisi pengguna anggaran dalam proyek konstruksi terutama proyek jangka panjang dan bernilai besar memiliki kemiripan dengan perbankan syariah yang juga berhak untuk melakukan kontrol berkala atas kondisi finansial nasabahnya.⁶⁵ Prinsip ini dinamakan *risk bearing ability* (kemampuan menanggung risiko).⁶⁶ Meskipun pengadaan pemerintah dan perbankan syariah berada dalam rezim hukum yang berbeda, keduanya memiliki kesamaan dalam hal kebutuhan pengendalian risiko terhadap pihak yang secara finansial berpotensi menimbulkan kerugian maupun kegagalan pelaksanaan kewajiban kontraktual. Dengan demikian, pengawasan terhadap stabilitas finansial penyedia jasa konstruksi dapat dipahami sebagai bentuk perlindungan preventif untuk menjaga keberlangsungan proyek publik dan kepentingan masyarakat secara lebih luas.

⁶⁵ Ahmadiono, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, IAIN Jember Press, Jember, 2021, h. 86.

⁶⁶ *Ibid*, h. 49.

Karakteristik risiko yang demikian menuntut adanya pengelolaan yang tidak hanya bersifat reaktif, tetapi juga preventif sejak tahap perumusan kontrak. Namun dalam praktiknya, pengaturan kontrak pengadaan masih cenderung berfokus pada penyelesaian akibat dari risiko, seperti melalui sanksi atau pemutusan kontrak, dibandingkan dengan upaya pengendalian risiko secara sistematis selama pelaksanaan proyek. Hal ini menunjukkan pentingnya pendekatan yang lebih komprehensif dalam memahami dan mengelola risiko dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi, khususnya melalui mekanisme alokasi risiko (*risk allocation*) yang tepat. Dengan demikian, pembahasan mengenai karakteristik risiko ini menjadi dasar untuk mengkaji lebih lanjut bagaimana risiko tersebut seharusnya didistribusikan secara proporsional antara para pihak dalam kontrak.

1.7.3.1 Jenis Kontrak Pengadaan Jasa Konstruksi

Syarat umum kontrak dan syarat khusus kontrak pengadaan jasa konstruksi didasarkan pada ketentuan dalam Peraturan Kepala LKPP No. 6 Tahun 2010 jo. Peraturan Kepala LKPP No. 2 Tahun 2011 tentang Standar Dokumen Pengadaan. Adapun untuk memahami jenis kontrak pengadaan dalam hal hubungan hukum dan aturan hukum yang mengikat para pihak, maka terdapat beberapa *point of view* dalam memahaminya, yaitu berdasarkan:

- a. hubungan hukumnya;
- b. cara pembayaran;

- c. pembebanan waktu;

1.7.3.2 Berdasarkan Hubungan Hukumnya

Berdasarkan hubungan hukumnya, kontrak pengadaan jasa konstruksi membaginya ke dalam 6 jenis, yaitu:⁶⁷

- a. jual beli;
- b. kontrak kerja konstruksi;
- c. kontrak pengadaan jasa konsultasi;
- d. kontrak pengadaan jasa lainnya;
- e. perjanjian kerja sama; atau
- f. kontrak manajemen.

Tidak seluruh jenis kontrak tersebut memiliki relevansi langsung terhadap risiko kepailitan penyedia jasa konstruksi. Kontrak kerja konstruksi memiliki keterkaitan paling erat dengan potensi kegagalan finansial penyedia. Hal ini dikarenakan menyangkut pelaksanaan proyek infrastruktur yang bernilai besar, bersifat jangka panjang, dan bergantung pada kesinambungan arus kas pelaksanaan proyek.

Pasal 1 angka 8 Undang-undang No. 2 Tahun 2017 menjelaskan bahwa kontrak kerja konstruksi merupakan keseluruhan dokumen kontrak yang mengatur tentang hubungan hukum para pihak yaitu pengguna jasa dan penyedia jasa dalam penyelenggaraan jasa konstruksi. Hubungan hukum tersebut selain

⁶⁷ Yohanes Sogar Simamora, *Hukum Kontrak Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah di Indonesia*, LaksBang, Surabaya, 2017, h. 217-238.

melahirkan hak dan kewajiban kontraktual, juga memunculkan tanggung jawab terhadap keberlangsungan proyek. Ketika penyedia jasa konstruksi mengalami keadaan insolvensi, hubungan hukum dalam kontrak konstruksi tidak berhenti sebagai relasi privat semata, melainkan berpotensi memengaruhi pelaksanaan pembangunan dan distribusi manfaat publik secara lebih luas.

Dalam kegiatan pengadaan jasa konstruksi, kita juga mengenal perjanjian kerja sama yang merupakan kontrak antara pemerintah dan pihak swasta untuk melaksanakan proyek yang anggarannya bersumber dari dana APBN/APBD.⁶⁸ Dikarenakan sumber anggarannya ialah APBN/APBD, maka tentu dampaknya bukan hanya dalam ranah privat, melainkan juga melibatkan kepentingan subkontraktor, pekerja, kreditur, dan masyarakat sebagai penerima manfaat pembangunan. Kegagalan finansial penyedia jasa konstruksi dalam kontrak kerja sama berpotensi menimbulkan dampak hukum dan sosial yang lebih luas dibanding hubungan kontraktual privat pada umumnya.

Selain kontrak kerja konstruksi, dalam praktik bisnis dikenal pula kontrak manajemen yang pada umumnya dituangkan dalam bentuk *standard form contract*.⁶⁹ Selain berfungsi sebagai instrumen pengaturan hubungan kerja sama, kontrak kerja

⁶⁸ *Op.Cit.*, Yohanes Sogar Simamora, *Hukum Kontrak Prinsip-Prinsip*, h. 231.

⁶⁹ John Murdoch, et, al, *Construction Contracts (Law and Management)*, Spon Press, London, 2000, h. 41-43.

manajemen juga berfungsi sebagai mekanisme pengendalian operasional terhadap pelaksanaan proyek. Dalam hal ini, pengguna jasa dapat membangun sistem pengawasan terhadap kinerja, kondisi finansial, maupun keberlangsungan pelaksanaan pekerjaan oleh penyedia jasa konstruksi. Dalam konteks demikian, kontrak manajemen memiliki relevansi terhadap penerapan mekanisme mitigasi risiko seperti *early warning system*, *financial monitoring*, maupun *step in rights* guna mengantisipasi kegagalan finansial penyedia yang berpotensi menghambat keberlangsungan proyek publik.

Meskipun kontrak manajemen maupun mekanisme *step in rights* secara teoritis mampu memperkuat pengendalian terhadap risiko kegagalan proyek, efektivitas implementasi berelasi inheren dengan kapasitas institusional pengguna jasa dalam menjalankan fungsi pengawasan dan pengambilan tindakan korektif secara tepat waktu. Pelaksanaan hak intervensi dalam pengadaan pemerintah sering kali terhambat hal-hal prosedural, potensi sengketa hukum, maupun risiko administratif. Akibatnya, mekanisme pengendalian yang secara normatif dirancang untuk menjaga keberlangsungan proyek tidak selalu dapat dijalankan secara efektif ketika penyedia jasa mengalami penurunan kondisi finansial maupun kepailitan. Kondisi tersebut menunjukkan bahwa problem keberlangsungan proyek publik pada dasarnya tidak hanya terletak pada kekosongan norma, tetapi juga pada

keterbatasan implementasi kelembagaan dalam sistem pengadaan pemerintah.

1.7.3.3 Berdasarkan Cara Pembayaran

Berdasarkan cara pembayarannya, kontrak pengadaan jasa konstruksi pada umumnya terdiri atas kontrak lumsom, kontrak harga satuan, kontrak gabungan lumsom dan harga satuan, serta kontrak terima jadi (*turnkey*). Masing-masing bentuk kontrak tersebut memiliki karakter pembebanan risiko yang berbeda terhadap penyedia jasa konstruksi. Dalam kontrak lumsom, seluruh risiko pelaksanaan pada dasarnya dibebankan kepada penyedia karena nilai kontrak telah ditentukan secara pasti sejak awal kontrak disepakati. Sementara itu, dalam kontrak harga satuan, volume pekerjaan masih bersifat estimatif sehingga pembayaran dilakukan berdasarkan realisasi pekerjaan di lapangan. Adapun kontrak *turnkey* memiliki tingkat risiko finansial yang relatif tinggi karena penyedia wajib menyelesaikan keseluruhan proyek sebelum memperoleh pembayaran sesuai termin yang diperjanjikan.⁷⁰

Perbedaan karakter pembayaran tersebut pada akhirnya berhubungan erat dengan potensi ketidakstabilan finansial dan insolvensi penyedia jasa konstruksi. Keterlambatan pembayaran, ketidakseimbangan arus kas proyek, maupun meningkatnya beban pembiayaan pelaksanaan pekerjaan dapat memengaruhi

⁷⁰ ⁷⁰ *Op.Cit.*, Yohanes Sogar Simamora, dkk, *Pengantar Hukum*., h. 154-155.

kemampuan penyedia untuk mempertahankan keberlangsungan proyek. Kondisi tersebut bahkan dapat berkembang menjadi sengketa utang piutang maupun permohonan kepailitan terhadap penyedia jasa konstruksi. Karakter pembayaran dalam kontrak pengadaan pada dasarnya memiliki relevansi penting terhadap kebutuhan mitigasi risiko kepailitan dalam proyek konstruksi pemerintah.

1.7.3.4 Berdasarkan Pembebanan Waktu

Berdasarkan pembebanan waktunya, kontrak pengadaan barang/jasa dapat dibedakan menjadi kontrak waktu penugasan dan kontrak tahun jamak. Kontrak waktu penugasan pada umumnya digunakan dalam jasa konsultasi ketika ruang lingkup pekerjaan maupun jangka waktu penyelesaian belum dapat ditentukan secara pasti sejak awal. Sementara itu, kontrak tahun jamak merupakan bentuk kontrak yang pelaksanaannya melampaui satu tahun anggaran dan diterapkan terhadap pekerjaan yang secara teknis maupun ekonomis memerlukan waktu penyelesaian lebih dari dua belas bulan.⁷¹

Kontrak tahun jamak memiliki tingkat kerentanan yang lebih tinggi terhadap risiko kepailitan penyedia karena keberlangsungan proyek sangat bergantung pada stabilitas finansial penyedia dalam jangka panjang. Risiko tidak hanya ditentukan oleh durasi pelaksanaan proyek, tetapi juga

⁷¹ Op.Cit., Yohanes Sogar Simamora, dkk, *Pengantar Hukum*., h. 154-155.

dipengaruhi oleh konstruksi pembiayaan dan distribusi risiko, seperti keterlambatan pencairan termin, ketiadaan uang muka yang memadai, maupun absennya klausula penyesuaian harga (*escalation clause*) terhadap inflasi dan kenaikan biaya material. Dalam kondisi demikian, kontrak tahun jamak berpotensi berubah menjadi instrumen pembebanan risiko sepihak yang secara tidak langsung mendorong penyedia jasa konstruksi menuju kegagalan finansial maupun kepailitan. Oleh karena itu, kontrak tahun jamak seharusnya tidak hanya dipahami sebagai mekanisme administratif penganggaran lintas tahun, tetapi juga sebagai instrumen untuk menjaga stabilitas finansial penyedia demi menjamin keberlangsungan proyek publik.

1.7.3.5 Syarat Sahnya Kontrak Pengadaan Jasa Konstruksi

Syarat sah perjanjian secara eksplisit diatur dalam Pasal 1320 BW yang menempatkan empat unsur utama, yaitu adanya kesepakatan para pihak, cakap hukum untuk membuat perjanjian, adanya objek tertentu, dan suatu sebab yang halal. Syarat sahnya perjanjian dapat dikonstruksikan ke dalam dua dimensi fundamental, yakni syarat subjektif dan syarat objektif. Adapun syarat subjektif berkenaan dengan legitimasi kehendak para pihak, yang termanifestasi dalam adanya kesepakatan serta kecakapan bertindak (*rechtsbekwaamheid*), sehingga menyangkut validitas subjek hukum yang mengikatkan diri dalam relasi kontraktual. Sementara itu, syarat objektif berhubungan

dengan substansi perjanjian, yakni keberadaan objek tertentu dan kausa yang halal, sebagai dasar legitimasi isi dari perikatan yang dibentuk.

Pembedaan ini mengandung implikasi yuridis yang signifikan, yaitu perjanjian dapat batal secara relatif dan batal secara absolut.⁷² Ketidakterpenuhan syarat subjektif hanya melahirkan cacat yang bersifat relatif sehingga perjanjian tetap eksis sampai dibatalkan. Dalam kata lain, perjanjian yang tidak memenuhi syarat subjektif, maka dapat dibatalakan. Sedangkan ketidakterpenuhan syarat objektif menimbulkan cacat absolut yang mengakibatkan perjanjian kehilangan eksistensi hukumnya sejak semula. Dalam kata lain, perjanjian yang tidak memenuhi syarat objektif, maka batal demi hukum (*null and void*). Distingsi antara kedua kategori tersebut menjadi krusial dalam menilai validitas serta konsekuensi hukum dari suatu perjanjian dalam praktik.

Pemahaman mengenai subjek hukum dalam kontrak pengadaan menjadi penting untuk menentukan siapa yang secara sah dapat mengikatkan diri dan bertanggung jawab dalam pelaksanaan kontrak. Pihak yang menjadi subjek hukum dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi mempunyai hak dan kewajiban dalam perikatannya serta memiliki kapasitas hukum

⁷² Zulfirman, *Hak Dasar Manusia dalam Hukum Kontrak Indonesia: Analisa Kritis Syarat Kontrak*, Jurnal Penelitian Hukum De Jure, Vol. 17 No. 2, 2017, h. 156, <https://doi.org/10.30641/dejure.2017.V17.155-176>.

untuk bertindak dalam perjanjian. Subjek hukum dalam pengadaan jasa konstruksi tidak hanya terbatas pada individu atau badan hukum semata, melainkan juga dapat mencakup entitas pemerintah yang bertindak melalui pejabat yang berwenang, yaitu Pejabat Pembuat Komitmen (PPK).⁷³

Pasal 1 angka 27 No. 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah mendefinisikan pelaku usaha yakni setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan kegiatan usaha dalam berbagai bidang ekonomi. Adapun kualifikasi yang diperlukan untuk dapat menjadi penyedia ialah sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 17 ayat (1) No. 16 Tahun 2018 dimana adanya kesesuaian keperluan barang/jasa yang diadakan dan sesuai pula dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Terdapat 5 (lima) tanggung jawab penyedia, sebagaimana diatur dalam Pasal 17 ayat (2) No. 16 Tahun 2018, yaitu pelaksanaan kontrak, kualitas barang/jasa, ketepatan penghitungan jumlah atau volume, ketepatan waktu dan tempat penyerahan.

⁷³ Alexsander Marito, *Mitigasi Risiko Sengketa dalam Kontrak Jasa Konstruksi di Pemerintahan Kota Tangerang Selatan*, Vol. 4, No. 3, 2024, h. 2489, <https://doi.org/10.57250/ajsh.v4i3.971>.

Salah satu subjek hukum utama dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi adalah badan hukum, baik badan hukum publik dan badan hukum privat. Dalam hal ini pemerintah sebagai badan hukum publik dan perseroan terbatas, koperasi, atau bentuk badan usaha lainnya yang memenuhi kualifikasi sebagai penyedia jasa dapat dikatakan sebagai badan hukum privat.⁷⁴ Badan hukum memiliki kedudukan sebagai subjek hukum yang mandiri, terpisah dari pemilik atau pengurusnya, sehingga dapat memiliki hak dan kewajiban sendiri dalam kontrak.

Dalam praktik pengadaan, badan hukum sering menjadi pilihan utama karena dianggap memiliki kapasitas organisasi, sumber daya, dan kemampuan finansial yang lebih stabil dalam melaksanakan pekerjaan konstruksi yang kompleks.⁷⁵ Selain itu, faktor dimana badan hukum sering terpilih dalam tender atau ditunjuk untuk menggarap proyek pengadaan didasarkan pada faktor kompleksitas proyek konstruksi, kompleksitas stakeholder, kompleksitas organisasi, teknologi, dan lain-lain.⁷⁶ Secara hipotetik, struktur pasar konstruksi di dominasi sekitar 87% dari total 182.800 badan usaha yang mayoritasnya ialah kontraktor kecil, sementara sekitar 13% badan usaha non-kecil mengendalikan hingga 85% nilai pasar konstruksi.⁷⁷

⁷⁴ *Ibid*, h. 2493.

⁷⁵ Cut Zukhrina Oktaviani, *Kajian Kompleksitas Proyek Konstruksi: Tinjauan Kegiatan Pengadaan Pekerjaan Konstruksi di Indonesia*, Menara Jurnal Teknik Sipil, Vol. 13 No. 1, 2018, h. 36. <https://doi.org/10.21009/jmenara.v13i1.18033>.

⁷⁶ *Ibid*, h. 37-38.

⁷⁷ *Ibid*, h. 40.

Selain badan hukum, perseorangan juga dapat menjadi subjek hukum dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi, meskipun dalam praktiknya lebih terbatas pada pekerjaan dengan skala kecil atau sederhana. Perseorangan sebagai subjek hukum memiliki hak dan kewajiban secara langsung tanpa adanya pemisahan kekayaan sebagaimana badan hukum (*separate entity*).⁷⁸ Hal ini menyebabkan tanggung jawab yang ditanggung bersifat pribadi, sehingga risiko yang dihadapi juga lebih besar. Oleh karena itu, keterlibatan perseorangan dalam pengadaan jasa konstruksi biasanya dibatasi melalui persyaratan tertentu guna memastikan kemampuan teknis dan finansial yang memadai.

Kecakapan hukum dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi berkaitan dengan kemampuan subjek hukum untuk secara sah melakukan perbuatan hukum dan mengikatkan diri dalam perjanjian. Dalam hal ini, baik badan hukum maupun perseorangan harus memenuhi syarat kecakapan sebagaimana ditentukan dalam hukum perdata, yaitu tidak berada dalam kondisi yang membatasi kemampuan bertindak secara hukum. Bagi badan hukum, kecakapan tersebut melekat pada statusnya sebagai entitas yang diakui oleh hukum, sedangkan bagi perseorangan ditentukan oleh usia dan kondisi hukum individu yang bersangkutan. Dalam konteks pengadaan, kecakapan hukum

⁷⁸ Muhammad Ikzhan Sumarlin, dkk, *Tinjauan Yuridis Tanggung Jawab Terbatas Perseroan Perorangan sebagai Badan Hukum*, *Supremasi*, Vol. 21 No. 1, 2026, h. 78, <https://doi.org/10.26858/supremasi.v21i1.71335>.

menjadi penting karena menentukan keabsahan keterikatan para pihak dalam kontrak, sehingga apabila syarat kecakapan tidak terpenuhi, maka perjanjian dapat berimplikasi pada dapat dibatalkannya kontrak.

Sementara itu, kewenangan bertindak berkaitan dengan legitimasi atau otoritas seseorang atau suatu organ dalam mewakili subjek hukum untuk melakukan perbuatan hukum dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi. Dalam praktiknya, badan hukum tidak bertindak sendiri, melainkan melalui organ atau pejabat yang memiliki kewenangan, seperti direktur dalam perseroan atau pejabat pembuat komitmen yang mewakili pemerintah. Kewenangan ini harus didasarkan pada ketentuan anggaran dasar, peraturan perundang-undangan, atau penugasan yang sah, sehingga tindakan yang dilakukan memiliki kekuatan mengikat. Apabila suatu perjanjian ditandatangani oleh pihak yang tidak memiliki kewenangan, maka perjanjian tersebut berpotensi menimbulkan sengketa hukum dan dapat dinyatakan tidak sah atau tidak mengikat bagi pihak yang diwakili.

1.7.4 Asas Kehati-hatian (Precautionary Principle)

Asas kehati-hatian (*precautionary principle*) pada dasarnya merupakan prinsip yang menekankan pentingnya tindakan preventif terhadap berbagai kemungkinan risiko yang akan terjadi. Asas ini dapat dimaknai sebagai kewajiban para pihak untuk mempertimbangkan secara cermat berbagai kemungkinan yang dapat menimbulkan kerugian di masa

mendatang, baik dari aspek teknis, hukum, maupun finansial. Dengan demikian, asas kehati-hatian tidak hanya berorientasi pada kepatuhan terhadap isi kontrak, tetapi juga pada upaya antisipatif untuk menjaga keberlangsungan hubungan kontraktual dan meminimalkan potensi sengketa.

Istilah “*precaution*” secara etimologi berasal dari Bahasa Latin yakni “*prae*” yang bermakna “sebelum”, dan “*cautio*” yang bermakna “*security*” atau “keamanan”. Berdasarkan Black’s Law Dictionary, istilah “*precaution*” diartikan dengan: (1) “*security given to ensure performance of some obligation*”; dan (2) “*the person who gives the security*”.⁷⁹ Secara garis besar, *precautionary principle* merupakan prinsip yang hadir dan harus dipahami dan dilaksanakan sebagai manifestasi kesadaran normatif untuk bertindak secara berhati-hati sebelum munculnya dampak yang serius. Dalam hal ini yakni suatu sikap hukum yang tidak menunggu terjadinya dampak, melainkan mendahuluinya melalui antisipasi yang rasional dan bertanggung jawab.

Asas kehati-hatian ini harus dipahami, dirumuskan, dan dilaksanakan secara matang oleh para pihak dan pemerintah sebagai *decision maker*. Hal ini dikarenakan apabila pemangku kebijakan ataupun para pihak yang saling mengikatkan diri dalam sebuah perjanjian melakukan pengabaian atas prinsip ini, maka akan muncul berbagai potensi bahaya terhadap keamanan ataupun kesejahteraan masyarakat

⁷⁹ Bryan A Garner, *Black’s Law Dictionary*, Seventh Edition, St. Paul. Minn: West Group, 1999, h. 214.

hingga pada dampak lingkungan secara luas yang mungkin ditimbulkan dari perkembangan teknologi dan kegiatan manusia,⁸⁰ dalam hal ini adalah kegiatan pengadaan.

Makna preventif dari asas kehati-hatian terletak pada upaya untuk mengidentifikasi, mengukur, dan mengendalikan risiko sejak tahap awal, khususnya dalam perancangan klausula kontrak. Hal ini sering juga disebut dengan manajemen risiko.⁸¹ Prinsip ini mendorong para pihak untuk tidak hanya merespons permasalahan setelah terjadi, tetapi juga merancang mekanisme perlindungan yang dapat mengantisipasi kemungkinan terburuk, termasuk kegagalan pelaksanaan kontrak atau ketidakmampuan finansial salah satu pihak.

Dalam perspektif hukum perjanjian, asas kehati-hatian (*precautionary principle*) memiliki keterkaitan yang erat dengan asas itikad baik (*good faith*), karena keduanya sama-sama menekankan pentingnya perilaku yang jujur, wajar, dan bertanggung jawab dalam hubungan kontraktual. Menurut Wirjono Prodjodikoro dan Subekti, itikad baik (*te goeder trouw*) tidak sekadar dimaknai sebagai kejujuran dalam arti sederhana, melainkan sebagai sikap etis yang menjiwai keseluruhan proses kontraktual, sejak fase pembentukan hingga pelaksanaan perjanjian.⁸² Itikad baik menjadi intisari etis normatif yang mengarahkan agar kontrak

⁸⁰ Emmy Latifah, *Precautionary Principle Sebagai Landasan Dalam Merumuskan Kebijakan Publik*, Yustisia. Vol. 5 No. 2, 2016, h. 277, <https://doi.org/10.20961/yustisia.v5i2.8742>.

⁸¹ Erra Fhrisca Amanda, *Penetapan Prinsip Kehati-Hatian dan Manajemen Risiko pada Pembiayaan Kepemilikan Multifadad Purna Brisyarlah Ib di Bank BRI Syariah Kantor Cabang Pembantu Cilacap*, Jurusan Perbankan Syariah Fakultas Ekonomi dan Bisnis Islam Institut Agama Islam Negeri, Purwokerto, 2019, H. 8.

⁸² Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h. 81.

dipahami secara adil (*fair*) dan rasional (*reasonable*) dalam hubungan hukum para pihak.⁸³

Asas kehati-hatian juga berperan sebagai pembatas terhadap asas kebebasan berkontrak. Berdasarkan putusan Mahkamah Agung No. 3641 K/Pdt/2001 tanggal 11 September 2002, asas kebebasan berkontrak tidaklah bersifat mutlak.⁸⁴ Meskipun para pihak pada prinsipnya bebas untuk menentukan isi dan bentuk perjanjian, kebebasan tersebut tidak bersifat absolut dan harus dijalankan secara bertanggung jawab.

Pengabaian asas kehati-hatian (*precautionary principle*) dalam perancangan dan pelaksanaan kontrak dapat berimplikasi pada terjadinya kegagalan kontrak. Kegagalan ini tidak selalu disebabkan oleh ketidakmampuan teknis semata, tetapi sering kali berakar pada kurangnya antisipasi terhadap risiko sejak tahap awal, seperti ketidaktepatan perencanaan, ketidakjelasan pembagian tanggung jawab, maupun tidak memadainya mekanisme pengendalian risiko. Dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi yang memiliki tingkat kompleksitas tinggi, ketiadaan pendekatan preventif dapat menyebabkan pelaksanaan pekerjaan tidak berjalan sesuai dengan rencana, sehingga berujung pada keterlambatan, pembengkakan biaya, hingga terhentinya proyek.

Lebih lanjut, kegagalan dalam mengantisipasi risiko tersebut berpotensi menimbulkan wanprestasi, yaitu tidak terpenuhinya kewajiban sebagaimana diperjanjikan oleh salah satu pihak. Wanprestasi dapat terjadi

⁸³ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan (Bagian Pertama)*, FH UII Press, Yogyakarta, 2013, h.83.

⁸⁴ *Op.Cit.*, Eko Yulian Isnur, h. 25.

dalam berbagai bentuk, seperti keterlambatan penyelesaian pekerjaan, tidak tercapainya spesifikasi yang disepakati, atau kegagalan dalam memenuhi kewajiban pembayaran. Dalam konteks ini, pengabaian asas kehati-hatian menyebabkan para pihak tidak memiliki mekanisme perlindungan yang memadai untuk mencegah atau memitigasi terjadinya pelanggaran kontrak, sehingga meningkatkan potensi kerugian bagi para pihak.

Konsekuensi lebih lanjut dari wanprestasi adalah timbulnya sengketa antara para pihak yang terikat dalam kontrak. Sengketa tersebut dapat diselesaikan melalui mekanisme non-litigasi maupun litigasi, namun pada praktiknya sering kali memerlukan waktu, biaya, dan sumber daya yang tidak sedikit. Ketidadaan klausula yang dirancang secara hati-hati untuk mengantisipasi potensi konflik dapat memperumit proses penyelesaian sengketa, bahkan berpotensi memperburuk hubungan antara para pihak serta menghambat penyelesaian proyek secara keseluruhan.

Secara khusus, dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi, pengabaian asas kehati-hatian memiliki implikasi yang signifikan terhadap risiko finansial penyedia, yang pada akhirnya dapat berujung pada kepailitan. Ketidakmampuan dalam mengantisipasi beban biaya, arus kas, serta risiko keterlambatan pembayaran dapat menyebabkan tekanan finansial yang serius bagi penyedia, terutama dalam proyek dengan nilai besar dan jangka waktu panjang. Dalam kondisi demikian, penyedia tidak hanya menghadapi potensi kerugian, tetapi juga risiko ketidakmampuan memenuhi kewajiban kepada kreditur, yang dapat berujung pada proses

kepailitan. Oleh karena itu, penerapan asas kehati-hatian menjadi sangat penting sebagai instrumen preventif untuk melindungi keberlanjutan finansial penyedia sekaligus menjamin keberlangsungan pelaksanaan proyek.

Asas kehati-hatian (*precautionary principle*) memiliki relevansi yang sangat kuat dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi, mengingat karakteristik kontrak ini yang bersifat kompleks dan memiliki tingkat risiko yang tinggi, baik dari aspek teknis, administratif, maupun finansial. Dalam kondisi demikian, pendekatan yang bersifat preventif menjadi sangat penting untuk mengantisipasi berbagai potensi permasalahan yang dapat mengganggu pelaksanaan proyek. Namun demikian, dalam praktiknya, pengaturan kontrak pengadaan jasa konstruksi di Indonesia masih belum secara optimal mengakomodasi penerapan asas kehati-hatian, khususnya dalam bentuk klausula yang secara eksplisit mengatur mekanisme mitigasi risiko sejak awal. Hal ini menunjukkan adanya kebutuhan untuk mengintegrasikan pendekatan *precautionary* ke dalam desain kontrak, sehingga kontrak tidak hanya berfungsi sebagai instrumen pengikatan hak dan kewajiban, tetapi juga sebagai sarana pengelolaan risiko yang efektif guna menjamin keberlanjutan proyek dan stabilitas finansial para pihak.

1.7.5 Rekonstruksi Mitigasi Risiko Kepailitan dalam Kontrak Pengadaan Jasa Konstruksi

Kepailitan penyedia jasa tidak dapat direduksi semata sebagai persoalan wanprestasi dalam hubungan utang piutang, melainkan harus

dipahami sebagai peristiwa hukum yang berimplikasi sistemik terhadap keberlanjutan pembangunan serta distribusi manfaat bagi kepentingan publik. Ketika proyek publik terhenti akibat pemberesan boedel pailit, yang tertunda bukan semata pelaksanaan kontrak, melainkan juga pemenuhan kepentingan publik. Kondisi ini menunjukkan bahwa kontrak pengadaan jasa konstruksi tidak cukup hanya bertumpu pada asas *pacta sunt servanda*, tetapi memerlukan mekanisme mitigasi risiko yang preventif dan operasional guna menjamin keberlanjutan proyek ketika penyedia mengalami kegagalan finansial.

1.7.5.1 Early Warning System

Early warning system merupakan instrument sistemik pendeteksian dini terhadap penurunan kondisi finansial suatu perusahaan. Ia merupakan sistem alat bantu pendeteksi dini atas krisis finansial.⁸⁵ Dalam konteks kepailitan penyedia jasa konstruksi, maka penyedia wajib melaporkan secara berkala kondisi arus kas, rasio utang, keterlambatan pembayaran kepada subkontraktor, maupun potensi wanprestasi terhadap pihak ketiga. Mekanisme tersebut penting mengingat secara umum kepailitan dalam proyek konstruksi tidak terjadi secara tiba-tiba, melainkan diawali oleh penurunan kemampuan finansial bahkan mengarah pada keadaan insolven dimana hal ini sering kali tidak terpantau oleh pengguna jasa. Dengan

⁸⁵ Imron Mawardi, *Early Warning System Lembaga Keuangan Syariah sebagai Upaya Menjaga Stabilitas Sistem Keuangan Nasional*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Bidang Ilmu Investasi dan Keuangan Islam, Fakultas Ekonomi dan Bisnis, Universitas Airlangga, 2024, h. 14.

adanya sistem peringatan dini, pemerintah dapat melakukan langkah antisipatif sebelum kegagalan finansial berkembang menjadi sengketa kepailitan yang menghambat keberlangsungan proyek.

1.7.5.2 Financial Monitoring

Selain sistem peringatan dini, diperlukan pula pemantauan kondisi stabilitas finansial (*financial monitoring*). Tujuan dari pemantauan stabilitas keuangan adalah untuk memberikan informasi kepada para pembuat kebijakan melalui penilaian berkala terhadap kerentanan sistem keuangan, yang didefinisikan sebagai kumpulan faktor-faktor yang berkontribusi terhadap potensi eksternalitas keuangan yang meluas.⁸⁶ Sistem ini membuka akses pengawasan kepada pemerintah terhadap kondisi keuangan penyedia selama pelaksanaan proyek berlangsung. Berbeda dengan *early warning system* yang bersifat periodik, *financial monitoring* memungkinkan pemerintah melakukan pengawasan secara berkelanjutan terhadap laporan keuangan, rekening proyek, maupun komitmen utang penyedia kepada pihak ketiga. Dalam perspektif demikian, kontrak pengadaan tidak lagi dipahami sekadar sebagai hubungan administratif antara pengguna dan penyedia jasa,

⁸⁶ Tobias Adrian, Daniel Covitz, dan Nellie Liang, *Financial Stability Monitoring*, Federal Reserve Bank of New York Staff Report No. 601, New York, 2014, h. 7.

tetapi juga sebagai instrumen pengendalian risiko terhadap keberlangsungan pembangunan publik.

1.7.5.3 Step In Rights

Dalam situasi penyedia mengalami kegagalan finansial, diperlukan *step in rights* yang memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk mengambil alih keberlangsungan proyek tanpa harus menunggu proses kepailitan selesai. Mekanisme ini dapat dilakukan melalui penunjukan subkontraktor yang kompeten, penggunaan jaminan pelaksanaan, maupun penunjukan penyedia pengganti dalam keadaan tertentu. Kehadiran *step in rights* menjadi penting karena penghentian proyek publik tidak dapat sepenuhnya diserahkan pada mekanisme pemberesan boedel pailit yang berorientasi pada penyelesaian piutang para kreditor. Pada titik ini, keberlanjutan proyek harus ditempatkan sebagai bagian dari perlindungan kepentingan publik yang memiliki dimensi lebih luas dibanding hubungan keperdataan privat semata.

1.7.5.4 Continuity Project Clause

Kontrak pengadaan jasa konstruksi juga perlu memuat *continuity project clause* yang menegaskan bahwa kepailitan penyedia tidak secara otomatis menghentikan keberlangsungan proyek pemerintah. Klausula ini penting untuk membatasi dampak penghentian proyek akibat

pengalihan penguasaan harta debitor kepada kurator sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Kepailitan. Dalam praktiknya, continuity project clause dapat diwujudkan melalui pengaturan kewajiban melanjutkan proyek sepanjang secara teknis dan ekonomis masih memungkinkan, maupun pengaturan prioritas tertentu terhadap aset proyek yang berkaitan langsung dengan kepentingan publik. Dengan demikian, hukum kontrak tidak semata-mata berfungsi sebagai alat pengikat prestasi para pihak, tetapi juga sebagai instrumen perlindungan terhadap keberlanjutan pembangunan nasional.

1.7.5.5 Project Rescue Clause

Sebagai bentuk ultimum remedium, diperlukan pula project rescue clause yang mengatur mekanisme penyelamatan proyek ketika penyedia jasa konstruksi tidak lagi mampu melanjutkan pekerjaan. Mekanisme tersebut dapat dilakukan melalui penggunaan performance bond, penunjukan penyedia pengganti, maupun pembentukan badan khusus untuk menyelesaikan proyek strategis yang terhambat akibat kepailitan penyedia. Kehadiran klausula penyelamatan proyek menunjukkan bahwa orientasi kontrak pengadaan pemerintah tidak hanya terletak pada kepastian pelaksanaan kontrak, tetapi juga pada kemampuan hukum dalam menjaga kesinambungan

pembangunan ketika terjadi krisis finansial pada penyedia jasa konstruksi.

Kelima mekanisme tersebut pada dasarnya belum diatur secara eksplisit dalam Pengadaan maupun Undang-Undang Jasa Konstruksi. Oleh karena itu, pengintegrasian ke dalam kontrak pengadaan jasa konstruksi merupakan bentuk konkret penerapan prinsip kehati-hatian guna memitigasi risiko kepailitan penyedia sekaligus menjaga keberlangsungan proyek yang berkaitan dengan kepentingan publik. Dengan demikian, rekonstruksi kontrak pengadaan tidak lagi hanya berorientasi pada kepastian administratif, tetapi juga diarahkan untuk membangun sistem perlindungan hukum yang mampu menjaga kesinambungan pembangunan nasional di tengah risiko kegagalan finansial penyedia jasa konstruksi.

1.7.6 Kepailitan

Kepailitan merupakan suatu keadaan hukum di mana debitur yang memiliki dua atau lebih kreditur dan tidak mampu membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, dinyatakan pailit oleh pengadilan.⁸⁷ Hal ini juga sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 angka (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU. Tujuan kepailitan ialah dalam rangka melakukan sita umum atas harta debitor pailit dengan metode

⁸⁷ Dewi, Ni Putu Trisna, and I Nyoman Putu Budiarta, *Perlindungan Hukum Terhadap Pekerja dalam Hal Perusahaan Mengalami Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Jurnal Interpretasi Hukum, Vol. 3 No. 1, 159, <https://doi.org/10.22225/juinhum.3.1.4737.159-163>.

mengamankan harta debitor tersebut dari perebutan atau saling-mendahului yang dilakukan oleh para kreditornya.⁸⁸ Sedemikian sehingga dibutuhkan ketentuan praktis dan basis prinsip hukum seperti *pari passu prorata parte*.

Kepailitan dalam sistem hukum Indonesia dikualifikasikan sebagai hukum acara perdata khusus (*lex specialis*) yang memiliki pengaturan tersendiri di luar hukum acara perdata umum.⁸⁹ Hal ini tercermin dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU yang secara khusus mengatur prosedur, syarat, serta mekanisme penyelesaian perkara kepailitan. Sebagai *lex specialis*, hukum kepailitan hadir bukan sekadar sebagai instrument pelengkap, melainkan sebagai norma positif dengan asas dan kaidah hukum yang bersifat mengoreksi dan mengesampingkan hukum umum ketika berhadapan dengan realitas ketidakmampuan debitor dalam membayar utang. Hal ini menjadikan hukum kepailitan justru menghadirkan kerangka normatif yang lebih terarah, fungsional, dan responsif terhadap kompleksitas persoalan tersebut.

Selain itu, hukum kepailitan juga dikenal dengan prosedur yang relatif cepat dan sederhana dibandingkan dengan proses peradilan perdata biasa. Hal ini dapat dibuktikan dengan upaya hukum kepailitan tanpa proses banding. Menegasikan upaya hukum banding terbukti cukup efektif. Upaya hukum banding secara *judex factie* sama dengan

⁸⁸ *Op.Cit.*, Hadi Shubhan, *Insolvency Test*, h. 15.

⁸⁹ Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma.*, h. 341.

pengadilan Tingkat pertama. Hal ini mengakibatkan terjadinya *overlapping* pada pengadilan tingkat pertama dan tidak memberikan nilai tambah bagi para pencari keadilan (*justiabelen*).⁹⁰

Terdapat sejumlah prinsip fundamental yang menjadi dasar dalam pengaturan hubungan antara debitur dan para kreditur. Salah satu prinsip utama adalah paritas creditorium, yaitu asas yang menyatakan bahwa pada dasarnya semua kreditur memiliki kedudukan yang sama terhadap harta kekayaan debitur. Prinsip ini mencerminkan gagasan keadilan formal bahwa tidak ada kreditur yang diistimewakan secara sewenang-wenang, sehingga seluruh kreditur memiliki hak yang setara untuk memperoleh pelunasan dari *boedel* pailit.⁹¹

Namun demikian, prinsip kesetaraan tersebut tidak bersifat absolut. Dalam praktiknya, prinsip ini dikombinasikan dengan asas *pari passu prorata parte*, yang berarti bahwa pembagian harta pailit dilakukan secara bersama-sama dan proporsional sesuai dengan besar kecilnya piutang masing-masing kreditur. Dengan kata lain, apabila harta debitur tidak mencukupi untuk melunasi seluruh utang, maka setiap kreditur akan menerima pembayaran secara seimbang berdasarkan proporsi piutangnya. Prinsip ini menjadi manifestasi konkret dari keadilan distributif dalam hukum kepailitan.⁹²

Hukum kepailitan Indonesia juga mengenal konsep *structured creditors* atau pengelompokan kreditur secara berjenjang, yang

⁹⁰ *Ibid*, h. 127.

⁹¹ *Ibid*, h. 27-28.

⁹² *Ibid*, h. 29-30.

membedakan kedudukan kreditur berdasarkan jenis dan dasar haknya. Dalam hal ini, kreditur diklasifikasikan menjadi kreditur separatis, preferen, dan konkuren. Kreditur separatis, yang memiliki hak jaminan kebendaan, dapat mengeksekusi jaminannya seolah-olah tidak terjadi kepailitan. Kreditur preferen memiliki hak istimewa berdasarkan undang-undang, sedangkan kreditur konkuren berada pada posisi terakhir dan hanya memperoleh pembayaran dari sisa boedel pailit setelah hak kreditur lainnya terpenuhi. Dengan demikian, prinsip paritas creditorium dalam praktiknya mengalami modifikasi melalui sistem prioritas yang bersifat terstruktur.⁹³

Selain itu, hukum kepailitan juga mengandung fungsi sebagai mekanisme *debt collection* dan *debt pooling*. Sebagai sarana *debt collection*, kepailitan memungkinkan kreditur untuk menagih piutangnya melalui mekanisme hukum yang terorganisir.⁹⁴ Namun lebih dari itu, kepailitan berfungsi sebagai *debt pooling*, yaitu mengumpulkan seluruh klaim kreditur dalam satu forum kolektif untuk diselesaikan secara bersama-sama hingga mendistribusikan aset debitor pada kreditor secara proporsional.⁹⁵ Fungsi ini bertujuan untuk mencegah adanya tindakan individual oleh kreditur tertentu yang dapat merugikan kreditur lainnya, sekaligus memastikan bahwa proses pelunasan utang berlangsung secara tertib dan adil.

⁹³ *Ibid*, h. 31-32.

⁹⁴ *Ibid*, h. 41.

⁹⁵ *Ibid*, h. 41-42.

Perubahan relasi dari hubungan hukum individual menuju kolektivitas (*collective action*) dalam kepailitan menuntut hadirnya suatu otoritas berkompeten yang mampu mengelola dan menyeimbangkan kepentingan para pihak secara terpusat dan teratur.⁹⁶ Douglas G. Baird memandang hukum kepailitan sebagai suatu mekanisme *collective proceeding*,⁹⁷ yang tidak sekadar dimaknai sebagai prosedur bersama, melainkan sebagai konstruksi normatif yang mentransformasikan penyelesaian utang dari relasi individual menuju forum kolektif yang teratur, guna menjamin distribusi yang adil dan tertib di antara para kreditur. Dalam hal ini, seluruh harta debitor diposisikan sebagai satu kesatuan yang diperuntukkan bagi pemenuhan kewajiban secara proporsional kepada para kreditur.

Kurator hadir sebagai figur yuridis dan otoritas yang diberi legitimasi oleh pengadilan untuk mengurus dan membereskan harta pailit sejak putusan pernyataan pailit diucapkan. Kewenangan yang melekat padanya tidak hanya bersifat administratif, tetapi juga mencerminkan peralihan kontrol atas harta debitor, meliputi Tindakan hukum berupa penguasaan, inventarisasi, hingga distribusi hasil pemberesan kepada para kreditur. Dengan demikian, kurator tidak sekadar bertindak sebagai pelaksana teknis, melainkan sebagai aktor independen yang bebas dari *conflict of interest* yang memikul tanggung

⁹⁶ Setiawan, *Komentar atas Putusan Pengadilan Niaga No. 13/2004 jo. Mahkamah Agung No. 8/2004*, Dalam: Valerie Selvie Sinaga (ed.), *Analisa Putusan Kepailitan*, Fakultas Hukum Universitas Katolik Atmajaya, Jakarta, h. 93.

⁹⁷ Douglas G. Baird, *A World Without Bankruptcy*, In: Jagdeep S. Bhandari and Lawrence A. Weiss (ed.), *Corporate Bankruptcy: Economic and, Legal Perspectives*, Cambridge University Press, New York, h. 29.

jawab normatif untuk menjaga keseimbangan kepentingan kolektif para kreditur dalam kerangka keadilan distribusi.⁹⁸

Kurator pada hakikatnya harus terbebas dari setiap bentuk ketergantungan terhadap para pihak dalam kepailitan, baik debitur maupun kreditor, sehingga posisinya tidak tunduk pada pengaruh ataupun kendali pihak manapun. Dalam pengertian yang dirumuskan oleh *Black's Law Dictionary*, independensi dimaknai sebagai keadaan yang tidak berada di bawah kontrol pihak lain, tidak terikat secara asosiasional, serta tidak bergantung pada kepentingan tertentu. Lebih dari sekadar kondisi struktural, independensi kurator menjelma sebagai sikap batin yang berlandaskan integritas, yang menuntut kejujuran, kemandirian, serta netralitas dalam menjalankan fungsi, sehingga setiap tindakan yang diambil tidak berpihak pada kepentingan debitur maupun kreditor, melainkan berorientasi pada keadilan kolektif.⁹⁹

Pasal 15 dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU menyatakan bahwa dalam putusan pernyataan pailit, pengadilan wajib menunjuk kurator dan seorang hakim pengawas untuk mengurus dan mengawasi pelaksanaan kepailitan. Ketentuan ini menegaskan adanya pembagian fungsi antara organ pelaksana dan organ pengawas sebagai mekanisme *checks and balances* dalam pengelolaan harta pailit. Konstruksi hukum tersebut tersebut menghadirkan sintesis mekanisme akuntabilitas dan pengawasan secara

⁹⁸ *Op.Cit.*, Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma.....*, h. 108-109.

⁹⁹ Fadel Muhammad, *Asas Hukum Yang Berkaitan Dengan Kurator Dalam Menjalankan Tugasnya Sebagai Pelaksana Putusan Pengadilan Niaga Dalam Perkara Pailit*, Rio Law Jurnal, Vol. 2 No. 1, 2021, h. 28, <https://doi.org/10.36355/rlj.v2i1.568>.

inheren dalam proses kolektif, guna memastikan bahwa pemberesan harta pailit berlangsung secara transparan, berkeadilan, dan tetap setia pada prinsip kepastian hukum.

Sedemikian akhirnya, pihak independen selain kurator ialah Hakim Pengawas. Kurator dan Hakim Pengawas dapat dipahami sebagai dua otoritas yang menjadi poros dalam proses pengurusan dan pemberesan harta pailit. Keduanya memang berdiri sebagai entitas otoritas otonom, namun hubungan wewenang di antara keduanya saling terintegrasi dan tidak terpisahkan dalam menjamin tertib prosedur hukum, akuntabilitas, dan keadilan dalam pengelolaan harta pailit.¹⁰⁰

Hakim pengawas adalah hakim yang ditunjuk oleh pengadilan untuk mengawasi pelaksanaan proses kepailitan, khususnya dalam hal pengurusan dan pemberesan harta pailit yang dilakukan oleh kurator. Hal ini sebagai ketentuan yang berlaku pada Pasal 1 angka (1) dan (8) Undang-Undang 37 Tahun 2004. Selain itu, berdasarkan Pasal 69 ayat (3), Pasal 73 ayat (2), Pasal 100 ayat (2), dan Pasal 107 ayat (1) Undang-Undang 37 Tahun 2004, Hakim pengawas juga memiliki kewenangan untuk memberikan persetujuan atau penolakan terhadap tindakan-tindakan hukum tertentu yang dilakukan oleh kurator, serta melakukan *problem solving* atas masalah yang timbul selama proses kepailitan berlangsung. Dengan demikian, hakim pengawas berperan sebagai mekanisme kontrol untuk memastikan bahwa proses kepailitan berjalan sesuai dengan ketentuan hukum dan prinsip keadilan.

¹⁰⁰ *Ibid*, h. 105.

Secara umum, Hakim Pengawas memiliki kesamaan dengan fungsi kehakiman lainnya. Secara khusus dalam hukum kepailitan, Hakim Pengawas merupakan otoritas pengawas prinsip keseimbangan antara norma dan praktik selama berlangsungnya proses pemberesan harta pailit sekaligus menguji secara dialektis apakah tindakan kurator tetap berada dalam koridor *procedural law* atau tidak. Tujuannya ialah memastikan bahwa pelaksanaan prosedural kepailitan tidak menyimpang dari prinsip legalitas dan tujuan keadilan yang hendak dicapai.¹⁰¹ Apabila pemberesan harta pailit mengalami stagnasi dan berlarut-larut dalam penyelesaiannya, hakim pengawas tampil sebagai antitesis terhadap potensi disfungsi pelaksanaan, dengan kewenangan untuk memanggil serta meminta pertanggungjawaban kurator, menjatuhkan teguran tertulis sebagai bentuk koreksi normatif, hingga mengusulkan penggantian kurator kepada Majelis Hakim Niaga.¹⁰²

Penting pula untuk memahami konsep insolvensi dalam konteks kepailitan. Secara teoritis, insolvensi merujuk pada keadaan di mana debitur secara finansial tidak mampu memenuhi kewajibannya, baik karena jumlah utang melebihi aset (*balance sheet insolvency*) maupun karena ketidakmampuan membayar utang yang jatuh tempo (*cash flow insolvency*). Namun, dalam sistem hukum kepailitan Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004,

¹⁰¹ Elijana Tansah, Kapita Selekta Hukum Kepailitan, “Makalah, disampaikan dalam Pendidikan Singkat Hukum Perusahaan” (Jakarta, t.t.), lihat Serlika Aprita, Sarah Qosim, *Optimalisasi Wewenang dan Tanggung Jawab Hakim Pengawas dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Jurnal Ius Constituendum, Vol. 7 No. 2, h. 194. <https://doi.org/10.26623/jic.v7i2.3963>.

¹⁰² Nanda Riwanto, *Tanggung Jawab Hakim Pengawas Dalam Pengawasan Harta Pailit*. Thesis thesis, Universitas Airlangga, 2020, h. 9

pembuktian kepailitan tidak mensyaratkan pembuktian kondisi insolvensi secara mendalam. Pembuktian dilakukan secara sederhana yaitu dengan adanya utang yang telah jatuh tempo dan tidak dibayar, serta adanya lebih dari satu kreditur.

Hal ini menunjukkan bahwa konsep kepailitan dalam hukum Indonesia lebih menitikberatkan pada fakta ketidakmampuan membayar (*presumption of insolvency*) daripada pembuktian kondisi insolvensi secara ekonomi yang komprehensif. Akibatnya, suatu perusahaan yang secara ekonomis masih solvabel dapat saja dinyatakan pailit apabila memenuhi syarat formil tersebut. Kondisi ini sering menimbulkan kritik karena berpotensi membuka ruang penyalahgunaan mekanisme kepailitan sebagai alat tekanan (*pressure tool*) dalam hubungan bisnis.

Dalam kaitannya dengan kontrak pengadaan jasa konstruksi, prinsip-prinsip tersebut memiliki implikasi yang signifikan. Prinsip *pari passu prorata parte* dan *paritas creditorium* menempatkan pemberi kerja (misalnya pemerintah) dalam posisi yang harus bersaing dengan kreditur lain untuk memperoleh pelunasan apabila memiliki klaim terhadap penyedia jasa yang pailit. Sementara itu, keberadaan *structured creditors* dapat menyebabkan aset-aset penting proyek justru lebih dahulu dialokasikan untuk memenuhi hak kreditur separatis atau preferen. Di sisi lain, mekanisme *debt pooling* menjadikan seluruh klaim terkait proyek konstruksi harus diselesaikan dalam kerangka

kolektif kepailitan, sehingga berpotensi memperlambat penyelesaian proyek yang bersifat strategis atau menyangkut kepentingan publik.

1.7.6.1 Kedudukan Hukum Perusahaan Pailit

Penyedia jasa yang dinyatakan pailit berkedudukan sebagai debitur, sehingga seluruh harta kekayaannya menjadi bagian dari *boedel pailit* yang dikelola oleh kurator.¹⁰³ Posisi ini berdampak langsung terhadap pelaksanaan kontrak yang sedang berjalan, karena penyedia tidak lagi memiliki kewenangan penuh untuk mengelola sumber daya dan memenuhi kewajiban kontraktualnya. Akibatnya, keberlangsungan proyek konstruksi dapat terganggu, sehingga menimbulkan permasalahan hukum yang tidak hanya berkaitan dengan hubungan utang-piutang, tetapi juga dengan pelaksanaan kontrak yang menyangkut kepentingan publik.

Salah satu konsekuensi utama dari putusan pailit adalah berlakunya sita umum terhadap seluruh harta kekayaan debitor. Hal ini merupakan manifestasi pemberlakuan prinsip *debt collection* dan *debt pooling*.¹⁰⁴ Sita umum ini berarti bahwa sejak saat dinyatakan pailit, seluruh harta debitur berada dalam suatu keadaan penyitaan kolektif yang diperuntukkan bagi kepentingan semua kreditur. Dengan adanya sita umum, debitor kehilangan hak untuk menguasai dan mengurus harta

¹⁰³ *Op.Cit.*, Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma.....*, h. 81.

¹⁰⁴ *Ibid*, h. 81.

kekayaannya sendiri, sehingga segala tindakan hukum yang berkaitan dengan harta tersebut harus melalui mekanisme yang diatur dalam hukum kepailitan. Ketentuan ini bertujuan untuk mencegah adanya tindakan sepihak dari debitur yang dapat merugikan kreditur lainnya.

Selain itu, terdapat suatu indikator yang menyebabkan suatu perusahaan penyedia dapat dijatuhi putusan pailit, dengan ini disebut dengan insolvensi. Tujuan utama proses kepailitan terhadap perseroan terbatas ialah dalam rangka efektifitas proses likuidasi atas harta kekayaan debitur. Hal ini bermotif untuk distribusi aset perseroan dalam rangka membayar utang-utang Perseroan karena perseroan telah mengalami kesulitan keuangan yang menyebabkan insolvensi perseroan tersebut.¹⁰⁵

Kadaan insolvensi dalam hukum kepailitan pada dasarnya menunjukkan kondisi di mana utang lebih besar dari pada aset kekayaan debitur. Dalam hal ini, debitur telah tidak mampu lagi memenuhi kewajiban utangnya secara menyeluruh, sehingga seluruh harta kekayaannya diarahkan untuk pemberesan kepada para kreditur. Meskipun putusan pailit telah dijatuhkan, tidak serta-merta debitur langsung berada dalam kondisi insolvensi, karena masih dimungkinkan adanya upaya restrukturisasi melalui mekanisme penundaan kewajiban pembayaran utang

¹⁰⁵ *Ibid*, h. 198.

(PKPU).¹⁰⁶ Namun demikian, apabila kondisi insolvensi benar-benar terjadi, maka seluruh aktivitas usaha debitur, termasuk pelaksanaan kontrak pengadaan jasa konstruksi, berada dalam risiko tinggi untuk tidak dapat dilanjutkan, sehingga memperkuat urgensi pengaturan klausula kontraktual yang bersifat preventif.

Boedel pailit menjadi objek utama dalam proses pengurusan dan pemberesan yang dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas. *Boedel* pailit merupakan harta kekayaan debitur yang berada dalam sita umum di mana keseluruhan aset debitur baik yang telah ada pada saat putusan pailit diucapkan maupun yang diperoleh selama proses kepailitan berlangsung. Seluruh aset yang termasuk dalam *boedel* pailit akan didata, dikelola, dan pada akhirnya dijual atau dimanfaatkan untuk memenuhi kewajiban debitur kepada para kreditur sesuai dengan ketentuan yang berlaku.¹⁰⁷

Kondisi sita umum dan penguasaan *boedel* pailit oleh kurator berpotensi mengganggu pelaksanaan proyek yang sedang berjalan, karena aset dan sumber daya yang sebelumnya digunakan oleh penyedia menjadi bagian dari harta pailit. Hal ini menyebabkan proyek konstruksi tidak lagi sepenuhnya berada dalam kendali penyedia, sehingga berpotensi

¹⁰⁶ *Ibid*, h. 315.

¹⁰⁷ *Ibid*, h. 134.

menimbulkan hambatan bahkan penghentian pekerjaan. Padahal keberlanjutan kontrak merupakan motif pemberlakuan hukum pengadaan di mana kondisi pailit penyedia menimbulkan implikasi hukum yang signifikan terhadap pelaksanaan proyek. Kondisi ini dapat memicu benturan antara kepentingan pemberesan harta pailit dengan kepentingan keberlanjutan proyek yang bersifat publik, sehingga membuka ruang terjadinya konflik norma antara hukum kepailitan dan hukum pengadaan barang/jasa pemerintah yang perlu dianalisis lebih lanjut