

BAB 2

KARAKTERISTIK KONTRAK PEMERINTAH DAN PROBLEMATIKA PENEGAKAN HUKUMNYA

**Yohanes Sogar Simamora, Faizal Kurniawan,
Rizky Amalia, dan Xavier Nugraha**

A. PENDAHULUAN

Salah satu tujuan dibentuknya Republik Indonesia dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) aline ke-4 (empat) adalah untuk memajukan kesejahteraan umum. Amanat tersebut mengandung makna, bahwa negara berkewajiban memenuhi kebutuhan setiap warga negaranya melalui suatu sistem pemerintahan yang mendukung dengan tentunya tetap mengedepankan prinsip negara hukum sesuai dengan Pasal 1 angka 3 UUD NRI 1945.⁸⁷ Pemerintah sebagai operator penyelenggaraan negara mewujudkan amanat tersebut dengan meningkatkan dan menjalin hubungan dengan pihak lain di luar pemerintah itu sendiri.⁸⁸ Tindakan ini dilakukan karena tidak semua hal dapat dilakukan oleh pemerintah dalam rangka memenuhi kebutuhannya sendiri terlebih untuk memenuhi kebutuhan masyarakatnya. Hal ini dikarenakan, banyak faktor yang membatasi pemerintah untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan tersebut, misalnya terbatasnya sumber daya manusia, teknologi dan terbatasnya dana yang dimiliki oleh pemerintah.⁸⁹

⁸⁷ Alfitri, "Ideologi Welfare State dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Sistem Jaminan Sosial Nasional", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 25, No. 3, September 2012, hlm. 461.

⁸⁸ Zainal Asikin, "Perjanjian Kerja sama Antara Pemerintah dan Swasta Dalam Penyediaan Infrastruktur Publik", *Mimbar Hukum*, Vol. 25, No. 1, Februari 2013, hlm. 57.

⁸⁹ Lalu Hadi Adha, "Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11, No. 3, Oktober 2011, hlm. 548.

Adanya kesejahteraan umum sebagai salah satu tujuan utama negara memiliki konsekuensi logis, bahwa pemerintah mempunyai kewajiban untuk memenuhi kebutuhan dari masyarakat umum, baik yang berupa barang, jasa maupun pembangunan infrastruktur. Dalam kaitan dengan pemenuhan kebutuhan inilah, maka pembuatan kontrak menjadi praktik yang rutin (*routin practice*).⁹⁰ Kontrak sejatinya merupakan suatu bingkai hukum dari adanya suatu hubungan hukum. Melalui kontrak inilah, sejatinya perlindungan hukum bagi para pihak dapat terwujud.⁹¹ Keterlibatan pemerintah dalam transaksi komersial merupakan suatu bentuk tindakan pemerintahan yang wajar⁹² dilakukan sebagai subjek hukum yang mewakili dua institusi sekaligus, yakni jabatan pemerintahan dan badan hukum pemerintahan (*twee petten*).⁹³ Tindakan ini dilakukan, karena sebagai subjek hukum, pemerintah tidak dapat memenuhi seluruh kebutuhannya sendiri, apalagi memenuhi seluruh kebutuhan masyarakat dalam rangka pelayanan publik.⁹⁴ Tak ayal kemudian, peranan sektor swasta menjadi semakin penting dalam mewujudkan kebutuhan-kebutuhan yang diperlukan oleh pemerintah tersebut.

Pemerintah dalam kegiatan sehari-hari acapkali melakukan transaksi komersial dengan pihak non-pemerintah untuk memenuhi kebutuhan dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

⁹⁰ Yohanes Sogar Simamora, 2016, *Hukum Kontrak: Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Laksbang Justisia Surabaya, hlm. 1.

⁹¹ Moch. Isnaeni, 2016, *Pengantar Hukum Jaminan Kebendaan*, Revka Petra Media, Surabaya, hlm. 159.

⁹² Charles Tiefer dan William A. Shook, 1999, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, North Carolina, hlm. ix; Periksa juga Michael T. Molan, 2003, *Administrative Law*, Old Bailey Press, London, hlm. 243.

⁹³ Bagir Manan, "Bentuk-bentuk Perbuatan Keperdataan yang Dapat Dilakukan oleh Pemerintah Daerah", *Majalah Ilmiah Universitas Padjadjaran*, No. 3, Vol. 14, 1996, hlm. 27-29. Dalam hal ini Bagir manan menjelaskan bahwa pemerintah atau administrasi negara adalah subyek hukum yang mewakili dua institusi yaitu jabatan pemerintahan dan badan (*lichaam*) hukum pemerintahan, karena mewakili dua institusi maka dikenal ada dua macam tindakan hukum yaitu tindakan hukum publik dan tindakan hukum privat. Di Negara Belanda, tindakan hukum pemerintahan dijelaskan sebagai berikut: "Tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dalam menjalankan fungsi pemerintahannya dapat dibedakan dalam tindakan hukum publik dan tindakan hukum privat. Tindakan hukum publik berarti tindakan hukum yang dilakukan tersebut didasarkan pada hukum publik atau yaitu tindakan hukum yang dilakukan berdasarkan hukum publik, sedangkan tindakan hukum privat adalah tindakan hukum yang didasarkan pada ketentuan hukum keperdataan"

⁹⁴ *Public Services* memiliki karakteristik sebagaimana dikemukakan oleh Olive Holtman, yaitu: (1) *generally cannot choose customer*; (2) *roles limited by legislation*; (3) *politics institutionalizes conflict*; (4) *complex accountability*; (5) *very open to security*; (6) *action must be justified*; (7) *objectives outputs difficult to state/measure*. Di samping memiliki karakter tersebut, *public services* dicirikan dengan dua ciri, yaitu: (1) *Non excludability*, yaitu orang-orang yang membayar diharapkan dapat menikmati juga barang tersebut; dan (2) *Non rivalry consumption*, yaitu seorang yang mengkonsumsi barang itu, dan orang lain mengonsumsinya pula. Lihat: Zainal Asikin *Op.cit.*, hlm. 56.

Keterlibatan pemerintah ke dalam suatu transaksi komersial berarti pemerintah mengikatkan diri pada suatu hubungan kontraktual. Adanya keterlibatan pemerintah dalam suatu kontrak menyebabkan kontrak yang dibuat oleh pemerintah bersifat multi aspek dan mempunyai karakter yang khas.⁹⁵ Hal ini ditunjukkan dengan adanya warna publik yang membedakan kontrak yang dibuat oleh pemerintah dengan kontrak komersial pada umumnya. Unsur publik yang mewarnai kontrak tersebut membawa konsekuensi pada penerapan prinsip kebebasan berkontrak.⁹⁶

Pada prinsip kontrak secara umum, para pihak yang terikat dalam suatu kontrak komersial bebas untuk mengatur hubungan hukum dan kewajiban kontraktual dengan seluas-seluasnya.⁹⁷ Hal ini sejatinya, merupakan perwujudan dari prinsip kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) yang diatur dalam Pasal 1338 *Burgerlijk Wetboek* (BW) yang pada pokoknya mengatur, bahwa para pihak bebas untuk menentukan mitra, bentuk, isi, tujuan, dan dasar hukum dari suatu kontrak.⁹⁸ Dalam hal kontrak yang dibuat oleh pemerintah yang *notabene* diwarnai oleh unsur publik ini, tidak dapat dilakukan sebebaskan itu. Hal ini disebabkan, karena terdapat unsur publik dalam subjek hukum yang membuat kontrak tersebut.

Salah satu bentuk perikatan yang lahir dari kontrak yang dibuat oleh pemerintah yang *notabene* merupakan badan hukum publik (*publiekrecht*) ini merupakan kontrak komersial. Kontrak komersial (*commercial contract*) itu sendiri merupakan kontrak bisnis yang di dalamnya terdapat "*financial or economic motive (benefit motive)*" yang mendasari hubungan para pihak.⁹⁹ Adapun motif dari Pemerintah untuk mendapatkan keuntungan dari adanya transaksi yang diwujudkan dalam kontrak komersial tersebut juga merupakan prioritas.¹⁰⁰ Keterlibatan Pemerintah dalam kontrak ini memberikan nuansa yang khusus bagi kontrak yang dibuat, sehingga perlu dikaji

⁹⁵ Yohanes Sogar Simamora, *Op. cit.*, hlm. 5.

⁹⁶ Diangsa Wagian, "Pembaharuan Hukum Kontrak Dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia", *Jus Kajian Hukum dan Keadilan*, Vol 3, No. 1, April 2015, hlm.187.

⁹⁷ Totok Dwinur Haryanto, "Hubungan Hukum Yang Menimbulkan Hak Dan Kewajiban Dalam Kontrak Bisnis", *Wacana Hukum*, Vol 9, No. 1, April 2010, hlm. 87.

⁹⁸ Ghansam Anand, "Prinsip Kebebasan Berkontrak dalam Penyusunan Kontrak", *Yuridika*, Vol 26, No. 2, Agustus 2010, hlm. 91.

⁹⁹ Robert W. Clark, 1987, *Inequality of Bargaining Power*, The Carswell Company Ltd., Toronto-Calgary-Vancouver, hlm. 101.

¹⁰⁰ Keuntungan di sini bukan hanya keuntungan berupa uang, namun juga berupa transfer teknologi dan pengetahuan. Lihat: Stephen P. Osborne, ed., 2010, *The New Public Governance: Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, Routledge, London and New York, hlm. 131, 240.

lebih mendalam mengenai kedudukan pemerintah sebagai subjek dalam kontrak serta akibat hukum yang ditimbulkan, bilamana terjadi suatu sengketa kontrak.

Berdasarkan paparan di atas terkait dengan kontrak yang dibuat oleh pemerintah dengan pihak swasta, maka perlu dikaji lebih lanjut terkait dengan 2 (dua) hal, yaitu *pertama* karakteristik kontrak pemerintah dan *kedua* penegakan hukum dalam menyelesaikan permasalahan terkait kontrak pemerintah.

B. METODE PENELITIAN

Penelitian ini adalah penelitian hukum atau yang dalam bahasa Inggris dikenal sebagai *legal research* dan dalam bahasa Belanda dikenal sebagai *rechtsonderzoek*.¹⁰¹ Menurut Peter Mahmud Marzuki, penelitian hukum adalah penelitian adalah suatu proses untuk menentukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.¹⁰² Berkaitan dengan penelitian hukum ini, dilakukan untuk menjawab isu hukum berkaitan dengan karakteristik kontrak pemerintah dan penegakan hukum dalam hal terjadinya permasalahan dalam kontrak pemerintah.

Dalam penelitian hukum ini, pendekatan yang digunakan adalah pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan adalah pendekatan yang dilakukan dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang ditangani.¹⁰³ Dalam penelitian hukum ini, adapun beberapa peraturan perundang-undangan yang digunakan untuk menjawab isu hukum terkait, seperti UUD NRI 1945, BW, dan sebagainya. Pendekatan konseptual adalah pendekatan yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum untuk menjawab isu hukum terkait.¹⁰⁴ Dalam penelitian hukum ini, konsep-konsep hukum yang digunakan adalah terkait dengan konsep hukum kontrak pemerintah, sehingga bisa memahami karakteristik perikatan dari kontrak pemerintah tersebut.

¹⁰¹ Peter Mahmud Marzuki, "Penelitian Hukum", *Yuridika*, Vol 16, No. 1, Maret 2001, hlm. 103.

¹⁰² Peter Mahmud Marzuki, (2017), *Penelitian Hukum: Edisi Revisi*, Prenada Media, Jakarta, hlm. 91.

¹⁰³ *Ibid.*, hlm. 93.

¹⁰⁴ *Ibid.*

C. KARAKTERISTIK KONTRAK PEMERINTAH

Istilah *government contract* pada umumnya dipahami sebagai kontrak yang di dalamnya pemerintah terlibat sebagai pihak dan objeknya adalah pengadaan barang dan jasa. *Government contract* memiliki makna yang sama dengan *procurement contract*. Menurut Y. Sogar Simamora, istilah *government contract* lebih tepat diterjemahkan menjadi "kontrak pemerintah" tanpa kata "dengan" atau "oleh", hal ini berlebihan dikarenakan kata "dengan/oleh" dimaksudkan sebagai penekanan terhadap kedudukan pemerintah sebagai kontraktan.¹⁰⁵ Dalam beberapa kepustakaan, istilah *government contract* atau kontrak pemerintah diidentikkan dengan *procurement contract*¹⁰⁶ atau *public contract*, padahal ketiganya memiliki definisi dan ruang lingkupnya masing-masing. *Procurement contract* menurut Black's Law Dictionary adalah "A contract in which a government receives goods or services; a procurement contract, including the bidding process, is subject to government regulation".¹⁰⁷ Jika dikomparasi, definisi *public contract* adalah "A contract that, although it involves public funds, maybe performed by private persons and may benefit them".¹⁰⁸ Lebih lanjut, Mariam Darus menyatakan, bahwa: "Kontrak publik adalah kontrak yang sebagian atau seluruhnya dikuasai oleh Hukum Publik".¹⁰⁹ Terhadap pendapat Mariam Darus tersebut, Yohanes Sogar Simamora menyatakan, bahwa tidak tepat istilah kontrak publik, karena dalam frasa "kontrak", sejatinya berhubungan erat dengan watak privat.¹¹⁰ Dengan demikian, ruang lingkup *government contract* atau kontrak pemerintah, lebih luas apabila dibandingkan dengan *procurement contract*, maupun *public contract*. Jika dianalisis, maka sejatinya *government contract* atau kontrak pemerintah tidak melulu mengenai pengadaan barang dan/atau jasa (*procurement contract*), dan juga tidak melulu tunduk pada hukum publik (*public contract*).

Ruang lingkup kontrak pemerintah meliputi kontrak pengadaan dan kontrak non-pengadaan.¹¹¹ Perbedaan antara kontrak

¹⁰⁵ Yohanes Sogar Simamora, *Op. cit.*, hlm. 42.

¹⁰⁶ M.A. Sudjan, 2003, *Law Relating to Government Contracts*, Universal Law Publishing Co., Pvt., Ltd., Delhi, hlm. 468.

¹⁰⁷ Bryan A. Garner, 2009, *Black's Law Dictionary, Ninth Edition*, Law Prose Inc., Texas, hlm. 369.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Mariam Darus Badruzaman, 1998, "Kerangka Dasar Hukum Perjanjian (Kontrak)" dalam *Hukum Kontrak di Indonesia*, Elips, Jakarta, hlm. 17.

¹¹⁰ Yohanes Sogar Simamora *Op. cit.*, hlm. 80-81.

¹¹¹ Muskibah dan Lili Naili Hidayah, "Penerapan Prinsip Kebebasan Berkontrak dalam Kontrak

pengadaan dan kontrak non-pengadaan terletak pada tujuan pembuatan kontrak. Tujuan pembuatan kontrak pengadaan, yaitu untuk pengadaan barang dan jasa,¹¹² sedangkan kontrak non pengadaan bertujuan untuk pelayanan publik. Kontrak pengadaan yaitu suatu kontrak yang bersifat pembelanjaan, sedangkan kontrak non pengadaan merupakan kontrak yang membawa penerimaan pendapatan.¹¹³ Jika dilihat dari sisi anggaran, kontrak yang dibuat oleh pemerintah itu pada dasarnya dapat dikelompokkan menjadi dua jenis, yaitu kontrak yang bersifat pembelanjaan dan kontrak yang membawa penerimaan pendapatan. Pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah (*government procurement*) tergolong pada jenis yang pertama, sedangkan jenis yang kedua meliputi berbagai macam kontrak, di antaranya tukar menukar, sewa menyewa, penjualan aset negara termasuk saham, penerbitan obligasi atau pinjaman luar negeri (*loan agreement*). Terhadap hal ini, Y. Sogar Simamora menyatakan bahwa, kontrak-kontrak tersebut biasa disebut dengan kontrak pemerintah (*government contract*) yang kemudian terdapat dua jenis kontrak pemerintah yang ada di Indonesia yaitu kontrak pengadaan (*procurement contract*) dan kontrak non-pengadaan (*non procurement contract*).¹¹⁴

Dalam praktik negara-negara lain, umumnya tidak dikenal adanya diferensiasi kontrak pemerintah menjadi kontrak pengadaan (*procurement contract*) dan kontrak non-pengadaan (*non procurement contract*) secara signifikan.¹¹⁵ Kontrak pengadaan dimaksudkan sebagai kontrak dalam rangka melaksanakan transaksi pengadaan, sedangkan kontrak non-pengadaan dimaksudkan sebagai kontrak dalam rangka melaksanakan transaksi-transaksi di luar transaksi pengadaan.¹¹⁶

Standar Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia", *Refleksi Hukum*, Vol. 4, No. 2, April 2020, hlm. 181.

¹¹² Dea Putri Fajarini, "Subkontrak Dalam Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah", *Mimbar Keadilan*, Vol 12, No. 1, Juli 2019, hlm. 73.

¹¹³ Pasal 11 UU No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara.

¹¹⁴ Yohanes Sogar Simamora, *Op. cit.*, hlm. 8.

¹¹⁵ Dalam kontrak pengadaan maupun kontrak non-pengadaan, keduanya melibatkan Pemerintah untuk ikut serta dalam sektor privat dan juga melibatkan dana publik. Berdasarkan hal tersebut, beberapa pandangan menyatakan bahwa kontrak non-pengadaan pada dasarnya juga tunduk pada ketentuan dalam kontrak pengadaan. Lihat: Magdalena Taraszkiwicz, "Liability Of Contractors Jointly Applying For A Public Procurement Contract In Connection With Their Conclusion Of A Civil Law Partnership Agreement", *Prawo Budżetowe Państwa*, Vol. 8, No. 1, Januari 2020, hlm. 91.

¹¹⁶ Brian Young, 2013, *Ready for Primetime? The Interagency Suspension & Debarment Committee, the Nonprocurement Common Rule and Lead Agency Coordination*, Proquest LLC, United States, hlm. 3.

Dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, pada dasarnya juga tidak mengenal adanya diferensiasi dari kontrak pemerintah menjadi kontrak pengadaan dan kontrak non-pengadaan. Peraturan perundang-undangan secara spesifik hanya mengatur mengenai kontrak pengadaan, khususnya kontrak pengadaan barang/jasa yang sumber hukum utamanya terdapat dalam Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah. Dalam hal pengaturan yang termasuk dalam jenis/bentuk kontrak non-pengadaan pada dasarnya terbagi menjadi dua bagian besar, yakni terkait dengan pemanfaatan/pengelolaan aset milik negara/daerah dan kerja sama pengelolaan non-aset yang secara sporadis diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan.¹¹⁷

Filosofi pengadaan barang dan jasa pada awalnya adalah sebagai media pemerintah dalam menjalankan fungsi penyelenggaraan negara¹¹⁸ melalui kegiatan kontraktual yang termasuk dalam ruang lingkup hukum privat. Pemerintah melakukan pelayanan publik dan memberikan fasilitas kepada masyarakat yang ditujukan untuk kesejahteraan rakyat melalui hubungan kontraktual tersebut dengan pihak swasta.¹¹⁹ Dalam pengadaan barang dan jasa, jenis kontrak yang dilakukan pemerintah termasuk kontrak pembelanjaan¹²⁰ karena menggunakan dana APBN untuk memenuhi kebutuhan masyarakat atau disebut dengan *government contract*.¹²¹ Adapun klasifikasi dari kontrak pengadaan adalah sebagai berikut:

¹¹⁷ Peraturan tersebut di antaranya Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 *jo.* Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (PP No. 6/2006 *jo.* PP No. 38/2008) yang kemudian dicabut dengan Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (PP No. 27/2014), di mana di dalamnya mengatur mengenai jenis-jenis kontrak terkait dengan pengelolaan barang milik negara/daerah meliputi pemanfaatan dan pemindahtanganan aset barang milik negara/daerah. Pengaturan KPS di Indonesia secara khusus diatur dalam Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerja sama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur *jis.* Peraturan Presiden Nomor 13 Tahun 2010 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerja sama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur *jis.* Peraturan Presiden Nomor 56 Tahun 2011 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerja sama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur *jis.* Peraturan Presiden Nomor 66 Tahun 2013 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerja sama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur (Perpres No. 67/2005 *jis.* Perpres No. 13/2010 *jis.* Perpres No. 56/2011 *jis.* Perpres No. 66/2013).

¹¹⁸ Yohanes Sogar Simamora, *Op. cit.*, h. 2.

¹¹⁹ Faizal Kurniawan *et. al.* "The Involvement of Soes in Procurement of Goods or Services in Indonesia: Is It Ethical?", *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*, Vol 24, No. 8, April 2020, hlm. 1288.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Omar A. Esqueda, Thanh Ngo, Jurica Susnjara, "The Effect of Government Contracts on Corporate Valuation", *Journal of Banking & Finance*, Vol 106, No. 1, September 2019, hlm. 310.

1. Berdasarkan Objek, yaitu kontrak pengadaan barang, kontrak jasa konstruksi, konsultansi, dan jasa lainnya;
2. Berdasarkan Cara Pembayaran, yaitu *Lump Sum*, *Unit Price*, dan *Turn Key*;
3. Berdasarkan Waktu Anggaran, yaitu *single year* dan *multi years*.

Seperti apa yang sudah dibahas dalam pembahasan sebelumnya bahwa kontrak pemerintah selain kontrak pengadaan juga terdapat kontrak yang disebut dengan kontrak non-pengadaan, yang kemudian menjadi pembeda di antara kedua jenis kontrak ini adalah terletak pada dana yang dikeluarkan oleh pemerintah, di mana dalam kontrak pengadaan, pemerintah lebih cenderung mengeluarkan dana sedangkan dalam kontrak non-pengadaan pemerintah justru mendapatkan pemasukan dana dari hasil kontrak yang dilakukan. Jenis dari kontrak non-pengadaan yang biasa dilakukan oleh pemerintah sebagai penyelenggara negara untuk memenuhi kebutuhannya adalah kontrak sewa, pinjam-pakai, kerja sama pemanfaatan, bangun guna serah, bangun serah guna, penjualan, tukar-menukar, hibah, penyertaan modal, kontrak karya, kontrak investasi dan kontrak-kontrak lainnya selain dari kontrak pengadaan yang dilakukan oleh pemerintah. Mayoritas pengaturan terkait dengan kontrak non pengadaan barang/jasa dapat ditemukan dalam Pasal 27 Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah, diatur terdapat berbagai macam jenis kontrak non-pengadaan barang/jasa yaitu antara lain: a) sewa; b) pinjam pakai; c) kerja sama pemanfaatan; d) bangun guna serah atau bangun serah guna; e) kerja sama penyediaan infrastruktur. Selain itu, di dalam Pasal 54 PP No. 27/2014 diatur, bahwa terdapat jenis kontrak yang bersifat untuk memindah tangankan hak seperti a) penjualan, b) tukar menukar, c) hibah, maupun d) penyertaan modal oleh pemerintah pusat/daerah. Kontrak pemerintah non pengadaan yang dilakukan dalam rangka pemanfaatan barang/aset negara/daerah seperti kontrak sewa, pinjam pakai, kerja sama pemanfaatan merupakan kontrak yang bertujuan untuk memanfaatkan aset/barang milik negara/daerah namun dalam kontrak ini aset/barang milik negara/daerah yang dijadikan objek kontrak tidak akan menjadi beralih kepemilikan dari pemerintah kepada pihak lain, hal ini tentunya berbeda dengan kontrak penjualan, kontrak tukar-menukar, hibah dan penyertaan

modal, terhadap jenis/bentuk ini objek yang diperjanjikan akan berpindah kepemilikan kepada pihak lain dari pemerintah.

Kontrak pemerintah, sejatinya bisa dibilang tunduk pada 2 (dua) rezim hukum yang berbeda, yakni hukum publik (hukum administrasi dan hukum pidana) dan hukum privat (hukum perdata). Hal ini disebabkan, karena dalam melakukan kontrak yang seharusnya tunduk pada hukum privat, pemerintah tidak dapat melepaskan kedudukannya sebagai badan hukum publik yang tunduk pada hukum publik. Berdasarkan hal tersebut, maka dapat dikatakan, bahwa kontrak pemerintah memiliki karakter hibrida (*hybrid*).¹²² Akan tetapi, karakter *hybrid* tersebut bukan berarti terjadi percampuran hukum (*mixed law*). Masuknya hukum publik dalam kontrak pemerintah, merupakan upaya Pemerintah untuk mencegah timbulnya kerugian keuangan negara, mengingat hukum kontrak yang diatur di dalam Buku III BW, sejatinya memiliki sifat kelonggaran dalam penafsiran normanya (*aanvullend recht*), sehingga dianggap sudah tidak sesuai dengan kebutuhan masyarakat, khususnya dalam penerapan kontrak pemerintah.

Pemerintah merupakan salah satu pihak dalam kontrak pemerintah, oleh karena itu dalam konteks kajian kontrak pemerintah pengertian pemerintah harus dipahami dalam arti organisasi pemerintahan atau kumpulan dari kesatuan-kesatuan pemerintahan dan bukan dalam pengertian fungsi pemerintahan atau kegiatan memerintah.¹²³ Jika dikomparasi dengan Malaysia, maka dapat dilihat pada *Article 2 Government Contracts Act 1949* di Malaysia, dirumuskan bahwa: “*All contracts made in Malaysia on behalf of the Government shall, if reduced to writing, be made in the name of the Government of Malaysia and may be signed by a minister or by any public officer duly authorized in writing by a Minister either specially in any particular case, or generally for all contracts below a certain value in his department or otherwise as may be specified in the authorization*. Sebenarnya, jika melihat secara konseptual terkait batasan tentang Pemerintah, memang tidak dirumuskan secara eksplicit, baik dalam Undang-Undang Dasar 1945 maupun peraturan perundang-undangan.¹²⁴ Pemerintah dalam kontrak pemerintah adalah

¹²² Yohanes Sogar Simamora *Op. cit.*, hlm. 55-56.

¹²³ *Ibid.*, hlm. 51.

¹²⁴ Daniel Susilo dan Mohammad Roesli “Konsep Pemerintahan Indonesia Menurut UUD 1945”, *Mimbar Yustisia: Jurnal Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Vol 2, No. 1, Juni 2018, hlm. 118.

badan atau pejabat tata usaha negara yang berwenang untuk menandatangani kontrak dengan pihak swasta. Misalnya untuk kontrak pengadaan ada pada Pejabat Pembuat Komitmen (PPK), di mana dalam pengadaan barang dan jasa subjek pengadaan adalah kementerian, lembaga, departemen, dan instansi baik di pusat maupun di daerah. Untuk kontrak non-pengadaan ada pada kepala daerah, untuk kontrak migas ada pada SKK Migas dan untuk kontrak minerba ada pada kepala daerah.

Pemerintah sebagai subyek hukum mewakili dua institusi sekaligus, yakni jabatan pemerintahan dan badan hukum pemerintahan (*twee petten*).¹²⁵ Dalam rangka memenuhi kebutuhannya sendiri dan kebutuhan masyarakat dalam rangka pelayanan publik, pemerintah dapat melakukan tindakan hukum publik dan tindakan dalam hukum privat. Kontrak pemerintah merupakan salah satu bentuk tindakan pemerintah sebagai badan hukum publik dalam ranah hukum privat. Pemerintah dianggap sebagai badan hukum, karena pemerintah menjalankan kegiatan komersial (*acts jure gestionis*).¹²⁶ Pemerintah sebagai badan hukum diakui dalam Pasal 1653 BW di mana disebutkan bahwa: "selain perseroan perdata sejati, perhimpunan orang-orang sebagai badan hukum juga diakui undang-undang, entah badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum atau diakui sebagai demikian, entah pula badan hukum itu diterima sebagai yang diperkenankan atau telah didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan". Apeldorn berpendapat bahwa negara, propinsi, kotapraja dan lain sebagainya adalah badan hukum.¹²⁷

Kontrak komersial yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan termasuk dalam kategori perbuatan hukum privat yang merupakan hubungan hukum dalam lapangan hukum perdata. Pembentukan, pelaksanaan, perubahan dan atau pemutusan perjanjian, sekalipun hal tersebut tertuang dalam bentuk keputusan tetapi tetap merupakan kontrak yang bersifat privat. Hal ini dikarenakan keputusan tersebut menurut teori melebur (*oplossing theorie*) dinilai

sebagai keputusan yang melebur ke dalam tindakan keperdataan.¹²⁸ *Article 8:3 Algemene Wet Bestuurecht (Awb/Dutch Administrative Law Act)* secara tegas menyatakan bahwa kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai salah satu kontraktan tetap tunduk pada hukum privat dan sengketa yang timbul dari kontrak tersebut diselesaikan melalui pengadilan negeri, bukan pengadilan administrasi. Di Indonesia, ketentuan demikian belum diatur secara khusus dan instrumen hukum yang menjadi landasan kontraktualisasi kontrak pemerintah masih bersifat sektoral dan diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

Dasar hukum pembentukan kontrak pemerintah tetap didasarkan pada hukum privat namun diwarnai dengan kekuasaan dan tanggung jawab pemerintah dalam memenuhi kepentingan publik yang diatur dalam hukum administrasi.¹²⁹ Oleh sebab itu, keabsahan kontrak pemerintah tetap didasarkan pada Pasal 1320 BW, dan Pasal 1337 BW yang notabene didasarkan pula pada peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai kontrak pemerintah, misalnya dalam membentuk kesepakatan harus dilakukan melalui lelang, substansi kontrak pemerintah tidak boleh merugikan negara, dan untuk *build operate transfer* (BOT) harus terdapat kontribusi yang besarnya dihitung berdasarkan *appraisal*, dipastikan akhir kontrak objek ditransfer ke negara/daerah, dan sebagainya. Selain itu, adanya unsur hukum publik juga menyebabkan aturan dan prinsip hukum dalam kontrak privat tidak sepenuhnya berlaku bagi kontrak yang dibuat oleh pemerintah sebagai akibat dari keberlakuan Pasal 1337 BW yang menyebabkan prinsip dan hukum publik memasuki ranah hukum privat. Misalnya prinsip kebebasan berkontrak (Pasal 1338 BW) yang dibatasi dengan: larangan sub kontrak, larangan melakukan penyitaan terhadap barang milik negara/daerah sebagaimana diatur dalam Pasal 50 UU No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang menyimpangi ketentuan Pasal 1131 dan Pasal 1132 BW yang notabene pengaturan ini mengasumsikan negara dapat membayar utangnya (*solvent*) sehingga tidak ada penyitaan terhadap harta negara.

¹²⁵ Muhammad Yakim, "Kedudukan Hukum Pemerintah Daerah Dalam Kerja sama Daerah Dengan Pihak Ketiga", *Jurnal Katalogis*, Vol 5, No. 7, Juli 2017, hlm. 81.

¹²⁶ Atwinda P.Y.P., Rahayu, H.M. Kabul Supriyadhie, "Analisa Hukum Terhadap Pengecualian Pelanggaran Berat Ham Terkait Dengan Imunitas Negara Dalam Kasus Luigi Ferrini (Jerman Vs Italia, Putusan Mahkamah Internasional Tahun 2012)", *Diponegoro Law Review*, Vol 5, No. 2, Oktober 2016, hlm. 2.

¹²⁷ Sarah S. Kuahaty, "Pemerintah Sebagai Subjek Hukum Perdata Dalam Kontrak Pengadaan Barang Atau Jasa", *Jurnal Sasi*, Vol 17, No. 3, Juli 2011, hlm. 56.

¹²⁸ Maftuh Effendi, "Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia Suatu Pemikiran Ke Arah Perluasan Kompetensi Pasca Amandemen Kedua Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara", *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol 3, No. 1, Maret 2014, hlm. 31.

¹²⁹ Bagus Oktafian Abrianto, Xavier Nugraha, Nathanael Grady, "Perkembangan Gugatan Perbuatan Melanggar Hukum oleh Pemerintah Pasca-Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014", *Negara Hukum: Membangun Hukum untuk Keadilan dan Kesejahteraan*, Vol 11, No. 1, Juni 2020, hlm. 56.

D. PENEGAKAN HUKUM PERMASALAHAN DALAM KONTRAK PEMERINTAH

Adanya unsur hukum publik dan hukum privat dalam kontrak pemerintah, sejatinya memiliki konsekuensi yuridis terhadap penegakan hukum yang dapat dilakukan terhadap kontrak pemerintah tersebut. Hal ini menyebabkan, dalam hal penegakan hukum yang dilakukan, apabila terjadi permasalahan terkait kontrak pemerintah, maka penegakan hukum yang dapat dilakukan dapat saja tidak hanya penegakan hukum perdata, namun juga penegakan hukum pidana dan administrasi. Hal ini sangat bergantung terhadap koridor hukum yang disimpangi.

Apabila ketentuan dalam kontrak pemerintah yang dilanggar, maka penegakan hukum perdata dapat dilakukan melalui pengajuan gugatan ke Peradilan Umum (Pengadilan Negeri). Misal, pemerintah membuat kontrak jual-beli dengan sebuah perusahaan swasta, maka apabila tidak dipenuhinya prestasi yang dijanjikan oleh salah satu pihak, maka dapat dilakukan gugatan wanprestasi. Di dalam Pasal 1238 BW diatur, bahwa: "Si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatannya sendiri, ialah jika ini menetapkan, bahwa Si berutang akan harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan." Dengan demikian, semisal ketika pemerintah sebagai pembeli tidak memenuhi prestasinya, maka perusahaan swasta tersebut dapat menggugat ke Pengadilan Umum untuk menuntut ganti rugi, berupa penggantian biaya, kerugian dan bunga (jika diperjanjikan). Hal ini sesuai dengan Pasal 1243 jo. Pasal 1244 BW yang mengatur:

Pasal 1243 mengatur:

Penggantian biaya, kerugian dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila siberutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalainya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampauinya.

Pasal 1244 mengatur:

Debitur harus dihukum untuk mengganti biaya, kerugian dan bunga, bila ia tak dapat membuktikan bahwa tidak dilaksanakannya perikatan itu atau tidak tepatnya waktu dalam melaksanakan

perikatan itu disebabkan oleh sesuatu hal yang tak terduga, yang tak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, walaupun tidak ada ikhtikad buruk kepadanya.

Sebaliknya, apabila dalam perjanjian tersebut, ternyata perusahaan swasta yang membuat perjanjian tersebut tidak memenuhi prestasinya, maka pemerintah juga dapat melakukan gugatan wanprestasi di Pengadilan Umum.

Contoh adanya gugatan terhadap pemerintah akibat wanprestasi, dapat dilihat dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 3229 K/Pdt/2015. Dalam perkara tersebut, dapat dilihat bahwa adanya gugatan wanprestasi yang diajukan oleh pihak swasta, yaitu Aswin Suheri, selaku Direktur PT Citra Bunda kepada pihak pemerintah, yaitu:

- 1) Pemerintah Republik Indonesia Cq. Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia, Cq. Gubernur Aceh, Cq. Kepala Dinas Pengairan Aceh;
- 2) Pemerintah Republik Indonesia Cq. Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia, Cq. Gubernur Aceh; dan
- 3) Pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat Aceh (DPRA).

Perkara ini berawal dari adanya Surat Perintah Mulai Kerja (SPMK) kepada Perusahaan Penggugat terkait proyek Pelaksanaan Pekerjaan Pengaman Pantai Desa Ujong Tanoh Kecamatan Samadua (Paket II) Kabupaten Aceh Selatan (Bencana Alam). Adapun total nilai proyek tersebut adalah Rp 9.995.235.000,- (sembilan miliar sembilan ratus sembilan puluh lima juta dua ratus tiga puluh lima ribu rupiah). Setelah adanya SMPK tersebut, PT Citra Bunda kemudian menyelesaikan proyek tersebut sesuai dengan waktu yang telah diperjanjikan. Akan tetapi, ternyata hingga gugatan tersebut diajukan, terdapat sisa nilai volume pekerjaan PT Citra Bunda yang masih belum dibayar sebesar Rp 8.501.282.000,- (delapan miliar lima ratus satu juta dua ratus delapan puluh dua ribu rupiah).

Dengan dasar belum adanya pembayaran yang dilakukan pada waktu yang telah disepakati, maka PT Citra Bunda mengajukan gugatan tersebut. Di dalam pertimbangan Putusan Mahkamah Agung Nomor 3229 K/Pdt/2015, disebutkan bahwa: "Bahwa Tergugat telah wanprestasi sehingga wajib membayar biaya proyek yang telah dikerjakan Penggugat, sehingga pertimbangan dan putusan *Judex Facti* telah sesuai hukum." Dari *ratio decedendi* tersebut, sejatinya

dapat ditarik kesimpulan, bahwa Apabila permasalahan yang terjadi adalah terkait dengan kontrak, maka penegakan hukum yang dapat dilakukan tetap melalui mekanisme gugatan wanprestasi yang notabene tetap menjadi kompetensi absolut dari pengadilan negeri.

Apabila ketentuan mengenai wewenang, prosedur, dan substansi yang mendahului atau mengakhiri kontrak pemerintah yang dilanggar melalui keputusan-keputusan, maka dapat dilakukan pengajuan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Misal penjatuhan sanksi *black list* pada keputusan pemenang tender yang notabene merupakan KTUN (Keputusan Tata Usaha Negara), sehingga penegakan hukum yang dapat dilakukan adalah penegakan hukum administrasi melalui pengajuan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Apabila ketentuan dalam hukum pidana dilanggar, misalnya terdapat persekongkolan tender, maka penegakan hukum pidana dapat dilakukan melalui Pengadilan Umum (Pengadilan Tindak Pidana Korupsi).

Pada dasarnya, pihak swasta dapat mengajukan gugatan kepada Pemerintah atas kerugian yang dialaminya akibat kelalaian dari Pemerintah. Dalam praktik internasional, hal ini dikenal dengan prinsip *sovereign immunity* atau *state immunity*, yakni prinsip yang menyatakan bahwa pemerintah dapat digugat dalam hubungan perdata yang dilakukannya dengan pihak swasta.¹³⁰ Pada awalnya, prinsip ini merupakan prinsip dalam hukum internasional publik yang memberikan kekebalan bagi negara yang berdaulat untuk tidak dapat diajukan di hadapan pengadilan negara lain oleh negara atau entitas suatu negara serta kebal terhadap penegakan dan pelaksanaan hukum atau putusan negara lain.¹³¹ Hal ini sesuai dengan prinsip *par in parem non habet imperium* yang menyatakan bahwa persamaan derajat antarnegara sangat diutamakan, sehingga di antara kedua negara yang sama-sama merdeka dan berdaulat tidak

¹³⁰ Dalam konstitusi Amerika, doktrin *sovereign immunity* diakui sebagai batasan untuk mengajukan Pemerintah ke hadapan pengadilan. Pemerintah Amerika berkomitmen untuk mengatur kewajiban hukumnya terhadap masyarakat dalam hukum publik, sehingga rakyatnya dapat mengajukan gugatan kepada pemerintah dengan dasar kerugian yang dideritanya akibat tindakan pemerintah untuk menyeimbangkan sektor publik dan sektor privat. Pada awalnya, gugatan kepada Pemerintah diajukan atas dasar perbuatan melanggar hukum dan kemudian berkembang dengan pelepasan hak imunitas negara dalam hal gugatan yang timbul dari hubungan kontraktual. Lihat: Hohn LObat dan Jeffrey Theodore, "The Scope of Federal Sovereign Immunity", *Briefing Paper*, Harvard Law School Federal Budget Policy Seminar, 2006, hlm. 2; Lihat juga: Christine Desan, "The Constitutional Commitment to Legislative Adjudication in the Early American Tradition", *111 Harvard Review* 1383, 1998, hlm. 4.

¹³¹ Asurst, *State Immunity: an Overview*, Ashurst LLP, London, July 2013, p. 1. Diakses di https://www.ashurst.com/doc.aspx?id_Resource=7655.

dapat memiliki yurisdiksi terhadap pihak lainnya (*equal states don't have jurisdiction over each other*) dan juga tidak dapat turut campur terhadap urusan domestik negara lain.¹³² Prinsip imunitas negara ini kemudian diadopsi dalam hukum nasional negara-negara.

Di Inggris, terdapat pengecualian terhadap *sovereign immunity* sebagaimana diatur dalam *State Immunity Act 1978* (SIA), di mana suatu negara tidak akan kebal dari proses peradilan negara lain apabila:

- 1) Negara tersebut telah menyetujui, baik dalam klausul perjanjian atau persetujuan yang dibuat setelah sengketa terjadi, bahwa Pengadilan Inggris memiliki yurisdiksi atas sengketa yang timbul dari perjanjian tersebut;
- 2) Walaupun tidak ada persetujuan dari negara yang bersangkutan untuk tunduk pada yurisdiksi pengadilan Inggris, negara tersebut tidak dapat mengajukan klaim *sovereign immunity* apabila kontrak yang dilakukan pemerintah tidak termasuk dalam lingkup "pelaksanaan kewenangan/fungsi kenegaraan", melainkan termasuk dalam lingkup transaksi perdagangan;
- 3) Apabila proses yang terkait dengan kewajiban kontraktual untuk dilakukan seluruhnya atau sebagian di Inggris; dan
- 4) Apabila terdapat perjanjian secara tertulis untuk menyerahkan sengketa kepada arbitrase dalam klausula arbitrase maupun dalam perjanjian yang dibuat setelah sengketa terjadi.¹³³

Suatu negara juga tidak akan kebal dari penegakan dan pelaksanaan putusan negara lain apabila:¹³⁴

- 1) Negara memberikan persetujuan tertulis kepada penegakan atau pelaksanaan suatu putusan negara asing; dan

¹³² Hans Kelsen mengartikan prinsip *par in parem non habet imperium* menjadi beberapa pengertian, *pertama*, suatu negara tidak dapat melaksanakan yurisdiksi melalui pengadilan terhadap tindakan-tindakan negara lain, kecuali negara tersebut menyetujuinya; *kedua*, suatu pengadilan yang dibentuk berdasarkan perjanjian internasional tidak dapat mengadili tindakan suatu negara yang bukan merupakan anggota atau peserta dari perjanjian internasional tersebut; dan ketiga, pengadilan suatu negara tidak berhak mempersoalkan keabsahan tindakan suatu negara lain yang dilaksanakan di dalam wilayah negaranya. Lihat: Mirza Satria Buana, 2007, *Hukum Internasional Teori dan Praktik*, Nusamedia, Bandung, hlm. 57.

¹³³ Pengadilan tidak akan memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikan perselisihan tentang beberapa jenis tindakan berdaulat yang mencakup sengketa yang melibatkan, misalnya isu-isu sensitif diplomasi antarnegara atau isu yang tidak pasti atau kontroversial masalah hukum internasional. Lihat: Asurst, *Op. cit.*, p. 3-4.

¹³⁴ Diangsa Wagian, M. Yazid Fathon, "Penyelesaian Sengketa Kontraktual Pemerintah Melalui Arbitrase Internasional Dan Berbagai Permasalahannya", *Ius Kajian Hukum dan Keadilan*, Vol 2, No. 6, Desember 2014, hlm. 583.

- 2) Apabila penegakan atau pelaksanaan putusan diberlakukan terhadap aset yang digunakan atau dimaksudkan untuk digunakan dengan tujuan komersial.

Dengan dasar tersebut, maka langkah paling mudah bagi negara untuk dapat mengesampingkan *sovereign immunity* adalah dengan memberikan persetujuan tertulis baik dalam klausul perjanjian atau persetujuan setelah sengketa terjadi untuk melepas kekebalannya.¹³⁵ Prinsip *sovereign immunity* ini juga dikenal dalam hukum nasional Indonesia, di mana pemerintah maupun instansi pemerintah dapat digugat dihadapan pengadilan Indonesia maupun pengadilan asing. Namun berkaitan dengan hal ini perlu ditegaskan adanya Pasal 50 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (UU No. 1/2004) yang menyatakan bahwa, dalam kontrak yang melibatkan pemerintah, terdapat imunitas (kekebalan) pemerintah apabila digugat di muka pengadilan, di mana terhadap aset keuangan negara tidak dapat dilakukan penyitaan. Hal tersebut merupakan penyimpangan dari prinsip sita sebagaimana diatur dalam Pasal 1131 *jo* 1132 BW dan merupakan upaya untuk melindungi kekayaan negara.¹³⁶ Tidaklah adil jika pemerintah dalam melakukan hubungan kontraktual dengan swasta aset yang disengketakan tidak dapat disita.

Keberadaan Pasal 50 UU No. 1/2004 tidak serta-merta menimbulkan konsekuensi Pemerintah tidak dapat digugat di hadapan pengadilan maupun tidak dapat dikenakan pelaksanaan suatu putusan pengadilan. Pemerintah tetap dapat diajukan ke hadapan pengadilan dan dikenakan pelaksanaan putusan, hanya saja permohonan terhadap penyitaan aset negara tidak dapat dikabulkan dan tidak dapat dieksekusi. Dengan kata lain, pemerintah tidak kebal terhadap gugatan perdata di hadapan pengadilan domestik maupun pengadilan asing dan apabila terbukti pemerintah bersalah dan dikenakan denda berdasarkan putusan pengadilan yang berwenang, maka pembayaran denda tersebut dapat dianggarkan dalam APBN/APBD.¹³⁷ Hal ini pada dasarnya juga merupakan salah satu bentuk

dominasi pemerintah yang diberikan oleh undang-undang, hanya saja bentuk dominasi ini tidak serta merta membawa konsekuensi bahwa aset yang dikuasai oleh pemerintah juga merupakan aset masyarakat yang notebene tidak dapat disita.

Negara dapat digugat merupakan implementasi dari prinsip *forum stat* sebagai pengesampingan prinsip *sovereign immunity*. Tanggung gugat dapat didasarkan atas tanggung gugat kontraktual (*contractal liability*) dan tanggung gugat perbuatan melanggar hukum (*tort liability*). Tanggung gugat kontraktual (*contractual liability*) merupakan tanggung gugat yang lahir dikarenakan salah satu dari kontraktan wanprestasi. Dalam hal ini petitum yang diminta oleh penggugat yaitu berdasarkan Pasal 1267 BW yang meliputi pemenuhan, pemutusan, dan/atau ganti rugi. Jika dibandingkan dengan kontrak pemerintah, sanksi atas pelanggaran kontrak umumnya telah diatur di dalamnya, misalnya sanksi bagi penyedia/mitra berupa denda, pencairan jaminan pelaksanaan, *blacklist* dan pemutusan, sedangkan sanksi bagi pemerintah karena terlambat membayar yaitu pemenuhan dan ganti rugi (sesuai bunga bank). Tanggung gugat perbuatan melanggar hukum (*tort liability*) yang lahir dari adanya perbuatan kontraktan yang melanggar hukum, misalnya terhadap pihak pemerintah yang memutus kontrak sepihak secara sewenang-wenang.

Dalam rangka mengajukan gugatan, dasar tanggung gugat sebaiknya tidak dicampuradukkan antara wanprestasi dan PMH karena dapat menyebabkan gugatan kabur (*obscure*) dan diputus tidak dapat diterima (*niet onvankelijk verklaard*), sebagaimana dinyatakan dalam Putusan MA No. 879 K/Pdt/1997 tanggal 29 Januari 2001. Walaupun dalam praktiknya, penggabungan gugatan wanprestasi dan PMH dalam satu gugatan juga dibolehkan, misalnya dalam Putusan MA No. 2686 K/Pdt/1985 tanggal 29 Januari 1987 dan Putusan MA No. 886 K/Pdt/2007 tanggal 24 Oktober 2007 yang kaidah hukumnya menyatakan "bahwa sungguhpun dalam gugatan terdapat posita wanprestasi dan perbuatan melawan hukum, akan tetapi dengan tegas diuraikan secara terpisah, maka gugatan demikian yang berupa kumulasi objektif dapat dibenarkan.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Namun, yang berbeda dari penerapan prinsip ini di Indonesia adalah meskipun terdapat klausula yang menyatakan pelepasan aset negara maupun klausula penundukan sepenuhnya pada hukum privat dalam kontrak yang dibuat oleh pemerintah, namun dengan adanya Pasal 50 UU No. 1/2004 ini membawa konsekuensi pemerintah menjadi kebal atas pelaksanaan putusan terkait penyitaan aset negara dan kekebalan tersebut tetap mengikat. Lihat: *Ibid.*

¹³⁷ Dalam praktik, pemerintah menjadi pihak yang gugat pada dasarnya telah sering terjadi,

terutama dalam hal pemerintah melakukan perbuatan melanggar atau melawan hukum (PMH). Namun, dalam hal pemerintah berkedudukan sebagai tergugat atas dasar wanprestasi sangat sulit ditemui, walaupun keadaan ini tidak menutup kemungkinan berpotensi untuk terjadi.

E. PENUTUP

Pemerintah dalam rangka penyelenggaraan negara melakukan suatu transaksi komersial yang dibingkai dalam suatu kontrak. Kontrak yang salah satu pihaknya melibatkan pemerintah sejatinya tunduk pada 2 (dua) rezim hukum yang berbeda, yakni hukum publik (hukum administrasi dan hukum pidana) dan hukum privat (hukum perdata), karena dalam melakukan kontrak yang seharusnya tunduk pada hukum privat, pemerintah tidak dapat melepaskan kedudukannya sebagai badan hukum publik yang tunduk pada hukum publik. Hal inilah yang menyebabkan kontrak pemerintah memiliki karakter hibrida (*hybrid*)

Tidak menutup kemungkinan dalam kontrak yang dibuat dengan pemerintah tersebut terdapat problematika terkait kontrak tersebut. Dalam hal demikian, maka pemerintah sebagai kontraktan memang berkedudukan sebagai badan hukum, namun, dalam hubungannya dengan pelaksanaan kontrak, maka pemerintah dapat digugat atau menggugat sebagaimana badan hukum atau subjek hukum dalam hukum privat. Adanya unsur hukum publik dan hukum privat dalam kontrak pemerintah juga menyebabkan penegakan hukum yang dapat dilakukan terhadap kontrak pemerintah bukan hanya penegakan hukum perdata, namun juga penegakan hukum pidana dan administrasi sesuai dengan koridor hukum yang disimpangi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Badruzaman, Mariam Darus. 1998. "Kerangka Dasar Hukum Perjanjian (Kontrak)" dalam *Hukum Kontrak di Indonesia*, Elips, Jakarta.
- Buana, Mirza Satria. 2007. *Hukum Internasional Teori dan Praktik*, Nusamedia, Bandung
- Clark, Robert W. 1987. *Inequality of Bargaining Power*, The Carswell Company Ltd., Toronto-Calgary-Vancouver.
- Garner, Bryan A. 2009. *Black's Law Dictionary, Ninth Edition*, Law Prose Inc., Texas.
- Isnaeni, Moch. 2016. *Pengantar Hukum Jaminan Kebendaan*, Revka Petra Media, Surabaya.
- Marzuki, Peter Mahmud. 2017. *Penelitian Hukum: Edisi Revisi*, PrenadaMedia Group, Jakarta.
- Molan, Michael T. 2003. *Administrative Law*, Old Bailey Press, London.

- Simamora, Yohanes Sogar. 2016. *Hukum Kontrak: Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Laksbang Justisia Surabaya.
- Stephen P. Osborne, ed. 2010. *The New Public Governance: Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, Routledge, London and New York.
- Sudjan, M.A. 2003. *Law Relating to Government Contracts*, Universal Law Publishing Co., Pvt., Ltd., Delhi.
- Tiefer, Charles dan William A. Shook. 1999. *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, North Carolina.
- Young, Brian. 2013. *Ready for Primetime? The Interagency Suspension & Debarment Committee, the Nonprocurement Common Rule and Lead Agency Coordination*, Proquest LLC, United States.

Artikel Jurnal

- Abrianto, Bagus Oktafian, Xavier Nugraha, Nathanael Grady. "Perkembangan Gugatan Perbuatan Melanggar Hukum oleh Pemerintah Pasca-Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014". *Negara Hukum: Membangun Hukum untuk Keadilan dan Kesejahteraan*, Vol 11, No. 1, Juni 2020.
- Adha, Lalu Hadi. "Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta". *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11, No. 3, Oktober 2011.
- Alfitri. "Ideologi Welfare State dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Terkait Sistem Jaminan Sosial Nasional". *Jurnal Konstitusi*, Vol. 25, No. 3, September 2012.
- Anand, Ghansam, "Prinsip Kebebasan Berkontrak Dalam Penyusunan Kontrak", *Yuridika*, Vol 26, No. 2, Agustus 2010.
- Asikin, Zainal. "Perjanjian Kerja sama Antara Pemerintah dan Swasta Dalam Penyediaan Infrastruktur Publik". *Mimbar Hukum*, Vol. 25, No. 1, Februari 2013, hlm. 57.
- Desan, Christine. "The Constitutional Commitment to Legislative Adjudication in the Early American Tradition". *111 Harvard Review* 1383, 1998
- Effendi, Maftuh. "Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia Suatu Pemikiran Ke Arah Perluasan Kompetensi Pasca Amandemen Kedua Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara". *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol 3, No. 1, Maret 2014.
- Esqueda, Omar A., Thanh Ngo, Jurica Susnjara. "The Effect Of Government Contracts On Corporate Valuation". *Journal of Banking & Finance*, Vol 106, No. 1, September 2019.
- Fajarini, Dea Putri. "Subkontrak Dalam Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah". *Mimbar Keadilan*, Vol 12, No. 1, Juli 2019.
- Haryanto, Totok Dwinur. "Hubungan Hukum Yang Menimbulkan Hak Dan

- Kewajiban Dalam Kontrak Bisnis". *Wacana Hukum*, Vol 9, No. 1, April 2010.
- Kuahaty, Sarah S.. "Pemerintah Sebagai Subjek Hukum Perdata Dalam Kontrak Pengadaan Barang Atau Jasa". *Jurnal Sasi*, Vol 17, No. 3, Juli 2011.
- Kurniawan, Faizal, *et.al.*. "The Involvement of Soes in Procurement of Goods or Services in Indonesia: Is It Ethical?". *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*, Vol 24, No. 8, April 2020.
- Manan, Bagir. "Bentuk-Bentuk Perbuatan Keperdataan yang Dapat Dilakukan oleh Pemerintah Daerah". *Majalah Ilmiah Universitas Padjadjaran*, No. 3, Vol. 14, 1996
- Marzuki, Peter Mahmud. "Penelitian Hukum". *Yuridika*, Vol 16, No. 1, Maret 2001.
- Muskibah dan Lili Naili Hidayah. "Penerapan Prinsip Kebebasan Berkontrak Dalam Kontrak Standar Pengadaan Barang Dan Jasa Pemerintah Di Indonesia". *Refelksi Hukum*, Vol. 4, No. 2, April 2020
- Obato, Hohn L dan Jeffrey Theodore. "The Scope of Federal Sovereign Immunity". *Briefing Paper*, Harvard Law School Federal Budget Policy Seminar, 2006.
- P., Atwinda P.Y., Rahayu, H.M. Kabul Supriyadhie. "Analisa Hukum Terhadap Pengecualian Pelanggaran Berat Ham Terkait Dengan Imunitas Negara Dalam Kasus Luigi Ferrini (Jerman Vs Italia, Putusan Mahkamah Internasional Tahun 2012)". *Diponegoro Law Review*, Vol 5, No. 2, Oktober 2016
- Susilo, Daniel dan Mohammad Roesli. "Konsep Pemerintahan Indonesia Menurut UUD 1945". *Mimbar Yustisia: Jurnal Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Vol 2, No. 1, Juni 2018.
- Taraszkiewicz, Magdalena. "Liability Of Contractors Jointly Applying For A Public Procurement Contract In Connection With Their Conclusion Of A Civil Law Partnership Agreement". *Prawo Budżetowe Państwa*, Vol. 8, No. 1, Januari 2020.
- Wagian, Diangsa. "Pembaharuan Hukum Kontrak Dalam Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia". *Ius Kajian Hukum dan Keadilan*, Vol 3, No. 1, April 2015.
- Wagian, Diangsa, M. Yazid Fathon. "Penyelesaian Sengketa Kontraktual Pemerintah Melalui Arbitrase Internasional Dan Berbagai Permasalahannya". *Ius Kajian Hukum dan Keadilan*, Vol 2, No. 6, Desember 2014
- Yakim, Muhammad. "Kedudukan Hukum Pemerintah Daerah Dalam Kerja sama Daerah Dengan Pihak Ketiga". *Jurnal Katalogis*, Vol 5, No. 7, Juli 2017.

Regulasi

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. *Burgerlijk Wetboek, Staatsblad* Nomor 23 Tahun 1847.
- Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 47, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4286).
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 5, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4355).
- Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2018 tentang Pengadaan Barang/Jasa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2018 Nomor 33).
- Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 92, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5554).