

KONTRAK BOT SEBAGAI PERJANJIAN KEBIJAKAN (*BELEIDOVEREENSKOMST*)

Lalu Hadi Adha

ABSTRAK

BOT (*Build Operate Transfer*) sebagai bentuk perjanjian kebijakan yang diadakan oleh pemerintah dengan pihak swasta merupakan perbuatan hukum oleh badan atau pejabat tata usaha Negara yang menjadikan kebijakan publik sebagai objek perjanjian. Badan-badan atau pejabat tata usaha Negara dalam melaksanakan hubungan kontrak dengan pihak swasta selalu bertindak melalui dua macam peranan, satu sisi bertindak selaku hukum publik (*public actor*) disisi lain bertindak selaku hukum keperdataan.

Isi pokok dari transaksi tersebut adalah menegaskan bagaimana hubungan hukum pemerintah. Sejak transaksi berada di bawah hukum privat, maka hubungan tersebut adalah hubungan kontraktual. Hubungan tersebut menghasilkan hak dan kewajiban dari kedua belah pihak. Jika salah satu pihak tidak memenuhi kewajiban, maka hal ini menimbulkan wanprestasi yang merugikan pihak yang lain. Pihak yang dirugikan berhak mengajukan gugatan kepada pihak yang lalai memenuhi kewajiban

Hasil dari penelitian ini, pemerintah sebagai pihak dalam perjanjian BOT tidak sama posisinya seperti pihak swasta sebagai pihak yang lain. Dalam kenyataannya pemerintah bisa digugat. Menurut pasal 50 Undang-undang No.1 tahun 2004 tentang perbendaharaan negara, bagaimanapun yang termasuk dalam aset negara tidak dapat disita. Pihak swasta sebagai pihak yang dirugikan, walaupun mungkin memenangkan perkara tetapi pihak swasta tidak dapat mendapatkan apapun menurut undang-undang tersebut.

Kata kunci : *Kontrak BOT dan Perjanjian Kebijakan,*

A. PENDAHULUAN

A.1 Latar Belakang

Pembangunan sarana dan prasarana sebagai penunjang tercapainya tujuan bernegara memang harus dilakukan. Namun tidak dapat juga dihindarkan kenyataan bahwa pemerintah mempunyai kemampuan terbatas sehingga dibutuhkan kerjasama dengan pihak swasta dalam mewujudkan semua kebutuhan tersebut. Maka perjanjian pemerintah sebagai penentu kebijakan negara dengan swasta sebagai pihak yang bekerja sama untuk mewujudkan lancarnya pembangunan sarana dan prasarana juga tidak dapat dihindarkan. Selanjutnya kontrak-kontrak kerjasama pemerintah, baik pusat maupun daerah, dengan swasta menjadi suatu hal yang biasa.

Sebuah perjanjian yang melibatkan pemerintah tidak sama dengan perjanjian yang hanya melibatkan pihak swasta atau perjanjian antara orang perorang. Pemerintah merupakan sebuah badan hukum publik yang harus mempertanggungjawabkan berbagai kebijakan yang diambilnya kepada masyarakat. Pemerintah juga melibatkan aset yang cukup besar, baik berupa keuangan ataupun aset negara yang lain (barang, tanah). Jadi walaupun kontrak yang dibuat oleh pemerintah dan swasta dalam hal pembangunan infrastruktur untuk menunjang roda perekonomian ini bersifat privat didalamnya juga mengandung kepentingan publik.

Adanya kepentingan publik ini membatasi kontrak yang dibuat oleh pemerintah dengan pihak swasta. Jika kontrak yang tidak melibatkan pemerintah dapat dibuat sebebaskan bebaskan asalkan tidak bertentangan dengan perundang-undangan, maka kontrak yang melibatkan pemerintah didalamnya tidak berlaku demikian. Kita ketahui ada prosedur yang harus dilewati oleh kedua pihak untuk mengadakan kerja sama yang harus diketahui oleh publik untuk dapat dipertanggungjawabkan dikemudian hari. Jenis kontrak apapun yang dilakukan oleh pemerintah pastilah melibatkan keuangan negara baik penerimaan maupun pengeluaran. Jika melibatkan keuangan negara maka haruslah mengacu pada

Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (APBN). Di dalam UUD 1945 dalam pasal 23 ayat (1) dinyatakan bahwa:

”Anggaran pendapatan dan Belanja negara sebagai wujud dari pengelolaan keuangan negara ditetapkan setiap tahun dengan undang-undang dan dilaksanakan secara *terbuka dan bertanggungjawab* untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”

Asas terbuka dan bertanggungjawab inilah yang membuat kontrak yang melibatkan pemerintah berbeda dengan kontrak-kontrak biasa.

Di Indonesia belum ada peraturan khusus yang menjadi pedoman kontrak kerjasama antara pemerintah dengan swasta, khususnya dalam bidang pembangunan konstruksi. Dalam hal pengaturan kerja sama dengan swasta, Indonesia memiliki Peraturan Presiden No. 8 Tahun 2006 sebagai penyempurnaan dari Kepres No. 80/2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa. Di dalam Peraturan Presiden tersebut lebih banyak diatur tentang aspek administrasi, belum banyak menyentuh aspek kontrak. Selain Peraturan Presiden tentang pengadaan barang dan jasa, hal yang mengatur tentang kontrak-kontrak yang dibuat oleh pemerintah terdapat dalam Undang-undang No. 17 tahun 2003 tentang Keuangan Negara dan undang-undang No. 1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan negara. Kedua undang-undang itu merupakan peraturan lanjutan dari Pasal 23 ayat (1) UUD 1945. Namun, kedua undang-undang tersebut juga tidak mengatur tentang teknis kontrak yang dilakukan oleh pemerintah dan swasta. Didalamnya hanya mengatur tentang hal yang berhubungan dengan keuangan dan aset-aset negara yakni mengenai cara penggunaan dan pertanggungjawabannya. Di dalam UU Perbendaharaan negara sedikit disinggung tentang investasi pemerintah terhadap swasta itupun memerlukan peraturan pemerintah untuk pelaksanaan lebih lanjut.

Sebenarnya khusus dalam hal konstruksi Indonesia memiliki Undang-undang No. 18 tahun 1999 tentang Jasa Konstruksi (UU No.18 tahun 1999). Didalamnya diatur tentang berbagai hal yang bersangkutan paut tentang jasa konstruksi mulai dari batasan jasa konstruksi, kontrak kerjanya sampai pada model pertanggungjawaban. Sebagai penjabaran dari UU No. 18 tahun 1999 ditetapkan juga peraturan pemerintah no. 29 tahun 2000 tentang Peraturan Pemerintah tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi. Namun kedua aturan tentang jasa konstruksi tersebut tidak mengatur secara jelas hal teknis yang bersangkutan paut dengan kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai pemegang kebijakan terutama dalam hal penyelesaian sengketa apabila terjadi perselisihan. Aturan mengenai hal ini menjadi penting mengingat pemerintah adalah penyelenggara perekonomian negara yang kedudukannya jelas tidak sama dengan pihak swasta. Pentingnya aturan mengenai hal tersebut menjadi semakin dibutuhkan saat pihak swasta yang bekerja sama dengan pemerintah adalah pihak swasta asing.

Tipe kontrak konstruksi BOT secara garis besar merupakan model kontrak yang melibatkan dua pihak yakni pengguna jasa¹, pada umumnya pemerintah, dan penyedia jasa yakni pihak swasta. Pengguna jasa memberikan kewenangan kepada penyedia jasa untuk membangun infrastruktur dan mengoperasikannya selama waktu tertentu (disebut juga masa konsesi) dan penyedia jasa akan menyerahkan kepada pengguna jasa infrastruktur tersebut bila masa konsesi telah habis. Pola Kontrak BOT ini akhir-akhir banyak digunakan terutama untuk pembangunan infrastruktur yang menyangkut hajat hidup orang banyak.

Berbagai hal yang dilakukan oleh pemerintah termasuk dalam menentukan bentuk kontrak yang akan digunakan adalah bagian dari kebijakan. Terkadang kebijakan yang dipilih menimbulkan bentuk permasalahan tersendiri. Demikian juga kebijakan untuk menggandeng pihak swasta dalam melakukan perwujudan

¹ Istilah pengguna jasa dan penyedia jasa ini terdapat dalam Undang-undang No.18 tahun 1999

pembangunan infrastruktur. Perbuatan hukum yang dilakukan oleh pemerintah dan swasta dalam kerjasama pembangunan infrastruktur akan menimbulkan akibat hukum seperti adanya prestasi-prestasi yang harus dipenuhi oleh para pihak. Apabila pola BOT dipilih sebagai bentuk kerjasama maka dibutuhkan pengetahuan yang cukup bagi aparat (pemerintah) pusat atau daerah untuk melaksanakannya. Pelaksanaan yang salah akan membawa kerugian baik bagi pemerintah sendiri maupun bagi masyarakat termasuk juga investor.

A.2 PERMASALAHAN

Mengkaji uraian diatas terlihat begitu pentingnya melakukan pembangunan infrastruktur dengan tidak meremehkan pentingnya penyusunan kontrak yang dilakukan oleh para pihak baik pemerintah sebagai pengguna jasa atau masyarakat (swasta, investor) sebagai penyedia jasa khususnya pembangunan infrastruktur yang dibangun atas dasar kerjasama dengan memakai jenis kontrak atau pola BOT yang tentunya akan menimbulkan permasalahan-permasalahan yang layak di bahas dalam tulisan ini.

Permasalahan yang timbul adalah :

1. Apakah dalam perjanjian BOT kedudukan antara pemerintah dan pemilik proyek sama?
2. Apakah pemerintah dapat digugat apabila terjadi wanprestasi yang dilakukan oleh pemerintah?

A.3 Tujuan Penelitian

Secara umum tujuan dari penelitian ini dimaksudkan untuk memberikan gambaran tentang pelaksanaan *Build Operate Transfer (BOT)* sebagai alternatif kontrak kerja sama investasi. Sedangkan secara khusus penelitian ini dimaksudkan untuk :

1. mengetahui kedudukan hukum antara pemerintah dan pemilik proyek khususnya dalam pola kontrak BOT.
2. mengkaji dan menganalisis hingga dapat diketahui tindakan yang dapat dilakukan apabila pemerintah melakukan wanprestasi dalam pelaksanaan kontrak yang menggunakan pola

A.4 Tinjauan Pustaka

a. Hukum Kontrak

Istilah kontrak berasal dari kata "*contract*" dalam Bahasa Inggris. Dalam Bahasa Prancis "*contrat*" dan dalam Bahasa Belanda "*overeenkomst*" sekalipun kadang-kadang juga digunakan istilah kontrak sama pengetiannya dengan perjanjian. Kedua istilah ini merupakan terjemahan dari "*contract*", "*overerenkomst*" atau "*contrat*" Istilah kontrak lebih menunjukkan pada nuansa bisnis atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk²

Perjanjian menurut pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHper) adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih³. Definisi yang disebutkan dalam Pasal 1313 KUHPperdata tersebut sebenarnya tidak lengkap, karena hanya mengatur perjanjian sepihak dan juga sangat luas karena istilah perbuatan yang dipakai akan mencakup juga perbuatan melawan hukum dan perwalian sukarela, padahal yang dimaksudkan adalah perbuatan hukum.⁴ Kemudian M. Yahya Harahap merumuskan perjanjian atau *verbinten*.⁵ sebagai suatu hubungan hukum

² Peter Mahmud Marzuki, "*Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*" Yuridika, Vol 18 No.3 Mei 2003, h.196

³ Subekti R. & Tjitrosudibio., *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Edisi Revisi, Pradya Paramita, Jakarta, 1999, hal.38

⁴ R. Setiawan, 1979, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, hal. 49

⁵ M. Yahya Harahap, 1986, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Penerbit Alumni, Bandung, hal. 6
10. Abdul Kadir Muhammad, 1990. *Hukum Perikatan*. Citra Aditya Bakti Bandung. Hal 78

kekayaan/harta benda antara dua orang atau lebih, yang memberi kekuatan hak pada satu pihak untuk memperoleh prestasi dan sekaligus mewajibkan pada pihak lain

Abdulkadir Muhammad juga merumuskan perjanjian sebagai suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih mengikatkan diri, untuk melaksanakan sesuatu hal dalam lapangan harta kekayaan.⁶ Kemudian Wirjono Prodjodikoro mengartikan perjanjian sebagai suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara kedua belah pihak, dalam mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal, sedang pihak lain berhak untuk menuntut pelaksanaan janji itu.⁷

Adapun Rutten dalam bukunya Purwahid Patrik merumuskan perjanjian adalah perbuatan hukum yang terjadi sesuai dengan formalitas-formalitas dari peraturan hokum yang ada, tergantung dari persesuaian kehendak dua atau lebih orang-orang yang ditujukan untuk timbulnya akibat hukum demi kepentingan salah satu pihak atas beban pihak lain atau demi kepentingan dan atas beban masing-masing pihak secara timbal balik.⁸

William Wiebe, mengemukakan arti perjanjian sebagai berikut: *A contract is an agreement, freely entered into by two or more people or legal entities, which affect their rights and obligations and which the government will recognize and enforce through the legal system*⁹

Secara sederhana WT Major dan Christine Taylor mendefinisikan kontrak sebagai berikut : *“A contract is made where parties have reached agreement, or*

11. Wirjono Projodikoro, 1989, *Asas-Asas Hukum Perjanjian*, Balai, Bandung, hal. 49

12. Purwahid Patrik, 1988, *Hukum Perdata II (Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian dan Undang-Undang)*. Jilid I .Semarang hal. 1-3

13. William Wiebe, *Indonesian & Intenational Law*, Seminar Series, Center For Comercial Law & Economics, Bali Juni 2000

14. W.T Major and Cristene Taylor, *Law of Contract*, Bell and Bain Ltd, Great Britain, 1996 hal 1

where they are deemed to have reached agreement, and the law recognize rights and obligations arising from the agreement”¹⁰

Di dalam *Black’s Law Dictionary* disebutkan¹¹ *Contract is an agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not do a peculiar thing”*

Dari kesemua rumusan pengertian perjanjian menurut para sarjana tersebut di atas, maka dapat ditarik unsurunsurdari perjanjian yaitu :

1. Ada pihak-pihak ;
Sedikitnya dua orang, pihak ini disebut subyek perjanjian. Subyek perjanjian dapat manusia maupun badan hukum dan harus mempunyai wewenang melakukan perbuatan hukum seperti yang ditetapkan undang-undang.
2. Ada persetujuan antara pihak-pihak;
Persetujuan antara pihak-pihak tersebut sifatnya tetap bukan suatuperundingan. Dalam perundingan umumnya dibicarakan mengenai syarat-syarat dan obyek perjanjian itu, maka timbullah persetujuan.
3. Ada tujuan yang akan dicapai;
Mengenai tujuan para pihak hendaknya tidak bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilan dan tidak dilarang oleh undang-undang.
4. Ada prestasi yang akan dilaksanakan;
Prestasi merupakan kewajiban yang harus dipenuhi oleh pihak-pihak sesuai dengan syarat-syarat perjanjian, misalnya pembeli berkewajiban untuk membayar harga barang dan penjual berkewajiban menyerahkan barang.

15. Henry Campbell Black, *Black’s Dictionary*, USA .West Publishing, 1991. 6 th Edition .hal.224

Dengan demikian dalam kontrak mengandung unsur-unsur pihak yang berkompeten, pokok yang disetujui, pertimbangan hukum, persetujuan timbal balik dan kewajiban timbal balik.

Hukum kontrak merupakan bagian hukum privat dan sebagai hukum privat maka pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam kontrak murni menjadi kewajiban pihak-pihak yang berkontrak. Kontrak dalam bentuk yang paling klasik dipandang sebagai ekspresi kebebasan manusia untuk memilih dan mengadakan perjanjian. Paradigma baru hukum kontrak timbul dari dua dalil dibawah ini.¹²

1. Setiap perjanjian kontraktual yang diadakan adalah sah (*Geeoorloofd*)
2. Setiap perjanjian kontraktual yang diadakan secara bebas adalah adil dan memerlukan sanksi undang-undang

Pada abad ke 19 para teoritikus hukum kontrak memiliki kecenderungan untuk memperlakukan atau menempatkan pilihan individual (*individual choice*) tidak hanya sebagai suatu elemen kontrak tetapi seperti yang dinyatakan ahli hukum Prancis bahwa kontrak itu sendiri memiliki kecenderungan mengidentifikasi pilihan dengan kebebasan tersebut menjadi tujuan tertinggi keberadaan individu¹³

2. Tipe Kontrak Build Operate Transfer (BOT)

Ragam dan tipe kontrak konstruksi seiring dengan perkembangan jaman semakin beraneka ragam. Tipe kontrak konstruksi tersebut ada yang merupakan kombinasi dengan tipe kontrak tradisional, tetapi banyak pula yang merupakan produk yang benar-benar baru. *Build Operate Transfer* adalah salah satu produk yang benar-benar baru.

¹² Ridwan Khairandi, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Jakarta, Pascasarjana FH-UI 2003. Hal. 81

¹³ *Ibid* halaman 82

Sesungguhnya bentuk kontrak ini merupakan pola kerjasama antara pemilik tanah atau lahan (pemerintah) sebagai pengguna jasa dengan investor sebagai penyedia jasa yang akan menjadikan lahan tersebut menjadi suatu fasilitas-fasilitas publik seperti perdagangan, hotel, transportasi, telekomunikasi, resort, dan lain-lain. Terlihat disini kegiatan yang dilakukan investor tersebut dimulai dari membangun fasilitas sebagaimana yang dikehendaki, pengguna jasa inilah yang diartikan dengan (*build*).

Kemudian setelah fasilitas selesai, investor diberi hak untuk mengoperasikan mengelola dan memungut hasil dari fasilitas tersebut selama kurun waktu tertentu ini disebut dengan (*operate*). Setelah masa pengoperasian atau yang disebut dengan konsesi tadi selesai fasilitas itu dikembalikan kepada pengguna jasa (pemerintah) inilah yang disebut dengan *transfer*. Sehingga secara keseluruhan proses tadi disebut dengan kontrak *build operate and transfer (BOT)*.¹⁴

Jefrey Delmon memberikan deskripsi tentang BOT sebagai berikut :

"In a typical BOO/BOT project the public sector grantor grants a concession to a private company to develop and operate what would traditionally be a public sector project. This Private company, or private company, obtains financing for the project. And procures the design and construction of the works and operates the facility during the concession period ".¹⁵

Hampir sama dengan dua pengertian diatas Munir Fuady¹⁶ memberikan pengertian BOT sebagai kontrak dimana pihak kontraktor menyerahkan bangunan yang sudah dibangunnya setelah masa transfer, sementara sebelum proyek tersebut diserahkan, ada masa tenggang waktu bagi pihak kontraktor (misalnya 20 tahun) yang disebut "masa konsesi" untuk mengoperasikan proyek dan memungut hasil/*revenue* sebagai imbalan dari jasa membangun proyek yang bersangkutan

¹⁴ Nazarkhan Yasin, *Mengenal Kontrak Konstruksi di Indonesia*, Buku pertama Seri Hukum Konstruksi, Gramedia Pustaka utama, 2006, hal.75-76

¹⁵ Jeffrey Delmon, *BOO/BOT Projects : A Commercial and Contractual Guide* , Sweet and Maxwell, London, 2000 p.5

¹⁶ Munir Fuady, " Kontrak Pemborongan Mega Proyek" , Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002 hal. 53

Walker memberikan definisi BOT ‘ *The granting of concession which empowers the right to operate and profit from the entity created by that concession. On expiry of the concession the entity transfer at not cost to yhose who granted the concession.*¹⁷

Lebih lanjut Tiong menyatakan “ *The BOT concept, which has actually been in use for centuries, requires the private sector to penance, design, build, operate and manage the facility and then transfer asset free of charge to the government after a specified concession period.*¹⁸

Maria S.W. Sumardjono mendefinisikan BOT sebagai perjanjian antara dua pihak, dimana pihak pertama menyerahkan penggunaan tanahnya untuk didirikan suatu bangunan di atasnya oleh pihak kedua, dan pihak kedua berhak mengoperasikan atau mengelola bangunan tersebut dalam jangka waktu tertentu , dengan memberikan fee atau tanpa fee kepada pihak pertama, dan pihak kedua wajib mengembalikan tanah beserta bangunan di atasnya dalam keadaan dapat dan siap dioperasikan kepada pihak pertama setelah jangka waktu operasional berakhir.¹⁹

Kemudian dalam Peraturan Pemerintah No 6 Tahun 2006 BOT diistilahkan Bangun Guna Serah dengan definisi ‘ Pemanfaatan barang milik Negara /daerah berupa tanah oleh pihak lain dengan cara mendirikan bangunan dan atau sarana berikut pasilitasnya 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.

¹⁷Walker, C dan A.J Smith. Privatized Infrastucture of The BOT Aproach, London. Telford Publications. 1992

¹⁸ Robert Tiong. The Structuring of BOT Contruction Projects. Singapore. Nanyang Technological University. 1992

¹⁹ Prof. Dr. Maria SW Sumardjono, SH, MCL. MPA. Tanah dalam Perspektip Hak Ekonomi Sosial dan Budaya. Kompas Jakarta, Januari 2008. hal 208

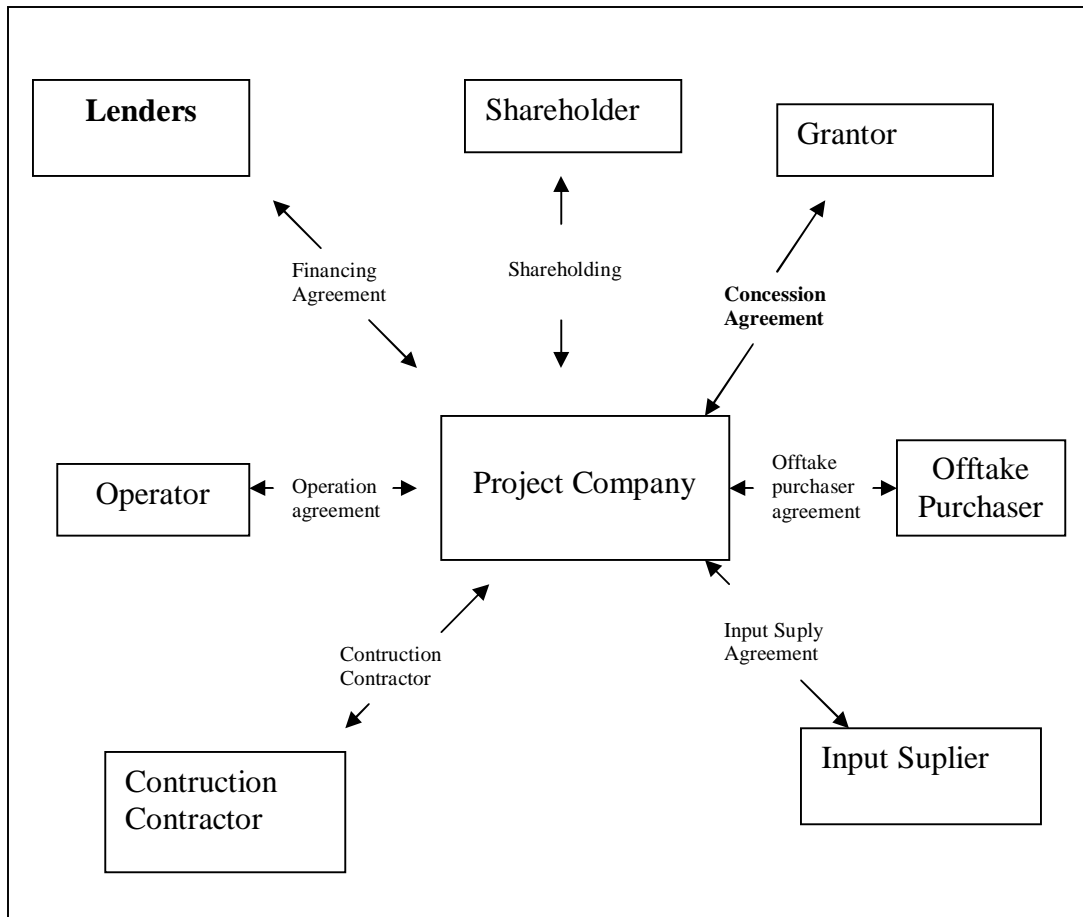
Dalam Peraturan Menteri Keuangan No 96/PMK.06/2007 tentang tata cara pelaksanaan , penggunaan, pemanfaatan, penghapusan dan pemindahtanganan Barang Milik Negara, Lampiran V tentang Tata Cara pelaksanaan Bangun Guna Serah dan Bangun Serah Guna Barang Milik Negara disebutkan Subjek atau pihak yang dapat melaksanakan BOT Barang Milik Negara ini adalah Pengelola Barang. Sedangkan pihak-pihak yang dapat menjadi mitra dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ialah :

- a. Badan Usaha Milik Negara
- b. Badan Usaha Milik Daerah
- c. Badan Hukum lainnya.²⁰

Yakni kontrak yang dibentuk antara user dan promotor

Para pihak yang terlibat dalam Proyek BOT dan perjanjian yang dibuat diantara mereka dapat digambarkan dalam bagan sebagai berikut:

²⁰ Lampiran V Peraturan Menteri Keuangan no 96/PMK.06/2007



Gambar 1. Para pihak dan perjanjian dalam kontrak BOT

Jadi melihat ragaan gambar diatas, kontrak BOT sebagai perjanjian kerjasama induk melibatkan banyak pihak yang kemudian didalamnya terdapat kontrak-kontrak lain yang dibuat para pihak yang menjadi peserta dalam perjanjian tersebut. Kontrak BOT sebagai sebuah kebijakan pemerintah prinsipnya adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh lembaga atau pejabat tata usaha negara yang menjadikan fasilitas publik menjadi obyek perjanjian.

A.5 METODE PENELITIAN

Penelitian hukum (*legal research*) ini dilakukan dengan metode sesuai dengan karakter yang khas dari ilmu hukum (*jurisrudence*) yang berbeda dengan ilmu sosial (*social science*) atau ilmu alam (*natural science*). Metode penelitian ini meliputi pendekatan (*approach*) penentuan bahan hukum (*legal materials*) dan analisis.

6.1 Metode pendekatan masalah

Pendekatan yang dominan adalah *statute approach* terhadap legislasi yang terkait dengan kontrak yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan khususnya kontrak konstruksi. Dengan melihat kecenderungan internasional dewasa ini, analisis juga dilakukan dengan *comparative approach* yakni dengan melihat dan mempelajari konsep dan prinsip hukum kontrak baik hukum kontrak secara umum maupun kontrak konstruksi pada khususnya, yang secara luas telah diterima dan dianut baik dalam persetujuan internasional, model hukum, directive maupun legislasi negara lain.

6.2 Bahan Hukum

Bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah perundang-undangan dalam bidang hukum kontrak di Indonesia baik kontrak privat pada umumnya maupun kontrak konstruksi pada khususnya. Sedangkan Bahan hukum sekunder yang dipakai adalah konsep hukum, prinsip hukum dan norma hukum yang terdapat baik dalam kepustakaan yang meliputi buku (*textbooks*), jurnal, makalah, kamus dan artikel yang tertuang dalam media, cetak dan elektronik. Dokumen kontrak-kontrak konstruksi yang berskala domestik dan model-model kontrak internasional yang melibatkan pemerintah sebagai pihak yang terlibat didalamnya juga merupakan bagian dalam penelitian ini.

6.3 Analisis

Bahan hukum akan dianalisis secara bertahap sesuai dengan pengelompokan permasalahan. Analisis itu dilakukan dan dituangkan dalam bentuk deskripsi (deskripsi-analitik) yang didalamnya terkandung kegiatan yang sifatnya memaparkan, menelaah, mensismatisasikan, menafsirkan dan mengevaluasi.

B. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

B.1 KEDUDUKAN PEMERINTAH DAN PIHAK SWASTA DALAM PROYEK BOT

Sebagaimana individu melakukan usaha guna memenuhi kebutuhan dan kepentingan pribadinya, pemerintah juga dituntut untuk memenuhi kebutuhan publik (*publik interest*) secara permanen dan konstan. Seperti halnya individu melakukan hubungan kontraktual dalam memenuhi kebutuhannya maka pemerintah pun melakukan hal yang sama. Pola kontraktualisasi ini digunakan oleh pemerintah sebagai salah satu cara dalam melaksanakan fungsinya di samping tindakan-tindakan sepihak (*unilateral acts*) yang didasarkan pada kewenangan dan perintah (*authority of comand*).

Sebagai konsekwensi penggunaan instrumen hukum perdata oleh pemerintah, khususnya hukum kontrak, dalam pengelolaan urusan pemerintahan yang biasa disebut kontraktualisasi, terjadi percampuran elemen privat dan publik dalam hubungan kontraktual yang terbentuk. Kontrak yang dibuat oleh pemerintah karenanya mempunyai karakteristik yang berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Implikasi adanya percampuran elemen 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 privat

tidak sepenuhnya berlaku bagi kontrak yang dibuat pemerintah. Badan atau pejabat tata usaha negara juga acapkali mengadakan hubungan hukum perjanjian dengan pihak swasta atau badan hukum perdata berkenaan dengan pengerjaan pembangunan suatu proyek pemerintah. Hubungan hukum yang melandasi perikatan mereka adalah tetap atas dasar perjanjian yang lazim dikenal didalam buku III BW.

Kemudian kalau kita melihat perkembangan di Belanda lebih jauh menunjukkan bahwa suatu perjanjian kebijakan (*bleidovereenkomst*) yang diadakan oleh badan atau Pejabat Pata Usaha Negara telah menjadikan perjanjian yang dimaksud sebagai sarana dari kebijakan yang ditempuhnya (*de overeenkomst als instrument van overheidsbleid*) yakni kebijakan tata usaha negara tertentu dinyatakan dalam wujud perjanjian yang diadakan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan dengan pihak lain. Dalam buku 2 NBW Belanda F.A.M Stroink menegaskan dasar hukum keikutsertaan badan atau pejabat tata Usaha Negara di dalam hal perbuatan hukum keperdataan diatur pada pasal 1 menyebutkan "*Wanneer openbare lichamen-rechtspersonen aan het privaatrechtelijk rechtsvekeer deelnemen doen zij dan niet als overheid, als gesagsorganisatie, Dese openbare lichamen-rechtspersonen zijn, deelnemende aan het privaatrechtelijke rechtsvekeer, in principe op dezelfde onder wopen aan de rechtsmacht van de gewone rechter als de burger*" Yakni apabila badan hukum publik ikut serta dalam hubungan hukum keperdataan maka dia tidak bertindak sebagai penguasa, sebagai organisasi kekuasaan namun dia menggunakan hak-hak pada kedudukan yang sama dengan rakyat. Badan-badan tersebut pada dasarnya tunduk pada peradilan biasa seperti halnya rakyat biasa.²¹

Kontraktualisasi membawa implikasi kontrak yang dibuat oleh pemerintah selalu terdapat hukum publik, inilah alasan mengapa kontrak pemerintah disebut

²¹ F.A.M Stroink dalam . Pengantar Hukum Administrasi Negara (Intruduction to the Indonesia Administrative Law). Philipus M. Hadjon. Gadjah Mada University Press. 1996

sebagai kontrak publik. Kontrak publik merupakan kontrak yang didalamnya terkandung hukum publik karena salah satu pihak bertindak sebagai penguasa (*pemerintah*). Disamping dalam fase pembentukan, terutama menyangkut prosedur dan kewenangan pejabat publik, elemen hukum publik juga terdapat dalam fase pelaksanaan dan penegakan (*enforcement*) kontrak. Daya kerja hukum publik berlaku dalam semua fase ini. Adanya unsur hukum publik inilah menjadi alasan mengapa kontrak pemerintah ada yang menilai bukan sebagai kontrak melainkan sebagai peraturan karena isi yang terkandung didalamnya tidak mencerminkan adanya persesuaian kehendak. Seperti yang dikatakan bahwa apa yang terkandung dalam kontrak pemerintah pada dasarnya adalah kemauan sepihak dari pemerintah. Syarat-syarat kontrak telah disiapkan oleh pemerintah melalui perancang yang terampil dan pengalaman. Pihak kontraktor atau pemasok hanya mempunyai dua pilihan setuju atau tidak. Sama sekali tertutup kemungkinan melakukan penawaran balik. Kontrak baku yang secara luas digunakan dalam praktek kontrak pemerintah dengan demikian hanya menyisakan sedikit hak bagi kontraktor, selebihnya adalah kewajiban yang harus dipenuhi atau dipatuhi. Kontrak pemerintah yang pada umumnya dikatakan berkekuatan sebagai peraturan itu tercermin dalam kontrak baku yang tergolong dalam kontrak adhesi. (*adhesion contract*)

Walaupun kontrak pemerintah bertujuan melindungi kepentingan umum, kontrak ini tetap saja bersifat komersial. Artinya para pihak baik pemerintah sebagai pengguna jasa dan swasta sebagai penyedia jasa berorientasi pada manfaat dari dibuat atau dilaksanakannya kontrak. Bagi penyedia jasa selaku mitra, jelas yang menjadi tujuan adalah memperoleh keuntungan. Dalam perspektif Indonesia, kontrak pemerintah dengan pola BOT yang didalamnya melibatkan pemerintah sebagai kontraktan masuk dalam kategori perbuatan hukum privat. Hubungan hukum yang terbentuk merupakan hubungan hukum dalam lapangan perdata. Sekalipun di dalam

jenis kontrak ini terdapat pemerintah sebagai kontraktan dan berlaku syarat-syarat khusus hukum publik dalam pembentukannya, tetapi watak hubungan hukumnya adalah murni perdata. Keabsahan kontrak yang dibentuk diukur juga melalui pasal 1320 BW sebagai aturan umum yang menentukan keabsahan bagi semua jenis kontrak. Demikian pula menyangkut yuridiksinya bukan dalam lingkup peradilan tata usaha negara, melainkan peradilan umum. Ini merupakan konsekuensi dari tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh badan atau pejabat tata usaha negara selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) yang melakukan perbuatan hukum keperdataan.

Tindakan yang dilakukan oleh pejabat tata usaha negara mewakili pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual merupakan tindakan keperdataan. Kontrak yang dibuat dan atau ditandatangani dengan demikian tunduk pada aturan yang berlaku bagi kontrak privat. Dalam hal kontrak itu di dahului dengan atau dituangkan dalam suatu keputusan (*kebijakan*),²² maka keputusan yang dimaksud bukan merupakan keputusan tata usaha negara yang menjadi kompetensi Pengadilan Tata Usaha Negara. Hal-hal yang menyangkut pembentukan, pelaksanaan, perubahan, dan atau pemutusan perjanjian, sekalipun tertuang dalam bentuk keputusan harus dinilai sebagai perbuatan hukum keperdataan. Keputusan yang demikian inilah yang menurut teori melebur dipahami sebagai keputusan yang melebur kedalam tindakan keperdataan. Teori ini dapat dilihat dan dianut dalam pasal 2 huruf a UU No 5/1986 yang menyatakan ” Keputusan tata usaha negara yang merupakan perbuatan hukum perdata tidak termasuk dalam pengertian Keputusan Tata Usaha Negara.

Pengecualian ini tetap dipertahankan ini tetap dipertahankan dalam Undang-Undang No 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (UU No 9 Tahun 2004). Jadi aturan dan prinsip hukum dalam hukum perikatan yang tertuang dalam Buku III BW dengan demikian

²² DiIndonesia, adanya serangkaian peraturan kebijakan dapat dilihat pada berbagai keputusan, surat edaran, surat edaran bersama dan lain-lain, yang dibuat oleh badan atau pejabat tata usaha Negara. Philipus M. Hadjon . op,cit hal 155.

berlaku bagi kontrak pemerintah di Indonesia, baik yang bernama ataupun tidak bernama.

B.2 HAK GUGAT DALAM KONTRAK BOT TERHADAP PEMERINTAH APABILA TERJADI WANPRESTASI

Gugatan Terhadap Pemerintah Bila Wanprestasi

Telah dikemukakan sebelumnya bahwa ketika pemerintah memasuki hubungan kontraktual dalam skala privat, pemerintah mempunyai peran ganda (*double role*). Di satu sisi pemerintah kedudukannya seperti subjek privat lain, namun disisi lain kedudukannya sebagai badan publik tetap melekat. Ketika pemerintah menjalin perikatan dalam skala privat maka sejak itu harus dinilai pemerintah menyatakan tunduk pada aturan privat. Dalam situasi ini berlakulah segala konsekwensi hukum yang timbul akibat hubungan yang dibentuk itu yaitu konsekwensi berlakunya prinsip dan aturan hukum dalam lapangan Hukum Perdata baik yang bersifat materiil maupun formil. Perikatan akan menimbulkan hak dan kewajiban, Demikian pula dalam perikatan yang dibentuk oleh pemerintah seperti dalam Kontrak BOT akan timbul hak dan kewajiban. Kewajiban pemerintah dalam kontrak BOT seperti menyiapkan dan pengadaan lahan, mempersiapkan regulasi-regulasi yang berhubungan dengan proses teknis dan pelaksanaan kontrak, regulasi pajak, perijinan, dan proses-proses administrasi yang lain, serta pengawasan dan pemeliharaan sampai pada jaminan keamanan selama proses operasional infrastruktur yang telah dibangun bisa berjalan sesuai manfaat dan kegunaanya. Demikian juga hak yang dimiliki pemerintah seperti memungut hasil (*pajak, royalty*) dari proyek baik dalam masa pelaksanaan dan operasional proyek yang dibangun, setelah masa konsesi selesai pemerintah berhak atas infrastruktur yang telah dibangun tanpa kompensasi apapun pada pihak swasta. Lahirnya hak dan kewajiban inilah yang pada akhirnya

akan melahirkan juga hak gugat pihak yang satu pada pihak yang lain. Dalam situasi dimana hubungan kontraktual tanggung gugat ini lahir manakala satu pihak, dalam hal ini sebagai debitor (*pemerintah*) melalaikan kewajibanya (*wanprestasi*)

Di Indonesia tidak ada terdapat aturan yang jelas terkait dengan imunitas. Dari ketentuan yang terdapat baik dalam Hukum Perdata maupun Hukum Administrasi tidak ada ketentuan yang menyatakan bahwa pemerintah tidak dapat digugat.²³ Bahkan dalam Undang-Undang No 25 Tahun 2007 tentang Investasi jelas menyebutkan setiap perjanjian investasi yang dilakukan antara pemerintah dengan pihak swasta baik dalam bentuk penanaman modal Nasional ataupun asing bila terjadi perselisihan atau sengketa dalam perjanjianya pemerintah dapat digugat. Jadi sangat jelas bahwa pemerintah mempunyai komitmen terhadap para Investor baik Investor dalam Negeri maupun Asing dalam hal menjalin perjanjian kerjasama dengan pemerintah, apabila terjadi perselisihan atau sengketa, pemerintah memberikan hak pada pihak yang merasa dirugikan untuk menyelesaikannya melalui jalur litigasi maupun non litigasi tergantung kesepakatan para pihak. Jadi pemerintah pada dasarnya melepaskan hak kekebalanya. Artinya dengan demikian pemerintah dapat digugat.

Namun dengan demikian terdapat batasan tertentu dalam kaitan dengan tanggung gugat pemerintah ini batasan itu semula tertuang dalam *Indische Comptabiliteitwet* (ICW) *Staatblad*. 1925 No 448 dinyatakan dalam pasal 66 ICW bahwa izin penyitaan barang-barang Milik Negara harus diminta kepada Mahkamah Agung dengar mendengar Penuntut Umum (Kejaksaan Agung) Izin itu tidak diberikan, kecuali bila dengan singkat dapat dibuktikan bahwa penyitaan tersebut dapat dibenarkan. Izin itu menunjuk barang-barang mana yang boleh disita. Barang-barang yang karena sifatnya ataupun tujuannya harus dianggap bukan barang untuk diperdagangkan oleh Undang-undang maupun Peraturan Umum, dinyatakan tidak

²³ Yohanes Sogar Simamora. Opcit hal 84

dapat disita. Namun setelah berlakunya Undang-Undang No 1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, ICW dianggap tidak berlaku lagi.

UU No 1 Tahun 2004 ini adalah sebagai landasan hukum dalam pengelolaan keuangan negara jadi orientasi undang-undang ini ialah untuk melindungi keuangan negara dan perlindungan terhadap kemungkinan timbulnya kerugian pada Keuangan Negara. Tidak seperti yang diatur dalam ICW yang masih memungkinkan dilakukan penyitaan terhadap aset negara, sekalipun dengan izin dari Mahkamah Agung dan Jaksa Agung namun dalam UU No 1 Th 2004 secara mutlak melarang melakukan penyitaan terhadap aset negara. Pasal 50 UU No 1 tahun 2004 menentukan :

Pihak manapun dilarang melakukan penyitaan terhadap :

- a. Uang atau surat berharga milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga
- b. Uang harus disetor oleh pihak ketiga kepada negara atau pemerintah
- c. Barang bergerak milik negara/daerah baik yang berada pada instansi Pemerintah maupun pada pihak ketiga
- d. Barang tidak bergerak dan hak kebendaan lainnya milik negara atau daerah
- e. Barang milik pihak ketiga yang dikuasai oleh negara/daerah yang diperlukan untuk penyelenggaraan tugas pemerintah.

Larangan sita aset negara seperti yang tercantum dalam pasal diatas bukan berarti menjadikan pemerintah kebal dari gugatan perdata. Dalam kaitanya dengan akibat hukum yang timbul dari suatu perikatan, prinsip larangan sita ini merupakan penyimpangan dari prinsip yang termuat dalam pasal 1131 jo. 1132 BW. Prinsip yang terkandung dalam kedua pasal ini adalah setiap benda milik debitor baik bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari menjadi tanggungan atas seluruh perikatan yang dibuat. Jadi prinsip

ini kemudian menjadi tidak berlaku pada konteks kontrak yang dibuat pemerintah dengan adanya larangan sita aset negara sebagaimana diatur dalam Pasal 50 UU No 1 2004.

Kemudian pada praktek pembuatan kontrak komersial dengan pemerintah, khususnya yang berskala internasional, imunitas lazimnya diantisipasi dengan mencantumkan klausula yang menegaskan bahwa pemerintah sebagai pihak akan melepaskan kekebalanya di depan pengadilan. Sebagai perbandingan pemerintah negara tertentu memang mempunyai kekebalan (*sovereignty*) sehingga jika pemerintah ini digugat, hak atas kekebalan itu dapat diajukan untuk membebaskan dari gugatan didepan pengadilan.

Klausula tentang pelepasan hak atas kekebalan negara pada intinya merumuskan bahwa para pihak dalam hubungan kontraknya setuju bahwa perjanjian yang dibuat merupakan tindakan perdata dan komersial, bukan merupakan tindakan pemerintah yang apabila terjadi permasalahan hukum dalam hubungan kontraknya diselesaikan sesuai dengan hukum privat. Disetujui pula dalam hal ada proses hukum yang diajukan terhadap masing-masing pihak atau aset-asetnya yang berhubungan dengan perjanjian, tidak akan ada kekebalan.²⁴ Dalam perspektif hukum Indonesia klausula semacam ini batal demi hukum (*neitig van rechtswege*) sebab bertentangan dengan pasal 1337 BW. Kontrak yang memuat klausula pelepasan hak atas kekebalan negara dari tuntutan, termasuk penyitaan atas aset negara, bertentangan dengan aturan memaksa (*mandatory rules*) yang terdapat dalam undang-undang, dalam hal ini pasal 50 UU No 1 2004. Dengan demikian sekalipun dalam kontrak diatur klausula pelepasan hak atas kekebalan negara, klausula ini tidak ada kekuatan hukumnya sepanjang kontrak ditundukan pada sistem hukum Indonesia.

²⁴ Klausula pelepasan hak kekebalan dapat dicontohkan dalam pasal 15, 8 Perjanjian jual beli energi antara PT PLN (Persero) dan Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara dan Kraha Bodas Company, LLC. Klausula serupa terdapat juga dalam pasal 21.7 Kontrak Operasi Bersama antara Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara dan Kraha Bodas Company, L.L.C

Dari uraian diatas nampak bahwa implikasi larangan sita atas aset negara dalam kaitan dengan kontrak pemerintah seperti dalam kontrak BOT yang melibatkan pemerintah sebagai kontraktan yang dibuat dan tunduk pada hukum Indonesia maka secara substansial pemerintah kebal atas tuntutan dimuka hakim. Konsekwensi ini berlaku pula sekalipun terdapat pelepasan hak atas kekebalan negara. Tetapi apabila dalam kontrak yang dimaksud terdapat klausula *governing law* yang menunjuk sistem hukum negara lain, aturan bahwa pemerintah sebagai kontraktan kebal dari tuntutan dapat disampingi dengan mengatur atau mencantumkan klausula pengesampingan yang menghapuskan hak bagi negara untuk menyatakan dirinya kebal.

C. PENUTUP

C.1 Kesimpulan

Dari uraian pembahasan dalam penelitian ini maka dapat dikemukakan kesimpulan :

1. Kedudukan pemerintah dengan mitranya dalam kontrak BOT adalah tidak sama. Ini merupakan konsekwensi yang melibatkan pemerintah ketika sebagai salah satu pihak didalamnya, mempunyai dua peranan (*double role*) satu sisi bekerja norma dan prinsip hukum privat dan disisi lain kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik tidak bisa dilepaskan. Dua peranan pemerintah inilah yang menjadikan pemerintah dalam setiap kontrak yang dibuatnya memiliki kedudukan yang istimewa dalam hubungan kontraktual dengan mitranya, baik pada fase pembentukan, fase pelaksanaan, maupun fase penegakanya. Dalam praktek peranan yang istimewa dari pemerintah ini sering menimbulkan problematika hukum yang cukup pelik. Disatu sisi pemanfaatan instrumen hukum perdata ini penting artinya bagi pemerintah dalam menjalankan fungsi pelayanan publik namun di sisi lain dapat menimbulkan persoalan hukum

yang rumit. Karena garis batas antara kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik dan subjek hukum privat sulit untuk ditentukan, terlebih dalam kontrak dengan pola BOT ini tidak terdapat legislasi yang secara khusus mengatur tentang kontrak komersial pemerintah ini, baik yang menyangkut keabsahannya maupun tanggung gugatnya. Untuk itu diperlukan pemahaman berbagai macam jenis bidang hukum baik dalam lingkup hukum privat maupun publik dalam melakukan pengkajian terhadap model kontrak ini.

2. Dalam kontrak pemerintah dengan pola kontrak BOT jika pemerintah melakukan wanprestasi, pemerintah dapat digugat baik melalui jalur litigasi maupun non litigasi tergantung dari para pihak yang dimuat dalam klausula perjanjian. Namun demikian kontrak BOT yang didalamnya pemerintah sebagai kontraktan dalam melakukan hubungan kontraknya merupakan kontrak privat, kedudukan kontrak pemerintah yang istimewa sebagai kontraktan membawa implikasi adanya larangan sita. Dengan demikian sekalipun pemerintah tidak kebal dari gugatan bila melakukan wanprestasi, tetapi pemerintah sebagai tergugat mempunyai kedudukan istimewa karena kepadanya tidak dapat dilakukan eksekusi riil pada fase pelaksanaan putusan. Dalam situasi demikian itikad baiklah yang diharapkan dari pemerintah.

C.2 SARAN

Mengingat pembangunan akan terus berlangsung dimana model kontrak BOT dan atau kontrak sejenis yang melibatkan pemerintah dan swasta dalam pelaksanaannya akan semakin banyak dipergunakan, maka perlu ada peraturan yang di khusus tentang BOT dan atau kontrak sejenis hingga ada landasan hukum yang kuat dalam pelaksanaannya