

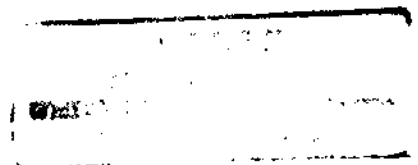
BAB I

PENDAHULUAN

I. Latar Belakang Dan Rumusan Masalah

Pembangunan dalam bidang fisik merupakan bagian dari pembangunan nasional secara keseluruhan yang pelaksanaannya terus ditingkatkan tahap demi tahap dan meliputi seluruh wilayah tanah air. Wujud dari pembangunan fisik antara lain berupa pembangunan gedung-gedung perkantoran, perumahan, pembangunan jalan, pasar dan pusat perbelanjaan. Kesemuanya itu diusahakan oleh pemerintah bekerja sama dengan pihak swasta untuk menunjang tercapainya kesejahteraan seluruh rakyat Indonesia. Demi mewujudkan hal tersebut, pemerintah harus segera berbenah diri untuk meningkatkan dan mengoptimalkan aspek layanan publik terhadap masyarakat melalui kebijakan dan/atau peraturan yang efektif, efisiensi dan yang berpihak pada kepentingan masyarakat serta yang tak kalah pentingnya adalah transparansi/keterbukaan serta jaminan akses informasi publik atau kebebasan memperoleh informasi.

Sejalan dengan pesatnya pembangunan bidang fisik, sangat perlu juga diupayakan pembangunan dalam bidang hukum sehingga hukum senantiasa dapat mengikuti perkembangan yang terjadi dalam masyarakat. Dengan demikian diharapkan bahwa hukum dapat menunjang kelancaran pelaksanaan pembangunan serta pengamanan hasil-hasil pembangunan fisik yang telah dicapai. Pembangunan fisik oleh pemerintah yang bertumpu pada landasan yuridis yang menyentuh khalayak ramai harus berpegang pada prinsip-prinsip keterbukaan atau transparansi.



Sehubungan dengan keterbukaan atau transparansi terdapat beberapa alasan pentingnya kebebasan memperoleh informasi yaitu:

1. Hak atas informasi sebagai Hak Asasi Manusia (*Human Rights*);
2. Sala satu upaya mewujudkan Pemerintah Terbuka;
3. Membentuk peran masyarakat yang berkualitas.¹

Pemerintah yang terbuka lebih lanjut mengisyaratkan adanya 6 (enam) hak publik:

1. Hak publik untuk mengamati perilaku pejabat dalam menjalankan fungsi publiknya (*right to observe*);
2. Hak dan akses publik atas informasi (*freedom of information*);
3. Hak publik untuk berpartisipasi (*right to participate*);
4. Hak publik untuk melindungi dalam mngungkapkan kebenaran (*whistle blower protection*);
5. Kebebasan pers yang berkualitas;
6. Mekanisme hukum dalam mengajukan keberatan apabila hak-hak di atas dilanggar (*right to appeal*).²

Fungsi penyelenggaraan pemerintah dalam hal pelayanan terhadap publik masih dirasakan belum optimal, hal mana disebabkan oleh beberapa faktor di antaranya berkaitan dengan kultur penyelenggaraan tugas dan fungsi tersebut yang masih menganggap informasi sebagai hak *eksklusif* yang tidak perlu dibagi dan dibuka untuk khalayak ramai, di sisi lain masih sangat lemahnya kesadaran masyarakat tentang pentingnya akses informasi serta kurangnya jaminan hak publik atas informasi yang bersifat tegas dan tidak adanya mekanisme dalam mewujudkannya.

Pemerintah dalam hal ini baik pusat maupun daerah mempunyai kewajiban menyediakan kebutuhan rakyat dalam berbagai bentuknya baik berupa jasa, barang

¹ Hadi Rahmat Purnama, *Jaminan Akses Informasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Terbuka dan Demokrasi*, Teropong Edisi V (MaPPI-FH UI), Jakarta, April-Mei 2002, h., 18.

² *Ibid*

maupun pembangunan infrastruktur, dimana hal tersebut merupakan bagian yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam pemenuhan kewajiban tersebut tentunya pemerintah harus melakukan langkah-langkah strategis dimana ketika bicara tentang pembangunan tentunya hal tersebut terkait dengan pembangunan kebutuhan masyarakat disatu sisi serta penggunaan dan ketersediaan anggaran di sisi lain. Terkait dengan keterbatasan anggaran dalam hal ini tentunya *menstimulus* pemerintah untuk melakukan kebijakan dengan melibatkan para pelaku usaha dalam mengelola sumber ekonomi dengan melalui sistem *investasi* yang salah satunya adalah *Built, Operate and Transfer* atau Bangun, Guna dan Serah yang selanjutnya disebut BOT. Kerja sama pemerintah dan swasta (*investor*) dalam bentuk BOT, sangat berperan dalam melaksanakan pembangunan di Indonesia. Sebab pihak *investor* memiliki dana untuk siap dialokasikan pada proyek tertentu dan pada negara-negara sedang berkembang selalu mengalami kesulitan dalam perolehan dana pembangunan. Itulah sebabnya sehingga Amirizal menyatakan:³

“Bahwa pembangunan ekonomi membutuhkan sumberdaya alam yang banyak, tenaga terampil yang cukup, manajemen yang baik, stabilitas politik yang mantap dan lain-lain faktor. *Namun, persoalan utama terletak pada kebutuhan akan sumber modal untuk investasi* (cetak miring oleh penulis) karena baik pemerintah dan swasta membutuhkannya untuk membiayai proyek-proyek pembangunan dengan cara mengimpor baik keahlian (manajemen dan teknologi, serta jasa, maupun barang dan peralatan).”

Terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam BOT yaitu : (a) kebijakan umum pemerintah tentang bidang-bidang proyek sumber daya ekonomi yang menjadi obyek BOT (b) aspek teknis (c) aspek finansial (d) aspek

³ Amirizal, *Hukum Bisnis, Risalah dan Praktek*, cetakan pertama, Djambatan, 1999, h. 1.

pengoperasian dan prosedural dan (e) aspek hukum.⁴ Kebijakan pemerintah (pusat, provinsi, kabupaten/kota) dalam hal untuk mendapatkan dana segar (*fresh money*) sangat terkait dengan penerapan investasi dalam bentuk BOT. Sebab pengerjaannya tidak hanya mengerjakan proyek-proyek yang langsung berkaitan dengan antara badan-badan hukum privat (perseroan dan individu) tetapi pengoperasiannya menyentuh kepentingan masyarakat secara luas. Kebijakan yang melibatkan pihak lain/pelaku usaha disatu sisi dan pemerintah di sisi lain, sehingga ditinjau dari sisi subyek hukumnya aspek hukum dalam penerapannya tidak hanya masuk dalam ranah hukum perdata tetapi masuk pula dalam ranah hukum publik. Dari uraian di atas terdapat konsekuensinya pemerintah harus kreatif mendapatkan sumber-sumber pembiayaan pembangunan yang salah satunya melibatkan sumber daya/potensi ekonomi yang ada pada sektor swasta, yang tentunya dengan berpijak pada kewenangan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Dalam konteks ini kewenangan tersebut dapat kita lihat dalam beberapa pengaturannya yang diatur dalam ketentuan Pasal 42 s/d 49 jo Pasal 9 huruf f jo Pasal 10 huruf f Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (UU No.1/2004), ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU No.17/2003), Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah (PP No.6/2006)). Dari beberapa pengaturan tersebut secara singkat diuraikan sebagai berikut, dalam ketentuan Pasal 42 s/d 49 UU No.1/2004 diatur tentang pengelolaan barang milik negara/daerah,

⁴ Sunggono Bambang, *Hukum dan Kebijakan Publik*, Cet. Pertama, Sinar Grafika, Jakarta, 1994, h.,5

dimana dalam hal yang dimaksud dengan barang milik negara/daerah dapat kita lihat dalam ketentuan rumusan Pasal 1 ayat (10) dan (11) adalah semua barang yang dibeli atau diperoleh atas beban APBN/APBD atau berasal dari peralihan lainnya yang sah. Sejalan dengan hal tersebut ketentuan Pasal 9 huruf f UU No 17/2003 menentukan bahwa tugas Menteri/pimpinan lembaga pengguna anggaran/barang yang dipimpinnya mempunyai tugas, mengelola barang/kekayaan negara yang menjadi tanggung jawab kementerian/lembaga yang dikelolanya, demikian pula dalam ketentuan Pasal 10 ayat (3) huruf f UU No.17/2003 menyebutkan, kepala satuan kerja perangkat daerah mempunyai tugas mengelola barang milik/kekayaan daerah yang menjadi tanggung jawab satuan kerja perangkat daerah yang dipimpinnya.

Berkaitan dengan pengelolaan barang milik daerah ini khususnya BOT sebagaimana yang akan dibahas dalam tulisan ini lebih lanjut dapat kita lihat pengaturannya dalam ketentuan dalam Pasal 1 angka 12 PP No. 6 /2006 dirumuskan : Bangun guna serah adalah pemanfaatan barang milik negara/daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya, kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati, untuk selanjutnya diserahkan kembali tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya setelah berakhirnya jangka waktu. Dari ketentuan tersebut di atas dapat ditafsirkan adanya tindakan pemerintah yang melahirkan hubungan hukum perdata khususnya mengenai suatu kepemilikan benda/harta kekayaan yang diperjanjikan, hal mana dapat kita lihat dalam rumusan ketentuan Pasal 2 PP No.6 / 2006 disebutkan dalam ayat (1) Barang milik negara/daerah meliputi:

18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi (UU No.18/1999) serta Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2002 tentang Bangunan Gedung (UU No.28/2002), Dalam hal pemanfaatan pengelolaan barang berupa hak lahan/tanah yang dikuasai oleh negara/daerah tentunya pula ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) perlu menjadi perhatian dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menjadi sentral perikatannya, khususnya Buku III tentang pengaturan perjanjian/perikatan yang selanjutnya disebut BW serta peraturan perundang-undangan lain yang terkait secara hirarkis mengatur secara teknis tentang pengelolaan barang milik negara/daerah khususnya bangun guna serah /BOT.

Sekilas perlu disinggung pula dalam hal pemanfaatan BOT yang merupakan perjanjian kerja sama sebagaimana diatur dalam Keputusan Presiden Nomor 7 Tahun 1998 tentang Kerjasama Pemerintah dan Badan Usaha Swasta Dalam Pembangunan dan atau Pengelolaan Infrastruktur (Keppres No.7/1998) menyebutkan jenis perjanjian kerjasama yang meliputi 2 (dua) kelompok perjanjian yang dibedakan dari segi Tarif, Ongkos, Sewa dan Jadwal Pembayaran *Amortisasi*, dimana BOT masuk dalam kelompok yang pertama. Selanjutnya Keppres No.7/1998 disempurnakan dengan Keputusan Presiden Nomor 81 Tahun 2001 tentang Komite Kebijakan Percepatan Pembangunan Infrastruktur (Keppres No.81/2001). Dimana ketentuan Pasal 8 Keppres No.81/2001 menyatakan bahwa Keppres No.7/1998 dinyatakan tidak berlaku sepanjang telah diatur dengan Keppres No.81/2001, Dua aspek yang telah dikemukakan di atas, ternyata tidak diatur lebih lanjut dalam Keppres No.81/2001, karenanya perihal klausula kontrak dan jenis kontrak yang terdapat dalam Keppres

No.7/1998 tetap berlaku. Perjanjian kerja sama yang dimaksud oleh Keppres No.7/1998 adalah kerjasama dalam rangka pembangunan dan/atau pengelolaan infrastruktur-infrastruktur yang dimaksud meliputi :

- a. Pembangunan, transmisi atau pendistribusian tenaga listrik;
- b. Transmisi dan pendistribusian gas alam;
- c. Pengelolaan dan pengangkutan minyak dan gas bumi serta pengangkutan hasil-hasil olahan tersebut;
- d. Penyaluran, penyimpanan, pemasokan, produksi, distribusi, atau pengolahan air bersih;
- e. Pengolahan air limbah dan sampah;
- f. Pengadaan dan atau pengoperasian sarana pendukung pelayanan angkutan barang atau penumpang baik laut, udara atau kereta api;
- g. Jalan dan jembatan tol, dermaga, pelabuhan laut atau sungai atau danau, lapangan terbang dan bandara; dan
- h. Pengadaan dan pengoperasian sarana telekomunikasi.⁵

Cakupan pengertian infrastruktur di atas selanjutnya disempurnakan lebih lanjut dalam ketentuan Pasal 3 Keppres 81/2001 yang disusun secara berkelompok yaitu :

- a. Prasarana dan sarana perhubungan : jalan, jembatan, jalan kereta api, dermaga, pelabuhan laut, pelabuhan udara, penyebaran sungai dan danau;
- b. Prasarana dan sarana pengairan: bendungan, bendung, jaringan pengairan, bangunan pengendalian banjir, pengamanan pantai, bangunan pembangkit listrik tenaga air;
- c. Prasarana dan sarana pemukiman, industri dan perdagangan: bangunan gedung, kawasan perumahan skala besar, reklamasi lahan, jaringan dan instalasi air bersih, jaringan dan pengolahan air limbah, pengolahan sampah, dan system drainase;
- d. Bangunan dan jaringan *utilitas* umum; gas, listrik dan telekomunikasi.

Lebih lanjut PP No. 6/2006 menyebutkan bahwa, BOT barang milik Negara/Daerah dapat dilaksanakan dengan persyaratan untuk kepentingan pelayanan umum⁶, yang dimaksud dengan kepentingan pelayanan umum adalah kegiatan yang

⁵ Pasal 2 ayat (1) Keppres No. 7/1998

⁶ Pasal 27 ayat (1) huruf a

menyangkut kepentingan bangsa dan negara, masyarakat luas, rakyat banyak/bersama, dan/atau kepentingan pembangunan. Dimana kategori bidang-bidang kegiatan yang termasuk untuk kepentingan umum antara lain, sebagai berikut antara lain :

- a. Jalan umum, jalan tol, rel kereta api, saluran air minum/air bersih dan/atau saluran pembuangan air;
- b. Rumah sakit umum dan pusat-pusat kesehatan masyarakat;
- c. Pelabuhan atau Bandar udara atau stasiun kereta api atau terminal;
- d. Peribadatan;
- e. Pendidikan atau sekolah;
- f. Pasar umum;
- g. Pembangkit, transmisi, distribusi tenaga listrik dll.⁷

Hanya saja sebagai catatan bidang-bidang di atas dalam kaitannya dengan BOT sehubungan dengan objeknya tentunya yang mempunyai relevansi dengan tanah saja, sebagai wadah pembangunan bangunan, sarana berikut fasilitasnya. Dari gambaran secara keseluruhan tersebut dapat disimpulkan dalam pelaksanaan BOT sangat kental unsur hukum publik dan unsur hukum privat, dimana dilihat dari sifatnya kedua unsur ini mempunyai karakteristik yang berbeda, lazimnya pemerintah bertindak berdasarkan hukum publik dan orang atau badan hukum *privat* (khususnya dikecualikan terhadap badan hukum yang dibentuk berdasarkan hukum publik yang peruntukannya /orientasinya untuk pelayanan kepentingan umum) bertindak berdasarkan hukum privat. Hubungan hukum kedua subyek tersebut dalam pelaksanaannya tentunya dipengaruhi oleh kedua sistem hukum tersebut dalam hal pengaturannya. Pengaruh mana berkaitan dengan prinsip dan norma, prosedur,

⁷ lihat penjelasan Pasal 46 ayat 3 huruf (d) PP No.6/2006

keabsahan, kedudukan hukum, objek serta hak dan kewajiban dalam pembentukan kerja sama yang mengarah pada prinsip keseimbangan (equality), keadilan dan kepastian hukum.

Dari uraian di atas sehingga diperlukan perumusan masalah untuk menegaskan masalah-masalah yang hendak diteliti sehingga memudahkan dalam pengerjaannya, serta dapat mencapai sasaran yang diinginkan. Berdasarkan uraian dalam latar belakang di atas, maka untuk membatasi permasalahan perumusan masalahnya adalah sebagai berikut :

- a. Apakah prinsip dan norma hukum dalam pembentukan kontrak BOT atas aset daerah ?
- b. Apa prinsip dan norma hukum dalam pelaksanaan kontrak BOT atas aset daerah ?

2. Tujuan Penelitian

- a. Penelitian ini untuk mengkaji keberadaan serta penerapan prinsip-prinsip dan norma hukum terhadap keberlakuan kontrak dalam hal pembentukan BOT atas aset daerah oleh pemerintah dimana secara khusus adalah untuk dapat mengetahui pembentukan hubungan hukum para pihak (pemerintah/swasta) dalam perjanjian BOT berdasarkan peraturan perundang-undangan yang taat asas.
- b. Serta untuk mengetahui pemberlakuan prinsip-prinsip yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian terhadap hak dan kewajiban, manfaat dari perjanjian BOT, perubahan kontrak serta batal dan pembatalan kontrak tersebut yang mengarah pada prinsip keseimbangan, keadilan dan kepastian hukum.

3. Manfaat Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi manfaat baik untuk kepentingan teoritis maupun kepentingan praktis sebagai berikut :

- a. Bagi kepentingan teoritis, hasil pengkajian nantinya dapat menjadi kontribusi pemikiran terhadap pengembangan ilmu hukum khususnya pengetahuan yang meliputi aspek-aspek hukum pelaksanaan BOT terhadap keikutsertaan dalam pembangunan dalam ranah hukum kontrak.
- b. Serta untuk kepentingan praktis dalam hal pengaturan perjanjian kerja sama secara khusus tentang BOT ini belum ada, maka hasil pengkajian ini diharapkan dapat digunakan sebagai pedoman bagi pelaku usaha dalam praktek dimasyarakat juga pemerintah mengingat hal ini sebagai salah satu jalan keluar permodalan yang wajib dipenuhi untuk pelaksanaan pembangunan nasional khususnya daerah.

4. Kajian Pustaka

Dalam kaitan menciptakan hubungan kerja sama dengan lembaga-lembaga guna menambah penerimaan daerah sebagaimana telah disinggung di atas salah satunya dalam bentuk BOT. Oleh Jeffrey Delmon mengatakan bahwa :⁸

"A popular middle ground between management contracting and privatisation is the BOO/BOT structure. Under this structure the private sector builds, finances and operates a facility which delivers a service to the public sector or some public/private operator who will then distribute the benefit of the service to the end user or consumer."

Jika ditinjau dari aspek hukum berimplikasi pada sumber hukum dan pelaksanaannya, sebab BOT merupakan salah satu bentuk perjanjian yang implikasinya pada penerapan

⁸ Jeffrey Delmon, *BOO/BOT Projects : A Commercial and Contractual Guide*, London, Sweet And Maxwell, 2000.,h.2

aturan hukum perdata dalam bentuk perjanjian dan hukum publik. Implikasi dalam hukum perdata berkaitan dengan (a) kebebasan berkontrak (b) pinjaman, pembiayaan dan jaminan (c) pemborongan pekerjaan dan (d) badan hukum, perusahaan dan investasi. Adapun dalam bidang hukum publik terkait dengan (a) keagrariaan (b) sumber daya alam (c) lingkungan dan tata ruang dan (d) perizinan dan perpajakan.⁹

Selanjutnya Y.Sogar Simamora¹⁰ menyebutkan, sekalipun hubungan hukum yang terbentuk antara pemerintah dengan mitranya adalah hubungan kontraktual, tetapi di dalamnya terkandung tidak saja hukum privat, tetapi juga hukum publik. Adanya warna publik dalam jenis kontrak ini merupakan ciri khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Apabila dalam kontrak komersial para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka, maka dalam kontrak ini berlaku rezim khusus.

Dengan melibatkan diri kedalam suatu transaksi komersial, pemerintah mengikatkan diri pada suatu hubungan kontraktual. Jenis hubungan kontraktual yang dibentuk beragam jenisnya. 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 pendapatan¹¹. Karakter yang khas dari kontrak pengadaan oleh pemerintah ini disamping

⁹ Abdulkadir Muhammad dan R. Murniati, *Segi Hukum Lembaga Keuangan dan Pembiayaan*, Citra Aditya Bhakti, Jakarta 2000, h., 175-176.

¹⁰ Y.Sogar Simamora, *Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Di Indonesia*, Makalah Seminar Hukum Kontrak LEC FH-HIMIESPA FE UNAIR, Hotel Said, 1 April 2006, h., 1

¹¹ *ibid*

menyangkut pembentukan dan pelaksanaan kontrak, juga terkait dengan prosedur dalam pengadaannya.¹²

Secara umum BOT yang kita kenal belum ada pengaturannya secara khusus, hanya terdapat kewenangan yang diberikan kepada pemerintah yang tersebar dalam beberapa peraturan perundang-undangan untuk memberikan kesempatan kepada investor dalam membangun proyek-proyek pemerintah tersebut beserta keuntungan yang diharapkan dalam jangka waktu tertentu, yang kemudian diserahkan kembali kepada pemilik hak dalam hal ini pemerintah/departemen/lembaga. Sehingga jika disimak persoalan tersebut di atas, maka terdapat tindakan pemerintah sebagai penjual (*seller*) dan hubungan hukum kontraktual pada umumnya, dimana perjanjian BOT berlaku prinsip-prinsip umum yang diatur dalam Buku ke III *Burgelijk Wetboek* (BW) yang mengatur tentang hubungan harta kekayaan (*Vermogensrechtelijke rechtsbetrekking*), sehingga perjanjian BOT dapat dinilai secara materiil atau dengan kata lain dinilai dengan uang.

Hubungan hukum kontraktual atau biasa disebut dengan “perjanjian” mempunyai pengertian yaitu suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Pengertian tersebut adalah pengertian menurut pasal 1313 BW. Pengertian ini ternyata masih mengandung kelemahan, karena disamping kurang lengkap, juga tidak memberikan gambaran yang jelas tentang perjanjian. Dikatakan tidak lengkap, karena pengertian tersebut seolah-olah menimbulkan kesan adanya perjanjian sepihak, jadi hanya satu pihak saja yang

¹² *ibid.*, h.2

mengikatkan dirinya kepada pihak lain. Dikatakan tidak memberikan gambaran yang jelas tentang perjanjian, karena di dalamnya hanya ditegaskan bahwa perjanjian adalah “suatu perbuatan” (*handeling*), bukan perbuatan hukum (*rechts handalingen*). Dengan demikian mengandung konsekuensi bahwa setiap perbuatan, baik perbuatan menurut hukum maupun perbuatan melawan hukum atau bahkan perbuatan yang tidak ada kaitannya sama sekali dengan hukum, dapat dikategorikan sebagai perjanjian.

Sudikno Mertokusumo menyatakan,¹³ dalam bentuknya suatu perjanjian adalah berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis. Sehubungan dengan hal tersebut ditegaskan pula oleh Sudikno Mertokusumo bahwa,¹⁴ apa yang dinamakan perjanjian adalah hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Dua pihak itu sepakat untuk menentukan aturan atau kaidah atau hak dan kewajiban yang mengikat mereka untuk ditaati dan dijalankan. Kesepakatan itu adalah untuk menimbulkan akibat hukum, menimbulkan hak dan kewajiban dan kalau kesepakatan itu dilanggar maka ada akibat hukumnya sipelanggar dapat dikenakan akibat hukum atau sanksi.

Jika dilihat maka perjanjian BOT dapat dikategorikan sebagai perjanjian yang bersifat *obligatoir*. Dimana menurut Mr.J.Nieuwenhuis,¹⁵ yang dimaksud dengan perjanjian *obligatoir* adalah (yang menciptakan perikatan) merupakan sarana

¹³ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, Suatu Pengantar*, Edisi Pertama, Cet Pertama, Liberty Yogyakarta, 1996, h., 103-104.

¹⁴ *ibid*

¹⁵ J.H.Nieuwenhuis, *Hoofdstukken Verbintenissrecht*. Diterjemahkan oleh Djasadin Saragih, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, h.,1.

utama bagi para pihak untuk secara mandiri mengatur hubungan hukum di antara mereka. Perikatan dapat dirumuskan sebagai hubungan hukum harta kekayaan antara dua orang atau lebih, dimana pihak yang satu (*debitur*) wajib melakukan prestasi, sedangkan pihak yang lain (*kreditur*) berhak atas prestasi itu.

Berkaitan dengan hal tersebut dapat juga kita uraikan prinsip kebebasan berkontrak sebagaimana yang diatur dalam pasal 1338 ayat 1 BW disebutkan : Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya (*pacta sunt servanda*). Hal ini menunjukkan kebebasan para pihak untuk menentukan mitra bisnis untuk bekerja sama serta menentukan isi perjanjian kerja sama tersebut, sehingga para pihak terlindungi serta tercipta suatu perjanjian yang berimbang atau mempunyai kedudukan sama bagi para pihak yang membuat, dengan ketentuan tidak bertentangan dengan Undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum. Rumusan tersebut dalam prakteknya selalu diperlukan lagi dengan syarat sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 BW yang menyebutkan : “untuk sahnya persetujuan-persetujuan diperlukan 4 (empat) syarat: 1. Sepakat, 2. Cakap, 3 suatu hal tertentu, 4. Causa yang diperbolehkan.

Di dalam hukum perdata kedua syarat pertama disebut syarat *subyektif* karena menyangkut orang atau subyek perjanjiannya, sedangkan kedua syarat terakhir disebut sebagai syarat *obyektif* karena menyangkut obyek perjanjiannya. Hal tersebut menjadi penting berkaitan dengan keabsahan dalam perjanjian dalam kaitannya dengan proses tawar menawar, dimana disatu pihak adanya pernyataan menawarkan (*offerte*) di pihak lain adanya pernyataan menerima tawaran tersebut atau biasa dinamakan akseptasi (*acceptatie*).

Sebagaimana telah disinggung dalam latar belakang di atas bahwa perjanjian BOT berlaku prinsip-prinsip umum yang diatur dalam Buku ke III *Burgelijk Wetboek* (BW) yang mengatur tentang hubungan harta kekayaan (*Vermogensrechtelijke rechtsbetrekking*), sehingga perjanjian BOT dapat dinilai secara materiil atau dengan kata lain dinilai dengan uang.

Kehidupan bernegara, berbangsa, bermasyarakat serta berkelompok khususnya dalam lalu lintas bisnis dalam kerangka pemenuhan kebutuhan oleh M. Isaeni,¹⁶ mengemukakan bahwa aktifitas apapun pasti dibingkai oleh kontrak, yang dengan sendirinya melahirkan perikatan, lagi pula dibuat secara sadar dan sengaja oleh para pihak. Selanjutnya kontrak atau perjanjian sebagai bingkai bisnis, ternyata prinsip yang mendasari ketentuan-ketentuannya sangat *fleksibel* atau luwes. Adapun salah satu prinsip perjanjian yang memberikan dasar keluwesan untuk dapat mengikuti arus berkembangnya bisnis adalah azas kebebasan berkontrak. Khalayak sudah pada mahfum bahwa azas kebebasan berkontrak ini mengeram dalam Pasal 1338 BW. Dengan azas kebebasan berkontrak inilah para pebisnis dapat merakit hak dan kewajibannya secara leluasa sesuai tuntutan kebutuhannya dalam klausul-klausula yang disepakati, sehingga keuntungan yang dicita harapkan dapat diukir sesuai harapan.

Apabila klausula-klausula yang berisi kewajiban dipenuhi, dengan sendirinya hak yang diinginkan akan terwujud. Namun azas kebebasan berkontrak ini tidak berdiri sendiri. Sebagai tiang penyangga Hukum Perjanjian, azas kebebasan

¹⁶ M. Isaeni, *Hukum Perikatan Dalam Era Perdagangan Bebas*, Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen & Praktisi, Fak. Hukum UNAIR, Surabaya, 6-7 September, 2006, h., 3-5

berkontrak ini tidak berdiri sendiri sejajar dengan asas-asas lainnya berdasar proporsi yang berimbang, sebagaimana diinginkan untuk terwujudnya kontrak yang sehat (*fair*). Kalau dicermati lebih seksama, memang benar asas kebebasan berkontrak yang berada dalam Pasal 1338 BW, ternyata tidak sendirian. Asas ini berada dalam satu tarikan nafas dengan kehadiran asas lain yang tidak kalah pentingnya dalam Pasal 1338 BW itu juga, antara lain asas *pacta sunt servanda*, asas kesederajadan, *asas privity of contrac*, *asas konsensualisme*, *last but not least* adalah asas itikad baik.

Adapun yang dimaksud dengan asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang menetapkan bahwa setiap orang bebas untuk mengadakan perjanjian apa saja, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan. Kebebasan tersebut meliputi kebebasan untuk menentukan bentuk maupun isi dari perjanjian. Berbagai ketentuan undang-undang mengenai perjanjian, sifatnya hanyalah sebagai pelengkap, dalam artian bahwa peraturan tersebut dapat disimpangi manakala hal itu dikehendaki oleh para pihak dalam perjanjian. Dalam perkembangannya, asas kebebasan berkontrak ini telah mengalami proses sosialisasi (*socialiserings proces*), yang berarti bahwa asas kebebasan berkontrak telah digerosoti oleh banyaknya campur tangan, baik pemerintah maupun campur tangan yang dilakukan oleh masyarakat itu sendiri.

Sir Henry Maine mengatakan bahwa berkaitan dengan asas kebebasan berkontrak, telah terjadi pergeseran atau perubahan. Pada zaman dahulu, kedudukan yuridis seseorang lebih banyak ditentukan oleh status sosialnya di dalam masyarakat karena seseorang yang status sosialnya rendah kedudukannya juga rendah. Namun dalam perkembangannya, kebebasan berkontrak lebih mempunyai

peranan menentukan kedudukan yuridis seseorang, dibandingkan dengan status sosialnya. Dengan demikian telah terjadi pergeseran dari status sosial kearah kebebasan berkontrak (*from status to contract*). Pada saat sekarang ini, dengan banyaknya perjanjian dalam bentuk perjanjian standar, membuktikan bahwa kedudukan yuridis seseorang telah kembali berubah atau bergeser seperti semula, yaitu tidak lagi ditentukan oleh kebebasan berkontrak, melainkan lebih ditentukan oleh status sosial (*from contract to status*). Hal ini disebabkan karena dalam perjanjian standar, isi perjanjian ditentukan secara sepihak oleh pihak yang mempunyai kedudukan lebih tinggi dibanding pihak lain.¹⁷ Dengan demikian dalam perkembangannya, asas kebebasan berkontrak tidak lagi bersifat mutlak, hal ini berarti bahwa dalam membuat perjanjian, para pihak harus tetap memperhatikan ketentuan perundang-undangan dan nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat.

Asas mengikatnya perjanjian atau yang disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda*, maksudnya adalah bahwa perjanjian yang dibuat secara sah, mengikat mereka yang membuatnya sebagai undang - undang. Dengan demikian para pihak terikat dan harus melaksanakan perjanjian yang telah disepakati bersama, seperti halnya keharusan untuk mentaati undang-undang. Menurut **Sudikno Mertokusumo**¹⁸, asas kekuatan mengikatnya perjanjian berhubungan dengan akibat perjanjian dan dikenal sebagai *pacta servanda sunt*. Bunyi lengkap *adagium* tersebut adalah *pacta nuda servanda sunt*, yang mempunyai arti bahwa kata sepakat tidak perlu dirumuskan dalam bentuk sumpah, perbuatan atau formalitas tertentu agar

¹⁷ Sudikno Mertokusumo, *op.cit*, h., 103-104

¹⁸ *ibid*, h.,3-4

merupakan kewajiban yang mengikat. Sudah selayaknya apa yang disepakati oleh kedua belah pihak, dipatuhi oleh kedua belah pihak yang telah membuat kesepakatan tersebut.

Asas konsensualisme adalah suatu asas yang menyatakan bahwa perjanjian telah terjadi atau lahir pada saat tercapainya kesepakatan para pihak yang mengikatkan dirinya dalam perjanjian. Dengan demikian suatu perjanjian telah ada dan mempunyai akibat hukum dengan tercapainya kata sepakat dari para pihak mengenai hal - hal yang pokok, tanpa harus disertai formalitas - formalitas tertentu. Pengecualian terhadap asas konsensualisme terdapat dalam beberapa jenis perjanjian yang untuk keabsahannya, undang - undang mengharuskan terpenuhinya formalitas atau syarat tertentu. Dalam hal ini misalnya perjanjian perdamaian yang harus diadakan dalam bentuk tertulis serta perjanjian penitipan barang yang baru dianggap terjadi jika barang yang menjadi pokok perjanjian telah diserahkan. Pada saat sekarang ada kecenderungan mewujudkan perjanjian konsensual tersebut dalam bentuk perjanjian tertulis, baik dalam bentuk akta otentik maupun dibawah tangan. Hal ini dimaksudkan untuk mempermudah pembuktian jika dalam pelaksanaannya nanti, salah satu pihak melakukan pelanggaran sehingga timbul perselisihan.

Dalam kaitannya dengan pihak pemerintah sebagai kontraktan maka sesungguhnya dalam skematik BW perbuatan hukum perdata oleh pemerintah sebagai subyek hukum alas hukumnya dapat kita temukan dalam pasal 1653 BW (terjemahan Ninik Suparni) yang menyebutkan :

“Selain perseroan perdata sejati, perhimpunan orang-orang sebagai badan hukum juga diakui undang-undang, entah badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum atau diakuinya sebagai demikian, entah pula badan hukum itu

diterima sebagai yang diperkenankan atau telah didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan.”

Menurut Achmad Ichsan, Pasal 1653 BW ini mengatur 4 jenis badan hukum yaitu a. badan hukum yang didirikan Pemerintah (sic!) termasuk di dalamnya badan-badan hukum publik seperti propinsi, daerah swapraja, kabupaten dan lain sebagainya, b. badan hukum yang diakui oleh pemerintah, c. badan hukum yang diizinkan oleh pemerintah, dan d. badan hukum yang didirikan oleh pihak partikelir.¹⁹ Ditegaskan pula oleh Ten Berge dan H. Scheltema dalam P.M. Hadjon,²⁰ bahwa aspek-aspek perbuatan hukum perdata oleh pemerintah, berkaitan dengan : 1. hak-hak kebendaan, 2. Hak untuk menagih, 3. Melakukan perbuatan hukum , 4. Hak menuntut berkaitan dengan perbuatan melanggar hukum atau pembayaran yang tidak terutang.

Lebih lanjut sala satu type perjanjian yang dibuat oleh dan atau dengan pemerintah adalah a. perjanjian keperdataan, b. perjanjian kebijakan dan c. perjanjian campuran. Perjanjian keperdataan dalam hal ini adalah type yang digunakan oleh pemerintah terutama untuk hak-hak atas kebendaan (*vermogensrechten*; tidak termasuk *persoonlijheidsrechten*), sedangkan perjanjian kebijakan dasarnya hukum publik, hal mana berkaitan dengan penggunaan wewenang pemerintah dengan titik tolak hukum perdata dan hukum administrasi dimana terdapat keharusan untuk menerbitkan suatu besluit dan terakhir perjanjian campuran, hakekatnya antara (*tussenvorm*) perjanjian perdata dan perjanjian kewenangan.

¹⁹ Hikmaharto Juwana, *Kontrak Bisnis Yang Berdimensi Publik*, Jurnal Magister Hukum, Vol 2 No.1, Februari, 2000 : 78-87, h., 82.

²⁰ P.M. Hadjon, *Penggunaan Instrumen Hukum Perdata Oleh Pemerintah*, Pelatihan Hukum Perikatan Bagi Dosen & Praktisi , Fak.Hukum UNAIR, Surabaya, 6-7 September, 2006, h., 2-3

Dimana jika dilihat dari ketiga tipe ini, maka system BOT mempunyai relevansi dengan tipe pertama dan ketiga, digunakan pemerintah untuk perjanjian hak-hak kebendaan, serta berkaitan dengan bentuk perjanjian perdata dan perjanjian kewenangan.

5. Metode Penelitian

Sesuai dengan substansi permasalahan hukum yang hendak dikaji dalam penelitian ini, maka penelitian ini merupakan penelitian hukum yang bersifat "normatif" (*Dogmatik*),²¹ yakni suatu penelitian yang terutama mengkaji ketentuan-ketentuan hukum positif maupun asas-asas hukum. Sesuai dengan sifat penelitian hukum normatif, maka fokus penelitian ini tertuju pada studi bahan hukum *primer* dan bahan hukum *sekunder*.²²

1. Pendekatan Masalah

Penelitian ini adalah penelitian *normatif* dengan menggunakan beberapa pendekatan yaitu pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan undang-undang (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.²³ Sedangkan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) adalah pendekatan beranjak dari pandangan-pandangan dan *doktrin-doktrin* yang berkembang dalam ilmu hukum.²⁴ Yang mana kesemua

²¹ PM. Hadjon, *Pengkajian Ilmu Hukum*, Paper, Pelatihan Metode Penelitian Hukum Normatif, Unair, Surabaya, 1997. h.,20.

²² *ibid*, h., 22.

²³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-1, Prenada Media, Jakarta, 2005, h., 93

²⁴ *ibid*, h.95

pendekatan tersebut mengarah pada pelaksanaan serta penerapan kaidah hukum kontrak yang obyeknya BOT .

2. Bahan Hukum

Sumber bahan hukum mencakup :

a. Bahan Hukum Primer

1. Untuk bahan hukum primer yang berupa perundang-undangan, yang memiliki otoritas tertinggi adalah Undang-Undang Dasar karena semua peraturan di bawahnya baik isi maupun jiwanya tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945 tersebut. Secara khusus bahan hukum penelitian ini terutama peraturan peundang-undangan yang mempunyai relevansi terhadap ketentuan-ketentuan yang mengatur perihal kerja sama pemerintah dengan pihak swasta, serta peraturan yang perundang-undangan yang berkorelasi dengan substansi kerja sama tersebut.

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder yang terutama adalah buku teks karena buku teks berisi mengenai prinsip-prinsip dasar Ilmu Hukum dan pandangan-pandangan klasik para sarjana yang mempunyai kualifikasi tinggi. Disamping buku teks, bahan hukum sekunder dapat berupa tulisan-tulisan tentang hukum baik dalam bentuk buku ataupun jurnal-jurnal. Perlu dikemukakan di sini bahwa bahan hukum sekunder yang berupa buku-buku hukum ini juga harus relevan dengan topik penelitian.

Disamping sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum, peneliti hukum juga dapat menggunakan bahan-bahan non hukum apabila dipandang perlu. Bahan-bahan non hukum ini dapat berupa buku-buku mengenai Ilmu

Politik, Ekonomi, Sosiologi, Filsafat, Kebudayaan ataupun laporan-laporan penelitian non hukum dan jurnal-jurnal non hukum sepanjang mempunyai relevansi dengan topik penelitian.

6. Sistematika Penulisan

Penulisan tesis ini disusun dengan sistematika pembahasan sebagai yang terbagi dalam empat bab, yang masing-masing terbagi dalam beberapa sub bab dengan uraian sebagai berikut :

Bab I yang berisi pendahuluan meliputi latar belakang dan rumusan masalahnya, tujuan penelitian, kajian pustaka, manfaat penelitian, metode penelitian serta sistematika penulisan, dalam Bab II dituangkan prinsip dan norma hukum dalam pembentukan kontrak BOT yang membahas tentang prinsip-prinsip hukum perikatan dalam pembentukan kontrak, ruang lingkup dan batasan kontrak pemerintah dalam BOT, penerapan prinsip transparansi, syarat kewenangan dalam kontrak BOT serta substansi kontrak BOT itu sendiri.

Di dalam Bab III akan dipaparkan mengenai prinsip dan norma hukum pelaksanaan kontrak BOT, yang menjelaskan tentang pelaksanaan kewajiban kontraktual, prinsip dan norma dalam hal pemanfaatan kontrak BOT, juga dibahas mengenai perubahan kontrak, serta penghentian dan pemutusan hubungan kontrak.

Serta yang terakhir Bab IV merupakan penutup dari seluruh penelitian. Di dalamnya disimpulkan hasil penelitian ini berikut pemberian saran-saran yang relevan.

BAB II

PRENSIP DAN NORMA HUKUM DALAM PEMBENTUKAN KONTRAK BOT

Terhadap kontrak pemerintah yang kemudian disebut pemerintah daerah, termasuk BOT berlaku prinsip dan aturan yang berlaku bagi kontrak privat pada umumnya, maka prinsip dan aturan umum tentang Hukum Perikatan yang terdapat dalam Bab I sampai Bab IV Buku III BW berlaku bagi kontrak BOT. Dari sisi subyeknya dimana terdapat pemerintah sebagai kontraktan sehingga memberikan makna karakteristik hubungan kontraktual ini menjadi lebih spesifik dari kontrak komersial lainnya. Ketika kita bicara pemerintah maka melekat sifat pengaturan (*rechtsregels*) di dalamnya. Di sisi lain secara umum penamaan perjanjian atau kontrak selama ini hanya dikenal dalam ranah privat, yang pada hakekatnya *autonomie partij* sangat kental dalam tataran pelaksanaannya. Dalam perkembangannya kemudian hubungan kontraktual tidak hanya didominasi oleh antar perorangan, perorangan dengan badan hukum akan tetapi melintas pula pada hubungan kontraktual oleh badan hukum publik sebagai subyek hukum perdata.

Berkenaan dengan tindakan hukum keperdataan dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan, **Philipus M. Hadjon** menyatakan bahwa :²⁵

²⁵ Philipus M. Hadjon, et al. , et al. 2002, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia Introduction to the Indonesian Administrative Law*, Gadjah Mada Press, Yogyakarta., h. 167.

“Sekalipun tindakan hukum keperdataan untuk urusan pemerintahan oleh badan atau pejabat tata usaha negara dimungkinkan, bukan tidak mungkin pelbagai ketentuan hukum publik (hukum tata usaha negara) akan menyusup dan mempengaruhi peraturan hukum perdata. Contohnya beberapa ketentuan peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur tata cara atau prosedur tertentu yang harus ditempuh berkenaan upaya perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara.”

Secara konkret contoh yang dimaksud, terlihat pada ketentuan Pasal 195 ayat

(4) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU No.32/2004) yang menentukan bahwa kerjasama yang membebani masyarakat dan daerah harus mendapat persetujuan DPRD. Sejalan dengan hal tersebut dalam ketentuan Pasal 27 ayat (3) PP No.6/2006 disebutkan Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna milik daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilaksanakan oleh pengelola barang setelah mendapat persetujuan gubernur/bupati/walikota.

Syarat persetujuan DPRD maupun Gubernur/Bupati/Walikota merupakan aspek hukum publik yang menyusup dan mempengaruhi tata cara atau prosedur pemerintah daerah melakukan perjanjian kerjasama. Dalam hubungan ini, keberlakuan asas konsensualitas dan asas kebebasan berkontrak dalam perjanjian kerjasama, tidak dapat mengabaikan penyusupan aspek hukum publik yang dimaksud. Penyusupan aspek hukum publik dalam tindakan hukum keperdataan tidak menimbulkan masalah. Oleh karena ketentuan hukum perdata yang mengatur syarat sahnya suatu perjanjian Pasal 1320 BW juga telah mengakomodasi kemungkinan tersebut.

Dalam syarat objektif, antara lain ditentukan bahwa perjanjian yang dibuat para pihak harus didasarkan pada *causa* yang halal. *Jurist* sepakat bahwa syarat

dimaksud adalah termasuk pengertian tidak bertentangan dengan undang-undang.²⁸ Ini berarti pula, supremasi asas kebebasan berkontrak yang dikenal berlaku hingga sekarang ini dipahami dalam pengertian bukan bebas mutlak tapi kebebasan yang telah dibatasi baik oleh pasal-pasal dalam BW itu sendiri maupun oleh berbagai peraturan perundang-undangan di lingkungan hukum publik.

1. Prinsip-Prinsip Hukum Perikatan Dalam Pembentukan Kontrak

Mengingat pendekatan sebagaimana tersebut di atas maka tindakan pemerintah dalam hubungan keperdataan dalam praktek melakukan apa yang dinamakan kontrak. Keberadaan kontrak pada masa sekarang ini memang merupakan bagian yang sangat penting dalam aktivitas bisnis, dimana perkembangannya yang cukup pesat hingga melahirkan beragam jenis-jenis kontrak. Mengingat beragamnya kegiatan-kegiatan dan jenis-jenis kontrak yang dituangkan dalam klausula-klausula berdasarkan kesepakatan para pihak yang melahirkan hak dan kewajiban untuk menutup suatu perjanjian, tentunya klausula-klausula yang merupakan norma para pihak untuk dijalankan sesuai kehendak tersebut harus juga dilandasi oleh prinsip/azas yang mengawalinya.

Dalam bangunan hukum kontrak terhadap kajian penulisan ini akan dibahas beberapa azas yaitu, azas kebebasan berkontrak dan itikad baik serta azas *pacta sunt servanda* dan prinsip transparansi yang sangat dominan dalam kontrak BOT.

²⁸ Hal ini dapat dilihat, di antaranya dalam: Mariam Darus Badruzaman, 1994, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumnia, Bandung, h. 26-27, Munir Fuady, 2002, *Pengantar Hukum Bisnis – Menata Bisnis Modern di Era Global*, Citra Adhya Bakti, Bandung, h. 14, dan A. Paromuan Pohan, 1994, *Penggunaan Kontrak Bank (Standard Contract) dalam Praktek Bisnis di Indonesia*, dalam Naskah Akademis tentang Kontrak di Bidang Perdagangan, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, h. 96

berkaitan dengan persyaratan formal berupa prosedur yang akan dibahas secara proposional dalam hal ini sebagai berikut :

a. Kebebasan Berkontrak

Titik tolak perkembangan prinsip ini berawal dari abad ke 18 dan 19 dalam masa dimana ajaran Hukum Alam dan filosofi *laissez-faire* begitu dominan. Dimana kebebasan berkontrak merupakan konsekuensi dari pengakuan akan adanya hak milik. Sedangkan hak milik itu sendiri merupakan realisasi yang utama dari kebebasan individu, selanjutnya hak milik merupakan landasan hak-hak lainnya. Berdasarkan pemikiran tersebut dikatakan bahwa esensi azas kebebasan berkontrak adalah saling mempertahankan eksistensi masing-masing pihak.

Disisi lain kejayaan pada awal Revolusi Perancis selanjutnya dalam perkembangannya ilmu pengetahuan ekonomi pada abad XVIII yang menguasai kehidupan bermasyarakat, yang ketika itu terdapat ajaran menolak campur tangan pemerintah dalam masalah-masalah ekonomi.²⁷ Kebebasan berkontrak menjadi penting dalam mendukung kepentingan para pelaku ekonomi. Prinsip efisiensi dalam ekonomi menemukan *justifikasi*-nya dalam model kontrak klasik. Kebebasan inilah yang pada akhirnya melahirkan kontrak *adhesive*. Kontrak yang semula bersifat individual berkembang menjadi kolektif dan yang lebih penting dengan sifat *adhesive* itu terjadi pelepasan tanggung jawab akibat tidak dilaksanakannya suatu kewajiban.

Pada masa ini dipahami bahwa kebebasan berkontrak hanya dapat diterima dalam situasi dimana para pihak mempunyai persamaan dalam posisi tawar (*equity in*

²⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika, Vol.18, No., Mei 2003, h., 193-194.

bargaining power). Dalam abad 20 prinsip ini semakin berkurang nilainya karena dianggap tidak sesuai lagi dengan dunia modern. Lebih jauh Atiyah yang dikutip Sogar Simamora mengatakan :²⁸

“Much of this change was influenced by a widespread belief that the classical law of contract no longer accorded with the facts of the modern world in many situations... But even here the law had change a good deal, and by 1980 classical law appeared to be crumbling fast” (yang jika diartikan secara bebas mengandung arti bahwa banyak dari perubahan ini dipengaruhi oleh satu kepercayaan yang tersebar luas bahwa hukum klasik dari kontrak tidak lagi menyetujui dengan fakta-fakta dari dunia modern di dalam banyak ...tetapi di sini terdapat peristiwa perubahan hukum menjadi satu transaksi menguntungkan, dan pada tahun 1980 hukum kontrak klasik nampaknya menjadi hancur.)

Demikian pula dalam *Article 1.1 PICC* menyatakan, *“The parties are free to enter into a contract and to determine its content,”* yang diartikan secara bebas para pihak bebas untuk masuk ke satu kontrak dan untuk menentukan isinya. Juga dalam *the Principle of European Contract Law (PECL)* prinsip ini ditempatkan sebagai prinsip yang pertama. *Article 1.102 ayat (1) PECL*, menentukan sebagai berikut : *“Parties are free to enter into contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and mandatory rules established by these principles,”* yang jika diartikan secara bebas bahwa para pihak bebas untuk masuk kekontrak dan untuk menentukan isinya, tunduk kepada persyaratan-persyaratan itikad baik dan adil, dan aturan-aturan wajib yang dibentuk oleh prinsip-prinsip ini.²⁹

Sebagaimana pula telah disebutkan di muka bahwa yang dimaksud dengan asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang menetapkan bahwa setiap orang

²⁸ Sogar Simamora, *Prinsip Hukum Kontrak Dalam Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah*, Disertasi, Program Pasca Sarjana UNAIR, Surabaya, 2005, h. 34

²⁹ *Ibid*

bebas untuk mengadakan perjanjian apa saja, baik yang sudah diatur maupun yang belum diatur dalam peraturan perundang - undangan. Kebebasan tersebut meliputi kebebasan untuk menentukan bentuk maupun isi dari perjanjian. Berbagai ketentuan undang-undang mengenai perjanjian, sifatnya hanyalah sebagai pelengkap, dalam artian bahwa peraturan tersebut dapat disimpangi manakala hal itu dikehendaki oleh para pihak dalam perjanjian. Sejalan dengan hal tersebut **M. Isaeni**,³⁰ menyebutkan di sinilah sebenarnya azas kebebasan berkontrak itu menemukan wujudnya yang nyata. Para pihak sangat leluasa untuk menentukan sendiri isi kontrak yang dibuatnya sesuai kebutuhan mereka dalam bisnis. Lagi pula segala sesuatu yang telah disepakati dalam ujud klausula-klausula, dijamin akan memiliki nilai dan kekuatan seperti undang-undang. Demikian jaminan yang diberikan oleh Pasal 1338 BW.

Landasan pemerintah dalam melakukan tindakan kontrak, lazimnya bertumpu pada azas kebebasan berkontrak. Dengan adanya unsur pemerintah sebagai kontraktan maka kontrak ini sangat kental dengan sifat bakunya *'adhesi*. Menurut **Mariam Darus Badruzaman**,³¹ perjanjian baku adalah suatu perjanjian yang isinya telah dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Lebih lanjut **Houdius** dalam **Mariam Darus Badruzaman** merumuskan perjanjian baku sebagai suatu konsep perjanjian tertulis yang disusun tanpa membicarakan isinya, dan lazimnya dituangkan dalam formulir perjanjian yang tidak terbatas jumlahnya dan sifatnya tertentu.³² Dua pengertian perjanjian baku tersebut di atas dapat ditarik

³⁰ M. Isaeni, *loc.cit.*, h. 10

³¹ **Mariam Darus Badruzaman**, *Perjanjian Dengan Pemerintah (Government Contract) dalam Hukum Kontrak di Indonesia*, Elips, Jakarta, 1998, h. 96

³² **Mariam Darus Badruzaman**, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 1994, h. 47.

pemahaman bahwa baik **Mariam Darus Badruzaman** maupun **Hondius**, mengartikan perjanjian baku sebagai perjanjian tertulis yang telah dituangkan ke dalam suatu bentuk formulir tertentu. **Sudikno Mertokusumo**,³³ menyebut perjanjian baku tersebut dengan istilah kontrak baku. Digunakan istilah kontrak, karena kata kontrak sifatnya lebih spesifik yaitu hanya ditujukan pada perjanjian yang bersifat *obligatoir* saja.

Lebih lanjut menurut **Sudikno Mertokusumo**,³⁴ yang dimaksud kontrak baku adalah suatu kontrak yang isinya ditentukan secara apriori oleh salah satu pihak yang mempunyai kedudukan yang lebih unggul dari pihak lawannya baik secara ekonomis maupun psikologis, sehingga lawannya mau tidak mau terikat. Karena sifat baku itu, salah satu pihak mau tidak mau mengikhlaskan pihak lawannya dibebaskan atau dikurangi tanggung jawabnya, karena dalam kedudukan yang secara ekonomis maupun psikologis lemah.

Sehubungan dengan adanya perbedaan kedudukan para pihak dalam perjanjian, maka perjanjian baku juga sering disebut sebagai *adhesive contract* yang berarti bahwa pihak yang lemah tunduk/melekat pada pihak yang kuat. Dalam hal ini pihak yang lemah disebut sebagai *adherent* yang berarti pengikut/penganut, sedangkan pihak yang kuat disebut sebagai *adhesive* berarti perekat. Dengan mengingat adanya perbedaan kedudukan itu pula, **Bolger** menamakan

³³ **Sudikno Mertokusumo**. *Bahan Penataran Dosen Hukum Perdata Dagang*, Fak. Hukum UGM, Yogyakarta, 1992, h., 8

³⁴ *ibid*

perjanjian/kontrak baku tersebut dengan istilah *take it or leave it contract* yang melambangkan bahwa dalam perjanjian tersebut pihak yang lemah hanya memiliki dua pilihan yakni menerima syarat - syarat dalam perjanjian atau meninggalkannya sama sekali. Jadi kemungkinan bagi debitur (pihak yang lemah) untuk merubah isi perjanjian sama sekali tidak ada.³⁵

Mariam Darus Badruzaman,³⁶ membedakan perjanjian baku dalam tiga jenis, yang terdiri atas :

- a. perjanjian baku sepihak, adalah perjanjian yang isinya ditentukan oleh pihak yang kuat kedudukannya dalam perjanjian itu. Pihak yang kuat disini adalah pihak kreditur yang lazimnya mempunyai posisi yang lebih kuat dibandingkan dengan pihak debitur. Dalam jenis perjanjian ini, kedua belah pihak lazimnya terikat dalam organisasi formal, misalnya pada perjanjian buruh kolektif.
- b. Perjanjian baku yang ditetapkan oleh pemerintah, ialah perjanjian baku yang isinya ditentukan oleh pemerintah terhadap perbuatan - perbuatan hukum tertentu, misalnya berkaitan dengan perjanjian yang mempunyai obyek hak - hak atas tanah.
- c. Perjanjian baku yang ditentukan dilingkungan notaris atau *advokat*. Dilingkungan notaris atau *advokat* terdapat perjanjian - perjanjian yang sejak semula konsepnya sudah disediakan untuk memenuhi permintaan dari anggota masyarakat. Didalam kepustakaan Belanda, jenis perjanjian ini disebut dengan model *contract*.

Di dalam perjanjian baku atau kontrak baku, sering disertai dengan klausula *eksonerasi*, yaitu suatu klausula yang bermaksud untuk membatasi, mengurangi atau bahkan mungkin mengalihkan tanggung jawab kepada pihak lain. Menurut **Engels,**³⁷ klausula *eksonerasi* tersebut dapat dituangkan dalam tiga bentuk *yuridis*, yakni pengurangan atau penghapusan tanggung jawab, pembatasan atau

³⁵ Mariam Darus Badruzaman, (1994) , *op cit*, h . 46

³⁶ *ibid*, h., 49-50

³⁷ Sudikno, M. (1992) *op cit*, h., 7

penghapusan kewajiban-kewajiban, salah satu pihak dibebani dengan kewajiban untuk memikul tanggung jawab pihak lain yang mungkin ada, untuk kerugian yang diderita oleh pihak ketiga. Berdasarkan ciri-ciri perjanjian atau kontrak baku sebagaimana telah diuraikan di atas, maka sering dipersoalkan mengenai terdapat atau tidaknya unsur kesepakatan dalam perjanjian tersebut. Hal ini disebabkan karena adanya perbedaan kedudukan para pihak sehingga lazim terjadi bahwa pihak yang lemah kedudukannya terpaksa harus menerima isi perjanjian. Unsur keterpaksaan itulah yang menimbulkan keraguan tentang ada atau tidaknya kebebasan untuk mengutarakan kehendak, khususnya bagi pihak *adherent*. **Mariam Darus Badruzaman**,³⁸ mengatakan bahwa secara *teoritis yuridis* perjanjian baku tidak memenuhi elemen - elemen yang dikehendaki oleh ketentuan Pasal 1320 jo ketentuan Pasal 1338 ayat (1) BW. Hal ini disebabkan adanya perbedaan posisi para pihak. Pada saat perjanjian baku diadakan, pihak *debitur* tidak memperoleh kesempatan untuk mengadakan *real bargaining* dengan *kreditur*. *Debitur* tidak mempunyai kekuatan untuk mengutarakan kehendak dan kebebasan dalam menentukan isi perjanjian baku tersebut.

Pendapat lain mengatakan bahwa untuk menentukan ada atau tidaknya kata sepakat dalam perjanjian baku, terlebih dahulu harus dilihat bagian dari perjanjian baku tersebut. Jika dilihat dari susunannya, perjanjian baku terdiri dari tiga bagian, yaitu bagian perjanjian pokok, bahagian perjanjian tambahan - pelengkap, dan bahagian syarat-syarat baku/standar. **Sudikno Mertokusumo**,³⁹

³⁸ **Mariam Darus Badruzaman**, (1994), *op cit*, h. 52

³⁹ **Sudikno, M.**, (1992) *op cit*, h., 4

mengatakan bahwa dalam perjanjian pokok dan perjanjian tambahan atau pelengkap terdapat kata sepakat sedangkan dalam syarat - syarat standar tidak terdapat kata sepakat para pihak. Namun demikian, ketiga bagian tersebut merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisah-pisahkan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa dalam perjanjian baku dianggap terdapat kata sepakat para pihak yang membuat perjanjian. Penulis Perancis berpendapat bahwa perjanjian baku bukanlah merupakan perjanjian tetapi merupakan hubungan hukum yang *sui generis*, atau hubungan hukum yang lain daripada yang lain.⁴²

Dengan demikian, pada hakekatnya dalam perjanjian baku tidak terdapat kebebasan dalam mengutarakan kehendak, khususnya kehendak dari pihak yang lemah. Namun karena keberadaan perjanjian baku tersebut sangat dibutuhkan dalam masyarakat maka penyelenggaraannya secara *juridis* diperkenankan selain masih memperhatikan itikad baik, dan tidak bertentangan dengan nilai - nilai kepatutan dan kesusilaan.

Keberlakuan prinsip perjanjian baku *adhésive* dalam pengadaan barang/jasa oleh pemerintah pada hakekatnya dapat terjadi dalam keadaan/situasi yang digantungkan pada kebutuhan, ketika pemerintah dalam kapasitasnya sebagai pembeli terutama dalam rangka fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik sangat didominasi oleh kontrak-kontrak yang bersifat baku, karena melekatnya prinsip *akuntabilitas publik* dimana dari sisi penggunaan anggaran ruang lingkupnya adalah penggunaan APBN/APBD, sehingga hal ini mempengaruhi baik dalam hal

⁴² *ibid*

pembentukan maupun pelaksanaan kontraktual. Kaitannya dengan hal ini, **Bernard Rudden** yang dikutip oleh **Sogar Simamora** mengatakan bahwa,⁴¹ substansi kontrak pemerintah sesungguhnya bukan hanya menyangkut pengadaan barang/jasa. Dalam situasi lain pemerintah dapat juga melakukan hubungan kontraktual sekalipun tujuannya bukan dalam rangka pengadaan barang/jasa. Ini dapat kita lihat ketika pemerintah bertindak dalam kapasitasnya sebagai penjual atau pemasok (*the state as supplier*) terutama dalam fungsinya untuk menyediakan kebutuhan publik (*public utilities*). Dari uraian tersebut terdapat makna bahwa dalam hal kebutuhan yang lahir dari penggunaan anggaran dalam kerangka pengadaan barang/jasa yang menimbulkan pembayaran, pemerintah juga melakukan kontrak-kontrak yang bersifat non-pengadaan yang tujuannya menimbulkan pemasukan dalam rangka untuk kepentingan umum. Sehingga dapat disimpulkan bahwa dari segi tujuan pembuatan kontrak oleh pemerintah terdapat dua hal yaitu kontrak pemerintah yang menimbulkan pengeluaran dan kontrak yang menimbulkan pendapatan.

Berkaitan dengan hal yang kedua keberlakuan kontrak baku/*adhesive* tidak sepenuhnya dapat diberlakukan, mengingat kedudukan pemerintah dalam hal ini tidak dalam posisi tawar yang dominan, hal ini dikarenakan kapasitas pemerintah sebagai penjual (*seller*). BOT dapat dikatakan masuk dalam kategori kedua dimana asumsi dasarnya pemerintah hanya selaku pemilik tanah yang prosesnya diserahkan kepada pihak ketiga dalam bentuk hak penguasaan untuk dimanfaatkan baik itu dibangun, dikelola dan dalam waktu tertentu sesuai kesepakatan diserahkan kembali kepada

⁴¹ Sogar Simamora. (2006). *Joc. cit.*, h.

pemerintah. Sesungguhnya dalam situasi ini pendekatan perjanjian baku menjadi sangat tidak relevan dalam hal penentuan isi kontrak, mengingat kedudukan/keterlibatan pihak ketiga dalam permodalan (*fresh money*) dapat dikatakan diutamakan. Sebagaimana diungkapkan oleh Amrizal (dalam kursifnya) pada bab terdahulu bahwa pembangunan ekonomi...*namun persoalan yang utama terletak pada kebutuhan akan sumber modal untuk investasi. Akan tetapi dalam hal ini merupakan suatu kelaziman mengingat pemerintah sebagai pihak dalam hubungan hukum keperdataan kerja sama BOT sifat bakunya melekat pada ketentuan-ketentuan yang dipersyaratkan yang kandungannya bersifat pengamanan dan pemeliharaan serta pengawasan yang melekat pada barang milik negara/daerah.*

b. Pacta Sunt Servanda

Secara proposional azas ini merupakan azas yang juga penting dalam sebuah kontrak bisnis yang bertumpu pada Pasal 1338 BW. *Pacta Sunt Servanda* sendiri mempunyai pengertian kekuatan mengikatnya suatu perjanjian seperti undang-undang. Asas mengikatnya perjanjian atau yang disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda*, maksudnya adalah bahwa perjanjian yang dibuat secara sah, mengikat mereka yang membuatnya sebagai undang - undang. Dengan demikian para pihak terikat untuk wajib melaksanakan perjanjian yang telah disepakati bersama, seperti halnya keharusan untuk mentaati undang-undang. Hal ini mengandung maksud untuk menyatakan kekuatan perjanjian, yaitu kekuatan yang sama dengan suatu undang-undang. Kekuatan seperti itu diberikan kepada semua

perjanjian yang dibuat secara sah. Perkataan “semua” perjanjian menurut Subekti,⁴² cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak (*beginsel der contractsvrijheid*) adalah dengan jalan menekankan kepada kata “semua” yang ada di muka perkataan “perjanjian”. Dikatakan bahwa ketentuan Pasal 1338 ayat (1) BW tersebut seolah-olah membuat suatu pernyataan (proklamasi) bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat kita sebagaimana mengikatnya undang-undang. Pembatasan terhadap kebebasan itu hanya berupa apa yang dinamakan “ketertiban umum dan kesusilaan”. Lain halnya dengan Mariam Darus Badruzaman,⁴³ menurutnya, kata “semua” mengandung arti meliputi seluruh perjanjian, baik yang namanya dikenal maupun yang tidak dikenal oleh undang-undang. Asas kebebasan berkontrak (*contract vrijheid*) berhubungan dengan isi perjanjian, yaitu menentukan “apa” dan “siapa” perjanjian itu diadakan. Perjanjian yang diperbuat sesuai dengan ketentuan Pasal 1320 BW ini mempunyai kekuatan mengikat.

Menurut Sudikno Mertokusumo⁴⁴, asas kekuatan mengikatnya perjanjian berhubungan dengan akibat perjanjian dan dikenal sebagai *pacta servanda sunt*. Bunyi lengkap *adagium* tersebut adalah *pacta nuda servanda sunt*, yang mempunyai arti bahwa kata sepakat tidak perlu dirumuskan dalam bentuk sumpah, perbuatan atau formalitas tertentu agar merupakan kewajiban yang mengikat.

⁴² R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, cetakan keenam, Alurni, Bandung, 1995, h.5

⁴³ Mariam Darus Badruzaman, dkk. *Kompilasi Hukum Perikatan*, Cetakan Pertama, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, (2001), hal. 84

⁴⁴ Sudikno, (1992) *op.cit.*, h.99

Sudah selayaknya apa yang disepakati oleh kedua belah pihak, dipatuhi oleh kedua belah pihak yang telah membuat kesepakatan tersebut.

c. Itikad Baik

Mengingat kontrak itu dibuat dengan sengaja dan sadar, serta bertumpu pada jalinan sepakat dari para pihaknya yang kemudian dituangkan dalam klausula-klausula, hakekatnya sejak awal para kontraktan itu berkeinginan agar semuanya dapat terlaksana seperti yang dicita harapkan. Jelas situasi tersebut mencerminkan adanya itikad baik yang memang secara alami selalu ada pada tahap pra ataupun penutupan kontrak. Kiranya menurut ukuran normal tidak ada orang yang membuat kontrak dengan tujuan agar apa yang dibuatnya itu tidak dapat dilaksanakan (lihat ketentuan Pasal 1254 jo 1256 BW). Dengan demikian terang adanya kalau azas itikad baik itu memang normalnya menjaluri seluruh tahapan dari kontrak. Olehnya itu kurang tepat apa yang dinyatakan oleh Pasal 1338 ayat 3 BW.⁴⁵ Dalam tahap negosiasi masing-masing pihak mempunyai kewajiban berdasar itikad baik, yaitu kewajiban untuk memeriksa (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan (*medelingsplicht*). Misalnya dalam negosiasi tentang jual beli rumah, calon pembeli wajib memeriksa apakah terdapat rencana resmi pencabutan hak milik. Sanksi atas kewajiban itu ialah pembeli tidak dapat mengajukan pembatalan atas dasar kesesatan manakala hak milik atas rumah dicabut.⁴⁶ Paham ini juga dianut oleh Mahkamah Agung dalam suatu perkara jual beli dimana pembeli tidak dapat dikualifikasi sebagai

⁴⁵ M. Isnaeni, *loc cit*, h.,10

⁴⁶ Soetar Simamora, (2005), *loc. cit*, h.,37

pembeli yang beritikad baik karena pembelian dilakukan dengan ceroboh, pembeli sama sekali tidak meneliti hak dan status penjual.⁴⁷

Menurut ketentuan Pasal 1339 BW, suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifatnya perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Dengan demikian terdapat 3 (tiga) sumber norma yang ikut mengisi suatu perjanjian yaitu kebiasaan, kepatutan dan undang-undang. Selanjutnya menurut ketentuan Pasal 1338 ayat (3) BW, semua perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik (*tegoeder trouw in good faith*), anasir tersebut adalah anasir yang bersifat subyektif dalam pengertian bahwa pelaksanaannya harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan. Jadi ukuran obyektif dalam menilai hal tersebut harus berjalan sesuai dengan rel yang benar.

Kontrak pada umumnya berisi klausula yang mencerminkan janji atau syarat yang berlaku bagi para pihak. Pembuatan rancangan kontrak lazimnya diserahkan pada salah satu pihak atas kesepakatan kedua pihak. Sesudahnya akan dilakukan perundingan untuk mencapai rancangan akhir (*final draft*) yang akan ditandatangani. Pada tahap ini juga terdapat kewajiban hukum itikad baik yaitu kewajiban untuk mencermati seluruh aspek yang terkandung dalam kontrak yang ditandatangani. Ini yang disebut *the obligation to exercise due diligence*.⁴⁸

⁴⁷ *Ibid.*, (Putusan MA No.1816 K/Pdt 1989, tanggal 22 Oktober 1992, dalam perkara antara Lucky Iwanto vs A. Tohir bin Rahman, dkk.

⁴⁸ *Ibid.*

d. Transparansi

Di samping ketiga prinsip/azas yang dikemukakan di atas dalam kontrak-kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan prinsip transparansi merupakan prinsip yang sangat dominan dalam hal ini, sebagai konsekuensi kedudukan para pihak disatu sisi adalah pemerintah dan di sisi lain adalah pihak swasta. Penerapan prinsip ini adalah untuk perlindungan hubungan hukum yang terbentuk bagi pihak ketiga.

Prinsip transparansi dipergunakan sebagai mekanisme perlindungan bagi pemasok dari tindakan diskriminasi pada tahap pra kontrak. Dengan demikian prinsip ini bekerja terutama pada tahap menuju pembentukan kontrak. Namun demikian tidak berarti pada tahap selanjutnya prinsip ini kehilangan fungsinya. Sebab, syarat-syarat kontrak pada umumnya secara pokok telah dituangkan dalam proses tender. Bagi kepentingan perlindungan keuangan negara prinsip ini juga sangat penting untuk mencegah praktek kolusi yang merugikan dan dalam hal tertentu justru dapat membahayakan keselamatan umum.⁴⁷

Dalam kontrak pengadaan, prinsip transparansi dapat digunakan sebagai upaya untuk melakukan kontrol terhadap pembentukan dan pelaksanaan kontrak dan sekaligus berfungsi sebagai perlindungan. Dalam fungsi kontrol, transparansi tidak saja berlaku bagi pemasok/kontraktor tetapi juga bagi agen pemerintah.⁵⁰

Hal ini disebabkan karena fungsi kontrak di dalam bisnis adalah untuk mengamankan transaksi. Dengan adanya keterbukaan para pihak yang didasarkan

⁴⁹ *ibid.*, h. 41

⁵⁰ *ibid.*

atas azas itikad baik maka para pihak dapat menentukan secara jelas dan tegas berkaitan dengan hak-hak dan kewajiban-kewajiban apa yang harus, apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan oleh para pihak, lebih jauh dengan adanya keterbukaan tersebut, dalam mengawal pembentukan maupun penutupan kontrak yang tertuang dalam klausul hak dan kewajiban, maka kontrak tersebut dengan sendirinya dapat digunakan sebagai instrumen bagi para pihak untuk memantau apakah suatu prestasi telah dilaksanakan dengan patul.

Pemerintah dalam era demokrasi sekarang ini dalam melaksanakan penyelenggaraan pemerintahan disemua sektor diharapkan bertumpu pada prinsip transparansi dan keterbukaan. Sebagai contoh penerapan dalam ketentuan Pasal 3 ayat (1) PP No. 6/2006 menyebutkan bahwa :

“Pengelolaan barang milik negara/daerah dilaksanakan berdasarkan asas fungsional, kepastian hukum, **transparansi** dan keterbukaan, efisiensi, akuntabilitas, dan kepastian nilai.”

Berkaitan dengan transparansi, dimana dalam penjelasannya disebutkan bahwa asas transparansi yaitu penyelenggaraan pengelolaan barang milik negara/daerah harus transparan terhadap hak masyarakat dalam memperoleh informasi yang benar. Bekerjanya prinsip transparansi dalam ruang lingkup pengelolaan barang milik negara/daerah sesungguhnya digunakan sebagai perlindungan terhadap pihak ketiga dari tindakan-tindakan yang bersifat diskriminatif terutama pada tahap menuju pembentukan kontrak. Mengingat dalam perbuatan hukum pemerintah selalu dipandang sebagai perbuatan oleh penguasa.

2. Ruang Lingkup dan Batasan Kontrak Pemerintah Dalam BOT

BOT adalah pemanfaatan pendayagunaan barang milik Negara Daerah yang tidak dipergunakan sesuai tugas pokok dan fungsi satuan kerja perangkat daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan/atau sarana dan prasarana lainnya yang kemudian didayagunakan oleh pihak lain tersebut dalam jangka waktu tertentu yang telah disepakati dan untuk selanjutnya diserahkan kembali setelah berakhirnya jangka waktu tersebut (ketentuan Pasal 1 ayat (8) dan (12) PP No.6/2006). Jika disimak pengertian di atas maka dapat disimpulkan bahwa pemanfaatan BOT ditujukan pada pendayagunaan barang milik Negara Daerah berupa tanah. Dari pengertian tersebut, jika disimak lebih jauh maka secara tegas terdapat pemisahan barang berupa tanah yang menjadi milik (*domes*) negara dan daerah. Hal mana menjadi penting adanya berkaitan objek berupa tanah yang akan didayagunakan dalam bentuk kontrak BOT, berkaitan dengan hal ini, yang menimbulkan pertanyaan hukum manakah barang milik negara dan mana barang milik daerah, hal ini menjadi penting jika dikaitkan dengan syarat sahnya perjanjian sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 1320 BW khususnya menyangkut syarat "hal tertentu" yang masuk dalam kategori syarat obyektif yang mensyaratkan jika syarat obyektif tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum.

Ketentuan Pasal 1 Surat Keputusan Menteri Keuangan Nomor 225/MK/V/4/1971 tentang Pedoman Pelaksanaan Tentang Inventarisasi Barang-Barang Milik Negara/Kekayaan Negara merumuskan barang-barang milik negara/kekayaan negara adalah meliputi semua barang milik negara/kekayaan negara yang berasal/dibeli dengan dana yang bersumber untuk seluruhnya ataupun

sebagiannya dari Anggaran Belanja Negara yang berada di bawah pengurusan atau penguasaan departemen-departemen, lembaga-lembaga negara, lembaga-lembaga pemerintahan non departemen serta unit-unit dalam lingkungannya yang terdapat baik di dalam negeri maupun di luar negeri, tidak termasuk kekayaan negara yang dipisahkan (kekayaan perum dan persero) dan barang-barang kekayaan daerah otonom. Selanjutnya berdasarkan penggolongan dalam ketentuan tersebut dibagi ke dalam 4 (empat) jenis barang (khususnya dalam hal ini hanya diuraikan lebih lanjut barang tak bergerak) sebagai berikut :

1. barang-barang tidak bergerak
 1. tanah-tanah kehutanan, pertanian, perkebunan, lapangan olah raga dan tanah-tanah yang belum dipergunakan, jalan-jalan (tidak termasuk jalan daerah), jalan kereta api, jembatan, terowongan, waduk, lapangan, terbang, bangunan-bangunan irigasi, tanah pelabuhan dan lain-lain tanah seperti itu.
 2. Gedung-gedung yang dipergunakan untuk kantor, pabrik-pabrik, bengkel sekolah, rumah sakit, studio, laboratorium, dan lain-lain (gedung itu).
 3. Gedung-gedung tempat tinggal tetap atau sementara seperti : rumah-rumah tempat tinggal, tempat istirahat, asrama, pasanggrahan, bungalow dan lain-lain gedung seperti itu.
 4. monumen-monumen seperti : monumen purbakala (candi-candi), monumen alam, monumen peringatan sejarah, dan monumen purbakala lainnya.
2. barang-barang bergerak
3. hewan-hewan
4. barang-barang persediaan.⁵¹

Lain halnya dengan barang milik daerah, setelah berlakunya Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 4 tahun 1979, maka berdasar Keputusan Menteri Dalam Negeri Nomor 020-595, ditetapkan pula Manual Administrasi Barang Daerah dan dinyatakan mulai berlaku pada tanggal 1 April 1981. Pada Bab III dari Manual Administrasi Barang Daerah, berjudul Inventarisasi, dirumuskan bahwa yang dimaksud dengan

⁵¹ Philipus M. Hadjon, et al (2002), *loc.cit* .h. 184-188

barang milik daerah adalah milik kekayaan daerah yang berasal dari dana yang bersumber dari Anggaran Pendapatan Dan Belanja Daerah atau sumbangan berupa pemberian, hadiah, donasi, wakaf, hibah dan lain-lain sumbangan yang serupa yang diberikan oleh pihak ketiga, sebagaimana dimaksud dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 8 Tahun 1978 tentang Sumbangan Pihak Ketiga kepada Daerah. Pada Manual Administrasi Barang Daerah itu dikemukakan penggolongan barang milik Daerah yaitu (khususnya hanya diuraikan lebih lanjut barang tak bergerak) sebagai berikut:

1. Barang-barang Tidak Bergerak

1. tanah-tanah pertanian, perkebunan, lapangan olah raga dan tanah-tanah yang belum dipergunakan, jalan-jalan (tidak termasuk jalan milik negara), jembatan, terowongan, waduk, bangunan irigasi, tanah pelabuhan, perikanan dan lainnya yang sejenis.
 2. gedung-gedung yang dipergunakan untuk kantor, gedung, pabrik, bengkel, rumah sakit, studio, terminal laboratorium, dan gedung lainnya yang sejenis.
 3. gedung-gedung tempat tinggal tetap atau sementara seperti : rumah-rumah tempat tinggal, tempat peristirahatan, asrama dan gedung lainnya yang sejenis.
 4. monumen seperti monumen alam, monumen peringatan sejarah dan monumen lainnya.
2. Barang-barang Bergerak
3. Barang persediaan.⁵²

Dalam ketentuan lainnya, Pasal 3 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 bahwa

- (1) Barang milik Daerah meliputi:
- a. barang yang dibeli atau diperoleh atas beban APBD; dan
 - b. barang yang berasal dari perolehan lainnya yang sah;
- (2) Barang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b meliputi:
- a. barang yang diperoleh dari hibah sumbangan atau yang sejenis;

⁵² *ibid*

- b. barang yang diperoleh sebagai pelaksanaan dari perjanjian/kontrak;
- c. barang yang diperoleh berdasarkan ketentuan undang-undang; atau
- d. barang yang diperoleh berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

Selanjutnya BOT dipersyaratkan dapat dilaksanakan dalam hal bangunan dan fasilitasnya diselenggarakan untuk kepentingan umum dan tidak tersedianya dana dalam penyediaannya (ketentuan Pasal 27 ayat (1) huruf a dan b PP No.6/2006). Yang dimaksud dengan kepentingan umum adalah kegiatan yang menyangkut kepentingan bangsa dan negara, masyarakat luas, rakyat banyak bersama, dan/atau kepentingan pembangunan. Penetapan jenis pembangunan untuk kepentingan umum diatur lebih lanjut oleh Instruksi Presiden Nomor 9 Tahun 1973 seperti untuk :

1. pertahanan,
2. pekerjaan umum,
3. perlengkapan umum,
4. jasa umum,
5. keagamaan,
6. ilmu pengetahuan dan seni budaya,
7. olah raga,
8. keselamatan umum terhadap bencana alam,
9. kesejahteraan sosial,
10. makam kuburan,
11. pariwisata dan rekreasi,
12. usaha-usaha yang bermanfaat bagi kesejahteraan umum, atau
13. yang ditentukan dan ditetapkan oleh Presiden

Selanjutnya ketentuan Pasal 5 Peraturan Presiden Nomor 65 Tahun 2006 yang merupakan perubahan dari Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2005 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum menetapkan : Pembangunan untuk kepentingan umum yang dilaksanakan Pemerintah atau

Pemerintah Daerah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2, yang selanjutnya dimiliki atau akan dimiliki oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah, meliputi :

- a. jalan umum dan jalan tol, rel kereta api (di atas tanah, di ruang atas tanah, ataupun di ruang bawah tanah), saluran air minum/air bersih, saluran pembuangan air dan sanitasi;
- b. waduk, bendungan, bendungan irigasi dan bangunan pengairan lainnya;
- c. pelabuhan, bandar udara, stasiun kereta api, dan terminal;
- d. fasilitas keselamatan umum, seperti tanggul penanggulangan bahaya banjir, lahar, dan lain-lain bencana;
- e. fasilitas pembuangan sampah;
- f. cagar alam dan cagar budaya;
- g. pembangkit, transmisi, distribusi tenaga listrik

Dari beberapa penjelasan kriteria di atas maka pengelolaan barang yang dimiliki oleh Negara/Daerah dengan dasar untuk kepentingan umum pada hakikatnya adalah dilaksanakan oleh Pemerintah, atau dilaksanakan oleh Pemerintah Daerah dan selanjutnya dimiliki atau akan dimiliki oleh Pemerintah atau Pemerintah Daerah.

Dalam hal tidak tersedianya dana anggaran dalam pelaksanaan tugas dan fungsi pemerintah dalam kaitan dengan hal tersebut di atas, ketentuan Pasal 49 ayat (3) UU No. 1/2004 menetapkan bahwa "tanah dan bangunan milik negara/daerah yang tidak dimanfaatkan untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi instansi yang bersangkutan wajib diserahkan pemanfaatannya kepada Menteri Keuangan/Gubernur/Bupati/Walikota untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pemerintahan negara/daerah". Pengertian "dimanfaatkan" perlu diartikan secara luas, yaitu untuk :

- a. Digunakan oleh instansi lain yang memerlukan tanah/bangunan untuk menyelenggarakan tugas pokok dan fungsinya ;
- b. Dimanfaatkan, dalam arti disewakan, dikerjasamakan, dan bangun guna serah .
- c. Dipindahtangankan, dalam arti dijual, dipertukarkan, dihibahkan, atau dijadikan penyertaan modal negara.

Dalam penjelasan ketentuan Pasal 5 jo Pasal 6 ayat (6) huruf h PP No.6/2006, disebutkan bahwa : Tanah dan bangunan yang dimaksud adalah yang diserahkan kembali oleh Satuan Kerja Aparat Daerah karena tanah dan bangunan tersebut tidak dimanfaatkan untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi Satuan Kerja Aparat Daerah. Selanjutnya Penyerahan dimaksud meliputi bukan hanya terhadap tanah dan bangunan yang berlebih tetapi juga termasuk tanah dan bangunan yang karena alasan tertentu tidak dapat lagi digunakan untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi instansi yang bersangkutan

Pemanfaatan barang tidak menyebabkan peralihan kepemilikan, sedangkan pemindahtanganan menyebabkan peralihan kepemilikan atas barang milik daerah dengan persetujuan DPRD. Sebagai konsekuensi dari keharusan Pengguna Barang menyerahkan barang milik daerah berupa tanah dan/atau bangunan yang sudah tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas pokok dan fungsinya, maka pelaksanaan pemanfaatan dan pemindahtanganan, termasuk penghapusan atas barang milik daerah dilakukan oleh :

- a. Pengelola Barang untuk barang milik daerah tanah dan/atau bangunan, kecuali apabila dikecualikan dalam peraturan pemerintah ini ;
- b. Pengguna Barang untuk barang milik daerah di luar tanah dan/atau bangunan setelah mendapat izin dari pengelola barang.

Dalam hal menetapkan penyerahan pengelola barang wajib memperhatikan "hal-hal," yang dimaksud "hal-hal" menurut penjelasan ketentuan Pasal 17 ayat (3),(4) PP No.6/2006 adalah keadaan di mana sebagian dari tanah dan/atau bangunan dimaksud dikuasakan kepada Pengguna Barang untuk dimanfaatkan dalam bentuk disewakan atau dikerjasamakan. Di samping itu, juga meliputi tanah dan/atau

bangunan yang karena RUTR (Rencana Umum Tata Ruang) dikuasakan untuk dipertukarkan. Tindak lanjut pengelolaan yang dimaksud dalam ayat ini, diupayakan terlebih dahulu memprioritaskan penetapan status penggunaannya untuk penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi instansi pemerintah lainnya. Yang selanjutnya apabila ternyata tidak diperlukan/dibutuhkan instansi pengguna lain dalam melaksanakan tugas pokok dan fungsi, maka pemanfaatan terhadap barang tersebut diupayakan dalam rangka optimalisasi pemanfaatan Barang Milik Daerah. Pemindahtanganan merupakan upaya terakhir apabila barang tersebut memang benar-benar sudah tidak dapat digunakan atau dimanfaatkan. Penjelasan ketentuan Pasal 18 ayat (1) menyebutkan bahwa : Pemanfaatan Barang Milik Negara Daerah untuk kepentingan penyelenggaraan tugas pemerintahan negara daerah dilakukan oleh Pengelola Barang dalam rangka peningkatan penerimaan negara daerah sebagai sumber pendapatan negara daerah sebagai bagian dari pelaksanaan fungsi Bendahara Umum Negara Daerah. Selain hal tersebut di atas disebutkan pula dalam ketentuan Pasal 46 Permendagri No.17/2007 disebutkan bahwa, barang berupa tanah harus disertifikatkan atas nama pemerintah daerah dan barang milik daerah berupa bangunan harus dilengkapi dengan bukti kepemilikan atas nama pemerintah daerah.

Uraian di atas nampak adanya Negara (pemerintah/pemerintah daerah) dalam menjalankan tugas-tugas umumnya dapat menggunakan instrumen hukum administrasi, atau hukum privat, atau menggunakan hukum administrasi sekaligus menggunakan hukum perdata. Tindakan Negara (pemerintah/pemerintah daerah) yang bertindak dalam hukum administrasi sekaligus bertindak dalam hukum perdata

maka negara menggunakan hukum campuran (*gemeenschapelijrecht*).⁵³ Pengadaan tanah merupakan tindakan pemerintah/pemerintah daerah yang ada dalam hukum administrasi, karena berkaitan dengan penggunaan wewenang pemerintah yang secara bersamaan dengan tindakan pemerintah/pemerintah daerah dalam hukum perdata. Penundukan pihak pemerintah dalam pelaksanaan BOT selaku pemilik lahan (*owner borrower*) dalam hal ini tunduk pada ketentuan-ketentuan perjanjian keperdataan, hal ini mengingat bahwa penundukan pemerintah dalam hal ini menyangkut hak-hak yang bersifat kebendaan. Sedangkan di sisi lain berkaitan dengan pengaruh terhadap substansi kontrak yang juga merupakan pembatasan pemerintah selaku pihak dalam melakukan hubungan hukum dapat dilihat dalam hal kewenangan, dimana ukuran kewenangan pemerintah dalam hal ini menyangkut persyaratan pihak lain yang akan mendapat keuntungan dalam hubungan tersebut diwajibkan melakukan suatu kontra prestasi tertentu.

3. Prosedur Pembentukan Kontrak BOT

Karakteristik pembentukan kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan selalu didahului oleh adanya putusan TUN, hal mana sejalan dengan yang dikemukakan oleh Indroharto menyatakan :⁵⁴

“Setiap perjanjian perdata yang dilakukan oleh pemerintah selalu didahului oleh adanya suatu Keputusan Tata Usaha Negara untuk melakukan suatu tindakan hukum perdata baik yang berupa perjanjian perdata biasa maupun bentuk

⁵³ Philipus M. Hadjon. *Penggunaan Instrumen Hukum Perdata oleh Pemerintah*, *band one*. Tidak dipublikasikan.

⁵⁴ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku I, cet. kesembilan, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2004, h. 117.

perjanjian yang lain. Setelah dibuatnya keputusan tata usaha negara demikian, maka barulah dilakukan perjanjian perdata (tindakan hukum perdata) yang dimaksud.”

Dalam kategori ini dapat dilihat secara runtut sebagai berikut :

1. Prosedur Status Penggunaan

PP No.6.2006 ditentukan bahwa pemanfaatan barang milik daerah berupa tanah dapat dilakukan atas tanah milik daerah yang status penggunaannya ada pada pengguna barang milik daerah, lebih lanjut pengaturannya dapat dilihat dalam penjelasan Permendagri No 17/2007 tentang tata cara penetapan status penggunaan sebagai berikut :

- a. pengguna melaporkan barang milik daerah yang berada pada SKPD yang bersangkutan kepada pengelola disertai usul penetapan status penggunaan;
- b. pengelola melalui pembantu pengelola, meneliti laporan sebagaimana dimaksud pada huruf a;
- c. setelah dilakukan penelitian atas kebenaran usulan SKPD, pengelola mengajukan usul kepada Kepala Daerah untuk ditetapkan status penggunaannya;
- d. penetapan status penggunaan barang milik daerah untuk melaksanakan tugas dan fungsi SKPD dan/atau dioperasikan oleh pihak lain dalam rangka menjalankan pelayanan umum sesuai tugas pokok dan fungsi SKPD yang bersangkutan;
- e. penetapan status penggunaan sebagaimana dimaksud pada huruf d, ditetapkan oleh Kepala Daerah;
- f. atas penetapan status penggunaan, masing-masing Kepala SKPD melalui penyimpan/pengurus barang wajib melakukan penatausahaan barang daerah yang ada pada pengguna masing-masing.

Setelah proses penetapan tersebut selesai maka secara prosedural, barulah dapat dilaksanakan pemanfaatan pengelolaan barang milik daerah dengan pihak ketiga dalam bentuk kerja sama.

2. Prosedur Kerja Sama

Pemerintah sebagai pihak dalam pengelolaan pemanfaatan BOT menuju pembentukan kontrak, tidak lepas dari mekanisme dan atau prosedur yang harus dilalui berdasarkan hukum positif yang berlaku. Ketentuan Pasal 29 ayat (2) PP No.6:2006 menyebutkan :

“Penetapan Mitra bangun guna serah dan mitra bangun serah guna dilaksanakan melalui tender dengan mengikutsertakan sekurang-kurangnya lima peserta/peminat.”

Penetapan mitra dengan prosedur *tender* dalam ketentuan PP ini tidak mendapat pengaturan lebih lanjut baik substansi yang diatur dalam PP tersebut maupun penjelasannya. Dengan merujuk pada ketentuan prosedur tender dalam pengadaan barang/jasa yang kita kenal sebagaimana diatur dalam Keppres No. 80 Tahun 2003 dirujuk, adalah menjadi suatu yang tidak relevan, mengingat batasan yang diberikan oleh Keppres tersebut adalah dalam hal pengadaan barang/jasa yang dibiayai baik sebagian maupun keseluruhan oleh APBN/APBD, dengan mengingat ketentuan tersebut maka perlu dirujuk pengertian tentang sistem hukum adalah merupakan satu kesatuan yang saling mendukung/mengisi ketentuan lainnya. Oleh Niuwissen mengatakan bahwa,⁵⁵ sistem hukum adalah suatu konstruksi (teoritikal) yang di dalamnya berbagai kaidah dipikirkan dalam suatu hubungan logika-konsisten menjadi satu kesatuan tertentu.

Ketentuan Keppres 80/2003 dapat digunakan sejauh yang menyangkut tentang pedoman yang mengatur tata cara serta persyaratan tender tersebut. Lebih lanjut

⁵⁵ Niuwissen. *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, Dan Filsafat Hukum* (Terjemahan Prof. Dr. B. Arief Sidharta, S.H., Refika Aditama, Cet. Pertama, 2007, h. 95

untuk penegasan pengadaan barang/jasa yang dibiayai oleh APBD di daerah diatur berdasarkan PERDA/Keputusan Kepala Daerah dengan berpedoman dengan ketentuan Keppres tersebut (lihat Pasal 7 Keppres 80/2003) mengenai hal yang diatur dalam khususnya Keputusan Kepala Daerah tersebut akan diuraikan pula setelah uraian Keppres ini.

Dalam ketemuan Pasal 17 Keppres No. 80/2003 beberapa metode tender, bahwa :

- (1) Dalam pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya, pada prinsipnya dilakukan melalui metoda pelelangan umum;
- (2) Pelelangan umum adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya;
- (3) Dalam hal jumlah penyedia barang/jasa yang mampu melaksanakan diyakini terbatas yaitu untuk pekerjaan yang kompleks, maka pemilihan penyedia barang/jasa dapat dilakukan dengan metoda pelelangan terbatas dan diumumkan secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi dengan mencantumkan penyedia barang/jasa yang telah diyakini mampu memberi kesempatan kepada penyedia barang/jasa lainnya yang memenuhi kualifikasi;
- (4) Dalam hal metoda pelelangan umum atau pelelangan terbatas dinilai tidak efisien dari segi biaya pelelangan, maka pemilihan penyedia barang/jasa dapat dilakukan dengan metoda pemilihan langsung, yaitu pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan dengan membandingkan sebanyak-banyaknya penawaran, sekurang-kurangnya 3 (tiga) penawaran dari penyedia barang/jasa yang telah lulus prakualifikasi serta dilakukan negosiasi baik teknis maupun biaya serta harus diumumkan minimal melalui papan pengumuman resmi untuk penerangan umum dan bila memungkinkan melalui internet;
- (5) Dalam keadaan tertentu dan keadaan khusus, pemilihan penyedia barang/jasa dapat dilakukan dengan cara penunjukan langsung terhadap 1 (satu) penyedia barang/jasa dengan cara melakukan negosiasi baik teknis maupun biaya sehingga diperoleh harga yang wajar dan secara teknis dapat dipertanggungjawabkan.

Selanjutnya dalam ketentuan Pasal 20 kemudian disebutkan pula, bahwa :

- (1) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda pelelangan umum meliputi:
- a. dengan prakualifikasi:
 1. pengumuman prakualifikasi;
 2. pengambilan dokumen prakualifikasi;
 3. pemasukan dokumen prakualifikasi;
 4. evaluasi dokumen prakualifikasi;
 5. penetapan hasil prakualifikasi;
 6. pengumuman hasil prakualifikasi;
 7. masa sanggah prakualifikasi;
 8. undangan kepada peserta yang lulus prakualifikasi;
 9. pengambilan dokumen lelang umum;
 10. penjelasan;
 11. penyusunan berita acara penjelasan dokumen lelang dan perubahannya;
 12. pemasukan penawaran;
 13. pembukaan penawaran;
 14. evaluasi penawaran;
 15. penetapan pemenang;
 16. pengumuman pemenang;
 17. masa sanggah;
 18. penunjukan pemenang;
 19. penandatanganan kontrak;
 - b. dengan pasca kualifikasi:
 1. pengumuman pelelangan umum;
 2. pendaftaran untuk mengikuti pelelangan;
 3. pengambilan dokumen lelang umum;
 4. penjelasan;
 5. penyusunan berita acara penjelasan dokumen lelang dan perubahannya;
 6. pemasukan penawaran;
 7. pembukaan penawaran;
 8. evaluasi penawaran termasuk evaluasi kualifikasi;
 9. penetapan pemenang;
 10. pengumuman pemenang;
 11. masa sanggah;
 12. penunjukan pemenang;
 13. penandatanganan kontrak.
- (2) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda pelelangan terbatas meliputi:
- a. pemberitahuan dan konfirmasi kepada peserta terpilih;
 - b. pengumuman pelelangan terbatas;
 - c. pengambilan dokumen prakualifikasi;
 - d. pemasukan dokumen prakualifikasi;
 - e. evaluasi dokumen prakualifikasi;

- f. penetapan hasil prakualifikasi;
 - g. pemberitahuan hasil prakualifikasi;
 - h. masa sanggah prakualifikasi;
 - i. undangan kepada peserta yang lulus prakualifikasi;
 - j. penjelasan;
 - k. penyusunan berita acara penjelasan dokumen lelang dan perubahannya;
 - l. pemasukan penawaran;
 - m. pembukaan penawaran;
 - n. evaluasi penawaran;
 - o. penetapan pemenang;
 - p. pengumuman pemenang;
 - q. masa sanggah;
 - r. penunjukan pemenang;
 - s. penandatanganan kontrak.
- (3) Prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda pemilihan langsung meliputi:
- a. pengumuman pemilihan langsung;
 - b. pengambilan dokumen prakualifikasi;
 - c. pemasukan dokumen prakualifikasi;
 - d. evaluasi dokumen prakualifikasi;
 - e. penetapan hasil prakualifikasi;
 - f. pemberitahuan hasil prakualifikasi;
 - g. masa sanggah prakualifikasi;
 - h. undangan pengambilan dokumen pemilihan langsung;
 - i. penjelasan;
 - j. penyusunan berita acara penjelasan dokumen lelang dan perubahannya;
 - k. pemasukan penawaran;
 - l. pembukaan penawaran;
 - m. evaluasi penawaran;
 - n. penetapan pemenang;
 - o. pemberitahuan penetapan pemenang;
 - p. masa sanggah;
 - q. penunjukan pemenang;
 - r. penandatanganan kontrak.
- (4) Tata cara pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda penunjukan langsung meliputi:
- a. undangan kepada peserta terpilih;
 - b. pengambilan dokumen prakualifikasi dan dokumen penunjukan langsung;
 - c. pemasukan dokumen prakualifikasi, penilaian kualifikasi, penjelasan, dan pembuatan berita acara penjelasan;
 - d. pemasukan penawaran;
 - e. evaluasi penawaran;

- f. negosiasi baik teknis maupun biaya;
- g. penetapan/penunjukan penyedia barang/jasa;
- h. penandatanganan kontrak.

Pola kerja sama dalam pengadaan sekalipun belum jelas apa yang dimaksud dengan pola kerja sama dan bagaimana prosedur dalam pembuatan dan pelaksanaannya. Perjanjian kerja sama ini pada dasarnya merupakan perjanjian antara pemerintah dengan pihak swasta dalam rangka pengadaan barang/jasa. Tidak termasuk di dalamnya kerja sama pengadaan yang dilakukan oleh satu atau lebih penyedia barang/jasa yang secara bersama-sama memenuhi kebutuhan pemerintah atas barang/jasa. Inilah yang disebut pola *kemitraan*. Pola pengadaan semacam ini wajib dituangkan dalam perjanjian kerja sama yang dibuat secara tertulis. Dengan demikian perjanjian kerja sama ini masuk dalam pengertian *partnership*, yakni hubungan hukum antara beberapa pihak dalam pelaksanaan suatu kegiatan bisnis yang berorientasi pada keuntungan. Untuk memahami pengertian pola kerja sama dalam pengadaan sebagaimana dimaksud Keppres No.80/2003, perlu penelusuran lebih lanjut terhadap sumber hukum yang lain.⁵⁶

Bertumpu dari pemahaman tersebut di atas, kiranya terdapat pembatasan dalam hal pengelolaan pengadaan barang melalui sistem pemanfaatan BOT, menurut ketentuan Pasal 13 PP No.6/2006 menentukan bahwa :

Status penggunaan barang ditetapkan dengan ketentuan sebagai berikut :

- a. Barang milik negara oleh pengelola barang
- b. Barang milik daerah oleh gubernur/bupati/walikota.

⁵⁶ Soezat Simamora.(2006) *loc. cit.* , h

Penetapan tersebut diantisipasi dalam hal pengaturan lebih lanjut tentang pedoman/tata cara pemanfaatan pengelolaan barang milik negara daerah diatur lebih lanjut melalui keputusan pengelola barang (menteri), peraturan gubernur, bupati dan walikota.

Untuk konkretnya di daerah dapat dilihat contoh yang dituangkan dalam Keputusan Gubernur Propinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 74 Tahun 2003, dalam Bab V tentang Tata Cara Pendayagunaan Kekayaan Daerah diatur hal-hal yang pada pokoknya berisi : (terlampir)

1. Untuk dapat mendayagunakan Kekayaan daerah, Pihak ketiga harus terlebih dahulu mendapat persetujuan gubernur
2. Untuk memperoleh persetujuan sebagaimana dimaksud, pihak ketiga yang bersangkutan harus mengajukan permohonan tertulis kepada gubernur c.q Kepala BPM dan PKUD dengan melampirkan persyaratan sebagai berikut :
 1. akta pendirian dan perubahannya yang disahkan oleh instansi berwenang
 2. surat keterangan domisili kantor tetap
 3. surat izin usaha perdagangan (SIUP)
 4. surat wajib daftar perusahaan
 5. nomor pokok wajib pajak (NPWP)
 6. surat persetujuan penanaman modal dan perubahannya serta izin usaha tetap bagi perusahaan PMA/PMDN
 7. laporan keuangan perusahaan yang telah diaudit oleh Akuntan Publik 3 tahun terakhir dengan opini wajar tanpa persyaratan
 8. proposal rencana proyek lengkap meliputi aspek keuangan, teknis, dan yuridis
 9. referensi pengalaman kerja perusahaan
 10. referensi dari bank
3. Terhadap permohonan pihak ketiga sebagaimana dimaksud tersebut di atas oleh Tim Pengelolaan Kekayaan Daerah (PKD) menyampaikan usulan persetujuan atau penolakan atas permohonan pihak ketiga kepada gubernur
4. Persetujuan atau penolakan sebagaimana dimaksud ditetapkan oleh gubernur
5. persetujuan pendayagunaan sebagaimana dimaksud tidak dapat dialihkan kepada pihak lain tanpa persetujuan tertulis terlebih dahulu dari gubernur
6. Pelaksanaan pendayagunaan kekayaan daerah diatur dalam perjanjian kerja sama antara gubernur dan pihak ketiga yang sekurang-kurangnya memuat :
 1. identitas masing-masing pihak
 2. jenis dan nilai investasi dari para pihak
 3. bentuk kerja sama
 4. obyek kerja sama

5. jangka waktu perjanjian
 6. hak dan kewajiban masing-masing pihak
 7. pembiayaan
 8. pengawasan pengendalian
 9. pelaporan
 10. evaluasi
 11. sanksi
 12. klausul lain yang dianggap perlu
7. perjanjian kerja sama ditandatangani oleh gubernur atau pejabat yang ditunjuk dengan pihak ketiga.
 8. jangka waktu kerja sama dengan pihak ketiga dalam rangka pendayagunaan kekayaan daerah ditetapkan bersama dengan berdasarkan pada besarnya investasi yang dilakukan oleh pihak ketiga.
 9. investasi pihak ketiga sebagaimana dimaksud akan dikaji terlebih dahulu oleh Tim PKD untuk menilai kelayakan proyeknya dengan menghitung/menganalisis antara lain :
 - a. *return on investment (ROI)*
 - b. *internal rate of return (IRR)*
 - c. *cash flow*
 - d. *benefit cost ratio*
 - e. analisis lain yang dianggap penting.

Dalam ketentuan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah (Permendagri No.17/2007) secara runtut menyebutkan bahwa :

Pasal 40 :

- (1) Bangun Guna Serah barang milik daerah dapat dilaksanakan dengan ketentuan sebagai berikut.
 - a. Pemerintah Daerah memerlukan bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi;
 - b. tanah milik pemerintah daerah yang telah diserahkan oleh pengguna kepada Kepala Daerah; dan
 - c. tidak tersedia dana Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah untuk penyediaan bangunan dan fasilitas dimaksud.
- (2) Bangun Guna Serah barang milik daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dilaksanakan oleh pengelola setelah mendapat persetujuan Kepala Daerah.

Pasal 41 :

- (1) Penetapan mitra Bangun Guna Serah dilaksanakan melalui tender-lelang dengan mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 (lima) peserta peminat.
- (2) Mitra Bangun Guna Serah yang telah ditetapkan selama jangka waktu pengoperasian, harus memenuhi kewajiban sebagai berikut:
 - a. membayar kontribusi ke kas daerah setiap tahun yang besarnya ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan tim yang dibentuk oleh Kepala Daerah;
 - b. tidak menjaminkan, menggadaikan atau memindahtangankan objek Bangun Guna Serah; dan
 - c. memelihara objek Bangun Guna Serah;
- (3) Objek bangun guna serah sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b. berupa sertifikat hak pengelolaan milik Pemerintah Daerah.
- (4) Objek bangun guna serah berupa tanah dan/atau bangunan tidak boleh dijadikan jaminan dan atau diagunkan.
- (5) Hak guna bangunan di atas hak pengelolaan milik pemerintah daerah, dapat dijadikan jaminan dan atau diagunkan sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (6) Jangka waktu bangun guna serah paling lama 30 (tiga puluh) tahun sejak perjanjian ditandatangani.
- (7) Bangun guna serah dilaksanakan berdasarkan surat perjanjian yang sekurang-kurangnya memuat:
 - a. pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian;
 - b. objek bangun guna serah;
 - c. jangka waktu bangun guna serah;
 - d. hak dan kewajiban para pihak yang terikat dalam perjanjian; dan
 - e. persyaratan lain yang dianggap perlu;
- (8) Izin mendirikan bangunan bangun guna serah atas nama pemerintah daerah.
- (9) Biaya pengkajian, penelitian dan pengumuman tender-lelang dibebankan pada Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah.
- (10) Biaya yang berkenaan dengan persiapan dan pelaksanaan penyusunan Surat Perjanjian, konsultan pelaksana pengawas, dibebankan pada pihak pemenang.
- (11) Setelah jangka waktu pendayagunaan berakhir, objek bangun guna serah terlebih dahulu diaudit oleh aparat pengawasan fungsional pemerintah daerah sebelum penggunaannya ditetapkan oleh Kepala Daerah.

Sebagai konsekuensi pemanfaatan instrumen hukum perdata oleh pemerintah khususnya hukum kontrak, dalam pengelolaan urusan pemerintahan yang lazim disebut kontraktualisasi (*contractualization*) terjadi percampuran antara elemen privat dan publik dalam hal hubungan kontraktual yang terbentuk.⁵⁷ Kontrak yang dibuat oleh pemerintah karenanya mempunyai karakteristik yang berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Implikasi adanya percampuran element privat dan publik itu tidak saja mengenai keabsahan dalam pembentukan kontrak, tetapi juga pada aspek pelaksanaan serta penegakan hukumnya (*enforcement of the contract*). Adanya unsur hukum publik inilah yang menyebabkan aturan dan prinsip hukum dalam kontrak tidak sepenuhnya berlaku bagi kontrak yang dibuat oleh pemerintah.⁵⁸

4. Syarat Kewenangan Klausula Pokok Dalam Kontrak BOT

Syarat kewenangan dalam klausula kontrak, lazimnya disebut sebagai syarat subyektif, dalam bangunan Pasal 1320 BW menyebutkan selain adanya kata sepakat juga syarat kecakapan untuk membuat suatu perikatan. Mengingat dalam konteks BOT terdapat pihak pemerintah yang bertindak sebagai badan hukum publik dengan pihak ketiga yang merupakan badan usaha yang akan dibahas berkaitan dengan kecakapan bertindak tersebut sebagai berikut :

1. Syarat Kewenangan Oleh Badan Hukum Publik

Daerah otonom sebagai badan hukum publik dapat dilibat dalam ketentuan Pasal 1 angka 6 UU No. 32 Tahun 2004, menentukan bahwa

⁵⁷ *ibid*, h. 50

⁵⁸ *ibid*

“Daerah otonom, selanjutnya disebut daerah, adalah kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas-batas wilayah yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.”

Dari ketentuan pasal ini, daerah otonom merupakan badan hukum publik, di mana sebagai badan hukum memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri. Dari pengertian tersebut terkandung makna tentang apa yang menjadi hak dan kewajibannya sebagai subjek hukum baik di dalam maupun di luar pengadilan melalui perantaraannya yang disebut Kepala Daerah (Pasal 24 jo. Pasal 25 huruf a dan huruf f UU No. 32 Tahun 2004).

Philipus M. Hadjon mengemukakan bahwa:⁵⁹

“Selaku badan hukum (*legal person, rechtspersoon*), badan atau pejabat tata usaha negara mengikat dirinya pada pelbagai perjanjian keperdataan. ... Di sini badan atau pejabat tata usaha negara menjalankan peranan sebagai pelaku hukum keperdataan (*civil actor*). Perbuatan hukum yang dilakukan badan atau pejabat tata usaha negara itu tidak berdasarkan hukum publik, tetapi didasarkan pada peraturan perundang-undangan hukum perdata (*privaatrechts*), sebagaimana lazimnya peraturan perundang-undangan yang mendasari perbuatan hukum keperdataan yang dilakukan seorang warga dan badan hukum perdata.”

F.A.M. Stroink et.al., mengatakan bahwa :⁶⁰

“Wanner openbare lichanem-rechtspersonen aan het privaatrechtelijk rechtsverkeer deelnemen doen zij dan niet als overheid, als gezagsorganisatie, maar nemen zij rechtens op gelijke voet met de burger deel v dat veekeer. Deze openbare lichanem-rechtspersonen zijn, deelnemende aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer, in principle op dezelfde onder-wopen aan de rechtmacht van de gewone rechter als de burger.” (Apabila badan hukum publik ikut serta dalam hubungan hukum keperdataan maka ia tidak bertindak sebagai penguasa, sebagai organisasi kekuasaan tetapi dia menggunakan hak-hak pada kedudukan yang sama

⁵⁹ Philipus M Hadjon, et al (2002). *loc.cit* h. 166

⁶⁰ *Ibid.*, h. 1

dengan rakyat. Badan-badan tersebut pada dasarnya tunduk pada peradilan biasa seperti rakyat biasa).”

Dengan demikian, pendapat yang dikemukakan di atas, tampak adanya tindakan hukum keperdataan dari pemerintah melalui perjanjian, yang dilakukan dalam kedudukan mereka sebagai wakil badan hukum publik.

Menurut Chaidir ali,⁶¹ ada tiga kriteria untuk menentukan suatu badan hukum publik yaitu: pertama, dilihat dari pendiriannya, badan hukum itu diadakan dengan konstruksi hukum publik yang didirikan penguasa dengan undang-undang atau peraturan-peraturan lainnya; kedua, lingkungan kerjanya melaksanakan perbuatan-perbuatan publik; Ketiga, badan hukum itu diberi wewenang publik seperti membuat keputusan, ketetapan atau peraturan yang mengikat umum. Termasuk kategori badan hukum publik yaitu Negara, Propinsi, Kabupaten dan Kotapraja, dan lain-lain.

Philipus M. Hadjon menegaskan pula bahwa:⁶²

“Untuk menarik garis pembeda antara perbuatan pemerintah berdasarkan hukum publik dengan perbuatan hukum perdata dapat dilakukan dengan menggunakan kriterium dasar untuk melakukan perbuatan hukum. Bagi pemerintah dasar untuk melakukan perbuatan hukum publik adalah adanya kewenangan yang berkaitan dengan suatu jabatan (*ambt*). Jabatan memperoleh wewenang melalui tiga sumber yakni: atribusi, delegasi dan mandat akan melahirkan kewenangan (*bevoegdheid, legal power, competence*). Dasar untuk melakukan perbuatan hukum privat ialah kecakapan bertindak (*bekwaamheid*) dari subjek hukum (orang atau badan hukum). Dalam ajaran hukum (*rechtsleer*) keperdataan dikenal istilah subjek hukum, yaitu pendukung hak dan kewajiban, yang terdiri dari manusia (*natuurlijk persoon*) dan badan hukum (*rechtspersoon*). Badan hukum itu terdiri dari badan hukum privat dan badan hukum publik.”

⁶¹ Chaidir Ali, *Badan Hukum*, alumni, Bandung, 1987, h. 62

⁶² Philipus M Hadjon, “*Tentang Wewenang*” dalam *Yuridika*, Nomor 5&6 Tahun XII, September- Desember 1997, h. 1

Dalam teori tentang badan hukum, tindakan-tindakan hukum pemerintah daerah di dalam perjanjian kerjasama, adalah suatu tindakan hukum dari organ yang sengaja dibentuk untuk kepentingan badan hukum yang diwakilinya.⁶³ Di sini tindakan atau perbuatan hukum dari organ tersebut dipersonifikasikan sebagai perbuatan hukum dari suatu badan hukum. Hal ini terjadi, karena badan hukum (*legal person, rechtspersoon*) tidak seperti manusia sebagai subjek hukum, sehingga untuk kepentingan badan hukum tersebut dibentuklah organ dalam hal ini organ pemerintahan yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan di daerah. Mereka yang dimaksud adalah pemerintah daerah yaitu Gubernur, Bupati, atau Walikota, dan perangkat daerah termasuk Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) sebagai unsur penyelenggara urusan pemerintahan di daerah.⁶⁴

Dengan demikian jika dihubungkan dengan teori badan hukum, maka tindakan atau perbuatan hukum dari pemerintah daerah menandatangani perjanjian kerjasama yang diwujudkan melalui tindakan atau perbuatan hukum yang dipersonifikasi sebagai perbuatan hukum perdata dari daerah otonom sebagai badan hukum. Atas dasar teori badan hukum ini, maka perjanjian kerjasama dalam bentuk hubungan kontraktual yang dilakukan oleh pemerintah daerah tidak saja mengikat bagi pemerintah daerah yang menandatangani perjanjian tersebut, tetapi juga masyarakat yang merupakan bahagian dalam suatu sistem badan hukum.

⁶³ Teori badan hukum yang dimaksud adalah teori organ, yang dipelopori Otto von Guericke - Jerman (1841-1921)

⁶⁴ Lihat Pasal 1 angka 2 jo. Pasal 1 angka 3, dan angka 4 UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

Pertanyaan hukum selanjutnya adalah siapakah yang berwenang sebagai pihak dalam penandatanganan kontrak. Ketentuan Pasal 24 UU No.32/2004 menyebutkan :

1. Setiap Daerah dipimpin oleh Kepala Pemerintah Daerah yang disebut Kepala Daerah.
2. Kepala Daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) untuk Provinsi disebut Gubernur, untuk Kabupaten disebut Bupati, dan untuk Kota disebut Walikota.

Selanjutnya pengaturan tentang tugas dan wewenang Kepala Daerah dalam ketentuan Pasal 25 huruf a UU No 32/2004, yaitu

“Memimpin penyelenggaraan pemerintah daerah berdasarkan kebijakan yang ditetapkan bersama DPRD. Dalam hal ini perjanjian kerja sama yang dilakukan oleh pemerintah daerah harus mendapat persetujuan dari DPRD.”

dalam hal persetujuan DPRD hal ini diatur dalam ketentuan pasal 42 huruf k yaitu :

“DPRD memberikan persetujuan terhadap rencana kerja sama antar daerah dan dengan pihak ketiga.”

Dalam ketentuan Pasal 5 PP No.6 Tahun 2006 menegaskan bahwa :

1. Gubernur/bupati/walikota adalah pemegang kekuasaan pengelolaan barang milik daerah.
2. Pemegang kekuasaan pengelolaan barang milik daerah mempunyai wewenang :
 - a. menetapkan kebijakan pengelolaan barang milik daerah;
 - b. menetapkan penggunaan, pemanfaatan atau pemindahtanganan tanah dan bangunan; dst.....

ketentuan Pasal 5 PP No.6/2006 dalam pengelolaan barang milik daerah dapat disimpulkan terdapat tiga pihak yaitu gubernur/bupati/walikota selaku pemegang kekuasaan pengelolaan barang milik daerah, berwenang dalam hal syarat kewenangan dalam melakukan hubungan hukum perdata.

Sebagai perbandingan dapat pula kita lihat ketentuan Keppres No.7/1998, sebagaimana telah disempurnakan dengan Keppres No. 81/2001, dimana ketentuan Pasal 11 ayat (1) menyebutkan bahwa :

“Untuk daerah dibuat oleh gubernur kepala daerah tingkat I atau Bupati/walikota/madya kepala daerah tingkat II yang bersangkutan.”

Dengan bertumpu pada kewenangan yang diperoleh berdasarkan peraturan perundang-undangan pembentuknya, sebagaimana dikemukakan di atas, juga dengan peraturan teknis sebagaimana yang juga dikemukakan terdahulu pada bagian prosedur pembentukan BOT maka dapat disimpulkan yang berwenang dalam hal penandatanganan atau pihak yang melakukan perikatan adalah pemerintah daerah yang diwakili oleh gubernur, bupati dan wali kota sebagai tindakan/perbuatan kepala daerah yang lahir dari kewenangan yang berdasarkan fungsinya mengacu ketentuan Pasal 5 huruf c, Pasal 43 ayat (1), Pasal 47 ayat (2), dan Pasal 49 ayat (3) UU No.1 2004.

2. Syarat Kewenangan Oleh Badan Hukum Privat

Dari aspek hukumnya badan ini terbagi atas 2 (dua) yaitu : a. badan usaha yang berbadan hukum, dan b. badan usaha yang tidak berbadan hukum. Badan usaha yang berbadan hukum yang kita kenal terdiri atas Perseroan Terbatas (PT) atau *Naamloze Vennootschap (NV)*, Koperasi dan Yayasan. Sedangkan badan usaha yang bukan badan hukum terdiri atas Perseroan Firma (Fa) dan Perseroan Komanditer atau *Commanditaire Vennootschap (CV)*. Dalam kaitannya dengan BOT, tentunya bentuk PT dan CV sangat relevan untuk dibahas dalam hal ini.

Dalam hal untuk kepentingan kontrak pada bentuk Perseroan Terbatas (PT) tentunya siapa yang berhak dalam melakukan suatu perbuatan hukum, menurut **Hasanuddin Rahman** hal ini dapat diketahui 2 (dua) hal, yaitu ⁶⁵

- a. Apakah Perseroan Terbatas tersebut sudah berstatus badan hukum atau belum. Apabila belum berbadan hukum maka yang berhak dan berwenang untuk bertindak keluar mewakili perseroan dalam melakukan perbuatan hukum adalah pemegang saham/pendiri perseroan. Untuk mengetahui apakah suatu Perseroan Terbatas (PT) sudah atau belum berstatus badan hukum, adalah dengan melihat apakah Akta Pendirian Perseroan Terbatas (PT) tersebut telah mendapat pengesahan dari Menteri Hukum dan Perundang-undangan (d/h Menteri Kehakiman) atau belum.
- b. Sebaliknya, apabila Perseroan Terbatas (PT) tersebut telah memperoleh status badan hukum, maka yang berhak dan berwenang untuk bertindak ke luar mewakili perseroan dalam melakukan perbuatan hukum harus dilihat pada Anggaran Dasar Pendirian Perseroan Terbatas (PT) tersebut.

Dalam hal Perseroan Komanditer (CV) masih menurut **Hasanuddin Rahman**, ⁶⁶ bahwa pada dasarnya CV adalah Firma yang mempunyai 1 (satu) atau beberapa orang persero komanditer atau persero diam atau persero aktif. Jadi dalam suatu CV terdapat 2 (dua) macam persero, yaitu :

- (a) Persero Komanditer, yaitu persero hanya menyerahkan uang dan barang sebagai pemasukan pada perseroan, dan tidak ikut dalam kepemimpinan perseroan
- (b) Persero pengurus, yaitu persero yang selain menyerahkan uang dan barang sebagai pemasukan pada perseroan, juga sekaligus sebagai penanggung jawab atas kepemimpinan perseroan yang bersangkutan,

⁶⁵ Hasanuddin Rahman, *Seri Merancang Kontrak Bisnis Contract Drafting*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, h. 76-77

⁶⁶ *ibid.* h., 82

Dengan adanya pembagian 2 (dua) persero tersebut, dapat dengan mudah diketahui siapa yang harus bertanggung jawab dan siapa yang berhak bertindak keluar mewakili perseroan dalam melakukan perbuatan hukum.

Dalam Pasal 20 ayat (2) KUH Dagang secara tegas dinyatakan bahwa yang diperbolehkan melakukan perbuatan-perbuatan pengurusan atau bekerja dalam perusahaan CV hanyalah persero pengurus. Bahkan Pasal 21 menyediakan sanksi bahwa apabila ketentuan tersebut dilanggar, maka setiap persero dalam CV yang bersangkutan akan bertanggung jawab secara tanggung renteng untuk seluruhnya atas segala hutang dan segala perikatan dari CV tersebut.⁶⁷ Dari ketentuan tersebut dapat disimpulkan bahwa pengurus dalam suatu CV adalah para persero pengurus, yang mengenai kewenangannya dapat ditentukan dalam Anggaran Dasar/ Akta Pendirian CV yang bersangkutan.⁶⁸

Masalah kewenangan bertindak dalam hukum menurut doktrin ilmu hukum yang berkembang dapat dibedakan kedalam:⁶⁹

- a. Kewenangan untuk bertindak untuk dan atas namanya sendiri, yang berkaitan dengan kecakapannya untuk bertindak dalam hukum. Hal ini diatur dalam Pasal 1329 sampai dengan Pasal 1331 BW. Pasal 1329 BW menyatakan bahwa :
 "setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan, jika ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap"
- b. Kewenangan untuk bertindak selaku kuasa pihak lain, yang dalam hal ini tunduk pada ketentuan yang diatur dalam Bab XVI BW di bawah judul "Pemberian Kuasa"

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ *Ibid*

⁶⁹ Kartini Mulyadi, Gunawan Widjaya, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, PT Raja Grafindo Persada Jakarta, 2003, h. 127-128

- c. Kewenangan untuk bertindak dalam kapasitasnya sebagai wali atau wakil dari pihak lain. Dalam ketentuan ini termasuk kewenangan seseorang dalam kaitannya sebagai perwakilan dari suatu badan hukum.

Berkenaan dengan kedua syarat kewenangan tersebut di atas, penting memperhatikan pendapat yang dikemukakan oleh **Hertien Budiono** yang membedakan antara ketidakcakapan dan ketidakwenangan melakukan tindakan hukum, sebagai berikut: Berkenaan dengan ihwal pembuatan perjanjian-perjanjian dengan pembatasan kebebasan berkontrak orang-orang tertentu, maka galibnya dibuat pembedaan antara ketidakcakapan melakukan tindakan (*handelingenonbekwaamheid*) dan ketidakwenangan melakukan tindakan hukum (*handelingenbevoegheid*). Pembedaan ini tidak dimaktubkan ke dalam undang-undang tetapi dikembangkan oleh ilmu hukum. Tidak cakap adalah mereka yang pada umumnya tidak boleh menutup perjanjian. Tidak wenang ialah mereka yang oleh undang-undang dilarang menutup perjanjian-perjanjian tertentu. Ketidakcakapan melakukan tindakan hukum ialah ketidakmampuan umum (*algemene ongeschiktheid*) untuk melakukan tindakan hukum untuk dan atas dirinya sendiri yang ditetapkan atas dasar ketentuan perundang-undangan atau putusan hakim. Ketidakwenangan melakukan tindakan merujuk pada ketidakmampuan khusus (*bijzondere ongeschiktheid*) sebagaimana ditetapkan oleh ketentuan perundang-undangan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu. Juga ada perbedaan antara tujuan dan akibat dari pernyataan tentang status ketidakcakapan dan ketidakwenangan seseorang. Tujuan dari pernyataan ketidakcakapan ialah perlindungan dari pihak yang tidak cakap, pernyataan tidak wenang terutama ditujukan terhadap orang yang dinyatakan tidak wenang dan tujuan

darinya ialah perlindungan pihak lainnya atau kepentingan umum. Perjanjian yang ditutup atau dibuat oleh pihak yang tidak wenang biasanya adalah batal demi hukum (*nietig*), sedangkan perjanjian yang ditutup oleh mereka yang tidak cakap tidak *ipso jure* batal sepanjang belum dibatalkan, tetapi sekadar dapat dibatalkan (*vernietigbaar*).²⁰

Melalui pembedaan antara ketidakcakapan dan ketidakwenangan melakukan tindakan hukum tersebut, dapat disimpulkan unsur kecakapan sebagai syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 BW jo. Pasal 1330 BW adalah syarat yang tidak tepat untuk badan hukum sebagai subjek hukum. Bagi suatu badan hukum, kriterianya bukan kecakapan yang dihubungkan pada batas umum tetapi kewenangan sebagaimana ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Terhadap badan hukum privat (*Privaatrechtelijke rechtspersoon*) kewenangan melakukan tindakan hukum yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan, umumnya dijabarkan kembali ke dalam Anggaran Dasar (Akte Pendirian) dari badan hukum tersebut, sedangkan bagi badan hukum publik (*Publiekrechtelijke rechtspersoon*) sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur badan hukum publik tersebut. Demikian pula, apabila dalam teori yang berlaku selama ini menempatkan ketidakcakapan membuat perjanjian sebagai pelanggaran syarat subjektif yang mengakibatkan perjanjian tidak batal demi hukum tetapi dapat dibatalkan, maka dalam hal ketidakwenangan membuat perjanjian

²⁰ Heriën Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia – Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, h. 112-113

sebagai pelanggaran syarat subjektif, akibatnya perjanjian menjadi batal demi hukum. Hal ini didasarkan pada alasan atas adanya kepentingan umum yang harus dilindungi dari ketidakwenangan melakukan perbuatan hukum tersebut. **Hertien Budiono** menjelaskan lebih lanjut, bahwa: Dalam hal ketidakwenangan bertindak titik tolaknya ialah bahwa adanya cacat (kekurangan) khusus untuk melakukan perbuatan hukum tertentu atas dasar mana terjadi ketidakseimbangan. Dengan sendirinya perbuatan hukum yang dilakukan oleh orang yang tidak berwenang adalah batal demi hukum kendati tidak untuk setiap ketidakwenangan bertindak ancamannya adalah kebatalan demi hukum (Pasal 1:88-89 BW-**Baru Belanda**) – (huruf tebal, penulis). Dalam hal demikian, berpijak dari asas keseimbangan, adalah tidak adil bila tindakan-tindakan hukum yang dilakukan orang yang tidak berwenang memunculkan akibat hukum. Atas dasar alasan itu pula, maka untuk melindungi kepentingan umum dan kepastian hukum, sanksi yang ditetapkan terhadapnya adalah kebatalan demi hukum.⁷¹

5. Substansi Kontrak BOT

Secara mendasar substansi kontrak BOT meliputi 3 (tiga) obyek yaitu pembangunan fisik bangunan, pengoperasian pemanfaatan serta penyerahan. Dalam praktek bentuk kontrak ini merupakan pola kerja sama antara Pemilik Tanah/Lahan dalam hal ini pemerintah selanjutnya disebut *owner/bootherr* dan *investor* yang akan menjadikan lahan tersebut menjadi satu fasilitas umum. kegiatan ini dilakukan oleh

⁷¹ *Ibid.*, h. 437-438

investor dimulai dari tahapan membangun fasilitas sebagaimana dikehendaki Pemilik Lahan Tanah. Sejalan dengan hal tersebut **Jeffrey Delmon**, mengemukakan bahwa :⁷²

"The construction phase of the BOO/BOOT project is generally governed by a turnkey construction contract, sometimes also known as an EPC (engineering, procurement and construction) contract. The Lenders, who are seeking certainty of exposure, require a Construction Contract that establishes a fixed lump-sum price and a set time for completion and places the majority (and in some cases substantially all) of the construction risk on the Construction Contractor."

Setelah pembangunan fasilitas selesai, Investor diberi hak untuk mengelola dan memungut hasil dari fasilitas tersebut selama kurun waktu tertentu. Dimana setelah masa pengoperasian konsesi selesai, fasilitas tadi dikembalikan kepada pengguna jasa, tentunya fasilitas tersebut diharapkan masih dalam keadaan terawat baik. Pola kerja sama yang terjadi pada hakekatnya melahirkan hubungan hukum yang melahirkan adanya hak dan kewajiban secara bertimbal balik yang ditutup berdasarkan kehendak para pihak sebagai sarana para pihak dalam melakukan suatu prestasi.

Menurut **Nazarkhan Yasin**,⁷³ sesungguhnya bentuk kontrak ini merupakan pola kerja sama antara Pemilik Tanah/Lahan dan *investor* yang akan menjadikan lahan tersebut menjadi satu fasilitas untuk perdagangan, hotel, *resort* atau jalan tol, dan lain-lain. Terlihat di sini kegiatan yang dilakukan oleh *investor* dimulai dari membangun fasilitas sebagaimana dikehendaki Pemilik Lahan Tanah. Inilah yang diartikan dengan B (*Build*). Setelah pembangunan fasilitas selesai, Investor diberi hak untuk mengelola dan memungut hasil dari fasilitas tersebut selama kurun waktu

⁷² Jeffrey Delmon, *loc. cit.* h. 8

⁷³ Nazarkhan Yasin, *Mengenal Kontrak Konstruksi di Indonesia*. PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, h. 75-76.

tertentu. Inilah yang diartikan dengan O (*Operate*). Setelah masa pengoperasian konsesi selesai, fasilitas tadi dikembalikan kepada pengguna jasa. Inilah diartikan T (*Transfer*), sehingga disebut Kontrak *Build, Operate and Transfer* (BOT).

Sesungguhnya bentuk kontrak ini ini mirip dengan Rancang Bangun. Perbedaannya adalah dalam bentuk Rancang Bangun, setelah fasilitas dibangun tidak ada masa konsesi yang diberikan kepada penyedia jasa, Rancang Bangun untuk mendapatkan pengembalian dana yang sudah ditanam (*return of investment*) karena biaya fasilitas dibayar langsung oleh penyedia jasa.⁷⁴

Setelah masa pengoperasian konsesi dikembalikan kepada pemerintah (*transfer*), tentunya fasilitas tersebut diharapkan masih dalam keadaan terawat baik. Biasanya ada kontrak tersendiri mengenai hal ini. Selain, misalnya, fasilitas tersebut membutuhkan pengoperasian dan perawatannya sendiri, maka dibuatlah perjanjian terpisah yang disebut *Operating & Maintenance Contract Agreement* antara Pemilik fasilitas dan Investor.⁷⁵

Perjanjian perencanaan dan pembangunan rancang bangun sendiri beserta masa lamanya masa konsesi disebut *Concession Contract Agreement*. Biasanya yang lebih disukai adalah masa membangun (*construction period*) disatukan dengan masa pengelolaan (*concession period*) supaya ada rangsangan bagi investor untuk mempercepat konstruksi agar masa pengelolaan menjadi lebih panjang.⁷⁶

⁷⁴ *Ibid*

⁷⁵ *ibid*

⁷⁶ *ibid*

Dalam kontrak bisnis terdapat unsur-unsur pokok yang terdapat pada semua bentuk umum kontrak bisnis, unsur-unsur yang bersifat *universal* dan dapat diterapkan dalam semua kontrak bisnis, unsur-unsur tersebut adalah:⁷⁷

1. Bagian pembukaan :

Pada dasarnya bagian pembukaan ini memuat tentang :

- a. Tempat dan waktu kontrak diadakan, sebenarnya pengaturan tempat dan waktu kontrak ini tidak mutlak berada pada bagian pembukaan, karena seringkali pengaturan tentang tempat dan waktu kontrak diadakan ini diletakan juga pada akhir kontrak.
- b. Komparasi, yaitu bagian kontrak yang memuat keterangan tentang orang pihak yang bertindak dalam pembuatan kontrak tersebut, biasanya berupa :
 1. identitas, yang meliputi pekerjaan dan domisili para pihak
 2. dasar hukum yang memberi kewenangan yuridis dalam bertindak dari para pihak (jika para pihak merupakan badan hukum).
- c. *Recitals*, yaitu latar belakang para pihak sehingga tercapainya kesepakatan untuk membuat kontrak.

2. Ketentuan-ketentuan pokok kontrak :

Isi kontrak dalam bagian ketentuan pokok ini terdiri atas :

- a. Klausula transaksional, yaitu klausula yang berisi tentang hal-hal yang disepakati oleh para pihak, tentang obyek dan tata cara pemenuhan pemenuhan prestasi serta kontra prestasi oleh para pihak.
- b. Klausula spesifik, yaitu klausula yang berisi tentang hal-hal khusus sesuai dengan karakteristik perikatannya.
- c. Klausula antisipatif, yaitu klausula yang berisi tentang hal-hal yang menyangkut kemungkinan-kemungkinan yang akan terjadi selama masa kontrak berlangsung.

3. Ketentuan-ketentuan penunjang

Ketentuan penunjang pada umumnya antara lain berisi tentang :

- a. Klausula tentang *condition preseden*, yaitu klausula yang memuat tentang syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh sala satu pihak, sebelum pihak yang lainnya memenuhi kewajibannya.

⁷⁷ Hasanuddin Rahman, *op.cit.*, h. 93-109

- b. Klausula tentang *affirmatif covenants*, yaitu klausula yang memuat tentang janji-janji para pihak untuk melakukan hal-hal tertentu selama masa kontrak.
- c. Klausula tentang *negative covenants*, yaitu klausula yang memuat tentang janji-janji para pihak untuk tidak melakukan sesuatu selama masa kontrak.

4. Bagian penutup

Dalam bagian penutup ini, setidaknya terdapat 4 (empat) hal yang perlu untuk diatur di dalam kontrak bisnis, yaitu :

- a. Penekanan bahwa kontrak tersebut adalah alat bukti.
- b. Penyebutan tempat pembuatan dan penandatanganan
- c. Penyebutan tentang saksi-saksi dalam kontrak
- d. Sebagai ruang untuk menempatkan tanda tangan para pihak yang berkontrak

Dalam substansi kontrak BOT dengan bertumpu pada perumusan ketentuan Pasal 29 ayat (2) dalam hal yang sekurang-kurangnya harus dimuat dalam kontrak BOT, serta mensandigkannya dengan kontrak-kontrak bisnis lainnya, maka secara luas klausul-klausul yang perlu diatur dalam kontrak BOT adalah sebagai berikut :

pertama, adalah bab yang mengatur ketentuan umum dimana ketentuan ini merumuskan dan mendefinisikan tentang istilah-istilah yang dianggap penting oleh kedua belah pihak, *kedua*, adalah bab yang mengatur tentang maksud dan tujuan dimana ketentuan ini merupakan perwujudan dari *recitals* yang tidak lain adalah berisikan pertimbangan-pertimbangan tentang maksud dan tujuan para pihak di dalam kontrak dimaksud, *ketiga*, adalah bab yang mengatur ruang lingkup bab ini menerangkan secara tegas tentang bentuk perjanjian yang mereka buat, *keempat*, adalah bab yang mengatur hak kedua belah pihak dimana hak yang menonjol dalam BOT bagi pihak pemerintah adalah hak yang menyangkut pengawasan dan hak investor adalah hak perencanaan, pembangunan, dan pengelolaan, *kelima*, bab yang mengatur tentang kewajiban kedua belah pihak

dimana pada kedudukan ini juga yang menonjol bagi pihak pemerintah adalah kewajiban penyediaan lahan/aset daerah serta aspek dukungan pemerintah dan disisi investor adalah penanaman modal, penyerahan jaminan, pelaksanaan pembangunan, penyelesaian pembangunan, pengelolaan obyek BOT, pembayaran kontribusi, pajak dan biaya lain, pemeliharaan dan perawatan, penyerahan obyek BOT dan lain sebagainya, *keenam*, bab yang mengatur tentang larangan bab ini untuk tidak berbuat sesuatu sebagaimana diperjanjikan dalam kontrak tersebut, dalam kaitannya dengan BOT dapat lihat klausula tentang jaminan pihak investor untuk tidak menjaminkan obyek BOT selama masa kontrak dan seterusnya, *ketujuh*, bab yang mengatur tentang sanksi, ketentuan ini dimaksudkan untuk memberikan perlindungan terhadap kemungkinan-kemungkinan para pihak tidak melakukan kewajiban-kewajiban sebagaimana yang telah tertuang dalam perjanjian dapat dicontohkan dalam hal keterlambatan yang memberikan sanksi denda dan seterusnya, *kedelapan*, bab yang mengatur tentang penyelesaian sengketa pengaturan ini juga merupakan hal yang penting mengingat dalam setiap hubungan hukum tentunya terdapat perselisihan-perselisihan yang selalu muncul dalam hubungan tersebut, *kesembilan*, bab yang mengatur tentang perubahan, bab ini merupakan klausula antisipatif terhadap terdapatnya peristiwa yang mungkin sangat penting yang tidak diatur dalam kontrak para pihak yang akan diatur kemudian dan merupakan bagian yang tak terpisahkan dalam kontrak tersebut, *kesepluluh*, bab yang mengatur tentang keadaan memaksa (*force majeure*) klausula ini juga merupakan antisipasi terhadap adanya jaminan untuk tidak dituntut berdasarkan suatu peristiwa yang diluar kehendak para pihak dalam rangka penenuhan suatu prestasi, *kesebelas*, bab yang mengatur tentang

bahasa, dalam praktek kontrak bisnis hal ini digantungkan pada subyek dan/atau para pihak yang melakukan hubungan kontraktual tersebut mengingat tak jarang sala satu pihak adalah pihak asing oleh karena menjaga atau mengantisipasi perbedaan pengertian antara kontrak yang dibuat dalam bahasa Indonesia dan bahasa Inggris, dan terakhir *keduabelas*, bab yang mengatur tentang ketentuan penutup yang didalamnya terdapat penegasan-penegasan tertentu dan penandatanganan para pihak serta saksi yang dibubuhi materai cukup sebagai alat bukti yang sah sebagai kekuatan hukum yang mengikat layaknya undang-undang bagi para pihak.

Mengingat kompleksnya perjanjian BOT, dimana terdapat ruang dalam pelaksanaan kontrak oleh *investor* untuk melibatkan pihak lain sebagaimana juga ditegaskan dalam kontrak utama (*main contract*) dalam rangka keterbatasan faktor ketepatan waktu dan ketersediaan SDM (sumber daya manusia) dan mungkin pula keterbatasan *financial* memungkinkan hal ini dapat dilaksanakan untuk mencapai tujuan yang ingin dicapai bersama. Hal ini menimbulkan pula kontrak-kontrak yang dapat dibentuk oleh pihak *investor* dengan pihak subkontraktor atau pihak lain sejauh tidak bertentangan dengan ketentuan-ketentuan dalam kontrak utama (*main contract*). Dalam pelaksanaan konstruksi sangat dibutuhkan untuk mensuplay pelaksanaannya, hal mana oleh Jeffrey Delmon mengatakan bahwa :⁷⁸

"The Input Supply Agreement obliges an Input Supplier to deliver to the Project Company a specified quantity of input necessary to the operation of the project, at a certain level of quality. This agreement allocates market risk involved in the price and availability of the input. The Input Supply Agreement will only be needed where some supply Of input is necessary for operation of the facility."

⁷⁸ *Ibid*

Dalam situasi ini, pelaksanaannya juga diikat oleh kontrak antara pihak investor dengan pihak subkontraktor, sebagai jaminan antara para pihak dalam melakukan suatu hubungan hukum (prestasi) yang melahirkan hak dan kewajiban tertentu. Kontrak ini dari sisi pembuatannya dilaksanakan di depan notaris yang secara garis besar memuat hal-hal sebagai berikut : (terlampir sekedar contoh)

1. para pihak
2. definisi
3. tujuan bersama
4. system kerja sama
5. pengalihan hak dan izin-izin
6. serah terima lokasi dan dokumen proyek
7. perubahan desain arsitektur, fungsi dan luas gedung
8. pengurusan izin
9. pembiayaan
10. hak dan kewajiban para pihak
11. pernyataan dan jaminan
12. persyaratan pelaksanaan
13. peristiwa cidera janji dan akibat peristiwa cidera janji para pihak
14. *force majeure*
15. penyelesaian perselisihan dan domisili hukum
16. ketentuan-ketentuan lain,

yang berhubungan dengan kebutuhan pelaksanaan pembangunan sesuai dengan yang dipersyaratkan dalam kontrak utama.

Dalam pelaksanaan hak pengelolaan terhadap bangunan atau lazimnya disebut hak consesi (HPL) yang diberikan dalam jangka waktu tertentu kepada pihak investor sebagai pemegang hak tersebut, dapat melakukan hubungan hukum dengan pihak ketiga dalam rangka pemanfaatan yang bernilai ekonomis, yang merupakan manfaat (*benefit*) bagi investor sebagai kompensasi dari pembangunan gedung tersebut. Dalam hal ini terdapat juga kontrak-kontrak yang dilaksanakan antara pihak investor sebagai pengelola dengan pihak pengguna (*user*) untuk menggunakan baik

sebagian dan/atau seluruhnya gedung yang dimaksud. Dimana secara prinsipil kontrak-kontrak ini juga dibuat di depan notaris yang memuat hak dan kewajiban para pihak, serta jaminan pemberian hak kepada user dalam bentuk Hak Guna Bangunan.



BAB III

PRINSIP DAN NORMA HUKUM PELAKSANAAN

KONTRAK BOT

Pelaksanaan kontrak pada dasarnya adalah merupakan pelaksanaan kewajiban kontraktual BOT. Pada sisi pengguna jasa kewajiban utamanya adalah penyerahan lahan dengan segala jaminan atas hak yang melekat pada lahan tersebut. Sedangkan pada penyedia jasa pemenuhan kewajibannya adalah melakukan pembangunan, pengelolaan dan penyerahan pada masa yang telah ditetapkan.

Pada prinsipnya yang terikat atas kewajiban kontraktual tersebut adalah para pihak yang terlibat dalam kontrak. Pengalihan dalam kontrak kepada pihak lain merupakan pengecualian terhadap prinsip *privity of contract*. Apa yang menjadi kewajiban kontraktual penyedia barang/jasa ini merupakan isu sentral dalam pelaksanaan kontrak. Substansi kontrak dengan demikian mempunyai arti penting sebagai landasan dan/atau alas hak para pihak, disamping instrumen dalam melakukan pengawasan guna mengukur terpenuhinya kewajiban oleh penyedia jasa. Isi kontrak meliputi seluruh dokumen yang menjadi bahagian yang tak terpisahkan dan yang berlaku mengikat di antara parapihak. Berkaitan dengan kompleksnya kontrak BOT dimaksud, maka dalam bab ini penulis membatasi hanya pada kontrak utama (*main contract*), dengan uraian sebagai berikut :

1. Pelaksanaan Kewajiban Kontraktual

Bagian Pertama Bab VII Buku ke III BW yang diberi judul tentang "perjanjian-perjanjian untuk melakukan pekerjaan". Dalam perspektif hukum

perikatan kontrak BOT, makna untuk melakukan pekerjaan dimaksud adalah pelaksanaan kewajiban kontraktual dalam hal melakukan pekerjaan pemborongan. Ketentuan Pasal 1601 b BW menyebutkan bahwa, "Pemborongan Pekerjaan adalah perjanjian dengan mana pihak yang satu, si pemborong mengikatkan diri untuk menyelenggarakan suatu pekerjaan bagi pihak yang lain, pihak yang memborongkan, dengan menerima suatu harga yang ditentukan."

Dalam perspektif kontrak BOT tersebut kewajiban yang lahir dari penyedia jasa tersebut dalam hal menerima suatu harga yang ditentukan dimaksud adalah berupa *contra prestasi* hak pengelolaan atas bangunan yang telah diborongkan berupa hak ekonomis yang dapat diambil oleh pihak penyedia jasa baik dari konsumen maupun user sebagai pengguna dalam memanfaatkan fasilitas yang ada yang dibangun oleh penyedia jasa tersebut. Jadi harga dalam hal ini pada hakekatnya bukan secara langsung dalam bentuk materiil akan tetapi berupa hak yang kemudian dapat dipersamakan dengan itu.

Ketentuan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi (UJK) menyatakan bahwa, "Kontrak kerja konstruksi adalah keseluruhan dokumen yang mengatur hubungan hukum antara pengguna jasa dan penyedia jasa dalam penyelenggaraan jasa konstruksi." Dalam konteks kedua perjanjian tersebut sangat jelas terdapat perbedaan, dimana pada kontrak jasa konstruksi terdapat hubungan sejajar antara pengguna jasa (*botwheer*) dengan penyedia jasa sedangkan pada perjanjian pemborongan terdapat hubungan kedudukan yang tidak sama, hal mana dimaknai dengan "menerima harga yang telah

ditentukan.” sehingga diharapkan terdapatnya kedudukan yang tidak sama antara dalam konteks buruh dan majikan.

Prinsipnya pelaksanaan kewajiban kontraktual berada pada debitur. Lazimnya pelaksanaan kontrak BOT oleh pihak penyedia jasa meliputi pembangunan infrastruktur diatas areal yang telah ditetapkan, dimana pembangunan dimaksud meliputi pula fasilitas-fasilitas dalam suatu perpaduan yang harmonis dan nyaman dipandang. Selain hal tersebut terdapat pula kewajiban yang dipersyaratkan oleh peraturan perundang-undangan dalam hal struktur bangunan yang disesuaikan dengan perhitungan pihak lain yaitu konsultan perancang struktur serta struktur gedung dengan menggunakan konsep *Intelegent Building System* dan perlengkapan berkaitan dengan gedung dan tanah dapat dicontohkan listrik termasuk pembangkit tenaga listrik, komunikasi dan tettelepon, pengaturan suhu udara, pencegahan dan pemadaman kebakaran, pembuangan limbah dan kotoran, penyediaan air bersih dan sebagainya serta biaya-biaya baik biaya pembangunan dan biaya operasional dan pengelolaan.

Kewajiban-kewajiban tersebut hanya akan berakhir bila, dipenuhinya secara sempurna oleh pihak penyedia jasa dengan pembuktian yang lazim dan dinyatakan secara tertulis telah dihapus, diambil alih atau dipenuhi secara sempurna oleh pihak terhadap mana kewajiban tersebut harus dipenuhi. Dalam perkembangannya kewajiban tersebut tentunya dalam pelaksanaannya terdapat kendala-kendala yang sala satunya adalah mengenai keterlambatan. Tentunya hal ini sejauh mungkin dalam rangka pelaksanaan perumusan kontrak para pihak telah diperhitungkan, dan lazimnya hal tersebut telah diantisipasi dengan menormakannya dalam isi perjanjian. penormaan mana tentunya mengidahkan kedudukan yang seimbang (*equality*) Sejak

terbitnya Keppres No. 80/2003 terdapat ketentuan yang memberikan ruang untuk persoalan ini, yang mana dapat kita lihat pada ketentuan Pasal 37 disebutkan bahwa :

1. bila terjadi keterlambatan penyelesaian pekerjaan akibat kelalaian dari penyedia barang/jasa, maka penyedia barang/jasa yang bersangkutan dikenakan denda keterlambatan sekurang-kurangnya 1 ‰ (satu perseribu) per hari dari nilai kontrak.
2. bila terjadi keterlambatan pekerjaan/pembayaran karena semata-mata kesalahan atau kelalaian pengguna barang/jasa membayar kerugian yang ditanggung penyedia barang/jasa akibat keterlambatan dimaksud, yang besarnya ditetapkan dalam kontrak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam hal ketentuan yang ke 2 (dua) memberikan rumusan membayar kerugian yang besarnya ditetapkan dalam kontrak. Kerugian yang demikian ini dalam hukum kontrak disebut *liquidated damages* (jika besarnya kerugian itu tidak ditetapkan dalam kontrak, maka kerugian yang demikian itu disebut *unliquidated damages* (M.P. Furmston, et.al)). Pada umumnya kerugian tentang ini dituangkan dalam klausula sanksi bersama-sama dengan klausula denda (*penalty clause*) sekalipun makna yuridisnya berbeda.⁷⁹

Dengan diterapkannya besaran kerugian dalam suatu kontrak maka jumlah dalam kerugian itu mengikat. Berapa sesungguhnya kerugian yang diderita oleh pihak lain tidak lagi menjadi hal yang perlu dibuktikan. Penggugat dalam kaitan ini cukup membuktikan adanya adanya kesalahan tergugat yakni telah melakukan pelanggaran atas kewajiban kontraktualnya (hanya dalam situasi yang sangat khusus pengadilan dapat mengurangi besarnya jumlah denda yang telah ditetapkan misalnya jika

⁷⁹ Soegat Simamora, (2005), *loc.cit.*, h.,263

besarnya denda itu dinilai bertentangan dengan prinsip *fairness*. Periksa Pasal 94 Buku VI NBW).⁸⁰

Lain halnya dalam rumusan kontrak BOT,⁸¹ yang dapat dilihat prestasinya lebih pada aspek prosedurnya yang dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Apabila dalam anggapan pihak pengguna jasa pembangunan gedung mengalami keterlambatan maka atas permintaan pihak pengguna jasa, pihak penyedia jasa wajib menyampaikan secara tertulis tentang alasan-alasan keterlambatan dan perkiraan tentang saat penyelesaian pembangunan. Para pihak akan bersama-sama menilai selisih antara prestasi pekerjaan yang telah dicapai dan rencana pekerjaan yang seharusnya tercapai menurut jadwal penyelesaian sebagaimana tercantum dalam jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schedule*).
2. Dalam hal tidak tercapai kata kesepakatan antara para pihak tentang prestasi pekerjaan yang tercapai dimaksud, maka para pihak bersama-sama menunjuk *Quantity Surveyor* yang disetujui antara para pihak untuk menetapkan secara final volume prestasi pekerjaan tersebut. Biaya atas pemanfaatan surveyor tersebut sepenuhnya atas beban penyedia jasa.
3. Apabila keterlambatan pembangunan gedung terjadi pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian ini (48 bulan) yaitu pada akhir bulan ketiga puluh enam (36) sejak tanggal efektif dari jadwal penyelesaian pembangunan dan dari hasil perincian sebagaimana termaksud dalam perjanjian ini, prestasi pekerjaan yang telah tercapai adalah kurang dari lima puluh persen (50 %) dari rencana pekerjaan seharusnya tercapai, maka pihak penyedia jasa wajib menyampaikan perhitungan dan persyaratan kepada pengguna jasa yang cukup meyakinkan bagi pihak pengguna jasa tentang bagaimana pihak penyedia jasa akan mengatasi keterlambatan sehingga jadwal pokok pembangunan (*Master Time Schedule*) akan tetap tercapai.
4. Apabila sampai dengan akhir bulan keempat puluh delapan (ke-48) sejak tanggal efektif dimana penyelesaian pembangunan pekerjaan masih belum diselesaikan maka atas permintaan pihak penyedia jasa dapat diberikan perpanjangan waktu penyelesaian pembangunan (masa keterlambatan) oleh pihak pengguna jasa yaitu tidak melebihi enam (6) bulan.
5. Perpanjangan waktu (masa keterlambatan) penyelesaian pembangunan gedung, sebagaimana dalam perjanjian ini secara otomatis mengurangi jangka waktu pengelolaan dengan waktu yang melampaui bulan keempat puluh delapan (ke-48) sejak tanggal efektif. Untuk setiap keterlambatan tersebut pihak penyedia jasa wajib membayar ganti rugi kepada pihak pengguna jasa

⁸⁰ *Ibid*

⁸¹ lihat lampiran kontrak BOT antara Pemerintah Jawa Barat dengan PT Tri Tunggal Lestari Makmur

- yang dihitung secara proporsional dengan lamanya keterlambatan berdasarkan besarnya imbalan tahunan royalti sebagaimana dimaksud dalam perjanjian ini.
6. untuk tujuan ganti rugi sebagaimana dimaksud di atas adalah keterlambatan yang melampaui sepuluh (10) hari dihitung sebagai keterlambatan satu (1) bulan. Pelaksanaan ganti rugi tersebut harus dilaksanakan pada akhir bulan, dengan keterlambatan pembayaran dikenakan bunga.
 7. Apabila keterlambatan pelaksanaan pekerjaan berlangsung lebih lama dari enam (6) bulan sebagaimana dimaksud pada point 4 (empat) di atas, maka pihak pengguna jasa berhak mengakhiri perjanjian ini dengan memperhatikan ketentuan pihak penyedia jasa tidak dapat menyelesaikan pembangunan gedung sebagaimana dimaksud dalam perjanjian ini kecuali jika terjadi keadaan kahar (*force majeure*) dan menunjuk pihak lain untuk menyelesaikan pekerjaan dan menggunkan hak cipta perancangan gedung secara Cuma-Cuma.
 8. Untuk pelaksanaan pengakhiran perjanjian sebagaimana point tersebut di atas, para pihak dengan tegas setuju dan sepakat untuk mengesampingkan ketentuan Pasal 1266 jo Pasal 1267 BW.
 9. Apabila penyelesaian pembangunan gedung selesai lebih cepat dari jadwal yang telah ditentukan, maka jangka waktu pengelolaan selama 30 (tiga puluh) tahun dapat dimajukan setelah ditandatangani *Certificate of Completion*.

Dengan melihat dari ketentuan tentang keterlambatan baik pada ketentuan Keppres No.80/2003 serta ketentuan kontrak BOT sebagaimana diuraikan di atas nampak secara tegas terjadi perbedaan dalam hal terdapatnya keterlambatan. Perbedaan tersebut sesungguhnya terletak pada bentuk kontraknya, bentuk yang pertama adalah bersifat pengeluaran/pembayaran sedangkan pada bentuk kedua (kontrak BOT) bersifat pemasukan atau dengan kata lain bentuk pertama merupakan kontrak pengadaan sedangkan bentuk yang kedua adalah kontrak non pengadaan sebagaimana telah uraikan dalam bab terdahulu. Secara prinsip pelaksanaan kontrak BOT lebih ditegaskan pada keseimbangan dengan mengutamakan hasil serta mengutamakan usaha penyedia jasa.

Dalam kontrak konstruksi atau pembangunan gedung lazimnya juga terdapat keterlibatan pihak lain di luar para pihak (*prinsip privity of contract*) yang

biasa disebut dengan subkontraktor, hal tersebut lebih pada industri konstruksi dengan pelaksanaan pekerjaan yang kompleks, dimana sangat pula dibutuhkan spesialisasi pelaksanaan pekerjaan tertentu. Secara prinsipil subkontraktor hanyalah mengalihkan sebagian dari pekerjaan dari pekerjaan pada umumnya dari daftar pekerjaan yang dapat disubkontraktorkan itu telah ditetapkan oleh pengguna jasa. Dengan demikian terdapat penegasan tidak dibenarkan mengalihkan secara kesefuruhan kontrak tersebut. Dalam perspektif ini, dengan adanya keterlibatan subkontraktor tentunya akan memunculkan isu tentang jenis pekerjaan serta persyaratan yang diperlukan juga berkaitan dengan tanggungjawab atas pekerjaan yang disubkontraktorkan.

Prinsip dasar dalam memberikan persetujuan subkontrak adalah bahwa subkontrak diperbolehkan sejauh prestasi dari perikatannya tergolong prestasi yang dapat diganti. Tujuannya jelas yaitu untuk mencegah agar prestasi dari pihak yang menerima subkontrak tidak lebih rendah dari prestasi yang telah ditentukan dalam kontrak pokoknya sehingga tidak merugikan bagi negara.⁸²

Lebih lanjut Sogar Simamora, menegaskan bahwa dalam hal syarat adanya persetujuan tertulis dalam kontrak pengadaan dalam hal penyedia barang/jasa akan melakukan subkontrak penting bagi pengguna barang/jasa sekalipun dalam hal tertentu subkontrak bersifat *mandatory*. Syarat tertulis disamping untuk tujuan pembuktian juga sebagai sarana kontrol. Alasan pokoknya adalah karena pemberian subkontrak dilakukan setelah proses pengadaan melewati tahap penentuan pemenang (tender/seleksi). Dengan selesainya tahap ini maka dalam melakukan subkontrak

⁸² Sogar Simamora. (2005). *op.cit.*,h., 268

tidak ada lagi proses lelang/seleksi. Dengan demikian tidak ada tahap evaluasi terhadap penerima subkontraktor, terutama evaluasi teknis dalam mana evaluasi ini merupakan tahapan yang sangat menentukan untuk mengetahui layak tidaknya penerima subkontraktor ini melaksanakan pekerjaan yang diberikan. Syarat persetujuan tertulis dari pengguna barang/jasa tidak berarti pengguna barang/jasa ini serta merta dianggap menyetujui hasil pekerjaan penerima subkontrak. Hasil pekerjaan penerima subkontrak tetap merupakan tanggung jawab penyedia barang/jasa, sedangkan persetujuan tertulis bagi pengguna barang/jasa digunakan di samping untuk mengetahui kredibilitas juga sebagai sarana kontrol terhadap penerima subkontrak.⁸³

Dalam hal tanggung gugat dalam hubungan kontraktual hanya berlaku antara pihak-pihak yang secara tegas berada dalam kontrak utama dalam hal ini pengguna barang/jasa dan penyedia barang/jasa. Dengan adanya subkontrak secara tidak langsung kedudukan hubungan hukumnya hanya ada pada penyedia barang/jasa. Dengan demikian tidak mempunyai hubungan langsung dengan pihak pengguna barang/jasa. Sehingga dalam hal terjadi suatu tuntutan ganti rugi terhadap adanya kelalaian oleh pihak pengguna barang/jasa termasuk di dalamnya pelaksanaan pekerjaan oleh pihak subkontrak, maka pihak subkontrak tidak dapat langsung berhubungan dengan pihak pengguna barang/jasa akan tetapi hubungan hukumnya hanya ada pada pihak penyedia barang/jasa.

Dari sisi hukum perikatan, antara kontrak pokok dengan subkontrak terpisah. Termasuk dalam kaitan ini mengenai persoalan pembayaran. Subkontrak

⁸³ *ibid*

tidak dapat langsung menuntut pembayaran kepada pengguna barang/jasa melainkan kepada kontraktor.⁸⁴ Dalam konteks BOT, berlaku pula pada sebutan yang lainnya untuk pihak-pihak yang juga merupakan bagian penting dalam kontrak ini yaitu pihak Asuransi, yang juga dibebankan kepada pihak penyedia barang/jasa.

2. Prinsip Dan Norma Dalam Hal Pemanfaatan Kontrak BOT

Kaitannya dengan hal ini, sebagaimana disebutkan dalam ketentuan Pasal 24 PP No.6/2006 bahwa kerjasama pemanfaatan ini adalah dalam rangka mengoptimalkan daya guna dan hasil guna barang milik negara/daerah serta meningkatkan penerimaan negara/pendapatan daerah.

Dengan adanya konsep BOT dalam bentuk kerja sama ini memberikan manfaat yang sangat baik untuk kedua belah pihak disisi lain dengan adanya keterbatasan dana bagi pemerintah daerah dapat dialihkan kepada pemilik dana dalam hal ini adalah pihak swasta untuk membantu pembiayaan sepanjang tahapan konstruksi. Dari aspek pelayanan pemerintah memberikan penguasaan kepada pihak swasta dalam kegiatan operasional, perawatan, dan kontrak infrastruktur yang disediakan oleh pemerintah. Dimana dalam hal ini pihak swasta harus membuat suatu pelayanan dengan harga yang telah disetujui dan harus dengan standar yang telah ditentukan oleh pemerintah.

Konsep ini lebih lanjut digunakan untuk melibatkan pihak swasta pada pembangunan konstruksi infrastruktur baru, di bawah prinsip pendanaan pihak swasta akan digunakan untuk membangun dan mengoperasikan fasilitas infrastruktur berdasarkan standar yang disusun oleh pemerintah, dengan masa waktu yang

⁸⁴ *ibid.*, h., 270

diberikan cukup panjang untuk pihak swasta mendapatkan kembali biaya yang telah dikeluarkan guna membangun konstruksi beserta keuntungan yang akan didapat. Dalam prosesnya pemerintah tetap menguasai kepemilikan fasilitas infrastruktur tersebut, dimana lebih lanjut pemerintah memiliki dua peran yaitu sebagai pengguna dan regulator pelayanan infrastruktur tersebut, sehingga konsep ini merupakan cara baru untuk pembangunan infrastruktur baru dengan keterbatasan dana pemerintah.

Struktur pembiayaan dalam BOT merupakan peran pihak swasta dalam hal menyediakan modal untuk membangun fasilitas baru, prospek keuntungan konsep ini merupakan cara yang efektif untuk menarik modal swasta, perjanjian mana akan mengurangi resiko untuk pihak swasta karena pemerintah adalah pengguna tunggal, pengurangan resiko disini berhubungan dengan jaminan terhadap pengembalian investasi oleh pemerintah.

Pemerintah pada tahap konsesi memberikan tanggung jawab penuh dalam hal pengelolaan kepada investor untuk menyediakan pelayanan-pelayanan infrastruktur dalam suatu area tertentu, termasuk di dalamnya pengoperasian, perawatan dan manajemennya. Dimana pihak swasta bertanggungjawab atas sebagian besar investasi yang digunakan untuk membangun meningkatkan kapasitas, atau memperluas sistem jaringan dimana pihak swasta mendapatkan pendanaan dan investasi yang dikeluarkan berasal dari tarif yang dibayarkan oleh konsumen. Sedangkan peran pemerintah memberikan standar dan jaminan kepada pihak swasta. Prinsipnya bahwa dalam konsep ini telah terjadi pergeseran dimana tadinya pemerintah sebagai instrumen penyedia/pelayanan infrastruktur untuk kepentingan umum berubah menjadi regulator atas harga dan jumlah yang harus dikenakan. Aset

yang telah dipercayakan kepada pihak swasta untuk waktu yang diberikan berdasarkan kontrak biasanya 20 – 30 tahun sebagai imbalan untuk menutup biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pihak swasta

Disisi lain juga dapat kita lihat pada aspek menurunkan ongkos, serta peningkatan pengambilalihan teknologi oleh karena berhubungan dengan operasi efisien dari sektor swasta, selanjutnya pembangunan infrastruktur pada pemerintah tidak ada biaya langsung, pembiayaan dilakukan oleh sektor swasta karena itu tidak perlu sumber lain tentang pembiayaan dan tidak ada atau efeknya rendah jika dibandingkan dengan pemberi pinjaman pada sektor publik dari dana loan. Lebih lanjut beban resiko lebih rendah karena alokasi pendanaan berhubungan dengan sektor swasta dan juga kemungkinan jaminan-jaminan yang disediakan oleh Peserta-peserta proyek, dari aspek keamanan dengan adanya keterlibatan organisasi yang berpengalaman dalam hal pembiayaan dan para profesional industri dapat dipastikan kelayakan proyek yang akan dibangun. Dengan sendirinya terdapat pengembangan yang tidak langsung untuk industri yang terkait serta pengembangan pasar modal lokal dalam hal penggunaannya.

Dalam sektor privat, keuntungan sebagai ukuran utama efisiensi dapat digambarkan pada apa yang dirumuskan dalam Pasal 1618 BW bahwa:

“Persekutuan adalah suatu perjanjian dengan mana dua orang atau lebih mengikatkan diri untuk memasukkan sesuatu ke dalam persekutuan, dengan maksud untuk membagi keuntungan yang terjadi karenanya.”

Menurut Fadillah Putra bahwa konsep efisiensi pelayanan di sektor privat berbeda dengan sektor publik: (1) sektor publik lebih menekankan pada layanan

sedang sektor privat menekankan pada aspek keuntungan. (2) Manajemen publik tidak selalu berorientasi profit, sedangkan manajemen bisnis menjadikan profit sebagai ukuran utama efisiensi. Hasil dari modal yang ditanamkan pada administrasi publik berupa kepuasan publik.⁸⁵

Dengan bertumpu dari Pasal 1618 BW serta pendapat **Fadillah Putra**, dapat disimpulkan pula setelah dibandingkan dengan uraian sebelumnya maka sesungguhnya nilai keuntungan antara para pihak dalam hal ini dibedakan dari segi bentuk nilai ekonomisnya. Nilai ekonomis oleh pihak swasta/investor berada pada kemudahan ketersediaan lahan dengan segala perizinannya serta fase pengelolaan dalam jangka waktu yang cukup panjang yang ditarik dari user maupun konsumen. Sedangkan bagi pemerintah Daerah kemudahan dapat dilihat dari segi financial yang disediakan oleh sektor swasta serta keuntungan yang didapatkan dengan syarat, dengan syarat dalam hal ini akan didapatkan dikemudian hari setelah terdapatnya proses penyerahan pengelolaan tersebut.

3. Perubahan Kontrak

Pelaksanaan sebuah kontrak pada hakekatnya adalah pelaksanaan terhadap apa yang termuat dalam klausul yang telah diputus oleh para pihak. Lazimnya apa yang termuat dalam klausul tersebut merupakan kewajiban yang harus dipenuhi. Dari sisi pengguna jasa sebagai pihak tentunya sangat berkepentingan terhadap sasaran dan tujuan dari pengadaan yang merupakan kewajiban kontraktual pihak penyedia jasa tersebut. Dalam situasi seperti ini dapat dipahami dari sisi pengguna jasa bahwa

⁸⁵ **Fadillah Putra, et al.**, *Kapitalisme Birokrasi – Kritik Reinvventing Government Osborne-Gaebler*, LkiS Yogyakarta, 2001, h. 17-19.

terdapat adanya larangan untuk tidak mengubah kontrak. Perubahan kontrak tentunya akan mempengaruhi terhadap hal yang prinsipil dalam kontrak yang sudah disepakati.

Perubahan kontrak dalam praktek pekerjaan konstruksi di Indonesia merupakan instrumen yang hampir selalu ada dalam setiap hubungan hukum yang terjadi. Hal ini dalam sebuah kontrak menjadi ketentuan pokok dimana oleh **Hasanuddin Rahman** menyebutkan sebagai klausula *antisipatif*, yaitu klausula yang berisi tentang hal-hal yang menyangkut kemungkinan-kemungkinan yang akan terjadi selama masa kontrak berlangsung.⁸⁶

Hal tersebut dapat kita lihat pada kontrak-kontrak privat pada umumnya, para pihak dalam melakukan hubungan kontraktual selalu mengantisipasi adanya kendala-kendala yang mungkin timbul selama pelaksanaan kontrak berlangsung dengan berupaya tanpa adanya perubahan yang signifikan terhadap kelangsungan kontrak sejauh terdapatnya persetujuan kedua belah pihak. Hal mana dapat dicontohkan dalam perumusan norma di dalam kontrak BOT sebagai berikut,⁸⁷ “setiap renovasi besar, penggantian dan perubahan yang berskala besar atau struktural yang besar boleh dilakukan oleh PIHAK KEDUA asal saja atas tanggungan biaya dan ongkos sepenuhnya dari PIHAK KEDUA, tidak mengurangi nilai artistik, fungsional dan nilai ekonomis gedung komersial dan memperoleh persetujuan tertulis terlebih dahulu dari PIHAK KESATU.” Persetujuan dimaksud dalam hal ini dipersyaratkan pula dalam Keppres No.80/2003.

⁸⁶ Hasanuddin Rahman, *loc.cit*, h., 103

⁸⁷ lihat lampiran kontrak BOT antara Pemerintah Jawa Barat dengan PT. Tri Tunggal Lestari Makmur di bawah judul hak pihak pertama

Pada umumnya berlaku prinsip, sejauh perubahan itu masih dalam ruang lingkup kontrak (*within the general scope of the contract*) maka hal itu masih dimungkinkan.⁸⁸ Menurut Keppres No.80/2003, ruang lingkup perubahan kontrak dapat meliputi :

1. menambah atau mengurangi volume pekerjaan yang tercantum dalam kontrak
2. mengurangi atau menambah jenis pekerjaan
3. mengubah spesifikasi pekerjaan sesuai dengan kebutuhan lapangan
4. melaksanakan pekerjaan tambahan yang belum tercantum dalam kontrak yang diperlukan untuk menyelesaikan seluruh pekerjaan.

Perubahan-perubahan tersebut dalam konteks kontrak BOT secara mendasar akan mempengaruhi pada fase masa pengelolaan dan tentunya akan inklud di dalam biaya-biaya yang akan dibebani kepada pihak penyedia jasa. Dengan melihat hal tersebut walaupun terdapatnya instrumen perubahan kontrak seyogyanya untuk kepentingan pihak penyedia jasa dengan kesepakatan pihak pengguna jasa sejauh mungkin harus dihindari dengan melakukan perencanaan serta perhitungan-perhitungan yang matang dalam kerangka pelaksanaannya yang sudah barang tentu dengan pengecualian terhadap adanya situasi keadaan kahar (*force majeure*).

4. Penghentian Dan Pemutusan Hubungan Kontrak

Dalam kontrak BOT maupun kontrak-kontrak konstruksi lainnya terdapat pula klausula yang sering ditonjolkan di bawah judul pemutusan perjanjian, dalam hal ini dapat dicontohkan penormannya sebagai berikut :⁸⁹

Perjanjian ini dapat diputuskan apabila :

- a. Dengan persetujuan tertulis oleh PIHAK KESATU dan PIHAK KEDUA

⁸⁸ Sogar Simamora, (2005), *op. cit.*, h., 291

⁸⁹ lihat lampiran kontrak BOT antara Pemerintah Jawa Barat dengan PT. Tri Tunggal Lestari Makmur di bawah judul pemutusan perjanjian.

- b. PIHAK KEDUA tidak dapat menyelesaikan pembangunan gedung parkir dan gedung komersial, sebagaimana dimaksud Pasal 11 dan Pasal 12 perjanjian ini, kecuali jika terjadi keadaan kahar (*force majeure*)
- c. PIHAK KEDUA berada dalam keadaan berhenti membayar sebagaimana dimaksud Pasal 9 perjanjian ini dan telah mengambil langkah-langkah pertama kearah kepailitan
- d. Terjadi keadaan kahar (*force majeure*) dimana dari hasil perundingan PIHAK KESATU dan PIHAK KEDUA sepakat untuk mengakhiri perjanjian.

Jika disimpulkan dari perumusan norma di atas bahwa perjanjian dapat putus apabila terdapat situasi yang dipersyaratkan menyangkut keadaan kemampuan obyektif penyedia jasa dalam hal pembiayaan dan kemampuan teknis yang menyebabkan adanya wanprestasi dan penegasan terhadap adanya keadaan kahar (*force majeure*) dengan tetap menitik beratkan pada persetujuan para pihak untuk itu. Sehingga dipahami bahwa ketentuan tersebut adalah ketentuan yang merupakan dasar dalam pemutusan suatu perjanjian/kontrak. Untuk menegaskan kedua hal tersebut di atas akan diuraikan secara runtut sebagai berikut :

1. Wanprestasi

Menyangkut keadaan yang pertama di atas kemutlakan kegagalan adanya suatu prestasi timbul berdasarkan kemampuan obyektif dari pihak penyedia jasa dalam hal terhalang melaksanakan kewajiban kontraktualnya, sehingga adalah suatu kelaziman ketika pihak penyedia jasa berdasarkan kemampuan obyektifnya tidak dapat memenuhi prestasinya sebagaimana yang tertuang di dalam kontrak pihak pengguna jasa dapat mengambil langkah-langkah untuk itu yang berujung pada pemutusan kontrak yang sudah barang tentu dalam konteks kontrak BOT ini lebih pada pertimbangan prinsip akuntabilitas publik, efisiensi dan efektif.

Dalam pelaksanaan perjanjian pemborongan bangunan, kemungkinan *wanprestasi* yang dilakukan oleh para pihak. Dalam keadaan demikian bertakulah ketentuan- ketentuan yang wajib dipenuhi yang timbul sebagai akibat *wanprestasi*, yaitu kemungkinan pemutusan perjanjian, penggantian kerugian atau pemenuhan perjanjian. Jika pemborong tidak dapat menyelesaikan pekerjaan sesuai dengan waktu yang ditetapkan atau menyerahkan pekerjaan dalam kondisi tidak sesuai sebagaimana mestinya, maka atas gugatan dari pihak yang memborongkan, hakim dapat memutuskan perjanjian sebagian atau seluruhnya beserta segala akibat hukumnya.

Menurut Sri Soedewi,⁹⁰ yang dimaksud dengan akibat pemutusan perjanjian dalam hal ini adalah pemutusan untuk waktu yang akan datang (*ontbinding voor de toekomst*), dalam artian bahwa mengenai bagian pekerjaan yang telah dikerjakan tetap dibayar (*nakoming van het verleden*), namun mengenai pekerjaan yang belum dikerjakan itu yang diputus.

Dengan terjadinya pemutusan perjanjian, selain kewajiban membayar denda yang telah diperjanjikan, pemborong juga wajib membayar kerugian berupa ongkos-ongkos (biaya) dan kerugian yang diderita, dan bunga harus dibayar. Dalam praktek, pemborong baru dapat dikatakan *wanprestasi* jika setelah ditegur atau diperingati oleh pihak yang memborongkan namun pemborong tetap tidak melaksanakan kewajibannya untuk berprestasi.

⁹⁰ Sri Soedewi Masjhoen Sofyan, Sri Soedewi Masjhoen Sofyan, *Hukum Bangunan, Perjanjian Pemborongan Bangunan*, Liberty, Yogyakarta, 1982, h., 82

Menurut Subekti,⁹¹ wujud dari tindakan wanprestasi tersebut dibedakan alas empat macam, yakni tidak melaksanakan apa yang disanggupi untuk dilaksanakan, melaksanakan apa yang diperjanjikan tetapi tidak sebagaimana yang diperjanjikan, melakukan apa yang diperjanjikan tetapi terlambat serta melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak dilakukan.

Namun demikian seorang debitur baru dapat dikatakan wanprestasi manakala ia telah diperingati oleh pihak kreditur namun tetap melalaikan kewajibannya untuk memenuhi prestasi. Tidak terlaksananya kewajiban tersebut adalah karena kesalahannya yang dapat disebabkan karena kelalaian ataupun karena kesengajaan. Dikatakan sebagai suatu kelalaian jika debitur sebenarnya dapat mencegah penyebab tidak terlaksananya prestasi tetapi ia tidak mencegahnya sehingga dapat dipersalahkan karena tidak melakukan pencegahan tersebut. Dikatakan sebagai suatu kesengajaan jika si debitur secara tahu dan mau untuk tidak memenuhi kewajibannya. *Wanprestasi* tidaklah segera terjadi sejak debitur tidak memenuhi prestasinya, melainkan diperlukan suatu tenggang waktu yang layak. Dalam suatu perjanjian yang tidak ditentukan jangka waktu untuk berprestasi, pemenuhan prestasinya dapat segera dituntut, namun hal ini tidak berarti bahwa para pihak bermaksud untuk menuntut ganti rugi jika barangnya tidak segera diserahkan. Demikian pula dalam perjanjian yang ditentukan waktunya untuk memenuhi prestasi, ini belum berarti bahwa waktu tersebut merupakan batas waktu terakhir bagi debitur untuk memenuhi prestasinya. Adakalanya penentuan waktu tersebut dimaksudkan bahwa debitur tidak wajib memenuhi prestasinya sebelum waktu tersebut

⁹¹ R. Subekti, (1995), *loc.cit*, h., 45

Menurut Subekti,⁹² untuk menentukan kapan seorang debitur dikatakan *wanprestasi* harus dinyatakan dahulu secara resmi, yaitu dengan memperingatkan si debitur itu, bahwa si berpiutang menghendaki pembayaran seketika atau dalam jangka waktu yang pendek. Pada pokoknya hutang itu harus ditagih terlebih dahulu. Untuk menentukan kapan seorang debitur dikatakan *wanprestasi* undang - undang memberikan pemecahannya dengan lembaga penetapan lalai (*ingebrekestelling*), sebagaimana dapat disimpulkan dari ketentuan Pasa 1238 BW.

Setiawan,⁹³ mengatakan bahwa penetapan lalai adalah pesan dari kreditur kepada debitur, dengan mana kreditur memberitahukan pada saat kapankah selambat - lambatnnya ia mengharapkan pemenuhan prestasi.

Dengan pesan ini kreditur menentukan dengan pasti, pada saat manakah debitur dalam keadaan *wanprestasi* manakala ia tidak memenuhi prestasinya. Sejak saat itu pulalah debitur harus menanggung akibat - akibat yang merugikan yang disebabkan tidak dipenuhinya prestasi. Meskipun demikian, tidaklah untuk semua keadaan tidak dipenuhinya prestasi memerlukan penetapan lalai untuk menentukan *wanprestasinya* pihak debitur. Dalam keadaan-keadaan tertentu, *wanprestasi* dapat dianggap terjadi dengan sendirinya tanpa memerlukan penetapan lalai tersebut Hal ini antara lain terjadi bilamana debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali, jika prestasi yang hendak diserahkan tersebut hanya mempunyai arti bagi kreditur bilamana diserahkan sesuai waktu yang ditetapkan dalam perjanjian, kedua belah pihak sepakat untuk meniadakan kewajiban memberikan penetapan lalai yaitu menentukan dalam

⁹² R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Jakarta, 1985, h., 147

⁹³ Setiawan, R., *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1978, h., 19

perjanjian bahwa dengan terlambatnya pemenuhan prestasi, debitur sudah dianggap wanprestasi.

Menurut Subekti,⁹⁴ dengan terjadinya wanprestasi pihak debitur, maka pihak kreditur dapat memilih antara beberapa kemungkinan tuntutan yang dapat diajukan. Kemungkinan pilihan tuntutan tersebut adalah : *Pertama*, kreditur dapat meminta pelaksanaan perjanjian, meskipun pelaksanaan ini sudah terlambat. *Kedua*, kreditur dapat meminta penggantian kerugian saja, yaitu kerugian yang dideritanya karena perjanjian tidak atau terlambat dilaksanakan, atau dilaksanakan tetapi tidak sebagaimana mestinya. *Ketiga*, kreditur dapat menuntut pelaksanaan perjanjian disertai dengan penggantian kerugian yang diderita olehnya sebagai akibat terlambatnya pelaksanaan perjanjian. *Keempat*, dalam hal suatu perjanjian yang meletakkan kewajiban timbal balik, kelalaian suatu pihak, memberikan kepada pihak yang lain untuk meminta kepada hakim supaya perjanjian dibatalkan, disertai dengan permintaan penggantian kerugian.

Beberapa kemungkinan tuntutan yang disebutkan di atas, tidak lain dimaksudkan untuk memberikan perlindungan bagi pihak kreditur agar dapat mempertahankan kepentingannya terhadap debitur yang tidak jujur. Meskipun demikian, hukum juga memperhatikan dan memberikan perlindungan bagi pihak debitur yang tidak dapat memenuhi kewajibannya, jika hal itu terjadi bukan karena kesalahannya atau akibat kelalaiannya.

⁹⁴ R. Subekti, (1985), *op.cit.*, h. 147-148

Subekti,⁹⁵ mengemukakan bahwa seorang debitur yang dinyatakan *wanprestasi* masih dimungkinkan untuk melakukan pembelaan berupa:

- a. Mengajukan tuntutan adanya keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*)
- b. Mengajukan bahwa siberpiutang / kreditur sendiri juga telah lalai (*exceptio non adimpleti contractus*).
- c. Mengajukan bahwa pihak kreditur telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi (*rechtsverwerking*).

2. Keadaan Kahar (Force Majeure)

Penghentian kontrak dikaitkan dengan keadaan kahar (*force majeure*), sedangkan pemutusan dilakukan oleh pengguna jasa dengan anggapan adanya kegagalan dalam melaksanakan kewajibannya dapat kita temukan dalam ketentuan Pasal 35 ayat (1) Keppres No.80/2003 menyebutkan bahwa:

“Penghentian kontrak dilakukan bilamana terjadi hal-hal di luar kekuasaan para pihak untuk melaksanakan kewajiban yang ditentukan dalam kontrak, yang disebabkan oleh timbulnya perang, pemberontakan, perang saudara, sepanjang kejadian-kejadian tersebut berkaitan dengan Negara Kesatuan Republik Indonesia, kekacauan dan huru hara serta bencana alam yang dinyatakan resmi oleh pemerintah, atau keadaan yang ditetapkan dalam kontrak.”

Rumusan tersebut secara prinsipil, jika diamati dalam hal di luar kekuasaan sebagaimana disebutkan, jika dilihat terdapat pembatasan yaitu adalah kejadian yang menyangkut NKRI, adanya pernyataan resmi oleh pemerintah dan keadaan yang ditetapkan dalam kontrak. Akan tetapi dalam prakteknya keadaan yang dimaksud di dalam kontrak selalu dituangkan dengan sebutan keadaan kahar (*force majeure*) tanpa embel-embel pembatasan tersebut. Sehingga pemutusan hubungan kontrak dengan berdasar pada situasi ini, digantungkan penilaiannya pada penilaian yang subyektif di

⁹⁵ R. Subekti, *ibid.*, h., 55

antara para pihak dan jika tidak terdapat kesamaan persepsi mengenai keadaan tersebut yang berujung pada sengketa maka wasit/*arbitrator* sudah seyogyanya akan merujuk pada pembatasan keadaan yang dimaksud dengan pertanyaan apakah ruang lingkup keadaan tersebut menyangkut NKRI, ada atau tidaknya pernyataan resmi pemerintah dan apakah terdapat keadaan yang dimaksud secara tegas diatur dalam kontrak.

Keadaan memaksa dalam BW sendiri tidak terdapat rumusan terhadap batasan keadaan memaksa itu sendiri, yang dapat dilihat dari uraian ketentuan Pasal 1244 dan Pasal 1245 yang secara berurut sebagai berikut :

Pasal 1244 BW :

“Jika ada alasan untuk itu, siberutang harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga apabila ia tak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan suatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu pun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya.”

Pasal 1245 BW :

“Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja siberutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.”

Untuk dapat memberikan batasan serta pemahaman yang lengkap tentang keadaan memaksa, Suryodiningrat memberikan batasan sebagai berikut :⁹⁶

⁹⁶ R.M. Suryodiningrat, *Perikatan-Perikatan Yang Bersumber Dari Perjanjian*, Tarsito, Bandung, 1991, h.,31

“Keadaan memaksa ialah peristiwa yang terjadi di luar kesalahan debitur setelah dibuat perikatan yang debitur tidak dapat memperhitungkannya terlebih dahulu pada saat dibuatnya perikatan, atau sepatutnya tidak dapat memperhitungkannya, dan yang merintang pelaksanaan perikatan.”

Untuk dapat dikategorikan sebagai suatu keadaan memaksa, menurut Subekti,⁹⁷ selain keadaan itu diluar kekuasaannya si berhutang dan memaksa, keadaan yang telah timbul itu juga harus berupa suatu keadaan tidak dapat diketahui pada waktu perjanjian itu dibuat, setidaknya, tidak dipikul resikonya oleh si berhutang.

Jika si berhutang berhasil dalam membuktikan timbulnya keadaan yang demikian itu, maka tuntutan si berpiutang akan ditolak oleh hakim, dan si berhutang terluput dari penghukuman, baik penghukuman untuk memenuhi perjanjian maupun penghukuman untuk membayar ganti rugi.

Sejalan dengan uraian di atas, menurut Setiawan,⁹⁸ keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya persetujuan yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, dimana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung resiko serta tidak dapat menduga pada waktu perjanjian dibuat. Kesemuanya itu sebelum debitur lalai untuk memenuhi prestasinya pada saat timbulnya keadaan tersebut. Mengenai dapat atau tidaknya seorang berhutang mengemukakan keadaan memaksa sebagai alasan untuk dibebaskan dari kewajibannya, terdapat dua teori yang membahasnya, yaitu teori *obyektif* dan teori *subyektif*. Menurut teori obyektif, seorang berhutang hanya dapat mengemukakan

⁹⁷ R. Subekti, (1985) *ibid.*, h., 150

⁹⁸ Setiawan R, *op.cit.*, h., 27

keadaan memaksa sebagai alasan, jika pelaksanaan perjanjian tersebut tidak mungkin bagi setiap orang. Jadi keadaan memaksa dalam hal ini bersifat mutlak, misalnya barang yang hendak diserahkan musnah karena terjadinya bencana alam. Sedangkan menurut teori subyektif seorang berhutang dapat mengemukakan keadaan memaksa sebagai alasan untuk dibebaskan dari kewajibannya, meskipun pelaksanaan perjanjian masih mungkin tetapi dengan pengorbanan yang sangat besar dari si berhutang. Jadi, sifat keadaan menurut teori subyektif adalah relatif karena pelaksanaan perjanjian sebenarnya masih dimungkinkan tetapi tidak dilaksanakan karena akan menimbulkan pengorbanan yang besar dari pihak yang berhutang. Contoh dari keadaan memaksa yang bersifat relatif, misalnya barang yang masih baru didatangkan oleh penjual secara tiba-tiba harganya naik sangat tinggi sehingga penjual tidak dapat mendatangkan atau menyerahkannya kepada pembeli.

Terjadinya keadaan memaksa dapat menghentikan bekerjanya perjanjian dan menimbulkan berbagai akibat, yaitu kreditur tidak lagi dapat meminta pemenuhan prestasi, debitur tidak lagi dapat dinyatakan lalai dan karenanya tidak wajib membayar ganti rugi, resiko tidak beralih kepada debitur, serta kreditur tidak dapat menuntut pembatalan pada persetujuan timbal balik⁹⁹

Dengan demikian timbul permasalahan yakni pihak mana yang harus bertanggung jawab terhadap resiko yang berupa kerugian, jika pelaksanaan terhalang karena timbulnya keadaan memaksa. Sehubungan dengan persoalan resiko ini, perlu dibedakan resiko pada perjanjian sepihak dan resiko pada perjanjian timbal balik. Pada

⁹⁹ Setiawan, *ibid.*, h. 27

perjanjian sepihak dimana kewajibannya hanya ada pada satu pihak saja seperti hibah dan pinjam pakai, maka resiko atas timbulnya keadaan memaksa ditanggung oleh kreditur, dengan kata lain debitur tidak wajib memenuhi prestasinya. Ketentuan ini dapat ditemukan dalam pasal 1245 BW. Penerapan ketentuan tersebut pada perikatan untuk memberikan barang tertentu, antara lain dapat ditemukan dalam pasal 1237 BW yang menentukan bahwa kreditur yang harus menanggung resiko kebendaan tertentu sejak perikatan dilahirkan, kecuali jika debitur dinyatakan lalai.

Sedangkan pada perjanjian timbal balik dimana kedua belah pihak masing-masing mempunyai kewajiban maka resiko berupa kerugian yang timbul akibat keadaan memaksa ditanggung oleh pihak debitur. Hal ini didasarkan pada pendirian yang sudah umum dianut bahwa bilamana debitur yang satu tidak ada lagi kewajibannya maka sebagai akibat kepatutan, debitur yang lain juga bebas dari kewajibannya. Senada dengan pendirian di atas, Pitlo mengemukakan bahwa menurut kepantasan, jika debitur tidak lagi berkewajiban maka pihak lainnya pun bebas dari kewajibannya. Sebagai contoh, A harus menyerahkan kuda kepada B, sebaliknya B menyerahkan sapinya kepada A. Jika kuda si A mati disambar petir, maka si B dapat tetap menguasai sapinya. Jadi hasilnya adalah seolah-olah tidak pernah terjadi perjanjian antara A dan B.¹⁰⁰

Pendirian dan alasan yang dikemukakan di atas didukung pula oleh beberapa ketentuan dalam BW, diantaranya adalah pasal 1543, 1545, 1553, 1602 b, 1607 BW. Ketentuan-ketentuan ini membebaskan kerugian dalam hal, timbulnya keadaan memaksa kepada pihak debitur pada siapa barangnya musnah. Kecuali yang diatur

¹⁰⁰ *ibid*, h., 34

dalam pasal 1460 BW yang menentukan bahwa jual beli barang tertentu risikonya dibebankan kepada pihak pembeli sejak saat terjadinya perjanjian.

Dengan terjadinya suatu keadaan memaksa justru membawa akibat si debitur dapat dibebaskan dari kewajibannya jika ia mampu membuktikan bahwa tidak terpenuhinya prestasi disebabkan keadaan memaksa yang berada diluar kekuasaannya



BAB IV

PENUTUP

I. Kesimpulan

1. Pada penerapan prinsip dan norma pada tataran pembentukan kontrak BOT dimana pemerintah bertindak sebagai badan hukum publik dalam melakukan hubungan hukum privat, terdapat kewajiban yang dipersyaratkan oleh peraturan perundang-undangan, dalam persyaratan mana terdapat tahapan mengenai prosedur dan/atau tata cara yang wajib ditempuh oleh pihak swasta sebagai contra prestasi tertentu dalam rangka menuju tahapan kontrak. Sehingga sifat kontrak oleh dan dari pemerintah mempunyai karakter yang berbeda dengan kontrak-kontrak bisnis lainnya. Karakter tersebut nampak dengan adanya penyusupan hukum publik dalam pembentukan menuju kontrak yang bersifat privat. Dalam dinamika hukum kontrak dimana terdapat ruang pemerintah sebagai badan hukum publik dapat melaksanakan hubungan hukum dalam wilayah privat dengan alas kewenangan peraturan perundang-undangan, sehingga perbuatan hukum ini merupakan figur hukum campuran dalam pengertian berada di antara perjanjian keperdataan dan perjanjian kewenangan. Dalam hal perbuatan hukum pemerintah dalam wilayah privat terdapat pembatasan dengan apa yang disebut prinsip transparansi sekaligus merupakan prinsip yang dominan dalam mengaluri hubungan hukum pemerintah yang bertumpu pada perlindungan hukum bagi pihak ketiga. Dari segi subyeknya terdapat pula konsep pelaksanaan bertindak yang

diartikulasikan disatu sisi dalam hal ini pemerintah disebut oleh peraturan perundang-undangan dengan kewenangan, di sisi lainnya dalam hal ini swasta disebut dengan kecakapan, dua istilah yang memiliki karakter yang berbeda pula, yang tentunya berujung pada syarat sahnya kontrak.

2. Pada penerapan pelaksanaan kontrak kedudukan para pihak dalam pemenuhan kewajiban-kewajiban hukumnya tunduk pada apa yang dipersyaratkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, kewajiban mana melekat sejauh pada obyek tertentu yang diperjanjikan dikuasai oleh pemerintah. Khususnya kontrak BOT dalam hal pelaksanaan pembangunan yang dibangun pada lahan/tanah yang dikuasai oleh pemerintah selain tunduk pada ketentuan BW tunduk pula pada peraturan tentang pertanahan, peraturan tentang jasa konstruksi, peraturan tentang asuransi serta ketentuan peraturan perundangan lainnya yang terkait. Melekatnya instrumen norma peraturan perundangan dalam substansi kontrak BOT tidak terlepas dari prinsip keamanan, pemeliharaan, pengawasan serta pertanggungjawaban publik. Prinsipnya pelaksanaan kewajiban kontraktual berada pada debitur. Lazimnya pelaksanaan kontrak BOT oleh pihak penyedia jasa meliputi pembangunan infrastruktur diatas areal yang telah ditetapkan, dimana pembangunan dimaksud meliputi pula fasilitas-fasilitas dalam suatu perpaduan yang harmonis dan nyaman dipandang. Kontrak BOT bersifat pemasukan atau dengan kata lain adalah kontrak non pengadaan. Dalam kontrak konstruksi atau pembangunan gedung lazimnya juga terdapat keterlibatan pihak lain di luar para pihak (*prinsip privity of contract*) yang biasa disebut dengan

subkontraktor, hal tersebut lebih pada industri konstruksi dengan pelaksanaan pekerjaan yang kompleks, dimana sangat pula dibutuhkan spesialisasi pelaksanaan pekerjaan tertentu. Secara prinsipil subkontraktor hanyalah mengalihkan sebagian dari pekerjaan dari pekerjaan pada umumnya dari daftar pekerjaan yang dapat disubkontraktorkan itu telah ditetapkan oleh pengguna jasa. Dengan demikian terdapat penegasan tidak dibenarkan mengalihkan secara keseluruhan kontrak tersebut. Prinsip dasar dalam memberikan persetujuan subkontrak adalah bahwa subkontrak diperbolehkan sejauh prestasi dari perikatannya tergolong prestasi yang dapat diganti. Tujuannya jelas yaitu untuk mencegah agar prestasi dari pihak yang menerima subkontrak tidak lebih rendah dari prestasi yang telah ditentukan dalam kontrak pokoknya sehingga tidak merugikan bagi negara. Dengan adanya subkontrak secara tidak langsung kedudukan hubungan hukumnya hanya ada pada penyedia barang/jasa. Dengan demikian tidak mempunyai hubungan langsung dengan pihak pengguna barang/jasa.

2. Saran

1. Dengan cukup banyaknya lahan yang dikuasai oleh pemerintah sampai ditingkat Satuan Kerja Perangkat Daerah (SKPD) di satu sisi kebutuhan akan pelayanan untuk kepentingan umum cukup mendesak dan di sisi lain terbatasnya anggaran dalam pembangunan infrastruktur, maka konsep pengelolaan barang milik daerah melalui pemanfaatan BOT merupakan pilihan yang sangat tepat, mengingat unsur pengalihan pendanaan sektor swasta, pengalihan teknologi, profesionalisasi manajemen yang sudah

terbangun oleh sektor swasta selama pembangunan hingga pengoperasian dan sebagainya. Hanya saja dalam hal pemanfaatan ini dari segi prosedural pengaturan tentang persyaratan tender perlu diatur khusus mengingat bentuk kontrak pemerintah ini bersifat pemasukan daerah (non pengadaan) yang tidak sama cakupannya dengan kontrak pemerintah yang bersifat pengeluaran yang ruang lingkup penggunaannya adalah APBN/APBD.

2. Penulis menyadari bahwa apa yang sesungguhnya tertuang dalam penelitian ini masih terdapat kekurangan-kekurangan yang tidak memberikan penuntasan terhadap substansi kontrak BOT yang lebih menyeluruh berkaitan sifat kompleksnya kontrak ini baik dalam hal membangun, penggunaan serta penyerahan kembali obyek yang diperjanjikan oleh para pihak. Olehnya itu penulis mengharapkan untuk penelitian lebih lanjut tentang BOT ini dapat memberikan pemahaman yang lebih dari apa yang tertuang dalam penelitian ini.

DAFTAR BACAAN

1. Buku

- Amirizal, 1999, *Hukum Bisnis, Risalah dan Praktek*, cetakan pertama, Djambatan.
- Badruzaman, Mariam Darius, 1994, *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung.
- Djulmialdji, FX, , 1991, *Perjanjian Pemborongan*, Rineka Cipta, Jakarta.
- , 1996, *Hukum Bangunan, Dasar-Dasar Hukum Dalam Proyek dan Sumber Daya Manusia*, Rineka Cipta, Jakarta
- Delmon, Jeffrey, 2000, *BOO/BOT Project : A Commercial And Contractual Guide*, Sweet and Maxwell, London.
- Fadillah Putra, et.al., , 2001 *Kapitalisme Birokrasi – Kritik Reinventing Government Osborne-Gaebler*, LkiS Yogyakarta.
- Indroharto, , 1995, *Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata, Bunga Rampai Tulisan Hukum*, Lembaga Peneleitian Dan Pengembangan Hukum Administrasi Negara, Bogor-Jakarta.
- Muhamad, Abdulkadir dan. Murniati, R, 2000, *Segi Hukum Lembaga Keuangan dan Pembiayaan*, Citra Aditya Bhakti, Jakarta
- M. Hadjon, Philipus et.el., 2002, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia Introduction to the Indonesian Administrative Law*, Gadjah Mada Press, Yogyakarta.
- Mahmud Marzuki, Peter, 2005, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-1, Prenada Media, Jakarta.
- Nieurwenhuis, J.H., *Hoofdstukken Verbintenissrecht*, Diterjemahkan oleh Djasadin Saragih, *Pokok-poko Hukum Perikatan*.
- Mertokusumo, Sudikno, , 1996, *Penemuan Hukum, Suatu Pengantar*, Edisi Pertama, Cet. Pertama, Liberty Yokyakarta
- Prodjodikoro, Wiryono, 1991, *Hukum Perdata Tentang Persetujuan-Persetujuan Tertentu*, Sumur, Bandung,

- Pangabean, Henry P, 1992, *Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstandigheden) Sebagai Alasan (Baru) Untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda)*, Liberty, Yogyakarta.
- Rahman, Hasanuddin, 2003, *Contract Drafting, Seri Ketrampilan Merancang Kontrak Bisnis*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Suryodiningrat, R.M, 1991, *Perikatan-Perikatan Yang Bersumber Dari Perjanjian*, Tarsito, Bandung.
- Sunggono Bambang, 1994, *Hukum dan Kebijakan Publik*, Cet. Pertama, Sinar Grafika, Jakarta.
- Sofyan, Masjchoen, Soedewi, Sri, 1980, *Hukum Perdata (Hukum Perutangan Bagian A)*, Fakultas Hukum Univ. Gajah Mada, Yogyakarta.
- , 1982, *Hukum Perdata (Hukum Perutangan Bagian B)*, Fakultas Hukum Univ. Gajah Mada, Yogyakarta.
- , 1982., *Hukum Bangunan, Perjanjian Pemborongan Bangunan*, Liberty, Yogyakarta.
- Subekti, R, 1979, *Hukum Perjanjian*, PT. Intermasa, Jakarta.
- , R, , 1985, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Jakarta.
- , R, 1992, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung.
- Satrio, J, , 1993, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang, Bagian 1 dan 2*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- , 1995, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian, Buku I dan II*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Yasin, Nazarkhan, 2006, *Mengenal Kontrak Konstruksi di Indonesia*, PT. Gramedia, Pustaka Utama, Jakarta,

2. Jurnal, Majalah, Makalah, dan Karya Ilmiah Lainnya

- Hadjon, PM, ,1997, *Pengkajian Ilmu Hukum*, Paper, Pelatihan Metode Penelitian Hukum Normatif, Unair, Surabaya.
- , September- Desember 1997, *“Tentang Wewenang” dalam Yuridika*, Nomor 5&6 Tahun XII.

- _____, 2006, *Penggunaan Instrumen Hukum Perdata Oleh Pemerintah*, Makalah, Pelatihan Hukum Perkatan Bagi Dosen & Praktisi, Fak.Hukum,Unair,Surabaya.
- Isnaeni, Moch, 2006, *Hukum Perikatan Dalam Era Perdagangan Bebas*, Makalah, Pelatihan Hukum Perkatan Bagi Dosen & Praktisi, Fak.Hukum,Unair,Surabaya.
- Mahmud,Marzuki, Peter, 2003, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Yuridika, Vol.18 No.3,Fak.Hukum UNAIR, Surabaya.
- Purnama, Hadi Rahmat, April-Mei 2002, *Jaminan Akses Informasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Terbuka dan Demokrasi*, Teropong Edisi V (MaPPI-FH UI), Jakarta
- Saraswati, Herty Dewi, 1 April 2006, *Kontrak Jasa Konstruksi*, Makalah Seminar Hukum Kontrak LEC FH-HIMIESPA FE UNAIR, Hotel Said, Surabaya.
- Simamora, Y. Sogar, 2005, *Prinsip Hukum Kontrak Dalam Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah*, Disertasi, Program Pasca Sarjana Univ.Airlangga, Surabaya.
- _____, 1 April 2006, *Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Di Indonesia*, Makalah Seminar Hukum Kontrak LEC FH-HIMIESPA FE UNAIR, Hotel Said, Surabaya.
- _____, 2006, *Pembentukan Dan Pelaksanaan Kontrak Pengadaan* , Makalah Seminar Nasional Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah, Fak.Hukum UNAIR, Surabaya.