

TESIS

**PERJANJIAN KERJASAMA PEMANFAATAN BARANG MILIK
DAERAH DALAM BENTUK BANGUN GUNA SERAH (*BUILD,
OPERATE, AND TRANSFER /BOT*)**

*(Cooperation Agreement to Use Local Properties in the Form
of Build, Operate, and Transfer /BOT)*



Diajukan Dan Disusun Oleh :

ABDURRIFAI

P3600210035

PROGRAM MAGISTER KENOTARIATAN

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDDIN MAKASSAR

2012

TESIS
**PERJANJIAN KERJASAMA PEMANFAATAN BARANG MILIK
DAERAH DALAM BENTUK BANGUN GUNA SERAH (*BUILD,
OPERATE, AND TRANSFER /BOT*)**

Diajukan Dan Disusun Oleh :

**ABDURRIFAI
P3600210035**

Telah dipertahankan di depan Panitia Ujian Tesis
Pada tanggal 23 Agustus 2012
Dan dinyatakan telah memenuhi syarat

**Menyetujui
Komisi Penasihat**

Ketua

Sekretaris

Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H.

Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H., M.Si

**Ketua Program Studi
Magister Kenotariatan**

**Direktur Program Pascasarjana
Universitas Hasanuddin**

Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H., M.Si.

Prof. Dr. Ir. Mursalim, M.Sc.

PERNYATAAN KEASLIAN

Nama : ABDURRIFAI

Nim : P3600210035

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa tesis yang berjudul “ **PERJANJIAN KERJASAMA PEMANFAATAN BARANG MILIK DAERAH DALAM BENTUK BANGUN GUNA SERAH (BUILD, OPERATE, AND TRANSFER/BOT)**” adalah benar-benar karya saya sendiri. Hal yang bukan karya saya, dalam tesis ini diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila dikemudian hari pernyataan saya di atas tidak benar, maka saya bersedia menerima sanksi akademik, yang berupa pencabutan tesis dan gelar yang saya telah peroleh dari tesis tersebut.

Makassar, Agustus 2012

Yang Membuat Pernyataan

ABDURRIFAI

KATA PENGANTAR



Alhamdulillah, puji syukur penulis panjatkan atas kehadiran ALLAH SWT., Tuhan Yang Maha Mengetahui segala apa yang ada dilangit dan dibumi, apa yang ada di hati dan pikiran manusia, Maha Suci Engkau, kami tidak mempunyai pengetahuan kecuali apa yang Engkau ajarkan kepada kami. Atas berkah, rahmat dan hidayah serta petunjuk-Nya lah sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan dan penyusunan tesis ini.

Dengan menyadari segala kekurangan dan keterbatasan dalam diri penulis membawa konsekuensi logis juga kepada penulisan tesis ini. Penulis menyadari, bahwa tesis ini masih jauh dari kesempurnaan. Tesis ini merupakan hasil dari sebuah proses yang relatif panjang, memerlukan olah pikir maupun tenaga dan waktu. Tanpa adanya semangat dan motivasi, kesabaran, kerja keras, dan do'a, tidaklah mungkin penulis dapat menyelesaikan tesis ini. Tesis ini jangan dipahami sebagai hasil ijthad atau pemikiran penulis pribadi, dan walaupun ada, maka itu sangat terbatas. Tesis ini dapat diselesaikan berkat bimbingan, arahan dan bantuan yang tulus dari Komisi Penasihat serta pihak-pihak yang mendukung dan memberi semangat dalam segala hal terhadap penyusunannya. Oleh karena itu pada kesempatan ini, penulis dengan penuh keikhlasan dan rasa hormat yang setinggi-tingginya ingin menyampaikan terimakasih, penghargaan dan rasa hormat saya kepada kedua orang tua penulis, Ibunda Hj. St. Rugaya dan Ayahanda H. Muhammad Jasin Achmad, BA, yang telah melahirkan, membesarkan dengan penuh kasih sayang dan pengorbanan baik moril maupun materil tanpa pernah mengeluh dan berharap balas jasa dan yang lebih berharga adalah telah memberikan kesempatan untuk menuntut ilmu, Istriku tercinta Nurhayati, S.Pd, anak-anakku tersayang, Ahmad Fai'q Rifqi, Siti Nuraida

Zahra, Siti Aisyah Naifa Ufairah dan Atifa Nailatul Izza, yang dengan penuh kesabaran, pengertian dan kasih sayang memberikan dorongan dan dukungan dalam penyelesaian tesis ini, saudara-saudaraku, dan keluargaku yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu yang semuanya saya banggakan dan sayangi atas segala pengorbanan dan doa yang telah diberikan kepada penulis.

Secara khusus kepada Komisi Penasihat yang amat terpelajar, Bapak Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H., dan Ibu Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H., M.Si., selaku Ketua dan Anggota Komisi Penasihat tesis penulis, terima kasih atas perhatian, bimbingan, bekal ilmu dan arahan serta motivasi yang tiada henti hingga penulis mampu menyelesaikan tesis ini. Kepada Komisi Penguji, Bapak Prof. Dr. Aminuddin Ilmar, S.H., M.H., Bapak Dr. Anshori Ilyas, S.H., M.H., dan Bapak Dr. Hasbir, S.H., M.H., terima kasih atas waktu, perhatian, motivasi, arahan dan masukan yang sangat berharga demi penyempurnaan tesis ini.

Ucapan terima kasih Penulis persembahkan pula kepada yang terhormat Rektor Universitas Hasanuddin Makassar, Bapak Prof. Dr. dr. Idrus A. Paturusi, Sp. B., Sp.B.O., dan Pembantu Rektor Universitas Hasanuddin, Kepada Direktur Program Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin, Bapak Prof. Dr. Ir. Mursalim, M.S., beserta Asisten Direktur, serta Bapak Prof. Dr. dr. A. Razak Thaha, M.Sc., ketika itu menjabat sebagai Direktur Program Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin, beserta Asisten Direktur pada waktu itu, Kepada Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Bapak Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.S., DFM., dan Pembantu Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Bapak Prof. Dr. Ir. Abrar saleng, S.H., M.H., serta Bapak Prof. Dr. Syamsul Bachri, M.S., ketika itu menjabat sebagai Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, beserta Pembantu Dekan Waktu itu, kepada Ibu Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H., M.Si., Selaku Ketua Program Studi

Magister Kenotariatan Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin beserta jajarannya, serta Bapak Prof. Dr. Ahmadi Miru S.H., M.S., ketika itu menjabat sebagai Ketua Program Studi Magister Kenotariatan Pasca Sarjana Universitas Hasanuddin, beserta jajarannya, yang telah memberikan kesempatan untuk menempuh studi ini.

Bapak Prof. Dr. Sukarno Aburaera, S.H, yang telah banyak memberikan masukan, saran dan bimbingan serta dukungannya baik selama menempuh pendidikan S2 maupun pada saat penyusunan tesis ini dan Bapak Prof. Dr. Irwansyah, S.H., M.H., yang telah memberikan dukungan dan rekomendasi untuk menempuh pendidikan S2 pada Magister Kenotariatan ini.

Bapak/Ibu Tim Pengajar pada Program Studi Magister Kenotariatan yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, atas bekal ilmu, motivasi, dan perhatian hingga dapat melewati tahap-tahap penyelesaian studi ini. Beserta seluruh Staf serta Karyawan Program Studi Magister kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, yang telah menyediakan fasilitas dan pelayanan yang sangat baik selama menempuh program studi ini.

Bapak Muh. Enra Efni, S.STP., M.H. selaku Kepala Sub Bagian Kerjasama dan Pemberdayaan Ekonomi Pembangunan Pemerintah Kota Makassar. Bapak Zulkiflie, S.H., selaku Kepala Sub Bagian Data dan Informasi Bagian Hukum Pemerintah Kota Makassar dan Bapak Sudirman Latif, selaku Bendahara Koperasi Serba Usaha Bina Duta atas bantuan data dan informasi, pemikiran, saran dan dukungan serta yang selalu meluangkan waktunya menerima penulis dengan baik selama proses penelitian tesis ini.

Saudara-saudari ku Mahasiswa Program Magister Kenotariatan angkatan 2010, terima kasih atas kebersamaan, kerja sama, dukungan moril, doa, perhatian serta bantuannya kepada penulis selama ini, tetap semangat

dan jalin terus rasa persaudaraan sekarang dan selamanya dan jangan pernah memutuskan tali silaturahmi di antara kita.

Bapak Muriadi Muchtar, S.H., selaku pimpinan Law Firm Muriadi Muhtar and Partners, Bapak Rudyantho, S.H. selaku Pimpinan Law Firm Rudyantho and Partners, dan teman-teman sekerja pada PT. Bosowa Propertindo yang telah memberikan motivasi, dorongan dan dukungan selama penulis menempuh pendidikan pada Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.

Seorang penulis harus mencari kebenaran untuk kebenaran itu sendiri, dan mencari pengetahuan untuk pengetahuan itu sendiri dengan menjaga ketelitian dalam penulisan dan pembahasannya, namun penulis menyadari bahwa manusia beserta hasil pekerjaannya tidak ada yang sempurna, kesempurnaan hanya milik Allah SWT., semata, demikian pula halnya dengan tesis ini masih banyak kekurangan baik dari segi pembahasan isi, makna maupun substansi ilmunya. Untuk itu saran dan kritik konstruktif dan Kritik yang tulus, adil, dan ikhlas jauh dari fanatisme dan semata-mata berdasar pada ilmu dan kebenaran dari pembaca sangat diharapkan demi penyempurnaan tesis ini.

Terakhir, perkenalkan Penulis memohon doa restu dari para pembaca agar tesis ini dapat memberikan kontribusi yang positif dalam pengembangan Hukum Perdata dan Hukum Perjanjian pada khususnya semoga tesis ini dapat diterima sebagai karya yang bernilai ibadah di sisi Allah SWT, Amin.

Makassar, Agustus 2012

Penulis

ABSTRAK

ABDURRIFAI. *Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dalam Bentuk Bangun Guna Serah (Build, Operate, and Transfer/BOT)* (dibimbing oleh **Anwar Borahima dan Nurfaidah Said**).

Penelitian ini bertujuan; *Pertama*, untuk mengkaji dan menganalisis sifat dari Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah dan pelaksanaannya serta implikasi hukumnya berdasarkan pada Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah. *Kedua*, untuk mengetahui dan menjelaskan fungsi dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi dalam menentukan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah serta proses dan tata cara kerjanya sehingga perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah termaksud dapat dilaksanakan/dilanjutkan. *Ketiga*, untuk mengetahui kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga (pengelola) terhadap Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah yang telah dibuat dan disepakati antara Pemerintah Daerah dengan Investor (swasta) terhadap Pihak Kedua maupun terhadap pemerintah daerah.

Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum yang lebih menekankan pada penelitian empiris. Sampel penelitian ditetapkan dengan teknik *non random Sampling*. Bahan Hukum yang diteliti meliputi bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang diperoleh dari informasi yang di dapat dari hasil wawancara dengan pihak-pihak terkait, bahan hukum sekunder yang merupakan bahan hukum yang dapat mendukung keterangan-keterangan atau menunjang kelengkapan bahan hukum primer yang diperoleh dari bahan-bahan hukum yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder. Bahan hukum tersebut dianalisis secara deskriptif kualitatif.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa kedudukan hukum pemerintah dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah adalah sebagai badan hukum publik dan dapat memilih cara atau jalan hukum privat sedangkan sifat perjanjiannya adalaht privat (perdata), dengan demikian pemerintah dapat digugat atau menggugat dan sarana hukum yang dapat dipilih atau dipakai adalah dapat berupa jalur litigasi. Fungsi dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi adalah untuk menilai layak atau tidaknya investor (swasta) menjadi mitra kerjasama pemerintah daerah dan menghitung besarnya nilai kontribusi yang harus disetor oleh investor (swasta) ke kas daerah. Pihak Ketiga bertanggung jawab

sepenuhnya terhadap pelaksanaan perjanjian dan akibat hukum yang timbul dari perjanjian yang dibuat dan ditandatangani oleh oleh pemerintah daerah dengan investor (Pihak Kedua).

Kata Kunci : Bangun Guna Serah Dalam Merevitalisasi Lapangan Karebosi

ABSTRACT

ABDURRIFAI. Cooperation Agreement to Use Local Properties in the Form of Build, Operate, and Transfer (BOT) (Supervised by **Anwar Borahima** and **Nurfaidah Said**).

This study aims to: (1) investigate and analyse the characteristics of cooperation agreement to use local properties in the form of Build, Operate, and Transfer (BOT), its implementation, and its legal implications based on the Regulation of the Minister for Internal Affairs Number 17 of 2007; (2) find out and explain the function and the responsibility of Contribution Assessor Team (in determining the agreement), the process, as well as the operation procedure; and (3) find out the legal status and responsibility of the third party (management) in the agreement.

The research was conducted as a legal study with more emphasis on the empirical research. The samples were determined by using the non-random sampling technique. The study reviewed primary and secondary legal materials. The primary materials were obtained from information in interviews with relevant people. The secondary materials were those supporting the primary materials. The materials were then analysed by using the qualitative descriptive method.

The results reveal that in the cooperation agreement to use local properties in the form of Build, Operate, and Transfer (BOT), the government is a public legal institution; and the government can choose the private legal channel. The agreement has a private characteristic. Therefore, the government can be claimed or make a claim, and they can choose the litigation way. The functions and the responsibilities of the Contribution Assessor Team are: (1) to assess the feasibility of a private investor to the local treasury. The third party is fully responsible for the agreement implementation and the legal implication of the agreement made and signed by local government and the investor (as the second party).

Keywords: Build, Operate, and Transfer (BOT) in the revitalisation of Karebosi square

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
PERNYATAAN KEASLIAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
ABTSRAK.....	viii
ABTSRACT.....	ix
DAFTAR ISI.....	x
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	11
C. Tujuan Penelitian.....	11
D. Manfaat Penelitian.....	12
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	14
A. Perjanjian pada Umumnya.....	14
1. Pengertian, Unsur, dan Syarat Sahnya Perjanjian.....	14
2. Asas-Asas Perjanjian.....	28
3. Jenis Perjanjian yang dilakukan oleh Pemerintah.....	30
B. Tinjauan Umum Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	35
1. Pengertian dan Dasar Hukum Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	35
2. Tahapan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>)	38
a. Tahapan Perjanjian Kerjasama Pada Umumnya.....	38
b. Tahapan Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>)	40

3. Objek dan Subjek dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	44
a. Objek Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, And Transfer /BOT</i>)	44
b. Subjek Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer/BOT</i>)	45
4. Bentuk , isi dan Instrumen Hukum Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	53
a. Bentuk Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate and Transfer /BOT</i>).....	53
b. Isi Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model (<i>Build, Operate, and Transfer (BOT)</i>).....	54
c. Instrumen Hukum Yang digunakan dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	55
5. Syarat dan Tata Cara Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate and Transfer /BOT</i>).....	56
a. Syarat- Syarat Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	56
b. Tata Cara Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dengan Model Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	59
c. Asas-Asas Pengelolaan Pemanfaatan Barang Milik	

Daerah.....	62
C. Definisi Operasional.....	64
BAB III METODE PENELITIAN.....	66
A. Tipe dan Metode Pendekatan.....	66
B. Lokasi Penelitian.....	67
C. Populasi dan Sampel.....	67
D. Jenis dan Sumber Data.....	68
E. Teknik/Metode Pengumpulan Data.....	70
F. Analisis Data.....	71
BAB IV HASIL DAN PEMBAHASAN.....	72
A. Sifat dan kedudukan hukum pemerintah dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and</i> <i>Transfer /BOT</i>).....	72
1. Sifat Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer /BOT</i>).....	72
2. Kedudukan Hukum Pemerintah dan sarana hukum dalam penyelesaian sengketa Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate,</i> <i>and Transfer /BOT</i>).....	81
a. Kedudukan Hukum Pemerintah.....	81
b. Sarana hukum dalam penyelesaian sengketa Perjanjian Kerjasama.....	90
3. Proses / Tahapan Penentuan Mitra Kerjasama oleh Pemerintah.....	93

B. Fungsi, dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi dalam menentukan kelayakan perjanjian dengan Bangun Guna Serah (<i>Build, Operate, and Transfer</i> /BOT).....	135
C. Kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga (pengelola) terhadap Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam Bentuk Bangun Guna Serah yang telah dibuat dan disepakati antara Pemerintah Daerah dengan Investor (swasta).....	143
BAB V PENUTUP	152
A. Kesimpulan	152
B. Saran.....	155
DAFTAR PUSTAKA	159

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah.

Tujuan Negara adalah semata-mata untuk memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa sehingga mencapai masyarakat yang adil dan makmur, dan untuk mencapai tujuan termaksud maka disusun dan diimplementasikan kedalam Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945.

Dalam era otonomi daerah, Pemerintah Daerah bebas dan mandiri untuk mengelola dan mengatur kehidupan rumah tangganya sendiri. Daerah Otonom dituntut untuk aktif dan kreatif membangun daerahnya masing-masing. Hal ini sesuai dengan bunyi Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah.¹

Dengan adanya kewenangan dan otoritas yang diberikan oleh undang-undang melalui sarana/lembaga otonomi daerah termaksud, daerah atau pemerintah daerah memikul beban dan tanggung jawab yang besar untuk melayani dan mensejahterakan masyarakat di daerahnya. Dengan tanggung jawab yang besar dan kompleks termaksud pemerintah daerah diharapkan mampu untuk mengembangkan strategi dan menggali potensi daerahnya baik

¹ Otonomi Daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

sumber daya alam maupun sumber daya lainnya secara baik, tepat dan efisien semata-mata untuk meningkatkan kualitas pelayanan kepada rakyat/masyarakatnya sehingga akhirnya dapat menciptakan kesejahteraan dan kemakmuran bagi rakyatnya.

Dalam melaksanakan pembangunan dan mensejahterakan rakyat pemerintah daerah memerlukan dana atau biaya yang cukup besar, namun pemerintah daerah diperhadapkan pada sumber keuangan yang cukup terbatas, (apalagi daerah yang hanya mengandalkan dari bantuan pemerintah pusat semata). Terbatasnya kemampuan untuk melaksanakan pembangunan berupa pembangunan fisik (sarana dan prasarana) yang dibutuhkan oleh rakyatnya inilah yang memicu dan memacu pemerintah daerah untuk mencari alternatif pembiayaan lainnya. Dengan adanya kesenjangan tersebut pemerintah daerah dituntut untuk memiliki kemampuan dan talenta bisnis (wirausaha) serta dapat mengatur dan merencanakan penggunaan dan pemanfaatan asset milik daerah, sehingga dapat meningkatkan pendapatan daerah.

Dalam melaksanakan pembangunan di bidang materiil seperti di bidang pengadaan sarana dan prasarana untuk kepentingan umum /prasarana umum, pusat-pusat perbelanjaan dan lain sebagainya, pembangunan properti untuk keperluan pemerintah dan pembangunan prasarana produksi tentunya selain membutuhkan dana yang cukup besar juga membutuhkan lahan/tanah untuk membangun. Pembangunan

infrastruktur /pembangunan fisik sangat ditentukan oleh modal/dana dan lahan/tanah. Dalam kenyataannya, ada pihak yang memiliki modal yang besar tapi tidak memiliki lahan/tanah yang cukup untuk membangun (pihak swasta/investor) sedangkan pemerintah daerah memiliki asset berupa tanah yang belum didayagunakan secara optimal/maksimal karena kurangnya modal/dana yang tersedia dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) dan pemerintah daerah diharapkan mampu untuk meningkatkan penerimaan daerah, dari kondisi inilah timbulnya saling membutuhkan antara satu pihak dengan pihak yang lain yang menimbulkan adanya hubungan kerja yang melahirkan perjanjian kerjasama.

Pola kerjasama yang dilakukan oleh pemerintah daerah dengan pihak ketiga dilakukan jauh sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Pasal 195 ayat (3) dan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah. Kerjasama semacam ini telah diatur dan dilaksanakan berdasarkan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 1986 tentang Penyertaan Modal daerah kepada Pihak Ketiga seperti yang dilakukan oleh Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Melatitunggal Intiraya mengenai peremajaan dan pengembangan Pasar Sentral Ujung Pandang dan PT. Haji Latunrung L & K mengenai peremajaan dan pengembangan Pasar Butung Ujung Pandang dengan pola kerjasama Bagi Tempat Usaha. Sedangkan pola kerjasama dalam bentuk lain yaitu pemanfaatan barang milik daerah dengan pola atau

bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) seperti yang dilakukan antara pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari dalam merevitalisasi Lapangan Karebosi (membangun Karebosi link).

Perjanjian kerjasama ini dapat dilakukan oleh dan dengan siapapun, baik antara pemerintah/Negara (pusat maupun daerah) dengan swasta atau antara swasta dengan swasta. Perjanjian kerjasama antara Pemerintah Daerah dengan swasta ini sejalan dengan yang diamanatkan oleh Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Pasal 195 ayat (3) yang menentukan bahwa dalam penyediaan pelayanan publik, daerah dapat bekerja sama dengan Pihak Ketiga. Untuk mensinergikan keinginan pemerintah daerah dalam penyediaan pelayanan publik berupa penyediaan bangunan dan fasilitasnya dalam rangka memenuhi penyelenggaraan tugas pokok dan fungsinya dengan keinginan dan kemampuan Pihak Ketiga/swasta dalam mengelola dan memanfaatkan barang milik daerah, maka dipilihlah atau diciptakanlah suatu model perjanjian kerjasama antara Pemerintah Daerah dengan Swasta untuk memanfaatkan Barang Milik Daerah dan salah satu model atau bentuk kerjasama termaksud adalah dengan model Bangun Guna Serah (*Build Operate Transfer /BOT*), yang mana pemanfaatannya haruslah memperhatikan asas-asas pengelolaan barang milik daerah sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 4 ayat (1) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah, yaitu Asas Fungsional, Asas Kepastian Hukum, Asas Transparansi

dan keterbukaan, Asas Efisiensi, Asas Akuntabilitas, Asas Kepastian Nilai. Dengan kata lain Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) ini muncul sebagai akibat dari keuangan daerah yang terbatas, dimana anggaran tidak mencukupi sehingga memaksa pemerintah daerah untuk mencari penyelesaian dalam memenuhi kebutuhan dana anggaran pembangunan gedung perkantoran dan sarana lainnya.

Dalam ketentuan Pasal 2 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 dijelaskan bahwa Pengelolaan barang milik daerah sebagai bagian dari pengelolaan keuangan daerah yang dilaksanakan secara terpisah dari pengelolaan barang milik Negara. Artinya antara pengelolaan barang milik negara dengan pengelolaan barang milik daerah itu terpisah. Daerah berhak menentukan dan membuat kebijakan sendiri dalam mengelola asset dan kekayaannya sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang dan peraturan lainnya serta dapat meningkatkan kesejahteraan masyarakat di daerahnya.

Selanjutnya dalam ketentuan Pasal 32 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 dijelaskan bahwa salah satu bentuk pemanfaatan barang milik daerah yaitu dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) dengan tujuan untuk menyediakan bangunan dan fasilitasnya dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi kementrian /lembaga, yang dana pembangunannya tidak tersedia dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD).

Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) Barang Milik Daerah dapat dilaksanakan dengan persyaratan apabila pengguna barang memerlukan bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintah daerah untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi dan tidak tersedia dana dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah untuk penyediaan bangunan dan fasilitas dimaksud yang dilaksanakan oleh Pengelola barang setelah mendapat persetujuan Gubernur/Bupati/Walikota, dan mitra Bangun Bina Serah yang telah ditetapkan selama jangka waktu pengoperasian harus membayar kontribusi ke rekening kas umum daerah setiap tahunnya yang besarnya ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan tim yang dibentuk oleh pejabat yang berwenang dan tim ini dikenal dengan Tim Penilai Kontribusi dengan dasar pertimbangan bahwa barang milik daerah belum dimanfaatkan dan belum dioptimalkan, dalam rangka efisiensi dan efektifitas serta menambah /meningkatkan Pendapatan Asli Daerah (PAD) dan menunjang program pembangunan dan kemasyarakatan Pemerintah Daerah.

Tim Penilai Kontribusi memiliki peranan yang sentral dan penting dalam proses perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah, oleh karena sebelum dibuat perjanjian kerjasama antara investor dengan pemerintah daerah terlebih dahulu harus ada kajian yang mendalam dan teliti dari Tim Penilai Kontribusi. Besar kecilnya kontribusi yang masuk ke kas daerah tergantung dari hasil kajian dari Tim Penilai Kontribusi. Kajian yang

dilakukan oleh Tim Penilai Kontribusi meliputi kajian hukum, kajian administrasi, kajian ekonomi/keuangan, kajian teknis dan kajian sosial/budaya.

Tim Penilai Kontribusi haruslah bertanggung jawab penuh terhadap nilai kontribusi yang harus disetor oleh investor/swasta ke kas daerah. Bahkan bisa saja kalau terbukti sengaja merugikan keuangan daerah Tim Penilai Kontribusi dapat dimintai pertanggungjawaban dalam bentuk pidana.

Pembiayaan proyek dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) ini akan mencakup studi kelayakan, pengadaan barang, pembiayaan, sampai dengan pengoperasian yang lebih dikenal dengan 3 (tiga) tahap yang meliputi tahap Pembangunan yaitu Investor/swasta membangun bangunan dan fasilitasnya, tahap Operasional yaitu investor/swasta mengoperasikan atau mengelola bangunan yang telah dibangunnya dan tahap Penyerahan, investor/swasta menyerahkan bangunan dan fasilitasnya kepada pemerintah pada saat berakhirnya masa konsesi atau jangka waktu Perjanjian Kerjasama.

Mengingat model kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) saat ini semakin diminati oleh masyarakat dan pemerintah khususnya dalam mensiasati kurangnya atau tidak adanya anggaran untuk membangun sementara tuntutan untuk membangun sangat mendesak maka perlu dilaksanakan dengan hati-hati dan para pihak haruslah memperhatikan

ketentuan peraturan perundang-undangan yang menaungi kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) ini.

Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) ini pada dasarnya meliputi perbuatan hukum pemerintah yang bersifat publik dan perbuatan hukum pemerintah yang bersifat privat, bersifat publik karena asset atau tanah yang dijadikan objek perjanjian kerjasama pemanfaatan dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) adalah milik pemerintah daerah yang belum dimanfaatkan secara optimal, dan proses penentuan calon investor adalah dengan melalui tender/lelang dan pemenang tender//lelang ditetapkan oleh Kepala Daerah selaku pejabat publik dan lahirnya perjanjian kerjasama itu didahului oleh adanya Keputusan Tata Usaha Negara dan Perjanjiannya pun sebagian diatur dan telah ditentukan oleh Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 serta Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006. Dikatakan perjanjian dalam bentuk privat karena isi dan bentuk perjanjiannya serta pelaksanaannya juga tunduk pada ketentuan hukum perdata yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata).

Suatu perjanjian yang baik adalah perjanjian yang dapat melahirkan dan atau memberikan hak dan kewajiban serta kedudukan yang seimbang bagi para pihak, perjanjian/kontrak yang dibuat secara bebas oleh kedua

belah pihak, dengan demikian akan melahirkan kehendak yang bebas dan penuh iktikad baik untuk melaksanakannya serta tidak terkesan adanya pihak yang kuat dan pihak yang lemah. Sehubungan dengan pelaksanaan Bangun Guna Serah atas barang milik daerah ditetapkan/ dilaksanakan dalam bentuk perjanjian yang memuat antara lain yaitu pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian, objek dan subjek dalam perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*), jangka waktu dan pokok – pokok Bangun Guna Serah, data barang milik daerah yang menjadi objek Bangun Guna Serah, hak dan kewajiban para pihak yang terikat dalam perjanjian, jumlah/besarnya kontribusi yang harus dibayar oleh Pihak Ketiga, dan sanksi, dan siapa yang berwenang untuk menandatangani perjanjian termaksud serta persyaratan lain yang dianggap perlu dan yang lebih penting lagi adalah mengoptimalkan fungsi dan tanggung jawab dari Tim Penilai Kontribusi agar semuanya berjalan sesuai dengan aturan yang telah ditetapkan.

Perjanjian Kerjasama pemanfaatan barang milik Negara /daerah ini telah banyak dilakukan oleh pemerintah, khususnya pemerintah Kota Makassar, seperti proyek peremajaan dan pengembangan Pasar Sentral (Makassar Mall) dan Perjanjian Kerjasama Bersyarat peremajaan dan pengembangan serta pengelolaan Pasar Butung, Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Dalam rangka Revitalisasi Lapangan Karebosi (Karebosi Link), dan pasar daya.

Pada dasarnya perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) itu adalah satu kegiatan yang terpadu yang dimulai dari tahap membangun, mengoperasikan dan menyerahkan dan hanya mengikat dan berlaku sebagai undang-undang bagi pemerintah daerah dengan pihak investor dan tidak mengikat pihak ketiga/pihak lain yang tidak terlibat dalam satu perjanjian, hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, namun pada kenyataannya pihak investor mengalihkannya lagi kepada Pihak Ketiga (badan hukum lain/pihak lain) sebagai pengelola. Perbuatan pengalihan pengoperasian oleh investor kepada Pihak Ketiga ini tentu saja dapat menimbulkan persoalan hukum baru yang perlu dikaji dan dianalisis lebih lanjut, seperti bagaimana kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga selaku pengelola terhadap perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah yang telah dibuat dan ditandatangani oleh investor dengan pemerintah daerah, bagaimana pelaksanaan hak dan kewajibannya dan bagaimana tanggung jawabnya terhadap pemilik kios (penyewa kios).

Berdasarkan pada uraian dan fakta di atas, penulis tertarik untuk menuangkannya atau mengangkatnya menjadi satu isu sentral dan menelitinya lebih lanjut mengenai bagaimana sifat dan kedudukan hukum pemerintah dalam perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*), bagaimana peranan dan tanggung jawab dari Tim Penilai Kontribusi dalam

menentukan kelayakan perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT), serta bagaimana kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga (pengelola) terhadap Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer*/BOT) yang telah dibuat dan disepakati antara Pemerintah Daerah dengan Investor (swasta).

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dan hal-hal tersebut di atas, penulis menetapkan rumusan masalah yang akan dibahas dan diteliti dalam tesis ini yaitu :

1. Bagaimana sifat dan kedudukan hukum pemerintah dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) ?.
2. Apa fungsi dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi dalam menentukan kelayakan perjanjian dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) ?.
3. Bagaimana kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga (pengelola) terhadap Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah yang telah dibuat dan disepakati antara Pemerintah Daerah dengan Investor (swasta) ?.

C. Tujuan penelitian

Yang menjadi tujuan utama dari penelitian ini adalah :

1. Untuk mengkaji, menganalisis dan memahami sifat dari Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) dan pelaksanaannya serta implikasi hukumnya atau akibat hukumnya berdasarkan pada Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah.
2. Untuk mengetahui dan menjelaskan fungsi dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi dalam menentukan perjanjian dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) serta proses dan tata cara kerjanya sehingga perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah termaksud dapat di laksanakan/dilanjutkan.
3. Untuk mengetahui kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga (pengelola) terhadap Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) yang telah dibuat dan disepakati antara Pemerintah Daerah dengan Investor (swasta) terhadap Pihak Kedua maupun terhadap pemerintah daerah.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat dari penelitian ini adalah :

1. Secara Praktis

Diharapkan agar penelitian ini dapat memberikan kontribusi atau nilai tambah serta berfaedah dan bermanfaat bagi Pemerintah khususnya

pemerintah daerah dalam melaksanakan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) dengan demikian dapat memberikan nilai tambah/kontribusi dalam peningkatan Pendapatan Asli Daerah (PAD) sehingga dapat meningkatkan kesejahteraan yang sebesar-besarnya kepada rakyat.

Disamping itu diharapkan memberikan kontribusi kepada investor/swasta yang akan melakukan perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) dan bahan masukan bagi perkembangan hukum pada umumnya dan perkembangan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) .

2. Secara Teoritis

Diharapkan dari penelitian ini dapat menambah dan melengkapi literatur bacaan khususnya untuk mahasiswa dan masyarakat pada umumnya mengenai Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dan diharapkan dapat berguna dan bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum, khususnya hukum perjanjian.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

D. Perjanjian Pada Umumnya

4. Pengertian, Unsur, dan Syarat Sahnya Perjanjian

Adalah suatu fakta yang tidak dapat dibantah bahwa sekarang ini masih banyak orang menggunakan istilah perjanjian dan kontrak secara terpisah, pada hal istilah perjanjian itu sama dengan istilah kontrak.

Ahmadi Miru² tidak ingin membedakan antara Hukum Perjanjian dan Hukum Kontrak. Lebih lanjut dikatakan bahwa pembagian antara hukum kontrak dan hukum perjanjian tidak dikenal dalam *Burgerlijk Wetboek* (BW) karena dalam *Burgerlijk Wetboek* (BW) hanya dikenal perikatan yang lahir dari perjanjian dan yang lahir dari Undang-Undang.

Subekti³ berpendapat bahwa dua perkataan (perjanjian dan persetujuan) itu adalah sama artinya, sedangkan kontrak, lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) atau *Burgerlijk Wetboek* (BW) menggunakan istilah *overeenkomst* atau perjanjian. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 1313 KUHPerdata yang menyebutkan bahwa : “Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih“.

² Ahmadi Miru , 2007, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Jakarta , PT. Raja Grafindo Persada, , hlm. 1

³ Subekti, 1985, *Hukum Perjanjian Cetakan ke X*, , Jakarta, PT. Intermasa, , hlm. 1

Subekti⁴, menyatakan bahwa suatu perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. Dari peristiwa ini, timbullah satu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Dalam bentuknya, perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.

KRMT Tirtodiningrat, sebagaimana yang dikutip oleh A. Qirom Syamsudin Meliala,⁵ bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat diantara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat-akibat hukum yang diperkenankan oleh undang-undang.

Ahmadi Miru⁶ menyatakan bahwa kontrak atau perjanjian ini merupakan suatu peristiwa hukum di mana seorang berjanji kepada orang lain atau dua orang saling berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu.

Pengertian kontrak atau perjanjian yang dirumuskan oleh para ahli tersebut kurang tepat, karena kontrak atau perjanjian itu adalah suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh seorang yang mengikatkan diri atau berjanji (baik secara tertulis maupun tidak tertulis) kepada seorang lainnya atau lebih untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak

⁴ Ibid., hlm., 1

⁵A. Qirom Syamsudin Meliala,1985, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, Yogyakarta, Liberty, hlm. 7- 8

⁶ Ahmadi Miru, Op. Cit. hlm., 2

melakukan sesuatu sehingga menimbulkan hak dan kewajiban bagi para pihak, dimana perbuatan itu menimbulkan akibat hukum apabila tidak dipenuhi atau dilaksanakan.

Secara umum bahwa perjanjian atau kontrak itu adalah suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh seseorang kepada seorang lain atau lebih untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu, perbuatan termaksud menimbulkan hubungan hukum sehingga mempunyai akibat hukum apabila tidak dipenuhi atau ditaati.

Dalam suatu perjanjian yang lebih penting dan menentukan sah tidaknya suatu perjanjian/kontrak bahkan sangat mutlak keberadaanya adalah unsur-unsur dari suatu perjanjian/kontrak. Apabila unsur-unsur ini tidak ada maka akan menyebabkan satu kontrak/perjanjian itu batal demi hukum. Dalam perkembangan doktrin ilmu hukum dikenal adanya tiga unsur dalam perjanjian yaitu : unsur esensialia, unsur naturalia, unsur aksidentalialia.⁷

a. Unsur Esensialia

Unsur esensialia ini adalah salah satu unsur yang sangat penting/esensi dalam sebuah kontrak/perjanjian, bahkan sangat mutlak keberadaanya dan apabila unsur ini tidak ada maka akan menyebabkan satu kontrak/perjanjian itu batal demi hukum.

⁷ Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, 2003, *Perikatan Yang Lahir dari Perjanjian*, Jakarta, PT. RadjaGrafindo Persada, hlm., 84

J. Satrio⁸ menyatakan bahwa esensialia adalah unsur perjanjian yang selalu harus ada di dalam suatu perjanjian, unsur mutlak, di mana tanpa adanya unsur tersebut, perjanjian tak mungkin ada.

b. Unsur Naturalia

Unsur Naturalia ini pada umumnya telah diatur dan ditetapkan dalam undang-undang, sehingga walaupun para pihak tidak mencantumkan atau mengaturnya secara jelas dan tegas dalam satu kontrak/perjanjian, undang-undang telah mengaturnya. Ahmadi Miru⁹ menyatakan bahwa unsur naturalia merupakan unsur yang telah diatur dalam Undang-Undang sehingga apabila tidak diatur oleh para pihak dalam kontrak, undang-undang yang mengaturnya. Dengan demikian, unsur naturalia ini merupakan unsur yang selalu dianggap ada dalam kontrak. Sebagai contoh, jika dalam kontrak tidak diperjanjikan tentang cacat tersembunyi, secara otomatis berlaku ketentuan dalam BW bahwa penjual yang harus menanggung cacat tersembunyi.

c. Unsur Aksidentalialia.

Unsur aksidentalialia ini adalah suatu unsur pelengkap atau unsur penambah dari suatu kontrak/perjanjian.

⁸ J. Satrio, 1992, *Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, hlm., 57

⁹ Ahmadi Miru ,op.cit, hlm. 31-32

Ahmadi Miru¹⁰ menyatakan bahwa unsur aksidentalita merupakan unsur yang nanti ada atau mengikat para pihak jika para pihak memperjanjikkannya. Sebagai contoh, dalam kontrak jual beli dengan angsuran diperjanjikan bahwa apabila pihak debitur lalai membayar utangnya, dikenakan denda dua persen per bulan keterlambatan, dan apabila debitur lalai membayar selama tiga bulan berturut-turut, barang yang sudah dibeli dapat ditarik kembali oleh kreditor tanpa melalui pengadilan.

Ricardo Simanjuntak¹¹ menyatakan bahwa unsur accedentialia adalah unsur yang pada dasarnya menggambarkan keterbukaan dari suatu kontrak dalam mewujudkan prinsip kebebasan berkontrak bagi para pihak. Para pihak dalam hal ini dapat memperjanjikan hal-hal yang disepakati bersama dan menuangkannya dalam kontrak, walaupun hal-hal yang disepakati tersebut tidak secara tegas diatur dalam undang-undang yang telah ada, sepanjang bentuk-bentuk kesepakatan tersebut tetap memenuhi dasar dari persyaratan keabsahan dari suatu kontrak berdasarkan pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menentukan bahwa untuk sahnya persetujuan-persetujuan diperlukan empat syarat :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat perikatan;

¹⁰ Ahmadi Miru , Loc.Cit, hlm. 32

¹¹ Ricardo Simanjuntak, 2011, *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis Edisi Revisi*, Jakarta , Kontan Publishing, hlm. 115-116

3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab/causa yang halal;

Dua syarat yang pertama disebut dengan syarat-syarat Subjektif, karena mengenai orang-orangnya atau subjek yang mengadakan perjanjian dan apabila syarat ini tidak dipenuhi maka konsekuensi hukumnya adalah dapat dibatalkan, sedangkan dua syarat yang terakhir dinamakan syarat objektif karena mengenai perjanjian itu sendiri atau objek dari perbuatan hukum yang dilakukan itu, dan apabila syarat ini tidak dipenuhi maka konsekuensi hukumnya adalah batal demi hukum. Artinya perjanjian itu sejak semula atau sejak awal tidak pernah ada. Atau dengan perkataan lain kecakapan itu untuk melindungi orang yang tidak cakap sedangkan kewenangan untuk melindungi pihak lain.

1. Sepakat Mereka yang Mengikatkan dirinya /Kesepakatan

Kesepakatan para pihak merupakan unsur mutlak untuk terjadinya suatu kontrak. Kesepakatan ini terjadi dengan berbagai cara, namun yang paling penting adalah adanya penawaran dan penerimaan atas penawaran tersebut. Cara-cara untuk terjadinya penawaran dan penerimaan dapat dilakukan secara tegas maupun dengan tidak tegas, yang penting dapat dipahami atau dimengerti oleh para pihak bahwa telah terjadi penawaran dan penerimaan.¹²

¹² Ibid, hlm., 14

Penawaran adalah suatu keinginan yang diajukan oleh orang yang menawarkan (*offeror*) tersebut kepada seseorang yang menjadi tujuan dari penawarannya (*offeree*) untuk suatu hal atau pokok penawaran tertentu. Orang yang menawarkan tersebut memang mempunyai keinginan dan kesiapan untuk terikat secara hukum apabila penawarannya tersebut diterima oleh pihak yang ditawarkan. Jawaban (*response*) yang dapat diberikan oleh pihak yang ditawarkan dapat berbentuk pernyataan sikap “setuju” ataupun “menolak” penawaran tersebut. Akan tetapi, bila pihak yang ditawarkan (*offeree*) setuju menerima penawaran tersebut, maka tercapailah “kesepakatan” (*agreement*) sebagai salah satu dasar fundamental dari terbentuknya suatu kontrak.¹³

Tata cara untuk merespons Penawaran (*offer*) itu sendiri dapat dilakukan dengan berbagai bentuk, baik dengan mengikuti tatacara penerimaan penawaran secara tegas telah ditentukan oleh pihak *offeror* dalam (proposal) penawarannya tersebut, ataupun bentuk-bentuk sikap persetujuan yang dilakukan secara pasif.¹⁴ Sedangkan menurut Ahmadi Miru¹⁵ menyatakan bahwa ada beberapa contoh yang dapat dikemukakan sebagai cara terjadinya kesepakatan/terjadinya penawaran dan penerimaan adalah dengan cara tertulis; dengan cara lisan; dengan simbol-simbol tertentu; bahkan dengan berdiam diri. Hal yang senada juga dikemukakan oleh Arthur S.

¹³ Ricardo Simanjuntak, Op.Cit. hlm., 152

¹⁴ Ibid hlm., 152

¹⁵ Ahmadi Miru, Lop. Cit. hlm., 14

Hartkamp sebagaimana yang dikutip oleh Ricardo Simanjuntak¹⁶ bahwa sebagai bentuk penjabaran dari suatu keinginan, maka penawaran (*offer*) tersebut haruslah dikomunikasikan kepada sipenerima penawaran (*offeree*) yang dapat diekspresikan baik secara lisan melalui pembicaraan langsung, ataupun secara tertulis, atau bahkan hanya dengan gerakan ataupun tanda-tanda, ataupun sikap, atau bahkan tidak melakukan aktivitas sama sekali sepanjang cara-cara tersebut dapat dibuat menjadi alat komunikasi dalam pengajuan penawaran kepada pihak *offeree*.

Penerimaan merupakan sikap persetujuan dari *offere* terhadap penawaran yang diajukan oleh *offeror*. Pengertian dari persetujuan ini, bahwa pihak yang menerima tawaran tersebut secara keseluruhan tanpa adanya perubahan ataupun catatan-catatan ataupun syarat. Artinya, dalam menanggapi tawaran tersebut, penerima tawaran tidak malah mengajukan tawaran lain baik dalam pengertian untuk merubah beberapa persyaratan yang diajukan oleh *offeror* dalam penawarannya ataupun memberikan alternatif perluasan ataupun penyederhanaan beberapa point penawaran tersebut. Hal ini, disebut dengan penawaran balik (*counter offer*) yang justru sebaliknya akan membutuhkan *acceptance* dari pihak *offeror* yang pada awalnya mengajukan *offer* tersebut. Tegasnya *acceptance* tersebut adalah

¹⁶ Ricardo Simanjuntak, Op. Cit. hlm., 153-154

merupakan penerimaan penawaran tanpa menciptakan penawaran yang baru.¹⁷

Menurut Ahmadi Miru¹⁸ bahwa kontrak lahir pada saat tercapainya kesepakatan mengenai hal pokok atau unsur esensial dalam kontrak, tetapi yang menjadi masalah jika para pihak berada di tempat atau wilayah hukum yang berbeda karena para pihak tidak berhadapan langsung untuk menyampaikan kesepakatannya. Oleh karena itu, dikenal berbagai teori yang terpenting, yaitu :

1. Teori Pengiriman;

Teori ini menyatakan bahwa lahirnya kesepakatan adalah pada saat pengiriman jawaban yang isinya berupa penerimaan atas penawaran yang diterimanya dari pihak lain.

2. Teori Penerimaan;

Teori ini menyatakan bahwa kesepakatan itu terjadi manakala jawaban atas penerimaan yang berisi tentang penerimaan penawaran tersebut telah diterima oleh pihak yang menawarkan.

3. Teori Pengetahuan;

Teori ini menyatakan bahwa, terjadinya kesepakatan pada saat pihak yang mengajukan penawaran mengetahui adanya penerimaan penawaran tersebut.

¹⁷ Ibid. hlm., 167-168

¹⁸ Ahmadi Miru, Loc. Cit, hlm. 32-35

4. **Teori Ucapan atau Pernyataan;**

Teori ini menyatakan bahwa, terjadinya kesepakatan pada saat pihak yang menerima penawaran menyiapkan surat jawaban atau menjatuhkan pulpenya di atas sebuah kertas untuk menulis surat penerimaan penawaran tersebut.

5. **Teori Kotak Pos;** dan

Teori ini menyatakan bahwa, terjadinya kesepakatan adalah pada saat dimasukkannya jawaban penerimaan atas penawaran ke dalam kotak pos.

6. **Teori Dugaan.**

Teori ini menyatakan bahwa, terjadinya kesepakatan pada saat pihak yang menerima penawaran sudah menduga bahwa suratnya yang berisi penerimaan penawaran sudah diterima oleh pihak yang menawarkan.

2. **Kecakapan untuk membuat perjanjian;**

Kecakapan bertindak ini dalam banyak hal berhubungan dengan masalah kewenangan bertindak dalam hukum, karena kecakapan bertindak dapat melahirkan perjanjian yang sah.

Kecakapan merupakan syarat kedua dari adanya suatu perjanjian/kontrak. Tidak dipenuhinya syarat ini mengakibatkan perjanjian dapat dibatalkan. Kecakapan bertindak adalah merupakan suatu kewenangan, kecakapan atau kemampuan yang diberikan oleh hukum kepada subjek hukum (baik manusia maupun badan hukum) untuk melakukan perbuatan/tindakan hukum dan

perbuatan/tindakan hukum itu akan melahirkan akibat hukum. Tidak adanya kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum bagi subjek hukum mengakibatkan perbuatannya termaksud menjadi batal demi hukum, artinya perjanjian atau perbuatan hukum termaksud sejak semula tidak pernah ada. Jadi ada perbedaan antara kecakapan dan kewenangan.

Pasal 1329 KUHPerdara menegaskan bahwa setiap orang dinyatakan cakap untuk membuat perikatan-perikatan, jika ia oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap. Seseorang dinyatakan tidak cakap oleh Pasal 1330 KUHPerdara, apabila :

1. Orang-orang yang belum dewasa;

Mengenai usia dewasa sebagai syarat kecakapan bagi seseorang, di Indonesia ada beberapa argumentasi atau pendapat yang menyebutkan bahwa seseorang dianggap dewasa apabila dia telah mencapai umur 21 tahun (pendapat ini berlandaskan pada Pasal 1330 KUHPerdara), sedangkan yang berpendapat bahwa usia dewasa itu adalah 18 tahun adalah berlandaskan pada :

- a. Pasal 5 dan Pasal 61 Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Peradilan Anak;
- b. Pasal 30 dan Pasal 39 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Peraturan Jabatan Notaris;

c. Pasal 5, Pasal 6, Pasal 9, Pasal 21, Pasal 22, dan Pasal 41 Undang-undang Nomor 12 tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

2. Mereka yang ditaruh dibawah pengampuan;

Orang yang berada dibawah pengampuan ini yaitu meliputi orang yang bertindak boros, sakit ingatan, dungu (Pasal 433, Pasal 434 dan Pasal 435 KUHPerdata).

3. Orang-orang perempuan, dalam hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat persetujuan-persetujuan tertentu.

Dalam perkembangannya kewenangan bertindak bagi seorang istri ini mengalami pergeseran/perubahan yaitu seorang istri dapat saja melakukan perbuatan/tindakan hukum sendiri. Hal ini sebagaimana diatur pada Pasal 31 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1963.

Menurut Agus Yudha Hernoko¹⁹ bahwa kecakapan dalam Pasal 1320 BW syarat 2 adalah kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum. Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum diartikan sebagai kemungkinan untuk melakukan perbuatan hukum secara mandiri yang

¹⁹ Agus Yudha Hernoko, 2010, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Jakarta, Prenada Kencana Group, hlm. 183-184

mengikat diri sendiri tanpa dapat diganggu gugat. Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum pada umumnya diukur dari standar, berikut ini :

- a. Person (pribadi), diukur dari standar usia kedewasaan (*meerderjaaring*) ;
dan
- b. *Rechtsperson* (badan hukum) diukur dari aspek kewenangan (*bevoegheid*).

3. Hal tertentu/objek tertentu

Hal tertentu atau objek tertentu merupakan objek dari suatu perjanjian. Perjanjian/kontrak merupakan prestasi yang harus dilaksanakan dan haruslah jelas dan tegas diperjanjikan/ditentukan dalam kontrak.

Hal ini secara jelas ditentukan oleh Pasal 1333 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa suatu persetujuan harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya, tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu terkemudian dapat ditentukan atau dihitung.

Dalam suatu kontrak objek perjanjian harus jelas dan ditentukan oleh para pihak, objek perjanjian tersebut dapat berupa barang maupun jasa, namun dapat juga berupa tidak berbuat sesuatu. Hal tertentu ini dalam kontrak disebut prestasi yang dapat berwujud barang, keahlian atau tenaga, dan tidak berbuat sesuatu.

Berbeda dari hal di atas, dalam *Burgelijk Wetboek* (BW) dan pada umumnya Sarjana Hukum berpendapat bahwa prestasi itu dapat berupa :

- a. Menyerahkan/memberikan sesuatu;
- b. Berbuat sesuatu; dan
- c. Tidak berbuat sesuatu.

4. Causa/Sebab yang halal

Pasal 1320 KUHPerdara tidak memberikan definisi atau batasan yang jelas dan tegas mengenai sebab yang halal. Akan tetapi dalam Pasal 1337 KUHPerdara dijelaskan bahwa suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik, atau ketertiban umum. Tanpa causa atau sebab yang halal suatu perjanjian/kontrak tidak mempunyai kekuatan karena suatu perjanjian/kontrak yang didasarkan pada causa/sebab yang tidak halal akibatnya adalah batal demi hukum dan itu berarti perjanjian/kontrak itu dianggap tidak pernah ada.

Yang dimaksud dengan halal disini adalah bahwa isi kontrak tersebut tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.²⁰

Kausa yang halal dalam perjanjian yaitu isi dari perjanjian itu sendiri. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tidak memberikan definisi dengan jelas tentang causa yang halal. Dalam KUHPerdara dijelaskan bahwa sebab yang halal itu adalah :²¹

- a. Bukan tanpa sebab;
- b. Bukan sebab yang palsu ;

²⁰ Ahmadi Miru, loc.cit hlm. 30-31

²¹ Kartini Muladi dan Gunawan Wijaya, Op. Cit.,, hlm. 161

c. Bukan sebab yang terlarang.

5. Asas-Asas Perjanjian

Dalam hukum kontrak dikenal banyak asas, diantaranya adalah sebagai berikut :

1. Asas Konsensualisme

Asas Konsensualisme sering diartikan bahwa dibutuhkan kesepakatan untuk lahirnya kesepakatan. Hal ini berarti bahwa dengan tercapainya kesepakatan oleh para pihak melahirkan hak dan kewajiban bagi mereka atau biasa juga disebut bahwa kontrak tersebut sudah bersifat obligatoir, yakni melahirkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi kontrak tersebut.

Asas konsensualisme ini tidak berlaku bagi semua jenis kontrak karena asas ini hanya berlaku terhadap kontrak konsensual sedangkan terhadap kontrak formal dan kontrak riel tidak berlaku.²²

Pada prinsipnya semua perjanjian atau kontrak itu lahir dari adanya konsensus atau kesepakatan antara dua pihak atau lebih, sekalipun kontrak formal dan kontrak riel, oleh karena kedua jenis kontrak ini (formal dan riel) sebenarnya lahir atau ada karena adanya konsensus atau kesepakatan dari dua pihak atau lebih walaupun kontrak formal itu lahir atau ada setelah dilakukan secara tertulis akan tetapi awalnya didasarkan pada konsensus atau kesepakatan. Demikian pula halnya dengan kontrak riel, terjadinya kontrak tentunya didahului dengan adanya konsensus atau kesepakatan diantara dua

²² Ahmadi Miru, Op.cit, hlm. 3

pihak atau lebih. Seperti contoh yang dikemukakan oleh Ahmadi Miru²³ yang menyatakan bahwa kontrak riel lahir pada saat diteruskannya barang yang menjadi objek kontrak. Pernyataan ini tersirat makna bahwa pada hakikatnya perbuatan untuk menyerahkan barang yang menjadi objek kontrak telah didahului oleh adanya konsensus atau kesepakatan terlebih dahulu.

2. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak merupakan salah satu asas yang sangat penting dalam hukum kontrak. Kebebasan berkontrak ini oleh sebagian sarjana hukum biasanya didasarkan pada Pasal 1338 ayat (1) KUHPerduta bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya demikian pula ada yang mendasarkan pada Pasal 1320 KUHPerduta yang menerangkan tentang syarat sahnya perjanjian.

Kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian, di antaranya :

- a. Bebas menentukan apakah ia akan melakukan perjanjian atau tidak;
- b. Bebas menentukan dengan siapa ia akan melakukan perjanjian;
- c. Bebas menentukan isi atau klausul perjanjian;
- d. Bebas menentukan bentuk perjanjian; dan

²³ Ahmadi Miru, Op. Cit. hlm., 38

- e. Kebebasan-kebebasan lainnya yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.²⁴

3. Asas Mengikatnya Kontrak (*Pacta Sund Servanda*)

Setiap orang yang membuat kontrak, dan terikat untuk memenuhi kontrak tersebut karena kontrak tersebut mengandung janji-janji yang harus dipenuhi dan janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang menentukan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.²⁵

4. Asas Iktikad Baik

Asas iktikad baik merupakan salah satu asas yang dikenal dalam hukum perjanjian. Ketentuan tentang iktikad baik ini diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik.

3. Jenis Perjanjian yang dilakukan oleh Pemerintah

Kontrak pemerintah dapat berupa kontrak pengadaan dan non-pengadaan. Perbedaan itu terletak pada tujuan pembuatan kontrak. Kontrak pengadaan jelas dimaksudkan untuk pengadaan barang dan jasa, sedangkan kontrak non-pengadaan bukan dalam rangka pengadaan melainkan, dalam banyak hal, untuk pelayanan publik. Dalam perspektif Indonesia perbedaan itu

²⁴ Ahmadi Miru, Op. Cit, hlm., 4

²⁵ Ibid, hlm. 4-5

meliputi juga perbedaan dari sisi anggaran, dari sisi ini, kontrak pengadaan merupakan kontrak yang menimbulkan beban pembayaran sedangkan kontrak non-pengadaan pada umumnya merupakan kontrak yang menghasilkan pemasukan.

Kontrak non-pengadaan oleh pemerintah meliputi berbagai macam jenis. Melalui prinsip kebebasan berkontrak pemerintah dapat mengikatkan diri ke dalam jenis kontrak apa pun baik yang tergolong sebagai perjanjian bernama maupun perjanjian tidak bernama atau perjanjian campuran. Seperti halnya kontrak pengadaan, tidak ada undang-undang yang secara khusus mengatur jenis kontrak ini. Tetapi secara sporadic kontrak yang tergolong non-pengadaan ini dapat kita jumpai aturannya dalam :

- a. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 1986 tentang Penyertaan Modal Pemerintah Daerah Pada Pihak Ketiga (Permendagri No. 3/1986);
- b. Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 1998 tentang Perusahaan Perseroan (PERSERO) (PP No. 12/1998);
- c. Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU No. 17/2003);
- d. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (UU No. 19/2003).

Dalam Pasal 3 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 Tahun 1986 tentang Penyertaan Modal Pemerintah Daerah Pada Pihak Ketiga

(Permendagri No. 3/1986) dapat kita jumpai lima jenis kontrak ini, yakni : Kontrak Manajemen, Kontrak Produksi, Kontrak Bagi Keuntungan, Kontrak Bagi Hasil Usaha dan Kontrak Bagi Tempat Usaha.

Dalam penjelasan Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 3 tahun 1986 diberi pula penjelasan tentang pengertian dari masing-masing jenis kontrak di atas.

Kontrak Manajemen merupakan kontrak dimana daerah mempunyai modal dalam bentuk barang untuk suatu usaha komersial, sedangkan pengelolaannya dilakukan oleh Pihak Ketiga dengan ketentuan bahwa Pihak Ketiga akan menerima imbalan atas jasanya yang diperhitungkan dari hasil usaha dimaksud.

Kontrak Produksi adalah kontrak dimana daerah mempunyai modal dalam bentuk barang untuk suatu usaha komersial sedang pengelolaannya dilakukan oleh Pihak Ketiga dengan ketentuan antara lain: Pihak Ketiga menyediakan modal investasi dan atau modal kerja, Pihak Ketiga diwajibkan membayar sejumlah uang (*royalty*) kepada pihak Pemerintah Daerah sesuai dengan perjanjian dan untung rugi dalam berusaha menjadi tanggung jawab Pihak Ketiga.

Kontrak Bagi Keuntungan dimaknai sebagai kontrak dimana Daerah mempunyai modal dalam bentuk barang dan atau hak atas barang untuk usaha komersial, sedangkan pengelolaannya dilakukan oleh Pihak Ketiga dengan ketentuan, antara lain: Pihak Ketiga harus menyediakan modal

investasi dan atau modal kerja, Pihak Ketiga bertanggung jawab atas kelancaran jalannya usaha, dan hasil usaha atau keuntungan dibagi antara Pemerintah Daerah dengan Pihak Ketiga sesuai dengan prosentase dalam perjanjian.

Sementara itu Kontrak Bagi Hasil Usaha merupakan kontrak dimana Pihak Ketiga menginvestir terlebih dahulu modal/peralatan dan lain-lain sarana yang diperlukan sehingga usaha dimaksud mampu memproduksi dan beroperasi. Pengelolaan usaha dilakukan oleh Pemerintah Daerah c.q. Badan Pengelola. Hasil usaha yang berupa barang-barang produksi dibagi antara Pihak Pemerintah Daerah dengan Pihak Ketiga sesuai dengan prosentase yang ditetapkan dalam perjanjian.

Kontrak Bagi Tempat Usaha adalah kontrak dimana Daerah mempunyai sebidang tanah yang berstatus Hak Pengelolaan (HPL) dan memungkinkan untuk mendirikan tempat usaha, sedang untuk membangunnya diserahkan kepada Pihak Ketiga dengan persyaratan yang saling menguntungkan yakni :

- a. Semua biaya penyelesaian bangunan tempat usaha dimaksud menjadi tanggung jawa Pihak Ketiga.
- b. Sebagian dari tempat usaha yang sudah dibangun dimanfaatkan atau dikelola oleh Pihak Ketiga, sedang sebagian lainnya dimanfaatkan dan atau ditentukan statusnya oleh Pihak Pemerintah Daerah.

- c. Atas bangunan yang dibangun oleh Pihak Ketiga tersebut diberikan sertifikat Hak Guna Bangunan (HGB) di atas tanah HPL.
- d. Bangunan yang dibangun tersebut masuk dalam inventaris Daerah.
- e. Kepada Pihak Ketiga diberikan wewenang penuh untuk mengelola bagian gedung tersebut seumur Hak Guna Bangunan yang diberikan.
- f. Seluruh bangunan tersebut menjadi milik Daerah setelah berakhir Hak Guna Bangunan yang bersangkutan.²⁶

Kontrak atau kerjasama semacam ini telah dilakukan oleh Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Melatitunggal Intiraya mengenai peremajaan dan pengembangan serta pengelolaan Pasar Sentral Ujung Pandang dan PT. Haji Latunrung L & K mengenai peremajaan dan pengembangan Pasar Butung Ujung Pandang. Sedangkan pola kerjasama dalam bentuk lain yaitu pemanfaatan barang milik daerah dengan pola atau bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) seperti yang dilakukan antara pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari dalam Merevitalisasi Lapangan Karebosi (membangun Karebosi link).

E. Tinjauan Umum Bangun Guna Serah (*Build, Operate and Transfer /BOT*)

1. Pengertian dan dasar Hukum Bangun Guna Serah (*Build, Operate and Transfer /BOT*)

²⁶ Yohanes Sogar Simamora, 2010, Hukum Perjanjian Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah, Surabaya, Laksbang, hlm., 60-63

Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) adalah suatu kegiatan untuk membangun di atas tanah milik orang lain kemudian mengoperasikannya sebagai wujud dari kompensasi atas seluruh biaya yang telah dikeluarkan untuk membangun bangunan (yang dikenal dengan nama konsesi atau keuntungan ekonomis) dan setelah masa pengoperasian selesai/berakhir bangunan termaksud diserahkan kembali kepada pemilik tanah/pemerintah daerah.

Pasal 1 angka 22 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah menyebutkan bahwa :

“ Bangun Guna Serah adalah pemanfaatan barang milik 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.”

Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 22 Tahun 2009 tentang Petunjuk Teknis Tata Cara Kerja Sama Daerah, pada Lampiran II yang Mengatur tentang Contoh Bentuk/Model Kerja Sama Daerah menjelaskan bahwa :

“ Kontrak Bangun Guna Serah adalah Badan Usaha memperoleh hak untuk mendanai dan membangun suatu fasilitas/infrastruktur, yang kemudian dilanjutkan dengan pengelolaannya dan dapat menarik iuran selama jangka waktu tertentu untuk memperoleh pengembalian modal investasi dan keuntungan yang wajar. Setelah jangka waktu itu berakhir badan usaha menyerahkan kepemilikannya kepada pemerintah daerah.”

Berdasarkan Pasal 1 Keputusan Menteri Keuangan Nomor 248/KMK.04/1995 tanggal 2 Juni 1995, tentang Perlakuan Pajak Penghasilan terhadap Pihak-Pihak yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) mengatur bahwa yang dimaksud dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) adalah suatu bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*), dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa bangun guna serah berakhir.

Henri Waloejo²⁷ menyatakan bahwa Bangun Guna Serah (*Build, Operate and Transfer/BOT*) adalah :

“Pemanfaatan barang milik/kekayaan negara berupa tanah oleh pihak lain, dengan cara pihak lain tersebut membangun bangunan dan/atau sarana lain berikut fasilitasnya di atas tanah tersebut serta mendayagunakannya dalam jangka waktu tertentu untuk kemudian menyerahkan kembali tanah, bangunan dan atau sarana berikut

²⁷ Henri Waloejo, 2011, *Penggunaan dan Pemanfaatan Barang Milik Negara (Suatu Perbandingan Kebijakan Sebelumdan Sesudah Reformasi Keuangan Negara)*, Jakarta, Mitra Wacana Media, hlm. 13

fasilitasnya tersebut beserta pendaagunaannya kepada Departemen/Lembaga bersangkutan setelah berakhirnya jangka waktu yang disepakati.”

Pada prinsipnya dasar hukum mengenai Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) ini tidak ditemukan secara khusus dalam perundang-undangan Negara Republik Indonesia, Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) merupakan suatu perjanjian yang tidak bernama sehingga tidak diatur dalam KUHPerdara sebagaimana perjanjian pada umumnya.

Dalam sistem peraturan perundang-undangan Negara Republik Indonesia, dapat ditemukan pengaturan mengenai Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) ini dalam tataran Peraturan Menteri (Menteri Dalam Negeri dan Menteri Keuangan), yaitu :

- a. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah;
- b. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan dan Pemindahan Tanganan Barang Milik Negara (Lampiran V);
- c. Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 248/KMK.04/1995 Tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak Yang Melakukan Kerjasama Dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (“*Build Operate and Transfer*”).

2. Tahapan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan dan Tahapan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*)

a. Tahapan Perjanjian Kerjasama Pada Umumnya

Ada tiga tahap dalam membuat perjanjian, yaitu²⁸ :

1. Tahap *pracontractual*, yaitu adanya penawaran dan penerimaan;
2. Tahap *contractual*, yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak;
3. Tahap *post contractual*, yaitu pelaksanaan perjanjian.

Apabila teori ini di masukkan kedalam Perjanjian Kerja sama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) maka :

1. Tahap Pra Kontrak yaitu adanya penawaran dan penerimaan,²⁹
 - Proses Tender/Pelelangan
 - Negosiasi
 - Desain proyek
 - Studi kelayakan
2. Tahap Kontrak yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak;
 - Persiapan dokumen/draft Perjanjian /kontrak Kerjasama.

²⁸ Salim H.S., 2004, *Hukum Kontrak Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm., 26

²⁹ <http://Ainiplanologi.blogspot.com/2010/08/build-operate-transfer.html>, dicetak pada tanggal 10/2/2011 pukul 6:58 AM.

- Penandatanganan Perjanjian/kontrak baik dalam bentuk MoU maupun dalam bentuk Perjanjian Kerja sama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT).
- Pelaksanaan Bangun Guna Serah atas barang milik daerah ditetapkan dalam Surat Perjanjian yang memuat antara lain :³⁰
 - 1) Pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian;
 - 2) Obyek Bangun Guna Serah;
 - 3) Jangka waktu Bangun Guna Serah;
 - 4) Pokok- pokok mengenai Bangun Guna Serah;
 - 5) Data barang milik daerah yang menjadi objek Bangun Guna Serah;
 - 6) Hak dan kewajiban para pihak yang terikat dalam perjanjian;
 - 7) Jumlah/besarnya kontribusi yang harus dibayar oleh Pihak Ketiga;
 - 8) Sanksi;
 - 9) Surat Perjanjian ditandatangani oleh pengelola atas nama Kepala Daerah dan mitra kerjasama;
 - 10) Persyaratan lain yang dianggap perlu.

3. Tahap *Post* (Pasca) Kontrak yaitu pelaksanaan perjanjian

- Pelaksanaan kontrak

³⁰ Lampiran Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 angka VIII point 4 Bangun Guna Serah

b. Tahapan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) terbagi dalam tiga tahap yang berlangsung secara prosedural, yaitu tahap pembangunan, tahap operasional dan tahap penyerahan. Pada tahap pembangunan pihak pemilik tanah menyerahkan penggunaan tanah yang dimiliki atau dikuasainya kepada investor untuk di bangun di atasnya suatu bangunan komersial beserta segala fasilitasnya. Sebelum dibangun investor wajib menunjukkan gambar bangunan kepada pemilik tanah dengan disertai penjelasan secara rinci.

Pada tahap operasional, pihak investor berhak mengoperasikan bangunan komersial yang dibangun untuk jangka waktu tertentu dengan membayar *fee* tertentu kepada pihak pemilik tanah atau tanpa membayar *fee*. Jangka waktu pengoperasian atau pengelolaan berkisar antara 15 sampai 30 tahun. Jika pihak investor harus membayar *fee* kepada pemilik tanah, besarnya *fee* ditetapkan berdasarkan prosentase dari pendapatan kotor (hasil bruto) tiap tahun dan ditetapkan secara berjenjang.

Pada tahap penyerahan, pihak investor wajib menyerahkan kembali tanah dan bangunan komersial di atasnya beserta segala fasilitasnya kepada

pihak pemilik tanah setelah jangka waktu operasional berakhir, dalam keadaan dapat dan siap dioperasikan³¹

Menurut Budi Santoso³² bahwa paling tidak terdapat tiga ciri proyek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*), yaitu :

a. Pembangunan (*Build*)

Pemilik proyek sebagai pemberi hak pengelolaan memberikan kuasanya pada pemegang hak (kontraktor) untuk membangun sebuah proyek dengan dananya sendiri (dalam beberapa hal dimungkinkan didanai bersama/*participating interest*). Desain dan spesifikasi bangunan umumnya merupakan usulan pemegang hak pengelolaan yang harus mendapat persetujuan dari pemilik proyek.

b. Pengoperasian (*Operate*)

Merupakan masa atau tenggang waktu yang diberikan pemilik proyek pada pemegang hak untuk selama jangka waktu tertentu mengoperasikan dan mengelola proyek tersebut untuk diambil manfaat ekonominya. Bersamaan dengan itu pemegang hak berkewajiban melakukan pemeliharaan terhadap proyek tersebut. Pada masa ini pemilik proyek dapat juga menikmati sebagai hasil sesuai dengan perjanjian jika ada.

c. Penyerahan kembali (*Transfer*)

³¹ Taufiq El Rahman, (1994 : 19-20) , dalam Siti Ummu Adillah, 2004, *Konstruksi Hukum Perjanjian Build, Operate and Transfer (BOT) sebagai Alternatif Pembiayaan Proyek*, Jurnal Hukum, Vol. XIV, No. 1 , April 2004

³² Budi Santoso, 2008, *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur dengan Model BOT (Build Operate Transfer)*, Yogyakarta, Genta Press, hlm., 16.

Pemegang hak pengelolaan menyerahkan hak pengelolaan dan fisik proyek pada pemilik proyek setelah masa konsesi selesai tanpa syarat (biasanya). Pembebanan biaya penyerahan umumnya telah ditentukan dalam perjanjian mengenai siapa yang menanggungnya.

Kedua pendapat tersebut di atas memberikan ciri atau tahapan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) dari sisi perjanjian kerjasama antara swasta dengan swasta. Sedangkan tahapan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) berdasarkan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 17 Tahun 2007 dapat disimpulkan sebagai berikut :

a. Tahap Pembangunan (*Build*)

Pada tahap ini pihak pemerintah daerah /pemilik tanah menyerahkan tanah yang menjadi objek perjanjian kerjasama kepada investor untuk dibangun bangunan beserta fasilitas lainnya. Pembangunan bangunan beserta fasilitasnya haruslah didasarkan pada gambar/site/desain yang telah disetujui bersama oleh kedua pihak.

b. Tahap Operasional (*Operate*)

Setelah masa pembangunan bangunan beserta fasilitas lainnya dibangun oleh investor, maka pada tahap operasional ini pihak investor mengoperasikan atau mengelola dan memanfaatkan bangunan beserta fasilitasnya dalam jangka waktu tertentu (selama-lamanya 30 tahun dan dapat diperpanjang apabila disepakati oleh kedua belah pihak), dan selama masa pengelolaan/pengoperasian termaksud investor diwajibkan

untuk membayar pemasukan atau kontribusi kepada daerah (*fee*) sebesar yang telah ditentukan/ditetapkan.

c. Tahap Transfer/Penyerahan (*Transfer*)

Apabila setelah masa /jangka waktu pengelolaan /pemanfaatan ini telah selesai maka, tahap selanjutnya yang harus dilakukan oleh investor adalah menyerahkan bangunan beserta fasilitasnya yang telah dibangunnya diserahkan kembali kepada pemerintah daerah selaku pemilik. Pada tahap ini investor haruslah menyerahkan bangunan beserta fasilitasnya dalam keadaan baik dan dapat dipakai serta bernilai ekonomis.

Penyerahan kembali bangunan/gedung beserta fasilitas kepada Pemerintah Daerah yang bersangkutan dilaksanakan setelah masa pengoperasian yang dijanjikan berakhir yang dituangkan dalam bentuk Berita Acara.

3. Objek dan Subjek dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*)

a. Objek Dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*)

Pada prinsipnya semua bidang usaha dapat menjadi objek perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*), namun demikian ada syarat-syarat khusus untuk dapat menjadi objek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) dan dalam rangka mengoptimalkan daya guna dan hasil guna barang milik daerah serta meningkatkan penerimaan daerah.

Akan tetapi dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) yang dapat menjadi objek Perjanjian adalah Barang Milik Daerah atas Tanah dan/atau Bangunan yang sudah diserahkan oleh Pengguna kepada Pengelola. Dari objek perjanjian berupa tanah dan/atau bangunan yang sudah diserahkan ini dapat dilakukan/dijabarkan kedalam beberapa bidang usaha yaitu seperti :³³

1. Pembangunan prasarana umum, dapat berupa ;
 - a. Jalan bebas hambatan (jalan tol)
 - b. Pembangkit listrik beserta jaringan distribusinya
 - c. Sistem telekomunikasi beserta jaringannya
 - d. Pelabuhan peti kemas.
2. Pembangunan properti, dapat berupa ;
 - a. Pertokoan dan pusat-pusat perbelanjaan (*shopping center*)

³³ Taufiq El Rahman (1994 : 16-17) , dalam Siti Ummu Adillah, 2004, *Konstruksi Hukum Perjanjian Build, Operate and Transfer (BOT) sebagai Alternatif Pembiayaan Proyek*, Jurnal Hukum, Vol. XIV, No. 1 , April 2004,

- b. Pertokoan
- c. Hotel/Apartemen
- d. Convention Center
- e. Gudang Penyimpanan

3. Pembangunan prasarana produksi

Pembangunan prasarana produksi ini berupa pembangunan suatu pabrik yang menghasilkan suatu produk tertentu (perjanjian ini masih sangat jarang terjadi).

b. Subjek Dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

Berbicara mengenai subjek dalam perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) tidak dapat dipisahkan dengan subjek hukum, karena subjek hukum secara singkat dan praktis adalah pemangku hak dan kewajiban, yaitu Orang yang terdiri dari Manusia dan Badan Hukum (privat dan publik).

Berdasarkan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara pada Lampiran V angka Romawi IV disebutkan bahwa Subjek pelaksanaan Bangun Guna Serah adalah :

1. Pihak yang dapat melaksanakan Bangun Guna Serah Barang Milik Negara adalah Pengelola Barang;

2. Pihak-Pihak yang dapat menjadi Mitra Bangun Guna Serah adalah :

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

Salah satu konsekuensi yuridis Daerah Otonom selaku badan hukum publik adalah dimungkinkannya Pemerintah Daerah melakukan tindakan keperdataan, mewakili badan hukum daerah.

Laica Marzuki³⁴ sebagaimana dikutip oleh Ridwan, menyatakan bahwa perbuatan hukum keperdataan dari badan atau Pejabat Tata Usaha Negara telah menjadi salah satu sarana hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan dewasa ini. Hal ini sesuai pula apa yang dikatakan oleh Aminuddin Ilmar³⁵ bahwa Negara dalam memenuhi tugas publiknya bukan hanya melalui jalur atau cara hukum publik, melainkan juga harus melalui jalan hukum privat. Dengan melalui jalan hukum publik tampak Negara sulit untuk melaksanakan tugasnya secara cepat dan memuaskan. Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa berdasar wewenang hukum publik yang ada padanya itu hanya dapat diberikan oleh atau hanya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, yang tentunya pelaksanaan wewenang itu harus terikat pada norma-norma hukum positif. Kadang kala harus melalui suatu prosedur tertentu, sehingga pelaksanaan tujuan itu menjadi lama. Adapun Negara

³⁴ Ridwan, 2009, *Hukum Administrasi Di Daerah*, Yogyakarta, FH UII Press, hlm. 88

³⁵ Aminuddin Ilmar, *Hak Menguasai Negara Dalam Privatisasi BUMN*. Jakarta. Prenada Media Group., hlm., 155

seringkali dituntut untuk melaksanakan hal tersebut secara cepat, maka tentunya Negara harus memilih jalan atau cara lain untuk melaksanakan tujuannya itu, yakni dengan melalui cara hukum privat.

Bagir Manan³⁶ menyebutkan bahwa bentuk-bentuk perbuatan keperdataan yang dapat dilakukan Daerah adalah membuat perjanjian yang berupa perjanjian perdata biasa, perjanjian wewenang pemerintahan, perjanjian kebijaksanaan (*beleidsvereenkomst*), perjanjian jual beli, mendirikan yayasan, mendirikan perseroan terbatas, dan sebagainya. Ketika satuan pemerintah daerah melakukan hubungan keperdataan atau kerjasama yang bersifat privat, maka pihak pemerintah mengedepankan diri selaku *openbaar lichamen rechtspersonen* dan bukannya bertindak selaku *overheid*, sekalipun yang diperjanjikan adalah kebijakan yang merupakan bagian dari *overheidsdaden*.

Dengan demikian, kontrak bisnis dimana salah satu pihaknya adalah Pemerintah, maka kontrak bisnis demikian disebut sebagai “ Kontrak Bisnis yang Berdimensi Publik “. Istilah “dimensi publik” memang tidak lazim digunakan. Istilah ini sengaja dipakai untuk menunjukkan adanya pemerintah sebagai pihak dalam sebuah kontrak bisnis. Perlu ditegaskan bahwa kontrak bisnis dimana salah satu pihaknya adalah Badan Usaha Milik Negara (BUMN), maka kontrak yang demikian bukan termasuk dalam pengertian kontrak bisnis yang berdimensi publik, hal ini karena mengingat Badan Usaha

³⁶ Ibid, hlm. 89

Milik Negara (BUMN) merupakan subjek hukum dalam hukum perdata walaupun kepemilikannya ada di tangan pemerintah/Negara.

Sebagai contoh dalam hal Kontrak Bisnis yang Berdimensi Publik adalah seperti, pemerintah membeli barang atau jasa, pemerintah memiliki lahan di tempat-tempat strategis dimana kurang dimanfaatkan sehingga untuk mengoptimalkan pemanfaatannya instansi pemerintah seringkali melakukan kerjasama dengan perusahaan swasta untuk melakukan apa yang disebut dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*). Pemerintah dalam kaitannya dengan hal ini dianggap sebagai subjek hukum perdata. Sebagai subjek hukum perdata maka pemerintah merupakan badan hukum, karena pemerintah menjalankan kegiatan komersial yang harus dibedakan dari kegiatan pemerintahan.³⁷

Dalam perbuatan hukumnya sebagai subjek hukum dalam perjanjian perdata biasa (kontrak bisnis) dengan pihak swasta, perlu diperhatikan siapa subjek yang mewakili pemerintah, kemudian apakah subjek atau pejabat yang mewakili pemerintah tersebut dalam menandatangani Perjanjian dengan pihak swasta telah memenuhi prosedur hukum administrasi Negara. Secara teori hukum administrasi Negara, dijelaskan bahwa setiap perjanjian yang dilakukan pemerintah dalam lingkup Perjanjian Hukum Perdata Biasa, selalu didahului oleh adanya suatu Keputusan Tata Usaha Negara untuk melakukan

³⁷ Iwan E. Joesoef, 2006, Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (Swasta) Dalam Proyek Infrastruktur, Jakarta, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hlm., 26-27

suatu tindakan Hukum Perdata Biasa maupun lainnya. Setelah ada Keputusan Administrasi Negara, kemudian perjanjian perdata dilakukan.³⁸ Dalam melakukan tindakan hukum pemerintah daerah dan dalam mengeluarkan Keputusan Tata Usaha Negara haruslah memiliki atau mempunyai kewenangan.

Menurut P. Nicolai sebagaimana yang dikutip oleh Ridwan HR³⁹ bahwa setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus memiliki legitimasi yaitu kewenangan yang diberikan oleh undang-undang. Dengan demikian, substansi asas legalitas adalah wewenang, yakni “ *Het vermogen tot het verrichten van bepaalde rechtshandelingen*”, yaitu kemampuan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu.

Seiring dengan pilar utama Negara hukum, yaitu asas legalitas (*legaliteitsbeginsel* atau *het beginsel van wetmatigheid van bestuur*), maka berdasarkan prinsip ini tersirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoritik, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.

³⁸ Safri Nugraha, et.al. hukum Adminitrasi Negara (Jakarta : Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 70, dikutip dari Iwan E. Joesoef, 2006, Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (Swasta) Dalam Proyek Infrastruktur, Jakarta, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hlm., 29

³⁹ P. Nicolai dalam Ridwan HR, 2011 Edisi Revisi, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta, PT. RadjaGrafindo Persada, hlm., 98

Indroharto⁴⁰ mengatakan bahwa pada atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan. Disini dilahirkan atau diciptakan suatu wewenang baru. Lebih lanjut disebutkan bahwa legislator yang kompeten untuk memberikan atribusi wewenang pemerintahan itu dibedakan antara :

a. Yang berkedudukan sebagai *original legislator*; di Negara kita di tingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi dan DPR bersama-sama pemerintah sebagai yang melahirkan suatu undang-undang, dan di tingkat daerah adalah DPRD dan Pemerintah Daerah yang melahirkan Peraturan Daerah.

b. Yang bertindak sebagai *delegated legislator*; seperti Presiden yang berdasar pada suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan Peraturan Pemerintah di mana diciptakan wewenang-wewenang pemerintahan kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara tertentu.

Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara yang telah memperoleh wewenang pemerintahan secara atributif kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara lainnya. Jadi suatu delegasi selalu didahului oleh adanya suatu atribusi wewenang.

⁴⁰ Indroharto, 1993, *Usaha Memahami Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku II Jakarta, Pustaka Sinar Harapan, hlm., 92

Mengenai atribusi, delegasi dan mandat ini H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt sebagaimana yang dikutip oleh Ridwan HR⁴¹ mendefinisikan sebagai berikut :

- a. *Attributie* : *toekenning van en bestuursbevoegheid door een wetgever aan een bestuursorgan, (atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan).*
- b. *Delegatie* : *overdracht van een bevoegheid van het ene bestuursorgan aan een ander, (delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ kepada organ pemerintahan lainnya).*
- c. *Mandaat* : *een bestuursorgan laat zijn bevoegheid namens hem uitoefenen door een ander (mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya).*

Brouwer berpendapat pada “atribusi”, kewenangan diberikan kepada suatu badan administrasi oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan putusan kewenangan sebelumnya dan memberikannya kepada yang berkompeten.

Delegasi ditransfer dari kewenangan atribusi dari suatu badan administrasi yang satu kepada yang lainnya, sehingga delegator/delegans (badan yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan

⁴¹ H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt dalam Ridwan, Op. Cit., hlm., 102

tersebut atas namanya. Pada mandat tidak terdapat suatu transfer kewenangan, tetapi pemberi mandat (mandans) memberikan kewenangan pada badan yang lain (mandataris) untuk membuat suatu keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya.

Ada perbedaan yang mendasar yang lain antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang siap ditransfer, tidak demikian dengan delegasi. Dalam kaitan dengan asas legalitas kewenangan tidak dengan didelegasikan secara besar-besaran, akan tetapi hanya mungkin di bawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi.⁴²

Philippus M. Hadjon memberikan catatan berkaitan dengan penggunaan istilah “wewenang” dan “bevoegheid”. Istilah “ bevoegheid” digunakan dalam konsep hukum privat dan hukum publik, sedangkan “wewenang” selalu digunakan dalam konsep hukum Publik.

Wewenang sebagai konsep hukum publik sekurang-kurangnya terdiri dari 3 (tiga) komponen, yaitu :

- pengaruh;
- dasar hukum;
- konformitas hukum.

⁴² Brouwer dalam Nur Basuki Minarno, 2010, Penyalahgunaan Wewenang Dalam Pengelolaan Keuangan Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi, Surabaya, Laksbang Mediatama, hlm., 74-75

Komponen pengaruh ialah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum. Komponen dasar hukum bahwa wewenang itu selalu harus dapat ditunjuk dasar hukumnya. Komponen konformitas mengandung makna adanya standar wewenang yaitu standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu).⁴³

4. Bentuk, isi, dan Instrumen Hukum Kerjasama Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

a. Bentuk

Mengenai bentuk perjanjian kerjasama pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) ini tidak secara jelas dan tegas ditentukan oleh peraturan perundang-undangan, yang pasti adalah berbentuk tertulis apakah itu dibuat dibawah tangan ataukah dengan akta otentik.

b. Isi

Mengenai isi dari Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) ini setidaknya telah ditetapkan dalam Pasal 41 ayat (7) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007. Dalam ketentuan Pasal

⁴³ Philipus M. Hadjon dalam dalam Nur Basuki Minarno, 2010, Penyalahgunaan Wewenang Dalam Pengelolaan Keuangan Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi, Surabaya, Laksbang Mediatama, hlm., 65-66.

termaksud dijelaskan bahwa 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;
- f. Pokok-pokok mengenai bangun guna serah;
- g. Data barang milik daerah yang menjadi objek bangun guna serah;
- h. Jumlah/besarnya kontribusi yang harus dibayar oleh Pihak Ketiga;
- i. Sanksi;
- j. Surat Perjanjian ditandatangani oleh pengelola atas nama Kepala Daerah dan mitra kerjasama;
- k. Persyaratan lain yang dianggap perlu.

c. Instrumen Hukum yang digunakan dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT).

Sesuai dengan kedudukan Daerah Otonom sebagai organ pemerintahan, yang diatur dan tunduk pada ketentuan hukum publik, dan sebagai badan hukum, yang diatur dan tunduk pada ketentuan hukum privat,

maka Daerah Otonom dengan sendirinya dapat melakukan kerjasama yang bersifat publik dan yang bersifat privat. Mengenai kerja sama privat yang dilakukan oleh pemerintah, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt sebagaimana yang dikutip oleh Ridwan, mengemukakan bahwa kerjasama privat dapat dilaksanakan antara pemerintah dengan pihak swasta dengan menggunakan bentuk hukum privat, berbentuk perusahaan-perusahaan dan yayasan-yayasan. Pada perusahaan-perusahaan dapat dilihat secara sederhana (dari segi pembagian saham), sebagian saham ada ditangan pemerintah dan sebagian lainnya di tangan pihak swasta. Lebih-lebih setelah bentuk yayasan dikenal, ada organisasi swasta yang diajak bekerja sama untuk mengelola urusan sosial budaya, mengelola urusan sekolah secara bersama-sama, dan sebagainya. Terdapat sejumlah yayasan yang didirikan oleh pemerintah sebagai wadah kerja sama) dengan “inisiatif swasta”.⁴⁴

Dengan demikian sarana hukum yang dipakai dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang milik Daerah dengan model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) ini adalah hukum perdata (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007, dan hal ini sesuai dengan apa yang dikatakan oleh Laica Marzuki dan Bagir Manan serta Aminuddin Ilmar tersebut di atas.

⁴⁴ Ridwan, op.cit., hlm., 111-112

5. Syarat, Tata Cara dan Asas Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT).

a. Syarat – Syarat Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah haruslah memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- 1) Gedung yang dibangun berikut fasilitas harus sesuai dengan kebutuhan Pemerintah Daerah sesuai dengan tugas dan fungsi;
- 2) Pemerintah daerah memiliki tanah yang belum dimanfaatkan;
- 3) Dana untuk pembangunan berikut penyelesaian fasilitasnya tidak membebani APBD;
- 4) Bangunan hasil guna serah dapat dimanfaatkan secara langsung oleh Pihak Ketiga;
- 5) Mitra Bangun Guna Serah harus mempunyai kemampuan dan keahlian;
- 6) Objek Bangun Guna Serah berupa sertifikat tanah hak pengelolaan (HPL) milik Pemerintah Daerah tidak boleh dijaminkan, digadaikan, dan dipindahtangankan;
- 7) Pihak Ketiga akan memperoleh Hak Guna Bangunan di atas HPL milik Pemerintah Daerah;

- 8) Hak Guna Bangunan diatas HPL milik Pemerintah Daerah dapat dijadikan jaminan, diagunkan dengan dibebani hak tanggungan dan hak tanggungan dimaksud akan dihapus dengan habisnya Hak Guna Bangunan;
- 9) Izin mendirikan bangunan atas nama Pemerintah Daerah;
- 10) Obyek pemeliharaan meliputi tanah beserta bangunan dan/atau sarana berikut fasilitasnya;
- 11) Mitra Bangun Guna Serah membayar kontribusi ke kas daerah setiap tahun selama jangka waktu pengoperasian;
- 12) Besaran kontribusi ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan Tim yang dibentuk dengan Keputusan Kepala Daerah dengan memperhatikan antara lain :
 - a) Nilai asset berupa tanah milik pemerintah daerah sebagai objek Bangun Guna Serah ditetapkan sesuai Nilai Jual ObjekPajak (NJOP) dan harga pasaran umum, apabila dalam satu lokasi terdapat nilai NJOP dan harga pasaran umum setempat yang berbeda dilakukan penjumlahan dan dibagi sesuai jumlah yang ada;
 - b) Apabila pemanfaatan tanah tidak merubah status penggunaan/pemanfaatan (fungsi), dimana pola Bangun Guna Serah dilakukan pembangunannya dibawah permukaan tanah, maka nilai tanahnya diperhitungkan separuh 50 % dari nilai sebagaimana dimaksud huruf a;

- c) Peruntukkan Bangun Guna Serah untuk kepentingan umum dan atau kepentingan perekonomian /perdagangan;
 - d) Besaran nilai investasi yang diperlukan/disediakan pihak ketiga;
 - e) Dampak terhadap penyerapan tenaga kerja dan peningkatan Pendapatan Asli Daerah (PAD).
- 13) Selama masa pengoperasian, tanah dan/atau bangunan tetap milik Pemerintah Daerah;
- 14) Penggunaan tanah yang dibangun harus sesuai dengan Rencana Umum Tata Ruang Wilayah/Kota (RUTWK);
- 15) Jangka waktu pengunausahaan paling lama 30 (tiga puluh) tahun sejak dimulai masa pengoperasian;
- 16) Biaya penelitian, pengkajian, penaksir dan pengumuman lelang, dibebankan kepada APBD;
- 17) Pelaksanaan penelitian, pengkajian dilaksanakan oleh Tim yang ditetapkan dengan Surat Keputusan Kepala Daerah dan dapat bekerjasama dengan Pihak Ketiga;
- 18) Biaya yang berkenaan dengan persiapan dan pelaksanaan penyusunan surat perjanjian, konsultan pelaksana/pengawas, dibebankan pada Pihak Ketiga.
- b. Tata cara Pemanfaatan Barang Milik Daerah Dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)**

Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT) adalah pemanfaatan tanah dan/atau bangunan milik Pemerintah Daerah oleh Pihak Ketiga membangun bangunan siap pakai dan/atau menyediakan, menambah sarana lain berikut fasilitas di atas tanah dan/atau bangunan tersebut dan mendayagukannya selama kurun waktu tertentu untuk kemudian setelah jangka waktu berakhir menyerahkan kembali tanah dan bangunan dan/atau sarana lain berikut fasilitasnya tersebut kepada Pemerintah Daerah.

Pasal 41 ayat (1) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 beserta Lampirannya angka VIII point 4 sub b dan c mengatakan bahwa penetapan mitra kerjasama Bangun Guna Serah dilaksanakan melalui tender/lelang dengan mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 peserta/peminat, apabila diumumkan 2 kali berturut-turut peminatnya kurang dari 5, dapat dilakukan proses pemilihan langsung atau penunjukkan langsung⁴⁵ melalui negosiasi baik teknis maupun harga.

⁴⁵ Dalam Pasal 1 Peraturan Pemerintah No. 29 Tahun 2000 tentang Penyelenggaraan Jasa Konstruksi dijlaskan bahwa :

Pemilihan Langsung adalah pengadaan konstruksi tanpa melalui pelelangan umum atau pelelangan terbatas, yang dilakukan dengan membandingkan sekurang-kurangnya 3 (tiga) penawar dari penyedia jasa dan dapat dilakukan negosiasi, baik dari segi teknis maupun harga, sehingga diperoleh harga yang wajardan secara teknis dapat dipertanggungjawabkan.

Penunjukkan Langsung adalah pengadaan jasa konstruksi yang dilakukan tanpa melalui pelelangan umum, pelelangan terbatas, atau pemilihan langsung yang dilakukan hanya terhadap 1 (satu) penyedia jasa dengan cara melakukan negosiasi baik dari segi teknis maupun harga sehingga diperoleh harga yang wajar dan secara teknis dapat dipertanggungjawabkan.

Pelelangan Terbatas adalah pelelangan untuk pekerjaan tertentu yang diikuti oleh penyedia jasa yang dinyatakan telah lulus prakualifikasi dan jumlahnya diyakini terbatas dengan pengumuman secara luas melalui media masa, sekurang-kurangnya 1 (satu) media cetak dan papan pengumuman resmi untuk umum sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya.

Dasar pertimbangan Bangun Guna Serah atas barang milik daerah yaitu :

- 1) Barang milik daerah belum dimanfaatkan;
- 2) Mengoptimalkan barang milik daerah;
- 3) Dalam rangka efisiensi dan efektifitas;
- 4) Menambah/meningkatkan Pendapatan Daerah; dan
- 5) Menunjang program pembangunan dan kemasyarakatan Pemerintah Daerah.

Berdasarkan ketentuan Pasal 3 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 dijelaskan bahwa :

- (1) Barang Milik Daerah itu 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;
 - 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.

Pelelangan Umum adalah pelelangan yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media masa, sekurang-kurangnya 1 (satu) media cetak dan papan pengumuman resmi untuk umum sehingga masyarakat luas dunia usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi dapat mengikutinya.

Pada Lampiran Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun angka VIII point 4 sub e mengatakan bahwa Permohonan penggunausahaan ditujukan kepada Panitia tender/lelang dengan dilengkapi data-data sebagai berikut :

- 1) Akte pendirian.
- 2) Memiliki SIUP sesuai bidangnya.
- 3) Telah melakukan kegiatan usaha sesuai bidangnya.
- 4) Mengajukan proposal.
- 5) Memiliki keahlian dibidangnya
- 6) Memiliki modal kerja yang cukup.
- 7) Data teknis :
 - o Tanah : Lokasi/alamat, luas, status, penggunaan saat ini.
 - o Bangunan : Lokasi/alamat, luas, status kepemilikan.
 - o Rencana Pembangunan gedung dengan memperhatikan:
 - KDB (Koefisien Dasar Bangunan)
 - KLB (Koefisien Luas Bangunan).
 - Rencana Pembangunan dlsb.

Sedangkan pada Lampirannya angka VIII point 4 sub f mengatakan bahwa Panitia Tender /Lelang tersebut bertugas sebagai berikut .:

1. Menerima dan meneliti secara administratif permohonan yang diajukan oleh pemohon;

2. Meneliti dan membahas proposal/surat permohonan yang diajukan pemohon yang berkaitan dengan jenis usaha, masa pengelolaan, besarnya kontribusi dan hal-hal lain yang dianggap perlu sesuai bentuk pemanfaatannya bersama sama dengan pihak pemohon;
3. Melakukan penelitian lapangan;
4. Membuat Berita Acara hasil penelitian;
5. Memberikan dan menyampaikan saran pertimbangan kepada Kepala Daerah;
6. Menyiapkan surat jawaban penolakan atau persetujuan pemanfaatan dari Kepala Daerah tentang persetujuan pemanfaatan;
7. Menyiapkan Keputusan Kepala Daerah tentang persetujuan pemanfaatan;
8. Menyiapkan Surat Perjanjian, Berita Acara Serah Terima.

c. Azas-Azas Pengelolaan Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

Azas-azas pengelolaan dan pemanfaatan Barang Milik Daerah dapat ditemukan pada Pasal 4 ayat (1) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 dan dalam Lampirannya pada bagian I Umum angka 1 Latar Belakang yang menyebutkan bahwa barang milik daerah sebagai salah satu unsur penting dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan dan pelayanan masyarakat harus dikelola dengan baik dan benar, yang pada gilirannya dapat mewujudkan pengelolaan barang milik daerah dengan memperhatikan azas-azas sebagai berikut :

- a. **Azas Fungsional**, yaitu pengambilan keputusan dan pemecahan masalah dibidang pengelolaan barang milik daerah yang dilaksanakan oleh kuasa pengguna barang, pengguna barang, pengelola barang dan Kepala Daerah sesuai fungsi, wewenang dan tanggungjawab masing-masing;
- b. **Azas Kepastian Hukum**, yaitu pengelolaan barang milik daerah harus dilaksanakan berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan;
- c. **Azas Transparansi**, yaitu penyelenggaraan pengelolaan barang milik daerah harus transparan terhadap hak masyarakat dalam memperoleh informasi yang benar;
- d. **Azas Efisiensi**, yaitu pengelolaan barang milik daerah diarahkan agar barang milik daerah digunakan sesuai batasan-batasan standar kebutuhan yang diperlukan dalam rangka menunjang penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pemerintahan secara optimal;
- e. **Azas Akuntabilitas**, yaitu setiap kegiatan pengelolaan barang milik daerah harus dapat dipertanggungjawabkan kepada rakyat;
- f. **Azas Kepastian Nilai**, yaitu pengelolaan barang milik daerah harus didukung oleh adanya ketetapan jumlah dan nilai barang dalam rangka optimalisasi pemanfaatan dan pemindahtanganan barang milik daerah serta penyusunan neraca pemerintah Daerah.

E. Definisi Operasional

1. Perjanjian adalah perbuatan hukum yang didasarkan pada suatu kesepakatan antara pemerintah daerah dengan pihak swasta/investor

untuk memanfaatkan barang milik daerah dengan syarat dan ketentuan sebagaimana yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.

2. Kerjasama adalah kesepakatan yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah di satu pihak dan swasta/investor di pihak lain untuk melaksanakan suatu perbuatan tertentu.
3. Pemanfaatan adalah suatu perbuatan untuk memanfaatkan atau mendayagunakan fungsi suatu barang menjadi lebih berhasil guna dan berdaya guna.
4. Barang Milik Daerah adalah barang yang dibeli atau yang diperoleh atas beban Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah atau perolehan lainnya yang sah berupa tanah.
5. Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer /BOT*) adalah suatu kegiatan yang dilakukan oleh pihak swasta/investor untuk menggunakan dan atau memanfaatkan barang milik daerah dengan cara membangun bangunan beserta fasilitasnya, kemudian mengoperasikannya dalam jangka waktu tertentu dengan membayar kontribusi ke kas daerah dan setelah mengoperasikannya kemudian menyerahkan kembali tanah beserta bangunan berikut fasilitas yang ada di atasnya setelah berakhirnya jangka waktu masa pengelolaan kepada Pemerintah Daerah .

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Tipe dan Metode Pendekatan

1. Tipe Penelitian

Penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum yang lebih menekankan pada penelitian empiris, yaitu penelitian yang mengutamakan penelitian lapangan untuk memperoleh bahan hukum primer dan juga menggunakan metode penelitian yang sifatnya yuridis normative, yakni untuk mengkaji konsep-konsep hukum terkait dengan kontrak pada umumnya dan kontrak kerjasama atau kontrak komersial pada khususnya, artinya fakta-fakta di lapangan dikaitkan dengan kaidah-kaidah hukum yang berkaitan demi memperoleh bahan hukum sekunder.

2. Metode Pendekatan/Spesifikasi Penelitian

Pendekatan penelitian yang digunakan adalah bersifat kualitatif, dengan cara menganalisis bahan hukum secara komprehensif baik primer maupun bahan hukum sekunder yang diperoleh selama melakukan penelitian, yaitu bahan hukum yang dinyatakan oleh responden. Selain itu juga dilakukan secara deskriptif yaitu penulis berkeinginan untuk memberikan gambaran atau pemaparan atas subjek dan objek penelitian dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan dan teori-teori yang berkaitan dengan penelitian ini.

B. Lokasi Penelitian

Penelitian dilaksanakan di Kota Makassar, hal ini disebabkan oleh karena di Propinsi Sulawesi Selatan, Kota Makassar banyak

melaksanakan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan menggunakan sistem atau model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT).

C. Populasi dan Sampel

1. Populasi

Yang menjadi Populasi dalam penelitian ini adalah Pihak Swasta /Perusahaan – Perusahaan Swasta yang melakukan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dan Pemerintah Kota Makassar.

2. Sampel

Yang menjadi sampel dalam penelitian ini adalah Pemerintah Kota Makassar selaku Pihak Pertama (Pemerintah Daerah) dan Koperasi Serba Usaha Bina Duta sebagai Pihak Ketiga yang memegang hak pengelolaan dari PT. H. Latunrung L & K.

Pemilihan Sampel dalam penelitian ini dilakukan dengan teknik *non random sampling*, yaitu tidak memberikan kesempatan yang sama kepada individu di dalam populasi untuk dipilih menjadi sampel. Adapun teknik yang digunakan adalah *purposive sampling* (penarikan sampel bertujuan) dilakukan dengan cara mengambil subjek yang didasarkan pada tujuan tertentu.

D. Jenis dan Sumber Bahan Hukum

1. Bahan Hukum Primer

Bahan Hukum Primer merupakan bahan hukum yang diperoleh melalui studi lapangan, bahan hukum primer meliputi bahan hukum perilaku terapan dari ketentuan normative terhadap peristiwa *in concreto*. Bahan Hukum primer ini diperoleh secara langsung dari hasil wawancara atau tanya jawab yang dilakukan secara langsung oleh peneliti terhadap responden atau narasumber yaitu Kepala Sub Seksi Data dan Informasi Bagian Hukum Kantor Walikota Makassar, Kepala Sub Seksi Kerjasama Pemberdayaan Ekonomi dan Pembangunan (Ekbang) Kantor Walikota Makassar, Anggota Tim Penilai Kontribusi dan Koperasi Serba Usaha Bina Duta selaku pemegang Hak Pengelolaan dari PT. H. Latunrung L & K) yang dilaksanakan di lokasi penelitian yang berkaitan dengan masalah penelitian untuk mendapatkan informasi atau bahan hukum yang dibutuhkan.

2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum yang diperoleh dari dokumen-dokumen seperti buku-buku, Makalah, Jurnal Ilmiah di bidang hukum atau tulisan-tulisan melalui media online seperti internet, termasuk juga semua peraturan dan ketentuan yang berkaitan dengan Perjanjian Kerjasama

Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan *Model* Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*).

Bahan hukum sekunder dalam penelitian ini antara lain :

1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata).
2. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintah Daerah.
3. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.
4. Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.
5. Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah.
6. Peraturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara.
7. Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 248/KMK.04/1995 Tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap

Pihak-Pihak Yang Melakukan Kerjasama Dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer*/BOT).

8. Peraturan Daerah Kota Makassar Nomor 1 Tahun 2008.

Bahan hukum yang diperoleh dari responden dilengkapi dengan keterangan narasumber yang terkait dengan pembahasan penelitian ini yaitu Tim Pengkaji Kontribusi. Pihak Pemerintah Kota Makassar, Swasta/Investor. Dalam penelitian ini tentunya akan diperoleh bahan hukum Sekunder dan bahan hukum Primer .

E. Teknik/Metode Pengumpulan Bahan hukum

Pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan, Wawancara, yaitu dengan bertanya langsung pada yang diwawancarai, dan studi dokumen hukum yang diperoleh dari peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dengan Model Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer*/BOT), buku-buku yang berkaitan dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT), Jurnal Ilmiah di bidang hukum dan tulisan melalui media online (internet).

F. Analisis Bahan Hukum

Setelah pengumpulan bahan hukum, tahap selanjutnya adalah pengolahan bahan hukum. Bahan hukum sekunder yang diperoleh melalui penelitian kepustakaan kemudian disusun dalam suatu kerangka sistematis, bahan hukum tersebut kemudian dianalisis dan ditafsir secara langsung dan sistematis sehingga kesimpulan yang diambil dapat dipertanggungjawabkan secara rasional sistematis, artinya bahwa setiap bagian yang dianalisis saling berkaitan satu dengan yang lainnya. Hasil analisis tersebut akan diperoleh gambaran yang menyeluruh dari permasalahan yang diajukan. Selain itu peneliti juga melakukan pendekatan perundang-undangan. Hal ini dimaksudkan bahwa peneliti menggunakan peraturan perundang-undangan sebagai dasar awal melakukan analisis.

Setelah dianalisis, hasilnya disajikan secara deskriptif dengan menggambarkan dan menguraikannya apa adanya sesuai dengan permasalahan yang diteliti. Dari hasil tersebut ditarik suatu kesimpulan yang merupakan jawaban atas permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian ini dan saran yang bertujuan untuk memberikan saran guna perbaikan lebih lanjut.

BAB IV

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Sifat dan kedudukan hukum pemerintah dalam Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

1. Sifat Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT).

Dengan melibatkan diri ke dalam suatu transaksi komersial, pemerintah mengikatkan diri pada suatu hubungan kontraktual. Jenis hubungan kontraktual yang dibentuk juga beragam. Jika dilihat dari sisi anggaran, kontrak yang dibuat oleh pemerintah itu pada dasarnya dapat dikelompokkan menjadi dua jenis, yaitu kontrak yang bersifat pembelanjaan dan kontrak yang membawa penerimaan pendapatan.⁴⁶ Pada prinsipnya kontrak dilakukan oleh pemerintah dengan swasta itu adalah kontrak komersial sekalipun didalamnya terkandung unsur hukum publik, karena pada saat pelaksanaan kontrak/perjanjiannya tunduk dan taat pada ketentuan hukum privat.

Sebagaimana individu melakukan usaha guna memenuhi kebutuhan dan kepentingan pribadinya, pemerintah juga dituntut untuk memenuhi kebutuhan publik 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

⁴⁶ Charles dalam Yohanes Sogar Simamora, Op. Cit., hal., 9

fungsinya disamping tindakan-tindakan sepihak yang didasarkan pada kewenangan dari perintah.

Pemanfaatan lembaga hukum perdata oleh pemerintah telah dikenal sejak lama. Dalam skala sempit hubungan hukum itu hanya dalam batas jual beli. Ini terjadi dalam jenis kontrak pengadaan. Dalam perkembangannya hubungan hukum yang diciptakan semakin beragam dan kompleks. Alasan utama kontraktualisasi adalah bahwa dengan instrumen perdata ini pemerintah dalam hal-hal tertentu lebih mudah dan efisien dalam mencapai tujuan pemerintahan. Suatu kegiatan atau program pemerintah yang boleh jadi cukup sulit dilaksanakan dengan tindakan yang bersifat sepihak, mendapatkan kemudahannya melalui penggunaan instrumen hukum perdata. Dalam perjalanannya kemudian pemerintahan telah menjadikan sarana hukum kontrak sebagai salah satu cara dalam menjalankan fungsinya. Ini bahkan telah menjadi fenomena yang telah mengubah budaya dalam dunia administrasi Negara.⁴⁷

Kontraktualisasi membawa implikasi kontrak yang dibuat oleh pemerintah selalu terdapat unsur hukum publik. Inilah alasan mengapa kontrak pemerintah disebut 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

⁴⁷ Yohanes Sogar Simamora, Op. Cit., hal., 77-78

publik, elemen hukum publik juga terdapat dalam fase pelaksanaan dan penegakan kontrak. Daya kerja hukum publik berlaku dalam semua fase ini. Adanya unsur hukum publik inilah yang menjadi alasan mengapa kontrak pemerintah ada yang menilai bukan sebagai kontrak melainkan sebagai “peraturan” karena isi yang terkandung di dalamnya tidak mencerminkan adanya persesuaian kehendak. Dalam kontrak pemerintah terjadi “pencangkakan”, karena pembuatannya sama seperti kontrak, tetapi isinya mengandung efek peraturan. Kuatnya warna publik dalam kontrak pemerintah menjadi alasan bahwa aturan dalam hukum kontrak konvensional tidak sesuai dalam hubungan kontraktual antara pemerintah dengan individu maupun perusahaan swasta.⁴⁸

Apa yang terkandung dalam kontrak pemerintah pada dasarnya adalah kemauan sepihak dari pemerintah. Syarat-syarat dalam kontrak telah disiapkan oleh pemerintah melalui perancang yang terampil dan berpengalaman. Pihak kontraktor atau investor hanya mempunyai dua pilihan, setuju atau tidak. Sama sekali tertutup kemungkinan melakukan penawaran balik. Kontrak baku yang secara luas digunakan dalam praktik kontrak pemerintah dengan demikian hanya menyisakan sedikit hak bagi kontraktor, selebihnya adalah kewajiban yang harus dipatuhi. Dalam keadaan

⁴⁸ Ibid, hal., 80-81

normal para pihak membuat kontrak dilandasi kehendak bebas. Atas dasar ini kontrak berkekuatan hukum sah dan karenanya berlaku mengikat.⁴⁹

Adanya unsur hukum publik dalam kontrak pemerintah menempatkan pemerintah dalam dua peran. Disatu sisi, sebagai kontraktan pemerintah berkedudukan seperti subjek hukum privat, di sisi lain dalam kedudukan sebagai badan hukum publik, pemerintah menjalankan fungsi pelayanan publik. Dalam kaitan ini maka di samping pemerintah terikat pada ketentuan yang terdapat dalam konstitusi dan undang-undang, ia juga terikat pada norma privat khususnya dalam hubungannya dengan kontrak.⁵⁰

Aminuddin Ilmar⁵¹ menyatakan bahwa Negara tidak dapat setiap saat melakukan pilihan antara menggunakan hukum publik atau hukum privat. Sebab Negara terikat pada satu keharusan untuk melaksanakan kebijaksanaannya itu berdasarkan wewenang hukum publik yang ada padanya. Kalaupun Negara itu ingin memilih atau berjalan sesuai dengan hukum privat, maka tentunya Negara harus menanggung segala akibat hukum yang timbul berdasar cara hukum privat seperti, harus bersedia secara sukarela mempertanggung jawabkan perbuatannya secara hukum privat misalnya saja, melalui ganti kerugian atau wanprestasi. Jangan Negara dengan alasan wewenang publik yang ada pada dasarnya justru menghindari dari kewajibannya itu.

⁴⁹ Ibid, hal., 82

⁵⁰ Ibid, hal. 85

⁵¹ Aminuddin Ilmar, Op. Cit. hlm 156-157.

Dalam perspektif Indonesia, kontrak komersial yang 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 KUHPerdata sebagai aturan umum yang menentukan keabsahan bagi semua jenis kontrak.

Tindakan yang dilakukan oleh Pejabat Tata Usaha Negara mewakili pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual merupakan tindakan keperdataan. Kontrak yang dibuat atau ditandatangani dengan demikian tunduk pada aturan yang berlaku bagi kontrak privat. Dalam hal kontrak itu didahului dengan atau dituangkan dalam suatu keputusan, maka keputusan yang dimaksud bukan merupakan Keputusan Tata Usaha Negara yang menjadi kompetensi Peradilan Tata Usaha Negara. Hal-hal yang menyangkut pembentukan, pelaksanaan, perubahan atau pemutusan perjanjian, sekalipun tertuang dalam bentuk keputusan harus dinilai sebagai suatu perbuatan hukum keperdataan. Keputusan yang demikian inilah yang menurut teori melebur (teori ini menyatakan bahwa keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum perdata tidak termasuk dalam pengertian

Keputusan Tata Usaha Negara) dipahami sebagai keputusan yang melebur ke dalam tindakan keperdataan.⁵²

Jadi pada prinsipnya pemerintah daerah adalah badan hukum publik dan dapat bertindak dengan jalan atau cara hukum privat dan sebagai pelaku hukum privat pemerintah daerah berkedudukan sebagai subjek hukum dapat melakukan hubungan hukum perdata, seperti perjanjian perdata biasa dalam hal jual beli, sewa-menyewa dan lain sebagainya dengan subjek hukum perdata lain pada umumnya. Dengan demikian meskipun perjanjian tersebut termasuk dalam hukum privat akan tetapi pemerintah tetap terikat atau tidak lepas dalam kapasitasnya sebagai pelaku hukum publik. Sebagai pelaku hukum publik, Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara bertindak berdasarkan aturan dan prinsip-prinsip legalitas (wewenang, prosedur, dan substansi).

Kontrak /Perjanjian Kerjasama dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) yang dilakukan oleh pemerintah Kota Makassar dengan pihak swasta/investor selalu terdapat percampuran unsur-unsur hukum publik dan hukum privat/perdata. Pada dasarnya, hukum yang diberlakukan terkait dengan cara terjadinya perjanjian/kontrak dan penentuan tentang akibat-akibat perjanjian yang diadakan dengan pihak Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara itu yakni hukum perdata biasa.

⁵² Ibid, hal. 91-92

Dikatakan demikian karena kenyataannya terdapat dua faktor yang membatasi berlakunya asas tersebut pada perjanjian yang dibuat antara seseorang atau badan hukum perdata dengan pemerintah yakni :

- a. Undang-undang sendiri dapat menentukan pengaturan khusus, terutama mengenai; kewenangan badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersangkutan untuk mengadakan perjanjian semacam itu; berlakunya lembaga-lembaga pengawasan administratif baik yang prefentif maupun represif.
- b. Kadang kala segi kepentingan umum dapat menjadi penghalang kelangsungan berlakunya perjanjian-perjanjian antara seseorang atau badan hukum perdata dengan pemerintah.

Kolaborasi antara hukum privat dan hukum publik dalam suatu hubungan kontraktual merupakan suatu implikasi logis dari pemanfaatan instrumen hukum perdata oleh pemerintah khususnya hukum kontrak dalam pengelolaan urusan pemerintahan, oleh karenanya kontrak semacam ini memiliki karakter yang berbeda dengan kontrak privat pada umumnya. Kontrak yang melibatkan pemerintah tersebut merupakan kontrak yang hidup dalam dua alam berbeda, yaitu alam hukum publik dan alam hukum privat.⁵³

Pada prinsipnya perjanjian atau kontrak itu lahir dari adanya perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua orang atau lebih yang mengikatkan diri untuk

⁵³ Merry Tjoanda, 2010, " Ringkasan Disertasi Kedudukan Hukum Pemerintah Dalam Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa" (Disertasi Pascasarjana tidak diterbitkan, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin) hal.59-60.

berbuat sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Oleh karena itu, suatu perjanjian/kontrak ada atau lahir karena adanya kesepakatan yang tidak bertentangan dengan hukum, ketertiban dan kesusilaan serta kesepakatan yang tidak diliputi oleh cacat kehendak seperti kekhilafan, penipuan, dan paksaan. Semua perjanjian/kontrak bentuknya adalah privat, apakah itu hasil kesepakatan antara orang perorang/swasta dengan swasta/badan hukum ataukah antara swasta dengan pemerintah. Dengan demikian, maka sebagai konsekuensi logis dari hal itu, maka sifat dari perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate , and Transfer/BOT*) adalah bersifat privat atau masuk dalam lingkup hukum privat, walaupun lahir dan keberadaannya dimulai atau dipengaruhi oleh hukum publik. Oleh karena sifat dari perjanjiannya adalah privat maka instrumen hukum yang dipakai adalah instrumen hukum privat, walaupun pengaturan dari Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) ini diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 dan lahirnya/keberadaannya didahului oleh satu Keputusan Pejabat Tata Usaha Negara, akan tetapi pelaksanaan dari Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah itu tunduk dan taat pada ketentuan hukum privat karena ia merupakan suatu perjanjian/kontrak. Selain itu suatu perjanjian/kontrak pada prinsipnya atau esensinya adalah merupakan tindakan keperdataan dari para pihak. Satu perjanjian/kontrak apapun namanya merupakan hasil dari kesepakatan para pihak yang

membuatnya, tanpa adanya kesepakatan tidak akan lahir suatu kontrak/perjanjian, karena tidak ada perjanjian/kontrak yang lahir secara sepihak.

Hal ini dapat dilihat pada Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam rangka merevitalisasi Lapangan Karebosi. Pada perjanjian/kontrak termaksud para pihak secara bebas menentukan isi perjanjian/kontraknya dan tunduk serta terbentuk dari prinsip Pasal 1320 KUHPerduta. Para pihak bebas melakukan negosiasi isi dari perjanjian/kontrak yang akan dibuatnya, demikian penjelasan dari M. Enra Efni dalam suatu wawancara tanggal 9 Juli 2012 di Kantor Walikota Makassar.

Kontrak yang dibuat oleh pemerintah bersifat multi aspek dan mempunyai karakter yang khas. 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 yang khas yang membedakan dengan kontrak komersial pada umumnya. Apabila dalam kontrak komersial para pihak mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam mengatur hubungan hukum atau mengatur kewajiban kontraktual mereka.⁵⁴

Dalam kaitanya dengan kontrak yang dibuat oleh pemerintah, keabsahan merupakan isu hukum yang sangat penting. Di samping ditentukan oleh persyaratan pelelangan (tender), keabsahan kontrak juga ditentukan oleh

⁵⁴ Yohanes Sogar Simamora, Op. Cit., hal. 6

isinya dan terpenuhinya syarat kewenangan pada pejabat dalam membuat dan menandatangani kontrak mewakili organ publik atau lembaga pemerintahan. Demikian juga hal-hal yang menyangkut aspek pelaksanaan kontrak. Proses pengadaan, yang pada prinsipnya dilakukan dengan tender, yang kemudian diikuti dengan pembuatan dan pelaksanaan kontrak merupakan rangkaian yang tak dapat dipisahkan satu dengan yang lain. Ketiga tahapan ini adalah merupakan proses.⁵⁵

Sekalipun kontrak pemerintah bertujuan melindungi kepentingan umum, kontrak ini tetap saja bersifat komersial. Artinya, kedua belah pihak, baik pemerintah maupun investor/swasta berorientasi pada manfaat dari dibuat atau dilaksanakannya kontrak. Bagi investor/swasta selaku mitra, jelas yang menjadi tujuan adalah memperoleh keuntungan dan bagi pemerintah orientasinya adalah kesejahteraan rakyat.

2. Kedudukan Hukum Pemerintah dan sarana hukum dalam penyelesaian sengketa Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT).

a. Kedudukan Hukum Pemerintah

Kedudukan pemerintah selaku badan hukum dan wakil dari jabatan, dengan kedua kedudukan ini akan muncul dua bentuk perbuatan hukum, yaitu perbuatan hukum publik dan perbuatan hukum perdata. Perbuatan hukum

⁵⁵ Ibid, hal. 13

publik, merupakan suatu perbuatan yang diatur dan tunduk pada ketentuan hukum publik, sedangkan perbuatan hukum perdata diatur dan tunduk pada ketentuan hukum perdata. Karena adanya dua jenis perbuatan pemerintahan ini dalam kaitannya dengan tanggung gugat yang dipikul oleh pemerintah, yaitu tanggung gugat publik dan tanggung gugat perdata. Selain kedua jenis perbuatan hukum perdata dalam kaitannya dengan kewenangan hukum publik, artinya ada percampuran antara perbuatan hukum publik dengan hukum perdata. Oleh karena itu tanggung gugat jenis ketiga yaitu tanggung gugat pemerintah dalam menggunakan instrumen hukum campuran antara hukum publik dan hukum perdata.⁵⁶

Hal ini yang mengundang pertanyaan adalah apakah Negara c.q. pemerintah itu setiap saat bebas untuk mengadakan pilihan antara menggunakan ketentuan hukum publik ataukah berdasar ketentuan hukum privat?. Dalam ilmu hukum terdapat dua pandangan mengenai hal tersebut. Pandangan yang pertama adalah apabila Negara mempunyai keinginan kemungkinan untuk berjalan sesuai hukum publik, maka Negara juga mempunyai kebebasan untuk melaksanakannya secara hukum privat. Dalam pandangan ini orang melihat Negara itu sebagai subjek hukum, yang boleh mengambil bagian atas dasar yang sama dengan subjek hukum lainnya dalam lalu lintas hukum.⁵⁷ Dengan kata lain, bahwa Negara menurut hukum privat

⁵⁶ Merry Tjoanda, Op. Cit, hal. 92

⁵⁷ J.C.T. Simorangkir dalam bukunya Aminuddin Ilmar, op. Cit. hlm. 155-156

adalah suatu badan hukum sehingga sepanjang dengan kedudukannya itu sebagai badan hukum dan diizinkan oleh hukum publik, maka Negara dapat melakukan tindakan sesuai dengan ketentuan hukum privat. Negara dapat menggunakan hukum privat, apabila hal itu lebih baik baginya.

Pandangan yang kedua mengemukakan bahwa Negara pada dasarnya tidak mencari sesuatu apa pun dalam hukum privat. Hanya apabila Negara dalam keadaan terpaksa untuk menjalani hukum privat, maka Negara berhak untuk memilih jalan itu. Menurut N.E. Algra *et al* (1977), secara primer Negara itu adalah suatu badan hukum publik.⁵⁸ Oleh karena itu, badan ini dalam keadaan tertentu harus turut dalam lalu lintas hukum privat seperti, Negara itu harus membeli barang, menyewa gedung, dan sebagainya, akan tetapi peran serta Negara itu adalah terpaksa.

Aminuddin Ilmar⁵⁹ mengatakan bahwa Negara harus melaksanakan kebijaksanaan itu dengan alat hukum publik yang tersedia padanya. Negara tidak dapat setiap saat melakukan pilihan antara menggunakan hukum publik atau hukum privat. Sebab Negara terikat pada satu keharusan untuk melaksanakan kebijaksanaannya itu berdasarkan wewenang hukum publik yang ada padanya. Kalaupun Negara itu ingin memilih atau berjalan sesuai dengan hukum privat, maka tentunya Negara harus menanggung segala akibat hukum yang timbul berdasar cara hukum privat seperti, harus bersedia

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ Aminuddin Ilmar, Loc. Cit. hlm. 156

secara sukarela mempertanggung jawabkan perbuatannya secara hukum privat misalnya saja, melalui ganti kerugian karena wanprestasi. Jangan Negara dengan alasan wewenang publik yang ada pada dasarnya justru menghindari dari kewajibannya itu.

Kedudukan pemerintah dalam suatu hubungan kontraktual memang istimewa. Situasi ini pada akhirnya membawa kompleksitas pada hubungan hukum yang terbentuk. Di samping adanya kemungkinan penyalahgunaan keadaan yang merugikan pihak privat (investor/swasta), tidak tertutup kemungkinan timbulnya persoalan hukum yang cukup pelik. Di samping karena faktor tidak memadainya aturan yang tersedia, juga karena faktor kurangnya pemahaman pejabat publik dalam memanfaatkan instrumen hukum perdata tersebut serta tidak tertutup kemungkinan penyimpangan praktik oleh pihak pemerintah.⁶⁰

Pemerintah Daerah adalah merupakan Badan Hukum Publik dan bukan Badan Hukum Privat, adapun keterlibatan pemerintah daerah dengan pihak swasta merupakan hubungan hukum yang bersifat privat dan itu merupakan pilihan hukum dalam rangka pelaksanaan perjanjian kerjasama dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*). Dalam kaitannya dengan pilihan hukum termaksud pemerintah dapat saja menggugat atau digugat. Pemerintah tidak dapat melindungi atau beralasan bahwa dirinya kebal (*immun*) terhadap gugatan yang diajukan oleh pihak yang merasa

⁶⁰ Yohanes Sogar Simamora, Op. Cit. hal., 83

dirugikan atau dilanggar haknya dengan alasan bahwa berkedudukannya sebagai badan hukum publik. Pemerintah harus taat dan tunduk terhadap pilihan hukum yang telah dipilihnya.

Di satu sisi pemanfaatan instrumen hukum perdata ini penting bagi pemerintah dalam menjalankan fungsi pelayanan publik tetapi di sisi lain dapat menimbulkan persoalan hukum yang pelik karena garis batas antara kedudukan pemerintah sebagai subjek hukum publik dan subjek hukum privat sulit ditentukan, lebih-lebih jika tidak terdapat legislasi yang secara khusus mengatur mengenai kontrak komersial oleh pemerintah baik yang menyangkut keabsahannya maupun tanggung gugatnya. Terjadinya kekaburan ini dapat mengakibatkan timbulnya ketidakpastian hukum yang pada akhirnya dapat merugikan keuangan Negara pada satu sisi dan pihak swasta dengan siapa pemerintah berkontrak di sisi lain. Dalam kaitan ini maka prinsip hukum yang patut diperhatikan dalam kontrak komersial oleh pemerintah adalah : *pertama*, kewenangan pejabat dalam membuat dan menandatangani kontrak baik yang menyangkut limitasi, prosedur yang diperlukan maupun tanggung gugatnya. *Kedua* , kontrak komersial oleh pemerintah merupakan kontrak privat dan bukan kontrak administratif sehingga terhadap jenis kontrak ini berlaku prinsip dan norma hukum kontrak dalam KUHPerdata (BW). *Ketiga*, sekalipun kontrak pemerintah merupakan kontrak privat, kedudukan pemerintah sebagai kontraktan membawa implikasi adanya larangan sita. Dengan demikian sekalipun pemerintah tidak kebal dari

gugatan tetapi pemerintah sebagai tergugat mempunyai kedudukan istimewa karena kepadanya tidak dapat dilakukan eksekusi riil pada fase pelaksanaan putusan. Dalam situasi demikian iktikad baiklah yang diharapkan dari pemerintah.⁶¹ Walaupun tidak dapat dilakukan eksekusi riil atas objek perkara akan tetapi pemerintah dapat dikenakan pembayaran ganti rugi atau kompensasi sesuai nilai asset yang akan disita.

Salah satu persoalan yang tidak kalah pentingnya dengan yang lainnya, yaitu mengenai kekebalan atau immunitas yang dimiliki oleh pemerintah apabila digugat di muka pengadilan yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian/kontrak. Terdapat kekhawatiran seolah-olah karena kedaulatannya pemerintah Negara tertentu dapat mengajukan eksepsi bahwa dirinya tidak dapat diadili dalam forum pengadilan Negara.⁶² Sebenarnya kekhawatiran tersebut tidaklah terlalu beralasan mengingat pemerintah dalam melakukan perbuatan hukum untuk mengadakan/melakukan perjanjian/kontrak itu sebagai subjek hukum perdata, karena sebagai subjek hukum perdata maka tentunya pemerintah dapatlah digugat di pengadilan apabila melakukan perbuatan yang merugikan pihak lain (perbuatan melawan hukum atau wanprestasi) atau menggugat apabila merasa dirugikan atau ada haknya dilanggar oleh pihak lain, selain itu Pasal 1654 KUHPerdata telah menegaskan bahwa Pemerintah selaku badan hukum dapat melakukan

⁶¹ Ibid, hal. 105

⁶² Ibid, hal. 92

tindakan perdata, sehingga dapat digugat baik di Pengadilan atau melalui arbitrase.

Pada perjanjian/kontrak kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam rangka merevitalisasi Lapangan Karebosi para pihak sepakat untuk menyelesaikan perselisihan yang timbul akan menyelesaikannya melalui lembaga arbitrase dan apabila melalui arbitrase tidak dapat diselesaikan maka akan diselesaikan melalui Pengadilan Negeri (Pasal 12).

Selain itu untuk menjawab persoalan ini hanya dapat dilihat pada kedudukan hukum pemerintah, apakah pemerintah dalam melakukan/mengadakan kontrak itu dalam kedudukannya sebagai badan hukum privat atautkah publik. Ketika pemerintah menjalin kerjasama kontrak/perjanjian dalam skala privat maka sejak itu harus dinilai pemerintah menyatakan tunduk dan taat pada aturan privat dan juga dapat dilihat pada klausula perjanjian/kontrak yang telah disepakati antara pemerintah dengan swasta/investor. Dalam situasi ini berlakulah segala konsekuensi hukum yang timbul akibat hubungan yang dibentuk itu yaitu konsekuensi berlakunya prinsip dan aturan hukum dalam lapangan hukum perdata baik yang bersifat materiil maupun formil.⁶³ Perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam merevitalisasi lapangan karebosi klausula – klausula dalam kontrak/perjanjian adalah menggunakan klausula dalam

⁶³ Ibid, 93

konsep hukum privat/perdata. Hal ini dapat dilihat dalam perjanjian/kontraknya mulai dari Pasal 1 sampai dengan Pasal 15 semuanya mencerminkan ketentuan hukum privat/perdata.

Safri Nugraha dalam bukunya Iwan E Joesoef⁶⁴ menyatakan bahwa dalam perbuatan hukumnya sebagai subjek hukum dalam perjanjian perdata biasa (kontrak bisnis) dengan pihak swasta, perlu diperhatikan siapa subjek yang mewakili pemerintah, kemudian apakah subjek atau pejabat yang mewakili pemerintah tersebut dalam menandatangani perjanjian dengan pihak swasta telah memenuhi prosedur hukum administrasi Negara. Secara teori hukum administrasi Negara, dijelaskan bahwa setiap perjanjian yang dilakukan oleh pemerintah dalam lingkup perjanjian, selalu didahului oleh adanya suatu Keputusan Tata Usaha Negara untuk melakukan suatu tindakan hukum perdata biasa maupun lainnya. Setelah ada Keputusan Administrasi Negara, kemudian perjanjian perdata dilakukan.

Contoh dari hal ini dapat dilihat pada Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari Nomor 426.23/026/S.PERJA/Ekbang – Nomor 074/TPL/X/2007 Pasal 1 (Dasar Perjanjian) angka 14, 15 dan 16 yaitu berupa lahirnya atau ditetapkannya Peraturan Walikota Makassar Nomor 23 Tahun 2007 tentang Pembagian Ruang Peruntukkan dan Larangan Penggunaan

⁶⁴ Iwan E Joesoef, Op. Cit., hal. 29

Dalam Area Permukaan Lapangan Karebosi, Keputusan Walikota Makassar Nomor 282/Kep/651.1.05/2007 tanggal 27 Maret 2007 tentang Pembentukan Panitia Tender Revitalisasi Lapangan Karebosi dan Keputusan Walikota Makassar Nomor 686/Kep/050/2007 tanggal 7 Agustus 2007 tentang Penetapan PT. Tosan Permai Lestari sebagai Pemenang Tender Revitalisasi Lapangan Karebosi Kota Makassar.

Adanya suatu Keputusan Tata Usaha Negara sebagai dasar bagi Pejabat Pemerintah untuk melakukan tindakan hukum perdata biasa seperti menandatangani suatu perjanjian perdata dengan pihak swasta adalah untuk memenuhi asas-asas umum pemerintahan yang baik sehingga tidak terjadi suatu *abuse of power* (pelampauan kewenangan), *detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang) dan *ultra virus* (pelampauan kewenangan)⁶⁵

Di atas telah dijelaskan bahwa, perjanjian atau kontrak itu pada dasarnya lahir dari adanya perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua orang/pihak atau lebih yang mengikatkan diri untuk berbuat sesuatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Oleh karena itu, suatu perjanjian/kontrak ada atau lahir karena adanya kesepakatan yang tidak bertentangan dengan hukum, ketertiban dan kesusilaan serta kesepakatan yang tidak diliputi oleh cacat kehendak seperti kekhilafan, penipuan, dan paksaan. Sehingga dengan demikian sifat kontrak/perjanjiannya adalah bersifat privat, dan pemerintah dapat digugat atau menggugat di pengadilan

⁶⁵ Ibid, 29

umum dalam hal ini Pengadilan Negeri, baik itu karena perbuatan melawan/melanggar hukum, ataukah karena wanprestasi.

b. Sarana hukum dalam penyelesaian sengketa Perjanjian Kerjasama

Pada dasarnya setiap kontrak/perjanjian yang dibuat para pihak harus dapat dilaksanakan dengan sukarela atau iktikad baik, namun dalam kenyataannya kontrak yang dibuat seringkali dilanggar. Begitupula dalam kontrak/perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari tidak dapat dihindari adanya sengketa yang timbul dalam pelaksanaan hubungan kontraktual/perjanjian. sengketa atau perselisihan ini terjadi akibat tidak adanya kesepakatan diantara para pihak dalam pelaksanaan isi kontrak/perjanjian yang telah dibuat dan disepakati, dan para pihak yang merasa dirugikan dapat mengajukan gugatan dengan harapan dan tujuan agar hak-hak dan kepentingannya terpenuhi.

Di Indonesia untuk menyelesaikan perselisihan atau sengketa perdata yang terjadi diantara para pihak dapat memilih penyelesaian sengketa baik melalui penyelesaian di dalam Pengadilan maupun penyelesaian di luar Pengadilan. Penyelesaian sengketa/perselisihan di dalam Pengadilan biasa disebut litigasi atau penyelesaian di muka Pengadilan (Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman). Sedangkan penyelesaian sengketa/perselisihan di luar Pengadilan (Alternative Dispute

Resolution {Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa}) meliputi musyawarah mufakat (negosiasi), Mediasi (Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008) dan arbitrase.

Pada Perjanjian Kerjasama Bersyarat dalam bentuk Bagi Tempat Usaha antara Pemerintah Kotamadya Daerah Tingkat II Ujung Pandang dengan PT. Haji Latunrung L & K dimana para pihak memilih penyelesaian perselisihan melalui Arbitrase, namun apabila tidak dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase maka para pihak menyelesaikannya melalui Pengadilan Negeri Ujung Pandang (sekarang Makassar) di Makassar (Pasal 24 ayat 1, 2,3 dan 4) dan Pasal 35 Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Daerah Kotamadya Tingkat II Ujung Pandang dengan PT. Melatitunggal Intiraya tentang Peremajaan dan Pengembangan Pasar Sentral Ujung Pandang. Hal yang sama dapat dilihat pada Pasal 12 ayat (1,2,3 dan 4) Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari yang menyebutkan secara berurut bahwa apabila terjadi perselisihan dalam pelaksanaan perjanjian ini akan diselesaikan secara musyawarah, dan apabila tidak dapat diselesaikan secara musyawarah akan ditempuh sarana atau upaya arbitrase dan apabila upaya ini juga gagal maka upaya/sarana terakhir adalah penyelesaian melalui Pengadilan.

Menurut penulis ketentuan pilihan penyelesaian perselisihan yang dipilih oleh para pihak tersebut di atas tidaklah jelas dan tegas, hal ini oleh karena bertentangan dengan ketentuan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 30

Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang menegaskan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase dan Pasal 11 ayat (1 dan 2) yang menegaskan bahwa adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri (Ayat 1). Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam Undang-Undang ini (Ayat 2). Kalau dalam kontrak/perjanjian telah dengan sengaja dipilih penyelesaian perselisihannya melalui arbitrase maka mutlak pengadilan tidak berwenang memeriksa dan mengadili pokok sengketa yang timbul dari perjanjian.

Pilihan penyelesaian sengketa atau beda pendapat mengenai isi dan pelaksanaan perjanjian/kontrak haruslah secara jelas dan tegas dicantumkan dalam perjanjian/kontrak tidak boleh bersifat mendua atau menimbulkan penafsiran. Dalam kaitannya dengan pilihan hukum yang diambil oleh pemerintah Kota Makassar dengan ketiga pihak mitra kerjasamanya termaksud menimbulkan kesan bahwa para pihak tidak jelas dan tegas memilih penyelesaian perselisihan mengenai isi dan pelaksanaan kontrak/perjanjian. Para pihak harus jelas dan tegas memilih penyelesaian sengketa atau perselisihannya pada Arbitrase ataukah Pengadilan, karena hal

ini berkaitan dengan kompetensi absolute dan kepastian hukum bagi para pihak dalam pemenuhan hak-hak dan kewajibannya.

3. Proses / Tahapan Penentuan Mitra Kerjasama oleh Pemerintah

Dalam rangka pelaksanaan pemanfaatan barang milik daerah dengan bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Pemerintah Daerah Kota Makassar sebelum menentukan/menetapkan mitra kerjasama terlebih dahulu mempersiapkan Panitia/tim pengkaji kelayakan dan kapasitas serta kapabilitas dari investor/swasta. Panitia/Tim ini dibentuk, diangkat atau ditunjuk oleh Kepala Daerah dengan Keputusan Kepala Daerah yang anggotanya terdiri dari :

- Ketua/merangkap Anggota : Asisten Sekretaris Daerah Yang membidangi
 - Wakil Ketua/merangkap Anggota : Kepala Biro/Bagian Perlengkapan
 - Sekretaris /merangkap Anggota :Kepala Bagian pada Biro/Subbagian pada Bagian Perlengkapan
 - Anggota :
1. Unsur Biro/Bagian Perlengkapan
 2. Unsur Biro Bina Penyusunan Program/Bagian Perencanaan
 3. Unsur Biro Hukum/Bagian Hukum
 4. Unsur Biro Keuangan/Bagian Keuangan
 5. Unsur Dinas Pendapatan Daerah

6. Unsur Biro Bina Perekonomian/Bagian Perekonomian

7. Dinas Teknis yang diperlukan

8 . Unsur unit terkait

9.Tenaga Ahli/Konsultan apabila diperlukan.

Adapun Tugas Panitia termaksud adalah untuk meneliti dan menilai permohonan pengguna-usahaan barang daerah, yang meliputi secara umum sebagai berikut :

- a. Menerima dan meneliti secara administrative permohonan yang diajukan oleh pemohon.
- b. Meneliti dan membahas proposal/surat permohonan yang diajukan pemohon yang berkaitan dengan jenis usaha, masa pengelolaan, besarnya kontribusi atau uang sewa setoran dan hal-hal lain yang dianggap perlu sesuai bentuk pemanfaatannya bersama-sama dengan pihak pemohon.
- c. Melakukan penelitian lapangan.
- d. Membuat Berita Acara hasil penelitian.
- e. Memberikan dan menyampaikan saran pertimbangan kepada Kepala Daerah.
- f. Menyiapkan surat jawaban penolakan atau persetujuan pemanfaatan dari Kepala Daerah tentang persetujuan pemanfaatan.
- g. Menyiapkan Keputusan Kepala Daerah tentang persetujuan pemanfaatan.
- h. Menyiapkan Surat Perjanjian, Berita Acara Serah Terima.

Setelah Panitia/Tim termaksud bekerja maka hasilnya dilaporkan kepada Kepala Daerah untuk diambil langkah-langkah selanjutnya. Dan dari kegiatan ini lahirlah penawaran-penawaran yang diajukan oleh investor/swasta yang berminat untuk memanfaatkan dan mengelola barang milik daerah termaksud.

Dalam kaitannya dengan Perjanjian Kerjasama pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*), penawaran ini dilakukan dengan prosedur/tatacara sebagai berikut :

Permohonan pengguna-usahaan ditujukan kepada Kepala Daerah melalui Kepala Biro/Bagian Perlengkapan/Umum dengan dilengkapi data-data sebagai berikut :

1. Akta pendirian.
2. Memiliki SIUP sesuai bidangnya.
3. telah melakukan kegiatan usaha sesuai bidangnya.
4. Mengajukan Proposal.
5. Memiliki Keahlian dibidangnya.
6. Memiliki modal kerja yang cukup.
7. Data teknis :
 - a. Tanah : Lokasi/alamat, luas, status, penggunaan saat ini
 - b. Bangunan : Lokasi/alamat, luas, status/IMB, kondisi.
 - c. Rencana Pembangunan gedung dengan memperhatikan :

- KDB (koefisien Dasar Bangunan).
- KLB (koefisien Luas Bangunan).
- Rencana Pembangunan.
- Jangka waktu pembangunan.

Penawaran ini didahului atau ditandai dengan adanya pengumuman dan undangan yang dilakukan oleh Pemerintah Daerah dalam rangka Pemerintah Kota Makassar memerlukan bangunan dan fasilitas bagi penyelenggaraan pemerintahan untuk kepentingan pelayanan umum dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi (Pasal 47 ayat 2 Perda Nomor 1 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Barang Milik Daerah) yang dilaksanakan dengan cara tender/lelang yang mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 (lima) peserta (Pasal 48 Perda Nomor 1 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Barang Milik Daerah).

Oleh karena Pasal 48 Peraturan Daerah Nomor 1 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Barang Milik Daerah menegaskan bahwa dalam Perjanjian Kerjasama pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah harus mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 (lima) peserta, maka penerimaan penawaran yang diajukan oleh peserta tender/lelang adalah penawaran yang terbaik (tertinggi) dan yang memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan. Penentuan pemenang tender/lelang haruslah dilakukan sesuai prinsip/asas transparan dan dibuatkan berita acaranya.

Pengumuman dan undangan belumlah dapat dikategorikan sebagai penawaran melainkan baru sebatas ajakan yang dilakukan oleh pemerintah kepada investor/swasta untuk mengikuti tender/lelang dan memasukan penawaran, namun apabila terjadi penerimaan maka hal itu menandakan adanya kesepakatan.

Kesepakatan terbentuk karena proses tawar- menawar. Dalam proses ini para pihak saling menyatakan kehendaknya atau kehendak itu harus dinyatakan, dalam hukum perjanjian itulah yang dikenal dengan pernyataan kehendak, pernyataan kehendak ini menyangkut dua unsur yang esensi yaitu penawaran dan penerimaan. Disinilah awal mula lahirnya kesepakatan. Kesepakatan yang lahir haruslah bebas dari cacat karena kekhilafan, penipuan dan paksaan dan tidak boleh bertentangan dengan hukum yang memaksa, kebiasaan dan kepatutan.

Untuk membahas mengenai proses/tahapan penentuan mitra kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) oleh Pemerintah Kota Makassar, penulis membaginya/mengelompokkannya sebagai berikut :

1. Tahap Pra contractual ;

Untuk mendukung Visi dan Misi Kota Makassar sebagai kota niaga serta guna kepentingan peningkatan pelayanan umum, pemerintah Kota Makassar perlu melakukan penataan pada beberapa kawasan perekonomian dalam Kota Makassar antara lain pada kawasan Lapangan Karebosi dan

sekitarnya yaitu dengan merevitalisasi Lapangan Karebosi serta membangun sarana dan prasarana pelengkapannya. Maksud dan tujuan revitalisasi ini adalah mengoptimalkan pemanfaatan barang milik daerah dengan tujuan menunjang program pembangunan dan kemasyarakatan Pemerintah daerah Kota Makassar, peningkatan infrastruktur pelayanan umum dan peningkatan Pendapatan Asli Daerah (demikian Premise dan Pasal 2 Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Dalam Rangka Revitalisasi Lapangan Karebosi). Kegiatan revitalisasi lapangan karebosi mengacu pada Gambar Desain yang dibuat oleh Lintas Cipta Desain selaku Pemenang Pertama Lomba Sayembara Desain Lapangan Karebosi. Kegiatan untuk melakukan revitalisasi lapangan karebosi ini juga telah mendapat dukungan dari Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kota Makassar sebagaimana ternyata dalam suratnya tertanggal 11 Mei 2007 Nomor 293/172/DPRD/2007 perihal Tindak Lanjut Laporan Hasil Rapat Kerja Komisi C Bidang Pembangunan DPRD Kota Makassar. Kalau mengacu pada Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 keterlibatan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD) tidaklah diperlukan karena kegiatan ini hanyalah kerjasama pemanfaatan barang milik daerah bukan atau tidak dalam hal pemindahtanganan barang milik daerah seperti penjualan asset, tukar menukar, hibah dan penyertaan modal pemerintah daerah yang memerlukan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD). Konsultasi atau

pemberitahuan ini hanyalah merupakan tindakan/perbuatan saling menghormati dan menghargai sesama lembaga pemerintahan.

Langkah selanjutnya setelah pengumuman adalah kegiatan sayembara dilakukan khusus untuk pemilihan penyedia jasa dengan tujuan untuk memperlombakan gagasan orisinal, kreativitas dan inovasi tertentu yang harga/biayanya tidak dapat ditetapkan berdasarkan harga satuan yang meliputi kegiatan atau tahapan yaitu antara lain pengumuman, pendaftaran dan pengambilan dokumen kontes/sayembara, pemberian penjelasan, pemasukan proposal, pemeriksaan administrasi dan penilaian proposal teknis, pembuatan berita acara hasil sayembara, penetapan pemenang, pengumuman pemenang, dan penunjukkan pemenang.

Tahapan Sayembara ini adalah tahapan atau persiapan yang dilakukan oleh pemerintah Kota Makassar dalam merevitalisasi lapangan karebosi dengan pola kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*). Setelah sayembara dilakukan tahap selanjutnya adalah proses tender/lelang.

a. Tender/Lelang

Sebagai bagian dari suatu rangkaian pekerjaan proyek pembangunan yang diselenggarakan oleh pemerintah, tender atau pelelangan merupakan bagian yang sangat penting dan menjadi satu keharusan, hal ini disebabkan oleh karena merupakan perintah undang-undang dan juga untuk mengetahui dan menilai profesionalisme dan kapabilitas setiap peserta tender/lelang.

Persyaratan tender/lelang untuk kerjasama pemanfaatan barang milik daerah khususnya revitalisasi lapangan karebosi mengacu dan berdasar pada Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pengadaan Barang dan Jasa beserta seluruh perubahannya, demikian penjelasan dari M. Enra Efni dalam wawancara tanggal 3 Juli 2012 .

Tahapan atau pekerjaan awal yang dipersiapkan oleh pemerintah Kota Makassar selaku penyelenggara adalah membentuk panitia tender/lelang. Panitia termaksud bertugas mempersiapkan segala sesuatu yang diperlukan dalam penyelenggaraan tender/lelang, panitia ini dibentuk dengan keputusan Walikota sebagaimana ternyata dalam Surat Keputusan Walikota Makassar tanggal 27 Maret 2007 Nomor 282/Kep/651.1.05/2007 tentang Pembentukan Panitia Tender Revitalisasi Lapangan Karebosi.

Rangkaian kegiatan proses tender/pelelangan dimulai saat panitia tender/lelang mengeluarkan pengumuman tender/pelelangan. Pada tahap pengumuman ini ada beberapa hal yang perlu disebutkan/dijelaskan yaitu antara lain pengguna jasa/penyelenggara tender/lelang; jenis pekerjaan/proyek; sumber dana; pagu/plafond dana; syarat-syarat umum bagi calon peserta tender/lelang; waktu dan batas pelelangan serta alamat sekretariat panitia tender/lelang .

Dimulai dari pengumuman inilah proses pekerjaan proyek dimulai. Untuk pengadaan barang atau pekerjaan proyek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) pemerintah Kota Makassar harus mengikuti

ketentuan Pasal 43 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 dan ketentuan Pasal 48 Peraturan Daerah Kota Makassar Nomor 1 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Barang Milik Daerah yang menegaskan bahwa penetapan mitra Bangun Guna Serah dilaksanakan melalui tender/lelang dengan mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 (lima) peserta/peminat. Ketentuan ini diterapkan oleh Pemerintah Kota Makassar pada saat dilakukan tender/pelelangan pekerjaan revitalisasi/pembangunan karebosi link (lapangan karebosi), namun pada saat pelaksanaan tender/lelang peserta yang ikut memasukkan permohonan hanya 1 (satu) perusahaan yaitu PT. Tosan Permai Lestari walaupun telah dilakukan pengumuman secara berturut-turut sebanyak 2 (dua) kali di harian terbitan nasional dan daerah. Oleh karena tidak ada perusahaan lain yang memasukkan/mengikuti tender/lelang maka sebagai perusahaan satu-satunya peserta tender/lelang oleh pemerintah Kota Makassar ditetapkanlah PT. Tosan Permai Lestari sebagai pemenang tender/lelang berdasarkan Surat Keputusan/Ketetapan Wali Kota Makassar tanggal 7 Agustus 2007 Nomor 686/Kep/050/2007 Tentang Penetapan PT. Tosan Permai Lestari yang beralamat di Jalan HOS Cokroaminoto Nomor 3 B Makassar sebagai Pemenang Tender Revitalisasi Lapangan Karebosi Kota Makassar. Demikian penjelasan dari Zulkiflie, S.H. (Kepala Sub Bagian Data dan Informasi Hukum Pemerintah Kota Makassar) wawancara yang dilakukan pada tanggal 18 Juni 2012 dan penjelasan dari M. Enra Efni, S. STP., M.H. (Kepala Sub Bagian Kerjasama Pemberdayaan

Ekbang Kota Makassar) pada saat wawancara tanggal 3 Juli 2012. Penunjukkan/penetapan secara langsung ini juga sesuai dengan penjelasan Lampiran Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 Angka Romawi VIII bagian Bangun Guna Serah yang menjelaskan bahwa penetapan mitra kerjasama Bangun Guna Serah dilaksanakan melalui tender/lelang dengan mengikutsertakan 5 peserta/peminat, apabila diumumkan 2 kali berturut-turut peminatnya kurang dari 5, dapat dilakukan proses pemilihan langsung atau penunjukkan langsung melalui negosiasi baik teknis maupun harga. Mekanisme pemilihan langsung dan penunjukkan langsung diatur dalam Pasal 20 ayat (3 dan 4) Keputusan Presiden Nomor 80 Tahun 2003.

Pasal 20 ayat (3) Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pengadaan Barang dan Jasa mengatur bahwa 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. Penunjukkan pemenang;
- r. Penandatanganan kontrak.

Pasal 20 ayat (4) Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 80 Tahun 2003 tentang Pengadaan Barang dan Jasa mengatur bahwa prosedur pemilihan penyedia barang/jasa pemborongan/jasa lainnya dengan metoda penunjukkan langsung meliputi :

- a. Undangan kepada peserta terpilih;
- b. Pengambilan dokumen prakualifikasi dan dokumen penunjukkan langsung;
- c. Pemasukan dokumen prakualifikasi, penilaian prakualifikasi, penjelasan, dan pembuatan berita acara penjelasan ;
- d. Pemasukan penawaran;
- e. Evaluasi penawaran;
- f. Negosiasi baik teknis maupun biaya;

- g. Penetapan/penunjukkan penyedia barang/jasa;
- h. Penandatanganan kontrak.

Pada tahap pra contractual inilah peran pemerintah sangat besar dan pada tahap inilah sifat publiknya perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dengan bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*). Apabila tahapan ini diikuti dan dilaksanakan dengan baik dan benar maka pada tahap inilah terjadinya penerimaan (akseptasi) dalam tender/lelang yang ditandai dengan adanya surat keputusan pemenang tender/lelang yang dikeluarkan oleh pemerintah dan pada saat itu juga terjadinya kesepakatan. Surat penetapan pemenang tender/lelang dari pejabat yang berwenang/pemerintah mempunyai kekuatan hukum mengikat dalam arti penetapan pemenang itu harus ditindaklanjuti dengan proses penandatanganan kontrak.

b. Negosiasi isi perjanjian/kontrak kerjasama.

Negosiasi merupakan langkah atau komunikasi awal antara para pihak sebelum menyusun perjanjian kerjasama, dalam negosiasi dibahas mengenai keinginan-keinginan para pihak yang belum disepakati, dengan kata lain dalam negosiasi dipertemukan perbedaan-perbedaan maksud, kehendak dan tujuan dari para pihak. Disinilah para pihak harus tegas dan jelas mengungkapkan kehendak dan keinginan serta tujuannya sebelum dilakukan penetapan/penentuan isi perjanjian kerjasama pada tahap contractual. Hal ini sesuai dengan penjelasan yang diberikan oleh M. Enra Efni, S. STP., M.H.

(Kepala Sub Bagian Kerjasama Pemberdayaan Ekbang Kota Makassar) pada tanggal 3 Juli 2012.

Walaupun dalam perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) ini isinya telah ditentukan/ditetapkan dalam Pasal 41 ayat (7) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 namun masih dimungkinkan untuk dilakukan negosiasi-negosiasi sampai terjadinya kesepakatan diantara para pihak. Dalam ketentuan Pasal termaksud dijelaskan bahwa Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dilaksanakan berdasarkan surat perjanjian yang sekurang-kurangnya memuat Pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian; Objek bangun guna serah; Jangka waktu bangun guna serah; Hak dan kewajiban para pihak yang terikat dalam perjanjian; dan Persyaratan lain yang dianggap perlu; Pokok- pokok mengenai bangun guna serah; Data barang milik daerah yang menjadi objek bangun guna serah; Jumlah/besarnya kontribusi yang harus dibayar oleh Pihak Ketiga; Sanksi; Surat Perjanjian ditandatangani oleh pengelola atas nama Kepala Daerah dan mitra kerjasama; Persyaratan lain yang dianggap perlu. Dari hasil negosiasi tersebut lahirlah perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah Nomor 426.23/026/S. PERJA/Ekbang dan Nomor 074/TPL/X/2007.

Adanya upaya negosiasi ini tidak lain adalah mencerminkan pelaksanaan ketentuan Pasal 1320 KUHPerduta dengan menjauhkan diri dari Pasal 1321 KUHPerduta yang melarang kesepakatan itu diperoleh karena

adanya cacat kehendak yaitu paksaan, penipuan dan kekhilafan. Dengan melaksanakan ketentuan Pasal 1320 dan 1321 secara konsisten maka lahirlah sebuah perjanjian/kontrak yang mengikat kedua belah pihak dan berlaku sebagaimana dimaksud oleh Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara.

2. Contractual; (Penentuan Isi Perjanjian/kontrak Kerjasama)

Pada umumnya sebuah perjanjian/kontrak sebelum memasuki perjanjian kerjasama terlebih dahulu dilakukan penandatanganan *Memorandum of Understanding/MoU* (Nota Kesepahaman) sebagai langkah awal/pendahuluan untuk menyatakan langkah pencapaian kesepakatan atau saling pengertian antara kedua belah pihak sebelum menandatangani perjanjian/kontrak (perjanjian kerjasama). Akan tetapi untuk perjanjian kerjasama antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari tidak dilakukan *Memorandum of Understanding/MoU* (Nota Kesepahaman) melainkan langsung ke pembuatan dan penandatanganan Perjanjian Kerjasama. Tidak dilakukannya pembuatan MoU terlebih dahulu sebelum dilakukan pembuatan dan penandatanganan Perjanjian Kerjasama untuk Revitalisasi Lapangan Karebosi karena tender yang digunakan adalah tender investasi (penjelasan M. Enra Efni, S. STP. M.H. (Kepala Sub Bagian Kerjasama Pemberdayaan Ekbang Kota Makassar) tanggal 3 Juli 2012)⁶⁶ selain itu menurut hemat penulis MoU bukanlah merupakan suatu keharusan

⁶⁶ M. Enra Efni, Kepala Sub Bagian Kerjasama Pemberdayaan Ekonomi Pembangunan Kota Makassar wawancara di Makassar tanggal 3 Juli 2012

dan belumlah mengikat para pihak layaknya sebuah perjanjian. MoU hanyalah merupakan sebuah nota kesepahaman untuk peninjauan atau pengenalan awal sebelum berlanjut ke tingkat selanjutnya yaitu Perjanjian Kerjasama. MoU baru merupakan penguatan pokok-pokok pikiran yang akan dijadikan bahan dalam penyusunan Perjanjian Kerjasama. Tegasnya MoU belumlah mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak dengan demikian MoU tidak mempunyai akibat hukum apabila para pihak tidak memenuhinya/melaksanakannya.

Sebagai bahan rujukan dan bahan perbandingan, penulis secara garis besar akan menguraikan atau memaparkan bentuk atau model perjanjian/kontrak kerjasama yang telah dilakukan oleh Pemerintah Kota Makassar dengan pihak investor/swasta dalam mengelola dan memanfaatkan barang milik daerah guna kepentingan peningkatan pelayanan umum dan peningkatan Pendapatan Asli Daerah (PAD), dalam hal ini peremajaan dan Pengembangan serta Pengelolaan Pasar Butung, Perjanjian Kerjasama Peremajaan dan Pengembangan Pasar Sentral Ujung Pandang dan Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Dalam Rangka Revitalisasi Lapangan Karebosi. Ketiga perjanjian ini tercapainya kesepakatan didahului adanya negosiasi atau musyawarah.

Perjanjian Kerjasama Pemerintah Kotamadya Daerah Tingkat II Ujung Pandang dengan PT. Haji Latunrung L&K tentang Peremajaan dan Pengembangan Serta Pengelolaan Pasar Butung Kotamadya Daerah Tingkat

II Ujung Pandang tanggal 16 Nopember 1998 Nomor 511.2/16/S.Perja/Um
disusun berdasarkan anatomi/kerangka sebagai berikut :

1. Judul dan nomor kontrak/perjanjian;
2. Komparisi;
3. Premis;
4. Isi kontrak/perjanjian yang terdiri dari :
 - a. Definisi dan bentuk perjanjian (Pasal 1);
 - b. Maksud dan Tujuan serta tahapan kegiatan (Pasal 3);
 - c. Modal (Pasal 5);
 - d. Pelaksanaan Pembangunan Pasar Butung (Pasal 7);
 - e. Keadaan memaksa/Force majeure (Pasal 9);
 - f. Pengoperasian dan Pengelolaan Pasar Butung (Pasal 10);
 - g. Jangka waktu dan Pengakhiran Kerjasama (Pasal 15);
 - h. Hak Atas Tanah dan Bangunan (Pasal 20);
 - i. Pembagian Tempat usaha (Pasal 21);
 - j. Hak dan Kewajiban (Pasal 22);
 - k. Penyelesaian Sengketa (Pasal 24);
 - l. Ketentuan Lain-Lain (Pasal 25);
 - m. Ketentuan Penutup (Pasal 33).
5. Penutup.

Demikian pula halnya dengan kontrak/perjanjian antara Pemerintah Daerah Kotamadya Tingkat II Ujung Pandang dengn PT. Melatitunggal

Intiraya tentang Perjanjian Kerjasama Peremajaan dan Pengembangan Pasar Sentral Ujung Pandang tanggal 26 Juli 1991 Nomor 44/511.2/SP/HK beserta addendum pertama tanggal 28 Desember 1991 Nomor 140/511.2/SP/HK, addendum kedua tanggal 5 Mei 1993 Nomor 511.2/024/SP/HK, addendum ketiga tanggal 8 September 1993 Nomor 511.2/118/SP/HK, addendum kelima tanggal 20 Maret 1995 Nomor 511.2/039/S. Perja/HK pada umumnya disusun berdasarkan anatomi atau struktur sebagai berikut :

1. Judul dan nomor kontrak/perjanjian;
2. Komparisi;
3. Premis;
4. Isi kontrak/perjanjian yang terdiri dari :
 - a. Dasar Perjanjian (Pasal 1);
 - b. Maksud dan Tujuan (Pasal 2);
 - c. Nama dan Objek Perjanjian (Pasal 3);
 - d. Modal (Pasal 5);
 - e. Kegiatan dan Jadwal Waktu Pelaksanaan (Pasal 6);
 - f. Force Majeure (Pasal 8);
 - g. Pembagian Tempat Usaha (Pasal 9);
 - h. Jangka waktu Pengelolaan dan Pengoperasian (Pasal 10);
 - i. Pengelolaan (Pasal 11);
 - j. Hak dan Kewajiban serta sanksi (Pasal 14);
 - k. Biaya (Pasal 22);

l. Status Hak Atas Tanah (Pasal 23);

m. Asuransi (Pasal 30)

n. Ketentuan Lain-Lain (Pasal 31).

5. Penutup.

Anatomi atau kerangka perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah Dalam Rangka Revitalisasi Lapangan Karebosi antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari tanggal 11 Oktober 2007 Nomor 426.23/026/S.PERJA/Ekbang dan Nomor 074/TPL/X/07 disusun sebagai berikut :

1. Judul dan nomor kontrak/perjanjian;

2. Komparisi;

3. Premis;

4. Isi kontrak/perjanjian yang terdiri dari :

a. Dasar Perjanjian (Pasal 1)

b. Maksud dan Tujuan (Pasal 2)

c. Obyek (Pasal 3)

d. Pelaksanaan Revitalisasi Dan Bangun Guna Serah (Pasal 4)

e. Jangka Waktu Pengelolaan/Penggunausahaan (Pasal 5)

f. Pembiayaan (Pasal 6)

g. Pemanfaatan Lapangan Dan Panggung Upacara (Pasal 7)

h. Asuransi (Pasal 8)

i. Hak dan Kewajiban Para Pihak (Pasal 9)

- j. Tata Cara Pembayaran Kontribusi (Pasal 10)
- k. Sanksi dan Denda (Pasal 11)
- l. Penyelesaian Perselisihan (Pasal 12)
- m. Force Majeure (Pasal 13)
- n. Ketentuan Lain (Pasal 14)
- o. Penutup (Pasal 15).

5. Penutup.

Substansi kontrak/perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) pada dasarnya disusun dan dibuat berdasarkan ketentuan hukum perdata. Kontrak/perjanjian merupakan bagian terpenting dari suatu proses kerjasama karena dalam kontrak/perjanjianlah dituangkan kesepakatan-kesepakatan kepentingan para pihak. Kesepakatan-kesepakatan kepentingan itu haruslah dibuat berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku untuk itu khususnya Pasal 1320 KUH Perdata, karena dengan syarat yang ditentukan oleh Pasal 1320 KUH Perdata termaksud sebagai tolak ukur dan alat untuk menguji keabsahan dan sahnya satu kontrak/perjanjian.

Dalam Pasal 1320 KUH Perdata termaksud menegaskan ada 4 (empat) syarat yang harus dipenuhi untuk sahnya sebuah kontrak/perjanjian, yaitu :

1. sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. kecakapan untuk membuat suatu perjanjian;
3. suatu hal tertentu;

4. suatu sebab yang halal.

Dari keempat syarat termaksud di atas haruslah dipenuhi dan ada dalam sebuah kontrak/perjanjian, karena kalau hal itu tidak ada maka akan menyebabkan sebuah kontrak/perjanjian dapat dibatalkan atau batal demi hukum.

Dalam kaitannya/hubungannya dengan Perjanjian Kerjasama tentang Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam Rangka Revitalisasi Lapangan Karebosi, keempat syarat yang dimaksudkan oleh Pasal 1320 KUH Perdata secara formal terpenuhi. Secara garis besar dapat dijelaskan/diuraikan sebagai berikut :

1. Kesepakatan

Kesepakatan mengandung pengertian bahwa para pihak saling menyatakan kehendak untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu. Pernyataan kehendak tidak harus selalu dilakukan secara tegas tetapi juga dapat dilakukan secara diam-diam atau bahkan dengan isyarat. Kesepakatan berawal dari adanya penawaran dan penerimaan, dengan penawaran dan penerimaan mencerminkan adanya proses negosiasi untuk mencapai kata sepakat yang akan menjadi landasan atau dasar berpijak bagi para pihak dalam melaksanakan perjanjian. Kontrak/perjanjian yang disepakati yang lahir dari penawaran dan penerimaan atau karena adanya persesuaian kehendak haruslah terhindar dari

kecacatan, baik cacat karena kekhilafan, paksaan, penipuan maupun penyalahgunaan keadaan.

Dalam perjanjian kerjasama antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari yang dibuat dan ditandatangani pada tanggal 11 Oktober 2007, Nomor 426.23/026/S.Perja/Ekbang- Nomor 074/TPL/X/07 disusun dengan bentuk atau anatomi sebagai berikut yaitu :

Kepala atau Judul; kontrak/perjanjian menggambarkan mengenai isi atau jenis kontrak/perjanjian yang disepakati oleh para pihak. Dengan adanya judul atau kepala kontrak/perjanjian yang jelas dan tegas dapat menghindari adanya penafsiran terhadap perjanjian/kontrak termaksud.

Tempat, tanggal, dan bulan serta tahun penandatanganan kontrak/perjanjian; penulisan tempat, tanggal, bulan dan tahun pada satu perjanjian/kontrak mutlak adanya dan diletakkan pada bagian awal. Disamping itu sangat perlu dalam kaitannya dengan keabsahan kapasitas para pihak dan keabsahan dari kesepakatan yang telah dicapai. Apabila satu perjanjian/kontrak tidak mencantumkan tempat, tanggal, bulan dan tahun akan dapat menimbulkan keraguan mengenai kapan lahirnya perjanjian/kontrak, dimana dilangsungkannya kontrak/perjanjian termaksud.

Komparisi (identitas para pihak); pada bagian ini mengatur mengenai subjek hukum yang mewakili pihak dalam perjanjian/kontrak. Pada bagian ini harus tergambar dengan jelas dan tegas mengenai kecakapan atau kewenangan dari para pihak dalam bertindak. Dalam kapasitas apa dia

bertindak apakah dalam kapasitas pribadi, mewakili badan hukum atau mewakili orang lain lain atautakah mewakili jabatan yang diembannya.

Premis; bagian ini penting untuk di tuangkan dalam kontrak/perjanjian, karena dengan adanya premis pembaca dapat dengan mudah memahami alasan, dasar, maksud dan tujuan dilakukan/diadakannya perjanjian/kontrak serta untuk memperjelas kepala/judul kontrak/perjanjian serta memudahkan para pihak atau orang lain menafsirkan isi perjanjian apabila terjadi perselisihan.

isi Kontrak/perjanjian; bagian ini sangat penting, pada bagian ini diatur mengenai hak dan kewajiban para pihak, apa yang harus dilaksanakan dan apa yang tidak boleh dilaksanakan. Pada bagian ini diatur mengenai unsur esensialia, naturalia bahkan aksidentalialia. Dalam kaitannya dengan isi kontrak/perjanjian ini Yohanes Sogar Simamora⁶⁷ menjelaskan bahwa klausula kontrak pada prinsipnya terbagi ke dalam dua kelompok, yaitu klausula pokok dan klausula penunjang. Klausula pokok merupakan klausula yang mengatur unsur yang esensial dalam suatu kontrak. Klausula pokok ini mencerminkan jenis kontraknya. Klausula penunjang yang lazim disebut *technical houskeeping*, merupakan klausula yang menunjang atau melengkapi klausula pokoknya. Jika klausula pokok antara satu jenis kontrak dengan jenis kontrak yang lain berbeda, maka klausula penunjang pada umumnya dijumpai dalam kebanyakan kontrak. Klausula ini pada umumnya ada pada setiap

⁶⁷ Yohanes Sogar Simamora, Op. Cit., hal., 289-291

kontrak. Kalaupun terdapat perbedaan ini sangat eksepsional. Contoh klausula penunjang adalah force majeure, pemutusan kontrak sepihak, penyelesaian sengketa, addendum, dan lain-lain. Patut diperhatikan bahwa sekalipun klausula ini bersifat melengkapi, tidak berarti tidak penting, kurangnya akurasi dan tidak lengkapnya klausula penunjang dalam banyak situasi dapat merugikan kepentingan salah satu pihak. Seperti halnya dalam perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam merevitalisasi Lapangan Karebosi, klausula force majeure kurang jelas dan tegas mengenai tata cara pengajuan klaim. Hal ini dapat menyebabkan timbulnya perselisihan apabila terjadi force majeure. Demikian pula halnya dengan ketentuan penyelesaian perselisihan, bagian ini tidak diatur secara jelas dan tegas pilihan hukumnya apakah arbitrase ataukah pengadilan.

Penutup kontrak/perjanjian; pada bagian ini menjelaskan bahwa kontrak/perjanjian termaksud dibuat dan ditandatangani serta diselesaikan pada tempat, tanggal dan bulan serta tahun. Selain itu juga diatur mengenai keberlakuannya satu kontrak dan jumlah kontrak/perjanjian yang dibuat dan ditandatangani.

Substansi isi yang disepakati dalam Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Dalam Merevitalisasi Lapangan Karebosi adalah sebagai berikut :

1. Dasar Perjanjian (Pasal 1)

Bagian ini menjelaskan dasar pijakan berupa aturan perundang-undangan yang dijadikan dasar rujukan para pihak dalam membuat perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*).

2. Maksud dan Tujuan (Pasal 2)

Pada Pasal ini diatur mengenai maksud dan tujuan dari Para Pihak untuk melaksanakan perjanjian yaitu untuk optimalisasi pemanfaatan barang milik daerah yang dalam hal ini Lapangan Karebosi dengan tujuan menunjang program pembangunan dan kemasyarakatan Pemerintah Daerah Kota Makassar, Peningkatan Infrastruktur pelayanan umum dan Peningkatan Pendapatan Asli Daerah Kota Makassar.

3. Obyek (Pasal 3)

Pasal ini mengatur mengenai obyek perjanjian kerjasama yaitu Revitalisasi Lapangan Karebosi bagian utara dengan luas kurang lebih 43.965 M2 serta Terowongan/Tunnel (under pass) jalan Ahmad Yani dengan luas kurang lebih 1.317 M2 yang menghubungkan area perekonomian Lapangan Karebosi dengan MTC Karebosi.

4 Pelaksanaan Revitalisasi Dan Bangun Guna Serah (Pasal 4)

Pasal ini pada prinsipnya mengatur mengenai hal-hal yang harus dikerjakan oleh Pihak Kedua (investor/swasta) dalam merevitalisasi Lapangan Karebosi.

5. Jangka Waktu Pengelolaan/Penggunausahaan (Pasal 5)

Jangka waktu pengelolaan/penggunausahaan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) adalah 30 (tiga puluh) tahun.

Ketentuan ini dapat menimbulkan persoalan hukum yaitu mengenai waktu dan saat diserahkannya objek perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) kepada Pemerintah Kota Makassar sedangkan Pihak Kedua masih memegang Hak Guna Bangunan apalagi kalau Hak Guna Bangunan termaksud dijamin pada lembaga perbankan oleh Pihak Kedua. Jangka waktu Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) seharusnya diberikan paling lambat 15 (lima belas) tahun atau setidaknya 10 (sepuluh tahun) hal ini agar pemerintah daerah dapat memanfaatkan bangunan beserta fasilitasnya secara optimal dan tetap bernilai ekonomis tinggi. Seharusnya jangka waktu pemberian Hak Guna Bangunan kepada Pihak Kedua tidak boleh sama apalagi melebihi jangka waktu perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*). Idealnya jangka waktu Sertipikat Hak Guna Bangunan itu hanyalah berlaku 25 tahun atau 29 tahun karena jangka waktu perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) 30 tahun.

Satu hal yang sangat perlu dan harus menjadi perhatian serius bagi pemerintah daerah dalam kaitannya dengan pemberian jangka waktu pengelolaan kepada pihak investor/swasta adalah mengenai kondisi atau kegunaan dari bangunan beserta fasilitasnya. Pemerintah daerah harus

memperhitungkan kondisi atau keadaan bangunan pada saat penyerahan kembali oleh investor/swasta. Kondisi atau keadaan bangunan beserta fasilitasnya haruslah dalam kondisi dan keadaan baik dan layak pakai. Jangka waktu yang ideal adalah 15 (lima belas) tahun atau bahkan 10 (sepuluh) tahun saja dengan tetap memperhatikan nilai investasi yang dilakukan oleh investor/swasta, dengan kata lain pemberian jangka waktu termaksud tidaklah merugikan investor/swasta. Yang penting bangunan beserta fasilitasnya layak pakai dan masih bernilai ekonomis tinggi.

6. Pembiayaan (Pasal 6)

Pasal ini mengatur mengenai beban Pihak Kedua untuk menanggung semua biaya yang diperlukan dan yang timbul dalam rangka revitalisasi Lapangan Karebosi sampai pada saat penyerahan kembali objek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) kepada Pihak Pertama (Pemerintah Kota Makassar). Biaya yang dikeluarkan oleh investor inilah yang disebut dengan biaya investasi.

7. Pemanfaatan Lapangan Dan Panggung Upacara (Pasal 7)

Pihak Pertama dengan persetujuan Pihak Kedua menetapkan pengaturan tentang pemanfaatan Lapangan Karebosi guna menjaga kebersihan, keamanan, dan ketertiban dalam pemanfaatan Lapangan dan Panggung Upacara serta keamanan konstruksi bangunan bawah tanah Lapangan Karebosi, termasuk sirkulasi angkutan umum kota dari dan ke tempat naik

dan turun penumpang pada bagian bangunan bawah tanah (Under Ground) Lapangan Karebosi melalui penetapan trayek khusus untuk itu.

8. Asuransi (Pasal 8)

Pada Pasal ini diatur mengenai kewajiban Pihak Kedua/Investor/swasta untuk mengasuransikan seluruh area dari bahaya kebakaran ataupun bencana lainnya pada perusahaan asuransi.

Pasal ini bertujuan agar pada saat diserahkannya tanah dan bangunan beserta fasilitasnya tetap dalam keadaan baik dan layak pakai.

9. Hak dan Kewajiban Para Pihak (Pasal 9)

Pasal ini mengatur mengenai hak dan kewajiban para pihak yang intinya Pihak Pertama berhak atas kontribusi setiap tahunnya dan menerima seluruh bangunan beserta fasilitas yang ada di atasnya pada saat penyerahan. Dan hak Pihak Kedua untuk mengelola bangunan beserta fasilitas yang dibangunnya selama 30 tahun.

10. Tata Cara Pembayaran Kontribusi (Pasal 10)

Pasal ini mengatur mengenai tata cara pembayaran kontribusi oleh Pihak Kedua kepada Pihak Pertama.

11. Sanksi dan Denda (Pasal 11)

Pada Pasal ini hanya mengatur mengenai Sanksi dan Denda kepada Pihak Kedua dalam tahap pembangunan saja, sedangkan pada tahap

pengoperasian dan penyerahan tidak di atur. Hal ini tentunya dapat menimbulkan persoalan terutama apabila Pihak Kedua (Investor) tidak membayar kontribusi, atau apabila investor terlambat menyerahkan objek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) apabila jangka waktunya telah berakhir atau bahkan tidak menyerahkannya sama sekali, atau menyerahkan tapi tidak dalam keadaan baik dan layak pakai.

12. Penyelesaian Perselisihan (Pasal 12)

Penyelesaian Perselisihan yang ditempuh oleh Para Pihak apabila terjadi perselisihan mengenai isi dan pelaksanaan perjanjian/kontrak adalah musyawarah, apabila musyawarah tidak tercapai maka melalui arbitrase dan apabila para pihak tidak menerima hasil keputusan arbitrase maka terakhir menempuh upaya hukum di Pengadilan Negeri Makassar.

13. Force Majeure (Pasal 13)

Force Majeure yang dimaksud dalam perjanjian/kontrak ini adalah bencana alam (badai, banjir, kebakaran, gempa bumi, angin topan), perang, peledakan, sabotase, kebijakan pemerintah dalam bidang keuangan/moneter dan sebagainya. Dan apabila ada kerugian akan diselesaikan secara musyawarah oleh para pihak, dan seluruh jangka waktu yang diatur dalam perjanjian ini akan dilakukan perubahan (addendum), tanpa diatur mengenai tata cara klaim dan pelaporan apabila terjadi force majeure.

14. Ketentuan Lain (Pasal 14)

Ayat 4 menegaskan bahwa :

“Setelah jangka waktu dimaksud Pasal 5 berakhir, Para Pihak sepakat meningkatkan Perjanjian Kerjasama ini dalam bentuk **kerjasama pemanfaatan** dengan membayar kontribusi tetap ke kas daerah Kota Makassar untuk 30 (tiga puluh) tahun berikutnya, sesuai **Peraturan Menteri Dalam Negeri Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 dan/atau ketentuan perubahannya**”.

Hal yang menarik untuk disimak dan ditelaah adalah ketentuan mengenai kesepakatan para pihak untuk meningkatkan perjanjian kerjasama ini dalam bentuk kerjasama pemanfaatan setelah jangka waktu Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) berakhir dalam jangka waktu 30 tahun berikutnya. Jadi setelah jangka waktu Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) selesai 30 tahun maka Pihak Kedua diberikan lagi kesempatan untuk memanfaatkan selama 30 tahun berikutnya dengan pola kerjasama pemanfaatan barang milik daerah.

Apabila dianalisis dan ditelaah ketentuan Pasal dalam perjanjian ini mengandung kelemahan dan dapat menimbulkan akibat hukum. Perpanjangan jangka waktu secara otomatis selama 30 tahun setelah lewatnya jangka waktu Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) akan dapat menimbulkan persoalan hukum baru, oleh karena antara bentuk kerjasama pemanfaatan berbeda dengan kerjasama

Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*), artinya kedua bentuk kerjasama pemanfaatan barang milik daerah ini masing-masing berdiri sendiri. Proses dan prosedurnya sama. Sama – sama harus dilakukan tender yang mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 (lima) peserta. Kalau jangka waktu Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) sudah berakhir dan langsung diperpanjang dengan kerjasama Pemanfaatan itu berarti prosedur tender tidak dilaksanakan/dilakukan lagi, padahal Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 jo Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 jo. Peraturan Pemerintah Nomor 38 tahun 2008 mensyaratkan hal tersebut bahkan tidak akan lahir suatu perjanjian kerjasama apabila tidak dilakukan tender.

Perbedaan lain adalah, dalam perjanjian kerjasama pemanfaatan selama jangka waktu pengoperasian, mitra kerjasama pemanfaatan dilarang menjaminkan atau menggadaikan barang milik daerah yang menjadi objek kerjasama pemanfaatan (Pasal 38 ayat 4), sedangkan dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) mitra kerjasama akan diberikan Hak Guna Bangunan di atas hak Pengelolaan dan Hak Guna Bangunan termaksud dapat dijadikan dan/atau diagunkan sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 41 ayat 5).

Pasal 1 angka 21 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 jo. Pasal 1 angka 11 Peraturan Pemerintah Nomor 6 Tahun 2006 menegaskan bahwa kerjasama pemanfaatan adalah pendayagunaan barang milik daerah oleh pihak lain dalam jangka waktu tertentu dalam rangka peningkatan penerimaan daerah bukan pajak/pendapatan daerah dan sumber pembiayaan lainnya, sedangkan Pasal 1 angka 22 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 jo. Pasal 1 angka 12 menegaskan bahwa Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) adalah pemanfaatan barang milik 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.

Dengan membaca kedua pengertian tersebut di atas, maka jelaslah bahwa antara kerjasama pemanfaatan dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) adalah dua perjanjian kerjasama yang berbeda dan tidak dapat disatukan, dengan demikian ketentuan Pasal 14 ayat (4) Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam Merevitalisasi Lapangan Karebosi antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari haruslah di addendum, demi terciptanya suatu kepastian hukum dan keadilan dan apabila pasal ini

tetap dipertahankan maka akan memberikan keuntungan kepada PT. Tosan Permai Lestari dan dapat merugikan pihak Pemerintah Kota Makassar.

15. Penutup (Pasal 15).

Pasal ini mengatur mengenai tidak berlakunya segala perjanjian/kontrak yang dibuat terdahulu/sebelumnya setelah ditandatanganinya perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) ini. Perjanjian/kontrak dibuat dalam rangkap 4 dan masing-masing pihak diberikan satu rangkap sebagai pegangan.

Isi dari kontrak/perjanjian ini sama dengan substansi isi perjanjian/kontrak yang ditegaskan dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007.

Proses kesepakatan yang lahir karena adanya penawaran dan penerimaan ini pada prinsipnya dapat menimbulkan problema hukum tersendiri, yaitu dapat memunculkan pertanyaan kapan sebenarnya suatu perjanjian/kontrak itu lahir atau ada, terutama apabila penawaran dan penerimaan itu dilakukan pada dua tempat yang berbeda dan berjauhan.

Untuk menjawab pertanyaan ini penulis mengutip dan mengkonstatir 4 (empat) teori lahirnya kesepakatan yaitu :

1. Teori Pengiriman (*Verzendingstheorie*);

Teori ini menyatakan bahwa lahirnya kesepakatan adalah pada saat pengiriman jawaban yang isinya berupa penerimaan atas penawaran yang

diterimanya dari pihak lain. Kelemahan teori ini adalah pihak yang menawarkan tidak tahu bahwa ia telah terikat dengan penawarannya sendiri.

2. Teori Penerimaan (*Ontvangstheorie*);

Teori ini menyatakan bahwa kesepakatan itu terjadi manakala jawaban atas penerimaan yang berisi tentang penerimaan penawaran tersebut telah diterima oleh pihak yang menawarkan.

3. Teori Pengetahuan (*Vernemingstheorie*);

Teori ini menyatakan bahwa, terjadinya kesepakatan pada saat pihak yang mengajukan penawaran mengetahui adanya penerimaan penawaran tersebut. Kelemahan teori ini adalah jika surat penerimaan itu meskipun telah sampai ditempatnya ternyata tidak segera dibaca.

4. Teori Ucapan atau Pernyataan (*Uitingstheorie*);

Teori ini menyatakan bahwa, terjadinya kesepakatan pada saat pihak yang menerima penawaran menyiapkan surat jawaban atau menjatuhkan pulpenya di atas sebuah kertas untuk menulis surat penerimaan penawaran tersebut. Kelemahan teori ini adalah tidak dapat ditentukannya secara pasti kapan kontrak itu lahir.

Kontrak/perjanjian yang dibuat oleh Para Pihak dalam Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) termaksud disamping telah memenuhi syarat formal Pasal 1320 KUH Perdata juga telah memenuhi unsur esensialia. Unsur esensialia dari perjanjian

kerjasama termaksud adalah adanya objek perjanjian, jangka waktu, hak dan kewajiban serta kontribusi dari Pihak investor/swasta.

2. Kecakapan

Kewenangan merupakan salah satu syarat yang menentukan keabsahan kontrak/perjanjian yang dibuat oleh badan hukum, baik badan hukum privat maupun badan hukum publik. Dalam kaitannya dengan kontrak/perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) pemenuhan terhadap syarat kewenangan tidak saja pada tahap penandatanganan kontrak/perjanjian, tetapi juga pada proses pelaksanaan tender dan penetapan pemenang tender. Penandatanganan kontrak/perjanjian hanya dapat dilaksanakan apabila seluruh proses telah dilalui dengan baik dan benar. Kontrak/perjanjian mempunyai kekuatan mengikat dan sah apabila dibuat dan ditandatangani oleh pihak yang berwenang.⁶⁸

Kecakapan untuk melakukan tindakan hukum merupakan kewenangan yang diberikan dan dijamin oleh hukum baik terhadap orang pribadi dan juga orang korporasi (*legal entity*) sebagai subjek pendukung hak dan pelaksana kewajiban. Kecakapan untuk melakukan tindakan ataupun hubungan hukum untuk dan atas kepentingan pribadi adalah berbeda dengan kewenangan melakukan tindakan hukum untuk dan atas kepentingan suatu badan hukum (*legal entity*). Bila subjek hukum tersebut adalah orang pribadi (*personal*

⁶⁸ Yohanes Sogar Simamora, Op. Cit., hal. 238

entity) maka kewenangannya untuk melakukan perbuatan hukum akan dapat dimulai setelah dia dewasa ataupun telah berumur 21 tahun, sementara kewenangan dalam melakukan tindakan hukum untuk dan atas kepentingan badan hukum, misalnya Perseroan Terbatas (PT) hanya dapat dilakukan oleh orang dewasa yang mempunyai jabatan direksi pada Perseroan Terbatas (PT) tersebut ataupun orang dewasa yang mendapatkan kewenangan (*power of attorney*) dari direksi untuk mewakili Perseroan Terbatas (PT) tersebut.⁶⁹

Kewenangan panitia/pejabat pengadaan dalam membuat keputusan dalam proses pengadaan merupakan kewenangan yang diturunkan dari pengguna barang/jasa. Dengan demikian kewenangan itu termasuk kategori kewenangan *mandate*. Sekalipun panitia/pejabat tidak berwenang memutuskan pemenang lelang/tender dan menandatangani kontrak pengadaan, tetapi panitia/pejabat ini mempunyai posisi penting dalam melakukan penilaian kualifikasi.⁷⁰

Dalam kaitannya dengan kontrak/perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) kewenangan atau kecakapan bertindak dapat dilihat pada identitas para pihak. Pihak Pertama dalam hal ini Pemerintah Kota Makassar diwakili oleh Ilham Arif Sirajuddin selaku Walikota Makassar dan Pihak Kedua diwakili oleh Asran Rizaly selaku Ditektur Utama PT. Tosan Permai Lestari.

⁶⁹ Ricardo Simanjuntak, Op. Cit., hal., 196

⁷⁰ Ibid, hal. 239

Para Pihak memiliki kewenangan untuk menandatangani perjanjian kerjasama karena kesemuanya memenuhi syarat mewakili badan hukum yang bersangkutan. Artinya keduanya sama – sama mewakili badan hukum, Pihak Pertama sebagai badan hukum publik dan Pihak Kedua sebagai badan hukum privat.

3. Suatu Hal Tertentu

Dalam satu perjanjian/kontrak yang menjadi hal tertentu adalah mengenai isi perjanjian yang harus dilaksanakan apakah itu berupa memberikan sesuatu, berbuat sesuatu ataukah untuk tidak berbuat sesuatu atau yang dikenal dengan prestasi.

Berkaitan dengan hal tertentu ini Pasal 1333 dan 1334 KUHperdata menegaskan bahwa suatu persetujuan harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya dan tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tertentu, asal saja jumlah itu terkemudian dapat ditentukan atau dihitung (Pasal 1333 ayat 1 dan 2). Selanjutnya Pasal 1334 menegaskan bahwa barang-barang yang baru akan ada dikemudian hari dapat menjadi pokok suatu persetujuan.

Kedua Pasal ini pada prinsipnya mengatur mengenai unsur esesiali dalam suatu perjanjian. Dalam suatu perjanjian/kontrak suatu hal tertentu adalah menjadi tolak ukur bagi para pihak dalam melaksanakan perjanjian/kontrak yang telah disepakati, salah satu pihak akan diketahui

apakah dia wanprestasi atau tidak. Apabila unsur ini tidak ada dalam satu kontrak/perjanjian maka kontrak/perjanjian itu batal demi hukum.

Dalam kaitannya dengan Perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah dalam merevitalisasi Lapangan Karebosi yang menjadi hal atau suatu hal tertentu adalah Revitalisasi Lapangan Karebosi bagian utara yang terletak di Kelurahan Baru Kecamatan Ujung Pandang Kota Makassar dengan luas kurang lebih 43.965 M2 serta Terowongan/Tunnel (Under Pass) Jalan Ahmad Yani dengan luas kurang lebih 1.317 M2 yang menghubungkan area perekonomian Lapangan Karebosi dengan Makassar Trade Centre (MTC) Karebosi (Pasal 3 {objek}). Dalam merevitalisasi Lapangan karebosi termaksud ada hak dan kewajiban dari para pihak. Hak dan kewajiban itulah yang menjadi prestasi.

4. Suatu sebab yang halal

Kausa atau sebab yang halal merupakan syarat objektif dari sebuah kontrak/perjanjian. suatu kontrak/perjanjian yang tidak didasarkan pada kausa atau sebab yang halal menyebabkan perjanjian/kontrak termaksud batal demi hukum. Pasal 1335 KUHPerdara menegaskan bahwa suatu persetujuan tanpa sebab, atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan. Jika tidak dinyatakan sesuatu sebab, tetapi ada suatu sebab yang halal, ataupun jika ada suatu sebab yang lain,

daripada yang dinyatakan persetujuannya, namun yang demikian adalah sah (Pasal 1335 KUHPerdara). Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum. (Pasal 1337 KUHPerdara).

Pemahaman tentang kausa halal atau tidak halal tersebut haruslah dilihat secara objektif pada inti dari lahirnya poin-poin perikatan tersebut. Hal ini perlu ditegaskan agar kausa tersebut tidak dilihat semata-mata dari keinginan masing-masing pihak yang berkontrak (subjektif) yang disebut juga dengan motif.⁷¹

Kausa atau sebab yang halal menurut penulis semata-mata tidak boleh dilihat pada objek perjanjiannya akan tetapi juga harus dilihat pada subjeknya, artinya pada para pihak yang melakukan kesepakatan-kesepakatan. Kalau para pihak yang melakukan kesepakatan – kesepakatan itu tidak sah dan bukan yang berwenang itu juga menyebabkan perjanjian/kontrak dapat dikatakan sebagai sebab atau kausa yang tidak halal.

Pada Perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam merevitalisasi Lapangan Karebosi perjanjian/kontraknya didasarkan pada suatu sebab atau kausa yang halal, karena pihak-pihak yang melakukan kesepakatan itu adalah pihak yang berwenang dan sah mewakili badan hukum masing-masing, selain itu objeknya pun sah karena Lapangan Karebosi adalah milik Pemerintah Kota Makassar (Pihak Pertama) dan ruang

⁷¹ Ricardo Simanjuntak, Op.Cit., hal. 200

lingkup pekerjaan atau jenis yang diperjanjikan adalah juga sah dan halal yaitu merevitalisasi Lapangan Karebosi untuk optimalisasi pemanfaatan barang milik daerah dalam rangka menunjang program pembangunan dan kemasyarakatan Pemerintah Daerah Kota Makassar, peningkatan infrastruktur pelayanan umum dan peningkatan pendapatan asli daerah (PAD) yang kesemuanya itu akan dapat mensejahterakan rakyat demi terwujudnya masyarakat yang adil dan makmur.

3. Post contractual; (Pelaksanaan Perjanjian Kerjasama)

Pelaksanaan perjanjian adalah tahap untuk melaksanakan isi perjanjian yang telah disepakati oleh para pihak. Dalam pelaksanaan perjanjian inilah para pihak melaksanakan hak dan kewajiban (hak dan kewajiban hukum bukan moral) dan itulah yang disebut dengan prestasi. Pasal 1234 KUHPerdara menegaskan bahwa prestasi itu adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, dan untuk tidak berbuat sesuatu.

Suatu perjanjian/kontrak yang harus dilaksanakan adalah perjanjian/kontrak yang dibuat berdasarkan ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara. Perjanjian/kontrak yang demikian itu mengikat dan berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya dan pihak lain harus menghormatinya. Perjanjian/kontrak yang dibuat berdasarkan ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara dan 1338 ayat (1) termaksud merupakan aturan yang harus dipenuhi, ditaati dan dipatuhi oleh para pihak yang telah bersepakat.

Sebagai akibat tidak dipenuhinya prestasi mengakibatkan salah satu pihak yang tidak terpenuhi haknya merasa dirugikan dan pihak yang merasa dirugikan dapat menuntut pemenuhan atau pembatalan perjanjian/kontrak disertai atau tidak disertai ganti rugi. Wanprestasi dapat terjadi baik karena tidak mampu memenuhi prestasi atau karena terpaksa atau bahkan karena tidak mau melaksanakan prestasi. Wanprestasi dapat berupa :

- a. Sama sekali tidak memenuhi prestasi;
- b. Prestasi yang dilakukan tidak sempurna;
- c. Terlambat memenuhi prestasi;
- d. Melakukan apa yang dalam perjanjian dilarang untuk dilakukan.

Dalam kaitannya dengan perjanjian kerjasama yang telah dilakukan antara Pemerintah Kota Makassar dengan pihak investor/swasta telah dilakukan kesepakatan-kesepakatan yang dituangkan dalam perjanjian sebagaimana telah diuraikan pada halaman dan bagian terdahulu. Dalam perjanjian/kontrak termaksud pada pokoknya mengatur mengenai hak dan kewajiban para pihak serta sanksi/denda apabila salah satu pihak tidak memenuhi prestasinya. Khusus pada Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah dalam Merevitalisasi Lapangan Karebosi. Pasal 9 ayat (1) dari perjanjian kerjasama termaksud mengatur bahwa Pihak Pertama dalam hal ini Pemerintah Kota Makassar berhak :

- a. Menerima kontribusi dari Pihak Kedua sesuai perhitungan;

- b. Pada saat pembangunan kontribusi selesai Pihak Pertama menerima dari Pihak Kedua berupa Panggung dan Lapangan Upacara, Lapangan Softball, Area Senam, Area Skateboard/rollerskate/sepeda, area futsal rumput, Landasan Helikopter (Helipad), Spektator antara Lapangan Upacara dengan lapangan rumput di bagian selatan Lapangan Karebosi senilai Rp. 22.715.964.794,047 (dua puluh dua milyar tujuh ratus lima belas juta Sembilan ratus enam puluh empat ribu tujuh ratus Sembilan puluh empat rupiah empat puluh tujuh sen);
- c. Menerima dari Pihak Pertama seluruh area dimaksud dalam Pasal 4 ayat (2) dan (3), dalam keadaan terawat dan berfungsi baik, setelah perjanjian kerjasama ini berakhir.

Namun apabila dibaca dan ditelaah lebih lanjut isi perjanjian termaksud, khususnya Pasal 11 mengenai Sanksi dan Denda tidak satupun mengatur mengenai sanksi atau denda yang akan dikenakan kepada Pihak Kedua (PT.Tosan Permai Lestari) apabila Pihak Kedua tidak melaksanakan ketentuan Pasal 9 ayat (2 dan 3). Sanksi dan denda hanya dikenakan kepada Pihak Kedua apabila Pihak Kedua tidak dapat menyelesaikan pekerjaan sebagaimana ketentuan Pasal 4 ayat (6). Pekerjaan dimaksud adalah :

“ Revitalisasi Lapangan Karebosi dilaksanakan dengan tahapan sebagai berikut :

- a. Lapangan rumput yang berada dibagian selatan Lapangan Karebosi dengan cara ditimbun dengan hasil tanah ruang bawah tanah di bagian

utara Lapangan Karebosi dan selanjutnya dipadatkan serta ditanami rumput sesuai rencana kerja (Bestek) yang disahkan oleh Pihak Pertama, tidak termasuk perbaikan asset jalan disekitarnya, dengan jangka waktu pelaksanaan pekerjaan paling lama 1 (satu) tahun terhitung sejak tanggal Izin Mendirikan Bangunan (IMB);

- b. Lapangan dan panggung upacara yang berada di bagian utara Lapangan karebosi serta area yang berada di bawahnya (ruang bawah tanah) dibangun dan ditata sesuai Gambar Rencana Tata Letak (Blok Plan) dimaksud dalam pasal ini, yang dibuat oleh Pihak kedua dan telah disetujui/disahkan oleh Pihak Pertama, dengan jangka waktu pelaksanaan pekerjaan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak tanggal Izin Mendirikan Bangunan (IMB).

Seharusnya sanksi dan denda juga mengatur apabila Pihak Kedua (PT. Tosan Permai Lestari) wanprestasi mengenai ketidak mampuan atau ketidak mauan untuk melaksanakan ketentuan Pasal 9 ayat (4) huruf b, c dan d (kewajiban Pihak Kedua), dan Pasal 9 ayat (1) huruf a, b dan c (hak Pihak Pertama). Pengenaan sanksi atau denda haruslah diatur dan ditentukan secara terpadu dan saling terkait terutama yang berkaitan dengan pelaksanaan hak dan kewajiban dari para pihak.

B. Fungsi, dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi dalam menentukan kelayakan perjanjian dengan Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer* /BOT)

Tim Penilai Kontribusi hanya dikenal dan diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 tahun 2007. Tim Penilai Kontribusi dibentuk dan bertanggung jawab kepada Kepala Daerah. Tim ini beranggotakan dari unsur akademisi dengan disiplin ilmu hukum, ekonomi, dan teknik sedangkan dari Pegawai Pemerintah Kota Makassar terdiri dari Bagian Ekonomi dan Pembangunan Kota Makassar yang secara ex officio sebagai Ketua Tim serta dari Dinas Pekerjaan Umum dan Lingkungan Hidup (hasil wawancara dengan M. Enra Efni, S. STP., M.H. (Kepala Sub Bagian Kerjasama Pemberdayaan Ekbang Kota Makassar tanggal 3 Juli 2012). Hal yang sama dikemukakan pula oleh salah seorang anggota Tim Penilai Kontribusi dari unsur akademisi bidang Hukum yaitu Prof. Dr. H. Sukarno Aburaera, S.H.⁷²

Sukarno Aburaera⁷³ menjelaskan bahwa fungsi dan tugas dari Tim ini adalah untuk menilai layak atau tidaknya investor/swasta menjadi mitra kerjasama pemerintah daerah dan menghitung besarnya nilai atau jumlah kontribusi yang harus dibayar dan disetor oleh investor/swasta ke kas daerah dengan dasar atau patokan perhitungan sebagai berikut :

- a. Nilai asset tanah dengan melihat NJOP terakhir;
- b. Harga pasaran umum setempat;

⁷² M. Enra Efni, Kepala Sub Seksi Ekonomi Pembangunan Kota Makassar, Wawancara di Makassar tanggal 3 Juli 2012 dan Sukarno Aburaera, Anggota Tim Penilai Kontribusi dari unsur akademisi, Wawancara di Makassar tanggal 9 Juli 2012

⁷³Sukarno Aburaera, Anggota Tim Penilai Kontribusi Revitalisasi Lapangan Karebosi dari Unsur Akademisi , wawancara di Makassar tanggal 9 Juli 2012

- c. Apabila ada perbedaan antara NJOP dengan harga Pasar Umum setempat, maka dilakukan penjumlahan dan dibagi sesuai jumlah yang ada;
- d. Apabila pemanfaatan tanah tidak merubah status penggunaan/pemanfaatan (fungsi), dimana pola bangun guna serah dilakukan pembangunannya dibawah permukaan tanah, maka nilai tananya diperhitungkan separuh (50%) dari nilai sebagaimana dimaksud huruf a.;

Hasil kajian dan penilaian besaran nilai/jumlah kontribusi yang dilakukan oleh Tim Penilai Kontribusi tidak serta merta dijadikan dasar atau patokan bagi Pemerintah Kota Makassar dalam menentukan dan menetapkan besaran kontribusi yang harus disetor oleh investor/swasta ke kas daerah. Pemerintah Kota Makassar dalam menentukan besarnya nilai kontribusi yang harus di setor oleh investor ke kas daerah tidaklah terikat dengan hasil yang dikaji oleh Tim. Kajian Tim hanyalah sebagai salah satu bahan pertimbangan saja bagi Pemerintah Kota Makassar bahkan pemerintah Kota Makassar bisa saja meminta *second opinion* dari pihak lain sebagai bahan perbandingan dari hasil kajian Tim Penilai Kontribusi yang dibentuknya. Fungsi dan tugas serta tata cara kerja Tim Penilai Kontribusi yang dijelaskan oleh Sukarno Aburaera termaksud di atas pada prinsipnya sama dengan apa yang ditentukan dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007.

Dengan berdasar pada penjelasan dari salah satu anggota Tim Penilai Kontribusi tersebut di atas, nampaknya esensi dari maksud dan tujuan Tim

Penilai Kontribusi sebagaimana yang diamanatkan oleh Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 belumlah tercapai dan tidak diterapkan secara optimal dan konsisten, karena Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 tahun 2007 menegaskan bahwa besarnya nilai kontribusi ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan Tim yang dibentuk dengan Keputusan Kepala Daerah. Ini berarti bahwa hasil kajian Tim termaksud sangat esensi dan urgen sifatnya dan harus dijadikan dasar bagi Pemerintah daerah dalam menetapkan besarnya nilai kontribusi yang harus di setor oleh investor ke kas daerah, sedemikian pentingnya kontribusi bagi pelaksanaan perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*), Pasal 41 Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 tahun 2007 menegaskan bahwa Mitra Bangun Guna Serah yang telah ditetapkan selama jangka waktu pengoperasian, harus memenuhi kewajibannya untuk membayar kontribusi ke kas daerah setiap tahun yang besarnya ditetapkan berdasarkan hasil perhitungan tim yang dibentuk oleh Kepala Daerah, bahkan tidak akan ada atau lahir suatu kontrak/perjanjian kalau belum ada nilai besaran kontribusi yang dirumuskan oleh Tim Penilai Kontribusi.

Setelah melakukan penilaian berdasarkan ketentuan perundang-undangan maka hasilnya dilaporkan kepada Pengelola Barang melalui Tim dan Tim menyampaikan laporan kepada Pengelola Barang terkait dengan hasil pengkajian atas tanah, dengan disertai perhitungan nilai limit terendah besaran kontribusi Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*).

Berdasarkan hasil tersebut, Tim melakukan tender/lelang pemilihan mitra Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dengan mengikutsertakan sekurang-kurangnya 5 (lima) peserta tender/lelang.

Kewajiban pihak investor/swasta untuk menyerahkan/menyetor kontribusi ke kas daerah ditentukan pada Pasal 9 ayat (1) huruf a, namun dalam Pasal termaksud tidak ditentukan mengenai besarnya nilai kontribusi, Pasal termaksud hanya mengatur bahwa Hak Pihak Pertama yaitu menerima kontribusi dari Pihak Kedua sesuai perhitungan. Demikian pula halnya dengan ketentuan Pasal 10 mengenai Tata Cara Pembayaran Kontribusi, dalam Pasal termaksud hanya ditegaskan bahwa Tata cara pembayaran kontribusi Pihak Kedua kepada Pihak Pertama sebagaimana tertera pada Lampiran VII Perjanjian Kerjasama ini dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Perjanjian ini.

Dalam kaitannya dengan pembayaran kontribusi ini ada perbedaan antara Perjanjian Kerjasama Peremajaan dan Pengembangan serta pengelolaan Pasar Butung dan Pasar Sentral dengan Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah dalam Merevitalisasi Lapangan Karebosi.

Perjanjian Kerjasama Peremajaan dan Pengembangan serta pengelolaan Pasar Butung dan Pasar Sentral tidak dalam berupa kontribusi tapi dalam bentuk pembagian tempat usaha dan dalam bentuk retribusi yang dipungut langsung kepada pedagang kios/lods. Sedangkan pada Perjanjian Kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam

Merevitalisasi Lapangan Karebosi kontribusinya dalam bentuk uang dan berupa Panggung dan Lapangan Upacara, Lapangan Softball, Area Senam, Area Skateboard/rollerskate/sepeda, area futsal rumput, Landasan Helikopter (Helipad), Spektator antara Lapangan Upacara dengan lapangan rumput di bagian selatan Lapangan Karebosi senilai Rp. 22.715.964.794,047 (dua puluh dua milyar tujuh ratus lima belas juta Sembilan ratus enam puluh empat ribu tujuh ratus Sembilan puluh empat rupiah empat puluh tujuh sen). Pada prinsipnya kedua bentuk penyetoran ke kas Pemerintah Kota sama saja.

Meskipun ketiga perjanjian ini sama – sama menggunakan pola atau bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*), namun terdapat perbedaan diantara ketiganya seperti pada perjanjian peremajaan pasar Butung dan Makassar Mall (Pasar Sentral) tidak ditemukan adanya kontribusi ke kas daerah tetapi Pemerintah Kota Makassar diberikan bagian tempat usaha dan berhak untuk mengelola tempat usaha kaki lima, tempat bermain, kantor, dan mushollah, fasilitas parkir (Pasal 9 ayat 1 {a dan b}) namun bagian pemerintah Kota Makassar termaksud diganti dengan uang oleh PT. Melatitunggal Intiraya sebesar Rp. 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) yang dibayar selama 5 (lima) tahun (Pasal 11 ayat {1 dan 2}) serta menyetor kepada Pihak Pertama sebesar Rp. 150.000.000,- (seratus lima puluh juta rupiah) sebagai bantuan Pihak Kedua untuk pembangunan Kotamadya Daerah Tingkat II Ujung Pandang yang diserahkan setelah pengesahan Menteri Dalam Negeri atas perjanjian ini (Pasal 26 ayat 1). Hal

yang sama juga dilakukan pada Perjanjian Kerjasama Bersyarat antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Haji Latunrung L & K dalam mengelola Pasar Butung, bahwa bagian pemerintah Kota Makassar adalah tempat parkir, lingkungan, Pasar di Basemant, fasilitas umum berupa Kantor Pasar, Poliklinik, kantor pengamanan, kantor koperasi (Pasal 21 ayat 1) dan pada Pasal 22 mengatur bahwa :

1. Pihak Pertama berhak :

- a. Menerima Pendapatan Asli Daerah sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku atas Tempat Usaha yang menjadi bagian Pihak Pertama dimaksud Pasal 21 angka 1 ;
- b. Menerima Retribusi Jualan Harian atas seluruh Tempat Usaha yang ada dalam Pasar Butung, baik bagian Tempat Usaha Pihak Pertama maupun Tempat Usaha bagian Pihak Kedua;
- c. Menerima Pajak Reklame dan Pajak Daerah lainnya atas kegiatan yang dilakukan pada Tempat Usaha bagian Pihak Pertama atau bagian Pihak Kedua;
- d. Menerima Pajak Bumi dan Bangunan dari Pasar Butung Ujung Pandang secara keseluruhan yang dibayar Pihak Kedua dan atau yang memperoleh hak daripadanya;
- e. Melakukan pengawasan tanpa mencampuri teknis operasional serta mendapatkan Laporan berkala secara teratur atas pengelolaan Pasar Butung Ujung Pandang bagian tempat usaha Pihak Kedua.

Lain halnya pada Perjanjian Kerjasama Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari, pihak investor/ PT. Tosan Permai Lestari dibebani kewajiban untuk menyetor kontribusi ke kas daerah yang besarnya berdasarkan keputusan Walikota berdasarkan hasil kajian atau penilaian dari Tim Penilai Kontribusi, selain kontribusi dalam bentuk uang tunai yang di setor ke kas daerah setiap tahunnya, investor/swasta juga dibebani kewajiban untuk menyediakan fasilitas berupa panggung dan lapangan upacara, lapangan softball, area senam, area skateboard/rollerskate/sepeda, area futsal rumput, landasan helicopter (helipad), spectator antara lapangan upacara dengan lapangan rumput dibagian selatan lapangan karebosi senilai Rp. 22.715.964.794.047,- (dua puluh dua milyar tujuh ratus lima belas juta Sembilan ratus enam puluh ribu tujuh ratus Sembilan puluh empat rupiah empat puluh tujuh sen) serta menerima dari Pihak Kedua seluruh area dimaksud dalam Pasal 4 ayat (2) dan (3) dalam keadaan terawat dan berfungsi baik, setelah perjanjian kerjasama ini berakhir.

Dalam perjanjian kerjasama dengan pihak investor/swasta ini sebenarnya pemerintah kota tidak terlalu mementingkan nilai kontribusi yang akan di setor oleh investor/swasta ke kas daerah, akan tetapi yang dipentingkan adalah nilai ekonomisnya perjanjian kerjasama. Dengan melakukan kerjasama dengan pihak swasta/investor maka akan dapat menggerakkan sektor-sektor perekonomian, dengan demikian akan

meningkatkan pendapatan per kapita masyarakat maupun Pendapatan Asli Daerah (PAD).

Mengenai tanggung jawab dari Tim Penilai Kontribusi tidak satupun ditemukan dalam peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 maupun Peraturan Daerah Nomor 1 Tahun 2008 yang mengatur tentang tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi, hal yang sama dikemukakan oleh Sukarno Aburaera bahwa Tim Penilai Kontribusi tidak bertanggung jawab terhadap hasil atau nilai kontribusi yang harus disetor oleh Investor ke kas daerah, hal ini oleh karena yang menetapkan besarnya nilai kontribusi adalah Pemerintah Kota Makassar. Dengan tidak diaturnya tanggung jawab dari Tim Penilai Kontribusi, menurut penulis sangat rawan dan menjadi titik lemah dalam penentuan besaran nilai kontribusi yang harus di setor ke kas daerah, bisa saja Tim bekerja asal-asalan sehingga dapat merugikan pemerintah daerah dan menguntungkan pihak investor/swasta. Seharusnya Tim bertanggung jawab penuh terhadap hasil penilaiannya dan dapat dituntut secara pidana maupun perdata apabila terbukti salah dalam melakukan perhitungan dan merugikan pemerintah daerah.

C. Kedudukan hukum dan tanggung jawab Pihak Ketiga (pengelola terhadap Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) yang telah dibuat dan disepakati antara Pemerintah Daerah dengan Investor (swasta) .

Pada prinsipnya kontrak/perjanjian hanya mengikat para pihak yang telah sepakat untuk mengadakan kontrak/perjanjian, suatu kontrak/perjanjian tidak mengikat atau memberikan keuntungan ataupun membebani kerugian kepada Pihak Lain/Pihak Ketiga yang tidak ikut dalam kontrak/perjanjian termaksud, kecuali apabila kontrak/perjanjian tersebut memang mengatur pemberian hak tersebut kepada Pihak Ketiga. Tegasnya bahwa suatu kontrak/perjanjian hanya mengikat, memberikan keuntungan dan membebani kerugian hanya kepada pihak-pihak yang sepakat untuk mengadakan kontrak/perjanjian, demikian penegasan Pasal 1340 dan 1315 KUHPerduta. Pasal 1340 KUHPerduta ini pada dasarnya hanyalah merupakan penegasan dari daya mengikat/kekuatan mengikatnya satu perjanjian/kontrak sebagaimana termaksud dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerduta. Contoh misalnya perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah antara Pemerintah Kota Makassar dengan Investor/swasta (PT. Melatitungal Intiraya dan PT. Haji Latunrung L & K). Perjanjian termaksud seyogianya hanya mengikat, memberi keuntungan dan membebani kerugian kepada Pemerintah Kota Makassar dengan Investor. Kontrak/perjanjian termaksud tidak dapat memberikan keuntungan atau membebani kerugian kepada Pihak Ketiga/pihak lainnya.

Akan tetapi dengan alasan tertentu ketentuan Pasal 1340 KUHPerduta termaksud dapat saja disimpangi oleh para pihak, dengan mengalihkan atau

mengikat Pihak Ketiga sepanjang dikehendaki dan disepakati oleh para pihak yang mengadakan kontrak/perjanjian, hal ini dimungkinkan oleh Pasal 1317 KUHPerdara yang menjelaskan bahwa lagi pula diperbolehkan juga untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan seorang Pihak Ketiga, apabila suatu penetapan janji yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri, atau suatu pemberian yang dilakukannya kepada seorang lain, memuat janji yang seperti itu. Pasal ini menunjukkan bahwa sepanjang para pihak yang terikat dalam kontrak tersebut secara tegas menyetujui keterlibatan Pihak Ketiga terhadap pelaksanaan dari kontrak yang disepakati oleh mereka, pihak tersebut akan terikat untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban yang diatur dalam kontrak/perjanjian dimana dia secara formal tidak menjadi pihak.⁷⁴

Dalam praktik/kenyataannya bahwa perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) antara Pemerintah Kota Makassar dengan Investor, pihak investor/swasta diberikan keleluasaan untuk mengalihkan hak pengelolaannya kepada Pihak Ketiga /pihak lain. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 12 Perjanjian Kerjasama Tentang Peremajaan dan Pengembangan Pasar Sentral Ujung Pandang yang mengatur bahwa kendati pengelolaan Pasar Sentral Ujung Pandang dikelola oleh Pihak Kedua selama masa kerjasama tersebut Pasal 10 (1) pemanfaatan Kios/Los tersebut Pasal 9 angka 1 huruf a tetap

⁷⁴ Ricardo Simanjuntak, Op. Cit., hal. 146-147

diperuntukkan bagi penjual lama Pasar Sentral Ujung Pandang, sedangkan Tempat Usaha bagian Pihak Kedua menurut Pasal 9 angka 2 huruf a dan huruf b digunakan sendiri Pihak Kedua ***maupun oleh yang mendapat pengalihan hak*** dari Pihak Kedua, namun harus sepengetahuan Pihak Pertama. Disamping itu pengalihan hak pengelolaan oleh Pihak Kedua kepada Pihak Ketiga dimungkinkan oleh perjanjian kerjasama antara pemerintah Kota Makassar dengan investor/swasta dalam hal ini PT. Melatitunggal Intiraya sebagaimana tertuang dalam Pasal 13 A ayat (3 dan 4) Addendum keempat Perjanjian Kerjasama tentang peremajaan dan pengembangan Pasar Sentral Ujung Pandang Nomor 511.2/039/S.Perja /HK yang menegaskan bahwa Pihak Kedua sebagai yang melaksanakan kegiatan operasional Pengelolaan dapat menunjuk Badan Usaha lain dengan surat pemberitahuan tertulis terlebih dahulu kepada Pihak Pertama untuk melaksanakan kegiatan operasional Pengelolaan dengan bertanggung jawab sepenuhnya kepada Pihak Kedua dibawah binaan/pengawasan Pihak Pertama. Atas penunjukan Badan usaha lain oleh Pihak Kedua untuk melaksanakan operasional Pengelolaan dimaksud ayat (3) Pasal ini, tidak menyebabkan hapus/hilangnya hak dan kewajiban – kewajiban Pihak Kedua sebagaimana dimaksud dalam Perjanjian Kerjasama antara Pihak Pertama dan Pihak Kedua. Dengan berdasar pada ketentuan ini, PT. Melatitunggal Intiraya mengalihkan hak pengelolaannya kepada PT. Bahana.

Demikian pula halnya dalam Perjanjian Kerjasama Bersyarat antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Haji Latunrung L & K tentang Peremajaan dan pengembangan serta Pengelolaan Pasar Butung pada Pasal 11 angka (3) diatur bahwa dalam hal pengelolaan dilaksanakan oleh Pihak Lain yang ditunjuk oleh Pihak Kedua dimaksud ayat (2) Pasal ini, Pihak Kedua tetap bertanggung jawab atas pengelolaan yang dilakukan oleh Pihak Lain yang ditunjuk Pihak Kedua. Pasal ini ditegaskan kembali pada Pasal 4 angka (2) dari Addendum atas Perjanjian Kerjasama Bersyarat termaksud dengan menegaskan bahwa **Hak pemanfaatan Pihak kedua atas kios, Lods dan tempat usaha lainnya dimaksud ayat (1) Pasal ini, dapat dialihkan kepada Pihak Lain** dengan ketentuan jangka waktu tidak melebihi jangka waktu pemanfaatan yang diberikan Pihak Pertama kepada Pihak Kedua sebagaimana dimaksud addendum ini. Sebagai bukti adanya pengalihan hak pengelolaan/pemanfaatan ini antara Pihak Kedua (PT. Haji Latunrung L & K) dan Pihak Ketiga (Koperasi Serba Usaha Bina Duta) telah membuat Perjanjian Kerjasama yang dibuat dihadapan Notaris. Sedangkan pada Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Tosan Permai Lestari tentang Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Dalam Rangka Revitalisasi Lapangan Karebosi tidak ditentukan secara jelas dan tegas mengenai dapat atau tidaknya Pihak Kedua mengalihkan hak pengelolaan/penggunausahaan objek perjanjian kerjasama. Dalam ketentuan Pasal 9 angka 3 bagian d Hak Pihak Kedua menyebutkan

bahwa Pihak Kedua **dapat bekerjasama** dengan pihak lain dalam rangka pengelolaan/penggunausahaan/penjaminan/pengagunan atas area dimaksud dalam Pasal 4 ayat (3) serta menerima hasilnya sesuai mekanisme peraturan perundang-undangan yang berlaku. Ketentuan ini tersirat makna bahwa Pihak Kedua tidak dapat mengalihkan hak pengelolaannya/penggunausahaan/pemanfaatannya atas area yang menjadi objek kerjasama akan tetapi Pihak Kedua hanya dapat bekerjasama dengan pihak lain dalam hal pengelolaan dan penggunausahaan/pemanfaatan atas area termaksud.

Oleh karena para pihak telah sepakat dan setuju serta menuangkannya dalam satu perjanjian tertulis bahwa hak pengelolaan/penggunausahaan/pemanfaatan objek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dapat dialihkan kepada Pihak Ketiga tentunya perbuatan termaksud adalah sah dan mengikat para pihak. Hanya saja oleh karena ini adalah barang milik daerah yang merupakan hajat hidup orang banyak perlu dilakukan pengawasan yang optimal dan sungguh-sungguh dari pemerintah Kota Makassar agar tidak menimbulkan dampak atau akibat hukum terutama dalam pelaksanaan perjanjiannya/kontraknya, termasuk di dalamnya mengenai pelaksanaan hak dan kewajiban pihak Investor dan pertanggungjawaban hukum dari Pihak Ketiga (pengelola), selain pengawasan perlu pula dilakukan koordinasi yang baik antara

pemerintah Kota Makassar, Pihak Investor dan Pihak Ketiga (selaku penerima hak pengelolaan dari investor).

Menurut penjelasan dan keterangan dari Zulkiflie, S.H. (Kasubi Data dan Informasi Bagian Hukum Kota Makassar), bahwa pengalihan hak pengelolaan itu dimungkinkan oleh perjanjiannya/kontraknya itu sendiri, asal saja sepengetahuan dan disetujui oleh Pemerintah Kota Makassar dan ini semua tergantung pengawasan yang dilakukan oleh pemerintah kota selaku pemilik barang. Lebih lanjut beliau menjelaskan bahwa pengalihan hak pengoperasian tersebut meliputi seluruh isi dari perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah yang telah disepakati dan ditandatangani oleh investor (PT. Melatitunggal Intiraya selaku Investor) dengan Pemerintah Kota Makassar, namun pada saat penyerahannya, tanah dan bangunan beserta fasilitas yang ada di atasnya tetap diserahkan oleh pihak investor kepada pemerintah Kota Makassar. Dalam pengawasan termaksud pemerintah kota tetap berhubungan dengan investor. Pihak Ketiga (pengelola) hanya mengelola saja.⁷⁵

Dengan demikian pada prinsipnya dalam suatu kontrak/perjanjian salah satu pihak dapat saja mengalihkan atau melakukan kesepakatan dengan Pihak Ketiga untuk melakukan /melaksanakan kesepakatan dengan Pihak

⁷⁵ Zulkiflie, Kasubi Data & Informasi Hukum Pemerintah Kota Makassar, wawancara di Makassar tanggal 18 Juni 2012

Ketiga asalkan hal itu ditentukan secara jelas dan tegas dalam kontrak/perjanjian.

Perjanjian/kontrak itu pada dasarnya melahirkan hak dan kewajiban kepada para pihak yang membuatnya, kekuatan mengikat dari perjanjian/kontrak hanya mempunyai daya kerja sebatas para pihak yang membuatnya. Hal ini menunjukkan bahwa kontrak/perjanjian yang lahir dan dibuat oleh para pihak termaksud adalah merupakan hak perorangan dan bersifat relative, walaupun dalam hal – hal tertentu kontrak/perjanjian termaksud dapat mengikat dan menjangkau pihak lain/ Pihak Ketiga, dengan syarat harus ada persetujuan dari salah satu pihak. Sebagai konsekuensi dari sebuah kontrak/perjanjian yang melahirkan hak dan kewajiban hukum, maka para pihak yang mengadakan kontrak/perjanjian itu terikat pada janji-janji kontraktualnya dan janji-janji termaksud haruslah dipenuhi/ditepati, itulah sebenarnya yang dimaksud kontrak/perjanjian itu sebagai undang-undang bagi pembuatnya dan ini akan dilaksanakan dengan baik apabila proses keberadaanya/kesepakatannya dilandasi oleh semangat kebebasan dan iktikad baik (kebenaran).

Dalam kaitannya dengan kedudukan dan tanggung jawab hukum atas pelaksanaan hak dan kewajiban Pihak Kedua oleh Pihak Ketiga terhadap perjanjian/kontrak yang telah dibuat oleh Pihak Kedua dengan Pihak Pertama dalam perjanjian/kontrak telah diatur dengan jelas dan tegas bahwa pihak

Ketiga/Pihak Lain yang menerima hak pengelolaan dari Pihak Kedua bertanggung jawab sepenuhnya atas perjanjian/kontrak yang dilakukan oleh Pihak Kedua dengan Pihak Pertama (Pemerintah Kota Makassar). Contoh yang konkrit adalah pada saat Pasar Sentral dan Pasar Butung terbakar, yang bertanggung jawab adalah Pihak Ketiga akan tetapi yang berhubungan dan bertanggung jawab kepada Pihak Pertama (Pemerintah Kota Makassar) adalah Pihak Kedua dan sumber pembiayaannya pun berasal dari Pihak Ketiga atau asuransi. Hal ini diatur dalam ketentuan Pasal 13 ayat (4,5,dan 6), Pasal 21, Pasal 27 Perjanjian Kerjasama antara Pemerintah Kota Makassar dengan PT. Melatitunggal Intiraya serta ketentuan Pasal 11 ayat (3) Perjanjian Kerjasama serta Perjanjian Kerjasama antara PT. Haji Latunrung L & K dengan Koperasi Serba Usaha Bina Duta dan sesuai pula dengan penjelasan yang diberikan oleh Zulkiflie, S.H. (Kasubsi Data & Informasi Hukum Pemerintah Kota Makassar) dan Sudirman Latif, SE (Bendahara Koperasi Serba Usaha Bina Duta). Namun Pihak Ketiga tidak dapat berhubungan langsung dengan Pihak Pertama melainkan harus melalui Pihak Kedua. Artinya pelaksanaan hak dan kewajiban Pihak Ketiga terhadap perjanjian yang telah dibuat oleh Pihak Kedua dengan Pihak Pertama haruslah melalui Pihak Kedua termasuk pada saat penyerahan kembali objek Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Trasfer/BOT*) kepada Pihak

Pertama (Pemerintah Kota) apabila jangka waktu pengelolaannya selesai atau berakhir.⁷⁶

BAB V

PENUTUP

A. KESIMPULAN

1. Pemerintah Kota Makassar dalam menjalin kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dengan pihak swasta/investor memilih bentuk dan pola kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*). Pola kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) adalah merupakan suatu perjanjian yang tunduk dan taat pada ketentuan KUHPerdata. Oleh karena perjanjian/kontraknya tunduk pada ketentuan KUHPerdata maka sifat perjanjian adalah bersifat privat karena pelaksanaan perjanjian/kontraknya semata-mata tunduk pada aturan hukum privat, walaupun kelahirannya atau keberadaannya dilandasi atau diliputi oleh nuansa hukum publik dan suatu hal tak dapat dipungkiri bahwa tindakan yang dilakukan pemerintah juga dilandasi atau diliputi

⁷⁶ Zulkiflie, Kasubi Data & Informasi Hukum Pemerintah Kota Makassar, wawancara di Makassar tanggal 3 Juli 2012 dan Sudirman Latif, Bendahara Koperasi Serba Usaha Bina Duta, wawancara di Makassar, tanggal 9 Juli 2012

oleh hukum publik. Kedudukan hukum pemerintah dalam hal ini adalah sebagai badan hukum publik dan dapat memilih jalan atau cara untuk taat dan tunduk pada hukum privat, dan apabila Negara memilih atau berjalan sesuai dengan hukum privat, maka tentunya Negara harus menanggung segala akibat hukum yang timbul berdasar cara hukum privat seperti, harus bersedia secara sukarela mempertanggung jawabkan perbuatannya secara hukum privat misalnya saja, melalui ganti kerugian karena wanprestasi. Jangan Negara dengan alasan wewenang publik yang ada pada dasarnya justru menghindari dari kewajibannya itu. Sifat publiknya berawal atau dimulai pada saat pemerintah Kota Makassar menetapkan satu lokasi untuk dijadikan objek kerjasama, penentuan tim, pengumuman tender, pelaksanaan tender/lelang dan penetapan pemenang tender/lelang (yang kesemuanya ditandai dengan lahirnya atau terbitnya Surat Keputusan Walikota selaku Pejabat Walikota Makassar dan merupakan tindakan sepihak dari Pemerintah Kota Makassar), sedangkan sifat privatnya dimulai pada saat negosiasi, penentuan isi perjanjian dan pelaksanaan perjanjian yang terbentuk dan tunduk pada ketentuan hukum privat seperti KUHPerdara (merupakan tindakan dua pihak antara Pemerintah Kota Makassar dengan pihak investor/swasta).

2. Fungsi Tim Penilai Kontribusi pada prinsipnya adalah untuk menghitung besarnya nilai atau jumlah kontribusi yang harus di setor oleh investor ke

kas daerah setiap tahunnya dan dijadikan dasar bagi pemerintah daerah dalam menetapkan besarnya kontribusi yang harus di setor oleh investor ke kas daerah. Namun yang terjadi adalah hasil perhitungan Tim Penilai Kontribusi tidak dijadikan acuan atau dasar bagi pemerintah Kota dalam menetapkan besaran nilai kontribusi. Pemerintah Kota Makassar hanya menjadikannya sebagai bahan perbandingan saja bahkan pemerintah kota dapat meminta *second opinion* dari pihak lain. Hal ini karena Pemerintah Kota Makassar tidak terlalu mementingkan nilai atau jumlah atau besarnya kontribusi yang harus di setor oleh investor ke kas daerah akan tetapi yang lebih dipentingkan adalah bagaimana sektor-sektor ekonomi dapat bergerak sehingga dapat memacu dan memicu peningkatan pendapatan masyarakat dan Pendapatan Asli Daerah (PAD).

3. Pada dasarnya perjanjian/kontrak itu hanya berlaku dan mengikat para pihak yang membuatnya, kecuali ditentukan lain dalam perjanjian. Pada perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) Pihak Pertama (Pemerintah Kota Makassar) memberikan kemungkinan dan peluang kepada investor/swasta untuk mengalihkan hak pengelolaannya kepada Pihak lain atau Pihak Ketiga. Dengan adanya peluang ini tentunya akan dapat menimbulkan akibat hukum terutama mengenai kedudukan dan tanggung jawab hukum dari Pihak Ketiga. Pihak Ketiga dalam perjanjian

kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) mempunyai kedudukan dan tanggung jawab hukum yang sama dengan Pihak Kedua, artinya Pihak Ketiga mengambil alih semua tanggung jawab Pihak Kedua apabila terjadi persoalan hukum (timbul kerugian) dalam pelaksanaan perjanjian, namun yang bertanggung jawab dan berhubungan dengan Pihak Pertama tetaplah Pihak Kedua (Investor/swasta).

b. SARAN

1. Perjanjian Kerjasama Pemanfaatan Barang Milik Daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) merupakan upaya atau jalan keluar untuk membantu pemerintah daerah dalam melaksanakan pembangunan sebagai akibat kurangnya atau minimnya dana yang dimiliki serta untuk mengoptimalkan fungsi barang milik daerah dalam rangka penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pemerintah daerah. Untuk menjamin terciptanya kepastian hukum bagi para pihak (pemerintah maupun investor/swasta) yang terlibat dalam perjanjian kerjasama termaksud dan untuk lebih memberikan penguatan dan kekuatan hukum sebaiknya Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 ditingkatkan menjadi undang-undang atau Peraturan Pemerintah mengingat Peraturan Menteri tidak ada dalam hierarki perundang-undangan, hal ini

oleh karena pemanfaatan barang milik daerah menyangkut hajat hidup orang banyak dan tujuannya semata-mata untuk kemakmuran rakyat.

Hal yang perlu diatur secara detail dan mendasar adalah mengenai sifat dan kedudukan hukum pemerintah dalam melaksanakan perjanjian kerjasama dengan pihak swasta/investor, prosedur dan jenis perjanjian/kontrak, fungsi, tugas dan tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi, sarana penyelesaian sengketa yang harus dipilih oleh para pihak.

Hal yang mendesak untuk dilakukan dalam kaitannya dengan perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam bentuk Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dalam rangka merevitalisasi lapangan karebosi adalah melakukan addendum perjanjiannya terutama Pasal 5, Pasal 11, Pasal 12 dan Pasal 14 ayat (4).

2. Mengingat hasil kajian Tim Penilai Kontribusi dalam menetapkan besaran nilai kontribusi yang harus di setor oleh investor /swasta ke kas daerah sangat penting dan esensi sifatnya, maka seharusnya pemerintah Kota menjadikan dasar perhitungan atau kajian Tim termaksud sebagai dasar acuan dalam menetapkan besarnya nilai kontribusi. Selain itu oleh karena kontribusi itu merupakan kewajiban utama dari investor seharusnya pengaturannya lebih detail dan tegas terutama mengenai tanggung jawab Tim Penilai Kontribusi atau Pemerintah Kota/Daerah apabila dalam

menghitung atau menetapkan besaran nilai kontribusi merugikan keuangan daerah. Perlu pengaturan yang jelas dan tegas mengenai tugas dan fungsi serta tanggung jawab dari Tim Penilai Kontribusi. Dan dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 haruslah diatur secara jelas dan mendetail mengenai tata cara kerja dan bentuk pertanggungjawaban pihak-pihak yang terkait dengan Tim Kontribusi maupun kontribusinya itu sendiri.

3. Oleh karena dalam perjanjian kerjasama pemanfaatan barang milik daerah dalam Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) dimungkinkan untuk dialihkannya hak pengelolaan dari Pihak Kedua kepada Pihak Ketiga tetapi harus seizin Pihak Pertama, maka sebaiknya pemerintah Kota /Pihak pertama melakukan pengawasan yang ketat dan optimal terhadap pengoperasian/pengelolaan yang dilakukan oleh Pihak Ketiga dan selalu berkoordinasi dengan Pihak Kedua maupun dengan Pihak Ketiga terhadap pengelolaan barang milik daerah berupa tanah, bangunan beserta fasilitas di atasnya yang menjadi objek perjanjian Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) termaksud.

Pemerintah daerah harus membentuk lembaga pengawas yang bertugas untuk mengawasi pelaksanaan perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (*Build, Operate, and Transfer/BOT*) termaksud. Hal ini untuk tetap menjaga dan mempertahankan bangunan beserta fasilitasnya agar tetap layak pakai

dan bernilai ekonomis tinggi pada saat diserahkan kembali kepada pemerintah daerah.

Disamping itu Untuk dapat mempertahankan bangunan beserta fasilitasnya agar tetap layak pakai dan bernilai ekonomis tinggi seharusnya jangka waktu pengelolaan paling lambat 15 (lima belas) tahun atau 10 (sepuluh) tahun saja tidak perlu sampai dengan 30 (tiga puluh) tahun sebagaimana yang diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 termaksud.

DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU

- Agus Yudha Hernoko. 2010. *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*. Jakarta : Prenada Kencana Group.
- Ahmadi Miru. 2007. *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*. Jakarta; PT. RajaGrafindo Persada.
- A.Qirom Syamsuddin Meliala. 1985. *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*. Yogyakarta: Liberty.
- Aminuddin Ilmar. 2012. *Hak Menguasai Negara Dalam Privatisasi BUMN*, Jakarta. PT. Prenada Media Group.
- Budi Santoso. 2008. *Aspek Hukum Pembiayaan Proyek Infrastruktur dengan Model BOT (Build Operate Transfer)*. Yogyakarta: Genta Press.
- Henri Waloejo. 2001. *Penggunaan dan Pemanfaatan Barang Milik Negara (Suatu Perbandingan Kebijakan sebelum dan sesudah Reformasi Keuangan Negara)*. Jakarta: Mitra Wacana Media.
- Indroharto. 1993. *Usaha Memahami Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*. Buku II. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan.
- Iwan E. joesoef. 2006. *Perjanjian Pengusahaan Jalan Tol (PPJT) Sebagai Kontrak Bisnis Berdimensi Publik Antara Pemerintah Dengan Investor (Swasta) Dalam Proyek Infrastruktur*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- J. Satrio. 1992. *Hukum Perjanjian (Perjanjian Pada Umumnya)*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Kartini Mulyadi dan Gunawan Wijaya. 2002. *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.

- Nur Basuki Minarno. 2010. *Penyalahgunaan Wewenang Dalam Pengelolaan Keuangan Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi*. Surabaya: Laksbang Mediatama.
- Ricardo Sumanjuntak. 2011. *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis* Edisi Revisi. Jakarta: Kontan Publishing.
- Ridwan. 2009. *Hukum Administrasi Di Daerah*. Yogyakarta: FH Ull Press.
- Ridwan H.R. 2011. *Hukum Administrasi Negara*. Edisi Revisi Jakarta: PT. RadjaGrafindo Persada.
- R.M. Suryodiningrat. 1995. *Azas-Azas Hukum Perikatan*. Bandung : Tarsito
- Salim H.S. 2004. *Hukum Kontrak Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Subekti. 1985. *Hukum Perjanjian Cetakan ke X*., Jakarta: PT. Intermasa.
- Yohanes Sogar Simamora. 2010. *Hukum Perjanjian Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang Dan Jasa Oleh Pemerintah*. Surabaya: Laksbang.

B. MEDIA ONLINE (INTERNET/WEBSITE)

<http://ainiplanologi.blogspot.com/2010/08/build-operate-transfer.html>.

C. JURNAL HUKUM

Jurnal Hukum , Vol. XIV, No. 1, April 2004

D. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata).

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintah Daerah.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2006 Tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah.

Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Pedoman Teknis Pengelolaan Barang Milik Daerah.

Perturan Menteri Keuangan Nomor 96/PMK.06/2007 Tentang Tata Cara Pelaksanaan Penggunaan, Pemanfaatan, Penghapusan, Dan Pemindahtanganan Barang Milik Negara.

Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor 248/KMK.04/1995 Tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak Yang Melakukan Kerjasama Dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate And Transfer*).

