

9-30-2020

PENERAPAN ASAS PROPORSIONALITAS DALAM PEMANFAATAN ASET NEGARA MELALUI MODEL BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT

Anita Kamilah

Dosen Program Pascasarjana Ilmu Hukum dan Fakultas Hukum Universitas Suryakencana,
anita.kamilah@yahoo.co.id

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/jhp>



Part of the [Administrative Law Commons](#), [Comparative and Foreign Law Commons](#), [Constitutional Law Commons](#), [Criminal Law Commons](#), and the [Natural Resources Law Commons](#)

Recommended Citation

Kamilah, Anita (2020) "PENERAPAN ASAS PROPORSIONALITAS DALAM PEMANFAATAN ASET NEGARA MELALUI MODEL BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT," *Jurnal Hukum & Pembangunan*: Vol. 50: No. 3, Article 4.

DOI: 10.21143/jhp.vol50.no3.2594

Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/jhp/vol50/iss3/4>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in Jurnal Hukum & Pembangunan by an authorized editor of UI Scholars Hub.

PENERAPAN ASAS PROPORSIONALITAS DALAM PEMANFAATAN ASET NEGARA MELALUI MODEL *BUILD OPERATE AND TRANSFER/BOT*

Anita Kamilah *

* Dosen Program Pascasarjana Ilmu Hukum dan Fakultas Hukum Universitas Suryakancana
Korespondensi: anita.kamilah@yahoo.co.id
Naskah dikirim: 20 Agustus 2019
Naskah diterima untuk diterbitkan: 14 Nopember 2019

Abstract

National development in infrastructure by utilizing state-owned assets is a priority of President Joko Widodo's administration in an effort to equalize people's welfare through ease of connectivity in all regions of Indonesia. The amount of Indonesia's foreign debt which reached Rp. 5,425 trillion as well as limited government funding in both the APBN and APBD, strived through collaboration with the private sector using the Build Operate and Transfer (BOT) model. For the government, infrastructure development through BOT provides benefits to be able to utilize state assets without having to spend funding, increase state revenue, and at the end of the BOT period can have adequate infrastructure and facilities and infrastructure. Likewise, the private sector can increase its business by entering into business fields that were previously monopolized by the government. In order to realize the implementation of the rights and obligations of the parties that are reciprocal and provide benefits to both parties, the implementation of the contract must be based on the principle of proportionality.

Keywords: Infrastructure Development, Limited Funds, BOT, Proportional Principle

Abstrak

Pembangunan Nasional di bidang infrastruktur dengan memanfaatkan aset milik negara menjadi prioritas pemerintahan Presiden Joko Widodo dalam upaya melakukan pemerataan kesejahteraan rakyat melalui kemudahan konektivitas di semua wilayah Indonesia. Besarnya utang luar negeri Indonesia yang mencapai Rp. 5.425 triliun serta keterbatasan pendanaan pemerintah baik dalam APBN maupun APBD, diupayakan melalui kerjasama dengan pihak swasta dengan menggunakan model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*). Bagi pemerintah, pembangunan infrastruktur melalui *BOT* memberikan keuntungan dapat memanfaatkan aset negara tanpa harus mengeluarkan pendanaan, peningkatan penerimaan negara, dan pada akhir masa *BOT* dapat memiliki infrastruktur beserta sarana dan prasarananya yang memadai. Demikian juga, bagi pihak swasta dapat melakukan peningkatan bisnisnya dengan memasuki bidang-bidang usaha yang dulunya dimonopoli pemerintah. Guna mewujudkan pelaksanaan hak-hak dan kewajiban para pihak yang bersifat timbal balik serta memberikan keuntungan kepada kedua belah pihak, maka pelaksanaan kontraknya harus dilandasi dengan asas proporsionalitas.

Kata Kunci: Pembangunan Infrastruktur, Keterbatasan Dana, *BOT*, Asas Proporsional.

I. PENDAHULUAN

Setelah Perang Dunia II, cukup banyak negara di Asia seperti Korea Selatan, Taiwan, dan Singapura yang memiliki harapan membangun negara kesejahteraan.¹ Demikian pula, negara Kesatuan Republik Indonesia, sebagai negara besar dengan tanah seluas 1.904.569 kilometer persegi, dan jumlah populasi terpadat di Asia Tenggara yang mencapai 266 juta, didesain pula sebagai Negara Kesejahteraan (*welfare state*) sebagaimana diamanatkan dalam pembukaan UUD 1945 bahwa “Pemerintah melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah, memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa”, yang diimplementasikan melalui beberapa pasalnya seperti Pasal 27 ayat (2) “Tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan”; Pasal 28A “Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya, demikian pula pada Pasal 28B, 28C, 28H, 31, 33, dan Pasal 34.²

Dalam mewujudkan negara kesejahteraan tersebut, pemerintahan Joko Widodo, memiliki komitmen untuk terus mempercepat pembangunan infrastruktur yang adil di seluruh Indonesia. Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional (PPN)/Bappenas mengungkapkan hingga tahun 2019 negara membutuhkan anggaran infrastruktur lebih dari Rp. 5.000 triliun, sedangkan dana APBN hanya dapat membiayai 8,7% dari total kebutuhan di sektor infrastruktur. Oleh karena itu, kontribusi pembangunan infrastruktur Indonesia tertinggal jauh dari negara lain, sebab tingkat rata-rata stok infrastruktur global ada dikisaran 70% dari Produk Domestik Bruto masing-masing negara. Jepang diatas 100%, lebih besar dari PDB-nya. China sudah hampir 80%, dan Amerika Serikat sekitar 75-76%.

Melihat keterbatasan pemerintah melalui APBN, maupun daerah melalui APBD dalam menyediakan pendanaan untuk pembangunan infrastrukturnya, maka sejak tahun 2009 badan perencanaan pembangunan nasional di Indonesia mengembangkan hubungan kemitraan yang saling menunjang dan menguntungkan antara perusahaan besar dan kecil baik perusahaan nasional maupun perusahaan asing dalam rangka memperkuat struktur ekonomi nasional melalui model atau pola baru sebagai alternatif pembiayaan pembangunan proyek-proyek infrastruktur pemerintah, salah satunya melalui model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) sebagai perjanjian antara pemerintah dengan swasta sebagai investor, di mana pihak investor diberikan hak untuk membangun infrastruktur selama masa perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*), dan mengalihkan kepemilikan proyek infrastruktur tersebut kepada pemerintah setelah masa *BOT* berakhir.³

Mengingat kompleksnya pendanaan pembangunan infrastruktur melalui model *BOT*, keikutsertaan swasta dalam pengadaan infrastruktur tersebut harus didasarkan pada beberapa prinsip, yaitu: (1) Tetap seiring dengan asas, tujuan, sasaran dan wawasan dalam penyelenggaraan pembangunan nasional; (2) Saling membutuhkan, saling memperkuat, dan saling menguntungkan; (3) Meningkatkan efisiensi dan kualitas pembangunan dan atau pengelolaan infrastruktur; (4) Semakin mendorong pertumbuhan ekonomi; (5) Meningkatkan kualitas pelayanan dan memberikan manfaat

¹ Darmawan Triwibowo dan Sugeng Bahagijo, *Mimpi Negara Kesejahteraan*, (Jakarta: LP3ES, 2006), hal. xvii.

² Bisariyadi, *Pergulatan Paham Negara Kesejahteraan (Welfare State) dan Negara Regulasi (Regulatory State) dalam Perkara Konstitusional*, “*Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM*”, Vol. 23, No. 4, 2016, 531-551, dan Oman Sukmana, *Konsep dan Desain Negara Kesejahteraan (Welfare State)*, “*Jurnal Sospol*”, Vol. 2, No.1, 2016, 103-122, hal. 103.

³ Andjar Pachta Wirana, *Penelitian Tentang Aspek-aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT)*, (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, 1994/1995), hal. 31.

yang lebih besar pada masyarakat; (6) Tidak bertentangan dengan undang-undang yang berlaku dan sepenuhnya tunduk pada hukum Indonesia.⁴ Sehubungan dengan hal tersebut, menarik minat Penulis untuk melakukan pengkajian terhadap penerapan asas proporsionalitas dalam melaksanakan hak-hak dan kewajiban yang ditimbulkan dari pembangunan infrastruktur dari suatu perjanjian *BOT*, sehingga dapat menjembatani pemerintah dalam mewujudkan kesejahteraan masyarakat.

II. ANALISIS DAN DISKUSI

2.1. Pemanfaatan Aset Negara dalam Membangun Infrastruktur Sebagai Perwujudan Negara Kesejahteraan

Ide Negara Kesejahteraan (*welfare state*) sudah lahir sekitar abad ke-18, ketika Jeremy Bentham (1748-1832) mempromosikan gagasan adanya tanggung jawab pemerintah untuk menjamin *the greatest happiness (atau welfare) of the greatest number of their citizens*. Negara yang berdasarkan sistem kesejahteraan memberi peran aktif lebih besar kepada negara (pemerintah) untuk mengalokasikan sebagian dana publik dalam mengelola dan mengorganisasi perekonomian untuk menjamin ketersediaan pelayanan sosial secara universal dan komprehensif kepada warganya,⁵ yang ditopang melalui 4 (empat) pilar utamanya, yaitu: (1) *social citizenship*; (2) *full democracy*; (3) *modern industrial relation systems*; dan (4) *rights to education and the expansion of modern mass educations systems*.⁶

Upaya peningkatan kesejahteraan masyarakat diwujudkan melalui pembangunan ekonomi dengan mengoptimalkan aset milik negara untuk menyediakan barang publik (*public goods*) yang memadai dan dapat dinikmati dengan mudah oleh seluruh lapisan masyarakat, baik berupa layanan umum, fungsi pemerintahan, maupun infrastruktur. Menurut Menteri Keuangan Sri Mulyani, berdasarkan revaluasi atau penilaian kembali barang milik negara yang dilakukan Direktorat Jenderal Kekayaan Negara (DJKN) sepanjang 2017-2018, saat ini barang milik negara (BMN) mencapai nilai Rp. 5.728,49 triliun,⁷ yang diperoleh melalui penilaian 934.409 item BMN yang berupa 108.524 bidang tanah, 434.801 item gedung dan bangunan, serta 391.084 item jalan, irigasi, dan jaringan yang diperoleh sampai dengan 31 Desember 2015.⁸

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2014, yang dimaksud dengan pemanfaatan barang milik negara (BMN) adalah Pendayagunaan BMN/BMD yang tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi kementerian/lembaga/satuan kerja perangkat daerah dan/atau optimalisasi BMN/BMD dengan tidak mengubah status kepemilikan. Dari definisi tersebut dapat ditekan adanya upaya dari pemerintah untuk memanfaatkan BMN yang tidak digunakan untuk penyelenggaraan tugas dan fungsi (*idle*) dan optimalisasi BMN, sehingga dapat memberikan manfaat yang sebesar-besarnya bagi negara. Selanjutnya pada Pasal 27 menyebutkan bentuk-bentuk pemanfaatan Barang Milik Negara yaitu

⁴ *Ibid.*, hal. 10-11.

⁵ Edi Suharto, *Membangun Masyarakat Memberdayakan Rakyat: Kajian Strategis Pembangunan Kesejahteraan Sosial dan Pekerjaan Sosial*, (Bandung: Refika Aditama, 2005), hal. 50, dan Darmawan Triwibowo dan Sugeng Bahagijo, *Mimpi Negara Kesejahteraan*, hal. xv.

⁶ Oman Sukmana, *Konsep dan Desain Negara Kesejahteraan (Welfare State)*, "Jurnal Sospol", Vol. 2, No.1, 2016, 103-122, hal. 103

⁷ *Media Indonesia*, *Berita Media Direktorat Jenderal Keuangan Negara (DJKN), Jumlah Aset Negara Naik, BPK Apresiasi Kemenkeu*, Selasa, 23 Oktober 2018, hal. 13.

⁸ *Ibid.*

berupa: (1) Sewa; (2) Pinjam Pakai; (3) Kerjasama Pemanfaatan; (4) Bangun Guna Serah (*BOT*) atau Bangun Serah Guna; dan (5) Kerja sama Penyediaan Infrastruktur.⁹

Pemerintah telah membuka pemanfaatan BMN sejak tahun 1994 dengan terbitnya Keputusan Menteri Keuangan Nomor 470/KMK.01/1994 tentang Tata Cara Penghapusan dan Pemanfaatan Barang Milik/Kekayaan Negara, dengan harapan menjadi alternatif sumber penerimaan yang memberi kontribusi yang signifikan terhadap penerimaan negara. Namun faktanya pemanfaatan BMN belum dapat memberi kontribusi berarti terhadap penerimaan negara karena adanya keterbatasan dana baik dalam APBN maupun APBD, sehingga menjadi penghambat terkait pembangunan infrastruktur Indonesia. Berdasarkan Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2015-2019, total Rp 4.796 triliun diperlukan untuk memenuhi target pembangunan infrastruktur (yang ditetapkan pemerintah) pada tahun 2019. Namun, pemerintah pusat dan daerah hanya dapat memberikan kontribusi 41 persen untuk pembiayaan, sementara perusahaan-perusahaan milik negara (BUMN) hanya dapat memberikan kontribusi hingga 22 persen. Ini berarti bahwa 37 persen dari dana yang dibutuhkan (sekitar Rp 1.752 triliun) harus berasal dari sektor swasta. Keterbatasan pendanaan tersebut, menjadi salah satu penyebab ketertinggalan pembangunan infrastruktur Indonesia dibandingkan negara-negara di ASEAN seperti Singapura, Malaysia, dan Thailand. Dalam rangka mengatasi ketertinggalan tersebut, maka dalam RPJMN 2015-2019, percepatan pembangunan bidang infrastruktur menekankan empat prioritas utama yaitu: (1) Penguatan konektivitas nasional untuk mencapai keseimbangan pembangunan; (2) Pembangunan transportasi massal perkotaan; (3) Pembangunan infrastruktur/prasarana dasar; dan (4) Peningkatan efektivitas, serta efisiensi pembiayaan dalam penyediaan infrastruktur.

Pemerintah menyadari pentingnya partisipasi swasta dalam mempercepat pembangunan infrastruktur di Indonesia, melalui kerjasama dengan swasta dengan menggunakan skema *Public Private Partnership* (*PPP*) karena adanya pembagian risiko proyek antara pihak pemerintah dan swasta, penghematan anggaran infrastruktur, serta memberikan manfaat ekonomi yang lebih luas misalnya penciptaan lapangan kerja, pengurangan tingkat kriminalitas, dan peningkatan pendapatan masyarakat.

Oleh karena itu, untuk meningkatkan daya tarik dan daya saing program *PPP*, Pemerintah Indonesia telah melakukan langkah besar dengan mengesahkan Peraturan Presiden Nomor 38 Tahun 2015 sebagai revisi Peraturan Presiden No. 67 Tahun 2005. Kemudian, pemberian jaminan pemerintah untuk proyek infrastruktur *PPP* melalui pengesahan Peraturan Presiden Nomor 78 Tahun 2010, yang ditindaklanjuti oleh Peraturan Menteri Keuangan Nomor 260 Tahun 2010 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 8 Tahun 2016 Tentang Pedoman Jaminan Pemerintah, serta Peraturan Menteri Keuangan Nomor 30 Tahun 2012 Tentang Dana Kewajiban Kontinjensi, sebagai campur tangan pemerintah dengan tujuan untuk memberikan kepastian investasi dalam pembangunan infrastruktur mengingat besarnya dana investasi yang dibutuhkan.¹⁰

⁹ Indonesia, *Peraturan Pemerintah Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah*, PP Nomor 27 Tahun 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia (LNRI) Tahun 2014 Nomor 119.

¹⁰ Indonesia, *Peraturan Presiden Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*, Perpres Nomor 38 Tahun 2015, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 62, dan Indonesia, *Peraturan Presiden Penjaminan Infrastruktur Dalam Proyek Kerja Sama Pemerintah dengan Badan Usaha Yang Dilakukan Melalui Badan Usaha Penjaminan Infrastruktur*, Perpres Nomor 78 Tahun 2010. Indonesia, Menteri Keuangan, *Peraturan Menteri Keuangan Tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Keuangan Nomor 260/PMK.011/2010 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Penjaminan Infrastruktur Dalam Proyek Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha*, PMK Nomor 8/PMK.08/2016, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2016 Nomor 121,

Aturan lain yang disahkan pemerintah dalam mendukung pembangunan infrastruktur Indonesia yaitu: Peraturan Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Nomor 4 Tahun 2015 Tentang Pedoman Operasional untuk PPP dalam Penyediaan Infrastruktur, Peraturan Kepala Badan Pengadaan Nasional (LKPP) Nomor 19 Tahun 2015 Tentang Pedoman Pengadaan Badan Usaha tentang PPP dalam Penyediaan Infrastruktur, Peraturan Menteri Keuangan Nomor 190 Tahun 2015 Tentang Ketersediaan Pembayaran PPP dalam Penyediaan Infrastruktur, Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 96 Tahun 2016 Tentang Ketersediaan Pembayaran Dengan Menggunakan Anggaran Daerah (APBD) tentang PPP dalam Penyediaan Infrastruktur, serta Peraturan Menteri Keuangan Nomor 223 Tahun 2012 tentang Kelayakan Pendanaan.¹¹

Disahkannya peraturan-peraturan tersebut, memberikan dampak perbaikan peningkatan iklim investasi Indonesia 19 poin dalam Peringkat Kemudahan Berbisnis (*EoDB*) oleh Bank Dunia, dari peringkat 91 pada 2017 menjadi 72 pada 2018, dan saat ini Indonesia adalah 3 Besar Tujuan Investasi Asia Terbaik dan juga 3 Besar Tujuan Investasi Jepang (peringkat *The Japan Bank for International Cooperation/JBIC*).¹²

2.2. Penerapan Asas Proporsionalitas dalam Pembangunan Infrastruktur Melalui Model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*)

Infrastruktur merupakan aset pemerintah untuk memberikan pelayanan terhadap masyarakat dalam memperlancar mobilitas arus barang dan jasa yang dapat dibedakan ke dalam Infrastruktur ekonomi dan infrastruktur sosial. Infrastruktur ekonomi memiliki peran penting dalam meningkatkan pertumbuhan ekonomi di berbagai negara termasuk Indonesia seperti tenaga listrik, telekomunikasi, jalur kereta api, angkutan kota, *waterway*, dan bandara, sedangkan infrastruktur sosial yang dapat dibedakan menjadi infrastruktur pendidikan dan kesehatan.¹³

Terbatasnya dana pemerintah dalam membangun infrastruktur pusat maupun daerah, dijumpai melalui kebijakan perjanjian pemerintah dengan swasta sebagai investor salah satunya melalui model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).¹⁴ *BOT* dalam konteks pengadaan proyek infrastruktur adalah kontrak

dan Indonesia, Menteri Keuangan, *Peraturan Menteri Keuangan Tata Cara Pengelolaan Dana Cadangan Penjaminan Dalam Rangka Pelaksanaan Anggaran Kewajiban Penjaminan Pemerintah*, PMK Nomor 30/PMK.08/2012, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 229.

¹¹ Indonesia, Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Republik Indonesia, *Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional Tentang Tata Cara Pelaksanaan Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*, PM Nomor 4 Tahun 2015, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 829. Indonesia, Menteri Keuangan, *Peraturan Menteri Keuangan Pembayaran Ketersediaan Layanan dalam Rangka Kerja Sama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*, PMK Nomor 190/PMK. 08/2015, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 1486. Indonesia, Menteri Dalam Negeri, *Peraturan Menteri Dalam Negeri Pembayaran Ketersediaan Layanan Dalam Rangka Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur di Daerah*, PM Nomor 96 Tahun 2016, Lembaran Negara Tahun 2016 Nomor 1775, dan Indonesia, Menteri Keuangan, *Peraturan Menteri Keuangan Pemberian Dukungan Kelayakan Atas Sebagian Biaya Konstruksi Pada Proyek Kerja Sama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*, PM Nomor 223/PMK.011/2012, Lembaran Negara Tahun 2012 Nomor 1311.

¹² Rodrigo A. Chaves, "Peringkat Kemudahan Investasi RI Naik ke Posisi 72", *Detik Finance*, 1 November 2017.

¹³ Imas Sholihah, *Kebijakan Hukum Pembangunan Kawasan Perbatasan Melalui Infrastruktur Berbasis Teknologi (Legal Policy for Border Areas Development through Technology-Based Infrastructure)*, "Jurnal Rechtvinding", Vol. 5, No. 3, 2016, 305-321, hal. 309.

¹⁴ Vita Justitia, *Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate Transfer) Antara Pemerintah Provinsi Sumatera Selatan Dengan Pihak Swasta*, "Jurnal Nurani", Vol. 15, No. 1, 2015, 73-84, hal. 74, dan I Gede Abdhi Prabawa, *Kajian Hukum Terhadap Perjanjian Build Operate Transfer (BOT)*

atau perjanjian antara pemilik proyek (pemerintah) dengan pihak lain sebagai investor untuk membangun sebuah sarana dan prasarana (umum) atas biaya sepenuhnya dari perusahaan swasta, beberapa perusahaan swasta, ataupun kerjasama dengan BUMN serta mengoperasikannya untuk selama jangka waktu tertentu dan mengambil seluruh atau sebagian keuntungan dan pada akhir masa kontrak harus mengembalikan proyek tersebut pada pemilik proyek.¹⁵

Clifford W. Garstang, menyebutkan bahwa BOT adalah:

“is a variety of type of project financing known as contractor provided financing. In the standard contractor provided financing a project entity may request proposal for the construction of a project pursuant to which the contractor will not only provided the materials and services needed to complete the project but will also provide or at least arrange the necessary financing. The contractor will also need to operate the project and use its cash flows to repay the debt it has incurred”.¹⁶

Pelaksanaan pembangunan infrastruktur melalui model BOT memberikan keuntungan bagi kedua belah pihak, baik bagi pemerintah sebagai pemilik barang milik negara juga bagi pihak investor sebagai pihak yang memiliki dana. Bagi swasta (investor) dapat melakukan pembangunan untuk melakukan kegiatan usaha tanpa harus memiliki barang (aset) atau lahan. Bagi pemerintah yang memiliki barang milik negara dan bilamana akan mengoptimalkannya/memanfaatkannya memerlukan biaya yang sangat tinggi yang akan mengganggu penggunaan dana APBN/APBD, maka dalam jangka waktu pendek, dengan *BOT* pemerintah mendapatkan keuntungan selain akan mendapatkan pembiayaan atas pembangunan proyek, juga akan mendapatkan kompensasi atau royalti dari pengelolaan proyek tersebut. Dalam jangka waktu yang panjang, keuntungan yang diterima oleh pemerintah yaitu setelah jangka waktu *BOT* berakhir pemerintah akan mendapatkan proyek infrastruktur beserta sarana dan prasarana pendukungnya, sehingga perjanjian *BOT* ini bukan saja tidak akan mengganggu penggunaan dana APBN/APBD, tetapi juga dapat berdampak pada peningkatan penerimaan keuangan pemerintah, baik pada saat pembangunan, pengoperasian, dan pada saat penyerahan proyek infrastruktur. Kelancaran pelaksanaan perjanjian *BOT* akan mempermudah serta memperlancar tugas dan pelayanan pemerintah kepada masyarakat sebagai upaya mewujudkan tujuan pembangunan nasional untuk mensejahterakan masyarakat. Keuntungan bagi investor, pembangunan infrastruktur melalui *BOT* memberikan kesempatan untuk mengambil bagian dalam penanganan dan pengoperasian proyek yang potensial mendatangkan keuntungan yang biasanya selama ini dimonopoli oleh pemerintah sendiri, memperluas usaha ke bidang lain yang mempunyai prospek bagus dan menguntungkan, serta menciptakan bidang dan iklim usaha baru.

Namun demikian, konsep *BOT* dalam pembangunan infrastruktur inipun tidak terlepas dari risiko-risiko baik yang dihadapi oleh pemerintah maupun oleh pihak investor. Dalam beberapa hal kepada pemerintah diminta untuk melaksanakan dan menyelesaikan masalah yang rumit dan rawan misalnya dalam pembangunan jalan tol

Untuk Melindungi Hak Milik Atas Tanah Dalam Rangka Menunjang Sektor Pariwisata, “Jurnal Hukum Student”, 2013, hal. 2.

¹⁵ Lalu Hadi Adha, Lalu Hadi, *Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta*, “Jurnal Dinamika Hukum”, Vol. 11, No. 3, 2011, 548-558, hal. 549, dan Ikka Puspitasari serta Budi Santoso, *Perjanjian Kerjasama Pemerintah Dan Swasta Dengan Pola (BOT) Build Operate Transfer Dalam Pembangunan Jalan Tol (Studi Pembangunan Jalan Tol Semarang-Solo)*, “Jurnal Law Reform”, Vol. 14, No. 1, 2018, 57-73, hal. 58.

¹⁶ Clifford W. Garstang, Sidley & Austin Singapore, *BOT Arrangement, BOT & Project Finance*, (Jakarta: Conference, 7 Oktober 1992).

berkaitan dengan pembebasan tanah atau lahan, demikian pula adanya kemungkinan wanprestasinya pihak investor. Bagi pihak investor, usaha yang dilakukan banyak mengandung risiko, seperti risiko politik, risiko hukum, risiko ekonomi dan pasar, serta risiko keadaan memaksa (*overmacht*), sehingga memerlukan perhitungan, pertimbangan, dan persiapan yang cermat untuk menerapkan pembiayaan pembangunan infrastruktur melalui model *BOT* ini.

Mengingat besarnya risiko yang timbul maupun kompleksnya pemanfaatan barang milik negara dalam pembangunan infrastruktur melalui konsep *BOT* ini karena pelaksanaannya terdiri dari beberapa tahap mulai tahap pembangunan, pengoperasian/tahap pelaksanaan, dan tahap penyerahan, serta masih tersebarinya berbagai aturan tentang pembangunan infrastruktur melalui model *BOT*, maka pelaksanaannya harus didasarkan pada asas-asas perjanjian, salah satunya asas proporsionalitas sehingga terjalin hubungan kontraktual yang saling menguntungkan para pihak.

Asas proporsionalitas adalah asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual baik pada fase prakontraktual, pembentukan kontrak, pelaksanaan kontrak, maupun pengakhiran kontrak.¹⁷ Adapun penerapan asas proporsional dalam pemanfaatan aset negara melalui model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*) dapat dilakukan melalui tahapan-tahapan sebagai berikut:¹⁸

1. Fase pra kontrak.

Pada fase ini, asas proporsionalitas diwujudkan dari terpenuhinya syarat sahnya kontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu:

a. Sepakat para pihak yang mengikatkan diri (*de toestemming van degenen die zich verbinden*).

Kesepakatan merupakan pernyataan kehendak para pihak yang memiliki peran penting sebagai dasar awal pembentukan kontrak, yang dibentuk oleh dua unsur fundamental yaitu penawaran dan penerimaan.¹⁹ Penawaran (*offer, aanbod*) merupakan pernyataan kehendak yang mengandung unsur untuk mengadakan perjanjian, sedangkan penerimaan (*acceptance, aanvaarding*) merupakan pernyataan persetujuan dari pihak lain yang ditawarkan.²⁰

Dalam hal terdapat ketidaksesuaian antara pernyataan kehendak para pihak yang diakibatkan oleh adanya cacat kehendak, karena adanya pertukaran hak dan kewajiban yang berlangsung secara tidak *fair*, maka kontrak tersebut dapat diajukan pembatalan (*vernietigbaar*) oleh pihak yang dirugikan. Cacat kehendak (*wilsgebreke*) yang menghambat terwujudnya asas proporsionalitas, dapat disebabkan karena faktor-faktor sebagai berikut:

- 1) Kesesatan (*dwaling*), yaitu adanya kekeliruan berkenaan dengan fakta-fakta atau hukum yang ada ketika kontrak tersebut diadakan.
- 2) Paksaan (*dwang*), dimana seseorang memberikan kesepakatan karena adanya ancaman yang bersifat melanggar hukum, sehingga

¹⁷ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2014), hal. 87.

¹⁸ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, (Bandung: Alumni, 1994), hal. 36.

¹⁹ E. Allan Fransworth dan William, F. Young, *Contracts (Cases & Materials)*, (New York: The Foundation Press Inc., 1980), hal. 179.

²⁰ H.F.A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata, Jilid II*, diterjemahkan oleh I.S. Adiwimarta, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1995), hal. 148.

menggerakkan pihak lain untuk memberikan kesepakatannya karena terpaksa.

- 3) Penipuan (*bedrog*), yang dilakukan pihak lain sebagai suatu rangkaian tipu daya (*kunstgrepen*) yang menyebabkan tergeraknya seseorang untuk melakukan kesepakatan.
 - 4) Penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*), yaitu suatu keadaan dimana salah satu pihak tetap menutup kontrak meskipun sebenarnya mengetahui atau seharusnya mengetahui bahwa tidak seharusnya yang bersangkutan melakukan penutupan kontrak.
- b. Kecapakan untuk membuat perikatan (*de bekwaamheid om eene verbintenis aan te gaan*).
Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum secara mandiri tanpa diganggu gugat yang standar pengukurannya bagi *person* (pribadi) yaitu kedewasaan (*meenderjarig*), dan *rechtspersoon* (badan hukum) dari aspek kewenangan (*bevoegheid*) yang melekat pada pihak yang mewakilinya.
- c. Suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*).
Adalah prestasi yang menjadi pokok perjanjian tersebut yang memastikan sifat dan luasnya pernyataan-pernyataan yang menjadi kewajiban para pihak.
- d. Suatu sebab yang halal atau diperbolehkan (*eene geoorloofde oorzaak*).²¹
Subekti berpendapat bahwa yang dimaksud sebab (kausa) adalah isi perjanjian yang merupakan prestasi dan kontra prestasi yang saling dipertukarkan para pihak, sedangkan H.F.A. Vollmar dan Wirjono Prodjodikoro, memberikan pengertian sebab (kausa) sebagai maksud atau tujuan dari para pihak untuk menutup kontrak. Misalnya dalam kontrak *BOT* pembangunan infrastruktur, tujuan para pihak menutup kontrak yaitu pemberian hak dari pemerintah kepada investor untuk melakukan pembangunan proyek atas barang milik negara, mengoperasikannya, dan apabila masa *BOT* sudah berakhir, seluruh proyek infrastruktur beserta sarana prasarannya diserahkan kepada pemerintah.
Suatu kontrak tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat apabila kontrak tersebut tidak memiliki kausa, kausanya bertentangan dengan undang-undang, bertentangan dengan kesusilaan, dan bertentangan dengan ketertiban umum, yang berakibat kontrak tersebut keberadaannya batal demi hukum.

2. Fase Pelaksanaan Kontrak.

Pada fase ini, asas proporsionalitas diwujudkan dengan terlaksananya klausul-klausul isi kontrak yang sudah disepakati para pihak berdasarkan asas kebebasan berkontrak maupun yang didasarkan pada klausul-klausul menurut Peraturan Presiden No. 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur, sebagaimana telah di amandemen sebanyak tiga kali dengan Perpres No. 13 Tahun 2010, Perpres No. 56 Tahun 2011, dan terakhir dengan Perpres 66 Tahun 2013, yang memuat substansi klausula mengenai: (a) Lingkup pekerjaan; (b) Jangka waktu; (c) Jaminan pelaksanaan; (d) Tarif dan mekanisme penyesuaian; (e) Hak dan kewajiban termasuk alokasi risiko; (f) Standar kinerja pelayanan; (g)

²¹ Indonesia, *Peraturan Presiden Republik Indonesia Perubahan Ketiga Atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*, Perpres Nomor 66 Tahun 2013, Lembaran Negara Tahun 2013 Nomor 161, dan Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas*, hal. 157.

Larangan pengalihan perjanjian kerjasama atau penyertaan saham pada badan usaha pemegang perjanjian kerjasama sebelum penyediaan infrastruktur beroperasi secara komersial; (h) Sanksi dalam hal para pihak tidak memenuhi ketentuan; (i) Pemutusan perjanjian; (j) Laporan keuangan badan usaha dalam rangka pelaksanaan perjanjian, yang diperiksa secara tahunan oleh auditor independen, dan pengumumannya dalam media cetak yang berskala nasional; (k) Mekanisme penyelesaian sengketa; (l) Mekanisme pengawasan kinerja badan usaha dalam pelaksanaan perjanjian; (m) Pengembalian infrastruktur dan/atau pengelolaannya kepada menteri/kepada lembaga/kepala daerah; (n) Keadaan memaksa; dan (o) Hukum Indonesia sebagai hukum yang berlaku.²²

Kontrak sebagai instrumen pertukaran hak dan kewajiban para pihak baik pada tahap pra kontrak, pembentukan kontrak, pelaksanaan, maupun penyerahan objek kontrak ini diharapkan dapat dilaksanakan dengan baik, *fair*, dan proporsional.

Namun, berbicara bisnis tidak terlepas dari adanya risiko kemungkinan kegagalan pelaksanaan kontrak (*wanprestasi*) (*default* atau *non fulfilment* ataupun disebut juga dengan istilah *breach of contract*) baik yang diakibatkan faktor internal maupun faktor eksternal. Menurut Mariam Darus Badruzaman, ada tiga bentuk wanprestasi, yaitu Pertama, debitur sama sekali tidak memenuhi perikatan; Kedua, debitur terlambat memenuhi perikatan; dan Ketiga, debitur keliru atau tidak pantas memenuhi perikatan.²³

Sesuai ketentuan Pasal 1267 KUH Perdata, hak kreditur terhadap debitur yang wanprestasi dalam melaksanakan kontrak, berupa: (1) Pemenuhan (*nakoming*) prestasi; atau (2) Ganti rugi (*vervangende vergoeding*; *schadeloosstelling*); atau (3) Pembubaran, pemutusan atau pembatalan (*ontbinding*); atau (4) Pemenuhan ditambah ganti rugi pelengkap (*nakoming en aanvullend vergoeding*); atau (5) Pembubaran ditambah ganti rugi pelengkap (*ontbinding en aanvullend vergoeding*).²⁴

Salah satu akibat yang sangat penting dari tidak dipenuhinya perikatan, memberikan hak kepada kreditur untuk dapat meminta ganti rugi sebagai sanksi kepada debitur untuk memberikan penggantian biaya (*kosten*), rugi (*schaden*), dan bunga (*interessen*). Namun demikian, sesuai Pasal 1238 KUH Perdata tuntutan ganti rugi tersebut baru dapat dilakukan setelah diberikan pernyataan lalai "*in mora stelling/ingebereke stelling*" dari pihak kreditur kepada debitur yang bentuknya secara tertulis (*bevel of sorgelijke akte*) dengan tujuan untuk memberikan tenggang waktu kepada debitur guna memenuhi prestasinya. Selain itu, menurut Munir Fuady, tuntutan kreditur terhadap ganti rugipun dilakukan pembatasan, yang dalam ilmu hukum kontrak dikenal beberapa doktrin hukum pembatasan ganti rugi dari wanprestasi yaitu:²⁵

a. Doktrin keterdugaan.

Bahwa pemberian ganti rugi hanya dapat diberikan sejauh kerugian tersebut sudah dapat diduga akan terjadi (*foreseeable*) pada saat kontrak

²² *Ibid.*, hal. 222.

²³ Mariam Darus Badruzaman, *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, (Bandung: Alumni, 1996), hal. 23.

²⁴ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas*, hlm. 263.

²⁵ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Buku I, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011), hal. 137-169.

ditandatangani, kecuali adanya kesengajaan (*arglist*).²⁶ Lebih lanjut Asser'r-Losecaat Vermeer menyebutkan *arglist* adalah debitur yang dengan sengaja dan sadar melanggar kewajibannya tanpa menghiraukan ada atau tidaknya maksud daripada debitur untuk menimbulkan kerugian.²⁷

b. Doktrin kepastian yang rasional (*reasonable certainty*).

bahwa ganti rugi hanya dapat diberikan sampai dengan jumlah yang dapat diestimasi secara pasti dan wajar (*reasonable certainty*). Terhadap ganti rugi yang tidak memenuhi unsur “estimasi yang pasti dan wajar” dikatakan sebagai ganti rugi yang bersifat “spekulasi” dan karenanya menurut doktrin ini ganti rugi tersebut tidak dapat dibenarkan.²⁸

c. Doktrin mitigasi (*mitigation*)/Doktrin Penghindaran Konsekuensi (*Avoidable Consequences Doctrine*), yang mengajarkan bahwa meskipun debitur telah melakukan wanprestasi, tetapi kreditur pun sebagai pihak yang dirugikan memiliki kewajiban untuk mengurangi kerugian tersebut (*duty to mitigate damages*). Kerugian yang diderita kreditur, karena kreditur sendiri tidak berusaha secara rasional (*reasonable effort*) untuk mencegah semakin meluasnya kerugian tidak dapat dimintakan ganti ruginya terhadap debitur.²⁹

d. Doktrin hubungan sebab akibat.

Selaras dengan ketentuan Pasal 1248 KUH Perdata, bahwa suatu ganti rugi hanya dapat dibenarkan jika kerugian tersebut secara nyata diakibatkan oleh wanprestasi dari kontrak yang bersangkutan,³⁰ yang pemecahannya dapat dilakukan melalui dua teori, yaitu:

1) *Conditio Sine Qua Non* (Von Buri).

Menurut teori ini suatu akibat ditimbulkan oleh berbagai peristiwa yang tidak dapat ditiadakan untuk adanya akibat. Berbagai peristiwa tersebut merupakan suatu kesatuan yang disebut “sebab”. Ajaran *conditio sine qua non* ini, berpendapat bahwa semua syarat-syarat yang tidak mungkin ditiadakan untuk adanya akibat adalah senilai dan menganggap setiap syarat adalah sebab. Ajaran ini mendapat tentangan dari berbagai pihak dan tidak mungkin diterapkan dalam praktik hukum, karena teori ini memperluas pertanggung-jawaban.

2) *Adequate Veroorzaking* (Von Kries).

Teori ini berpendapat bahwa suatu syarat merupakan sebab, jika menurut sifatnya pada umumnya sanggup untuk menimbulkan akibat. Selanjutnya *Hoge Raad* memberikan perumusan, bahwa suatu perbuatan merupakan sebab jika menurut pengalaman dapat diharapkan/diduga akan terjadinya akibat yang bersangkutan. *Hoge Raad* menganut ajaran *adequate*, dimana dirumuskan bahwa yang dimaksud dengan akibat yang langsung dan seketika adalah akibat yang menurut pengalaman dapat diharapkan akan terjadi.³¹

Berlandaskan pada asas proporsional, hukum pun memberikan penghargaan yang sama kepada debitur untuk mempertahankan hak-hak kontraktualnya, dimana debitur dapat melepaskan tanggung jawabnya untuk

²⁶ *Ibid.*, hal.143.

²⁷ R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Binacipta, 1987), hal. 24.

²⁸ Munir Fuady, *Hukum Kontrak*, hal. 144.

²⁹ *Ibid.*, hal. 145.

³⁰ *Ibid.*, hal. 146.

³¹ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, hal. 87.

memberikan ganti rugi apabila dapat membuktikan bahwa tidak dipenuhinya kontrak tersebut bukan karena kelalaiannya melainkan karena adanya *overmacht*, yang pengaturannya secara umum termuat dalam Bagian Umum Buku III KUH Perdata Pasal 1244, Pasal 1245, dan Pasal 1444.

Overmacht adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya perikatan yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, dimana dengan adanya *overmacht* tersebut debitur tidak dapat dipersalahkan, tidak harus menanggung risiko serta debitur pun tidak dapat menduga adanya keadaan tersebut pada waktu dibuatnya perjanjian, dan semuanya itu terjadi sebelum debitur lalai untuk memenuhi prestasinya.³²

Selain *overmacht*, debitur pun dapat menggunakan doktrin hukum “pelepasan hak” (*rechtsverwerking*) yang didasarkan pada adanya sikap kreditur baik secara eksplisit (tegas) atau implisit (diam-diam) menerima prestasi debitur meskipun tidak sesuai dengan yang diperjanjikan, serta doktrin “*exceptio non edimplete contractus*”, yaitu pembelaan bagi debitur terhadap gugatan kreditur bahwa tidak dilaksanakannya prestasi tersebut, karena kreditur sendiri tidak melaksanakan prestasi.

Selaras dengan asas proporsionalitas, maka risiko akibat tidak dilaksanakannya pemanfaatan aset negara dalam pembangunan infrastruktur melalui *BOT* karena *overmacht*, maupun risiko karena faktor politik, risiko hukum, risiko ekonomi, serta risiko pasar dan pendapatan menjadi tanggung jawab kreditur dan debitur. Risiko-risiko tersebut perlu diperhitungkan secara cermat oleh para pihak, yang penyelesaiannya lazimnya dilakukan melalui penggunaan pranata asuransi atau pertanggungan sebagai pihak yang akan memberikan jaminan jika risiko-risiko tersebut benar-benar terjadi pada perjanjian *BOT*.³³

3. Fase Pascakontrak/Penyerahan Objek *BOT*.

Pada fase ini, asas proporsional diwujudkan dengan dilaksanakannya hak-hak dan kewajiban kontraktual oleh para pihak yang dilandasi dengan itikad baik, sehingga tujuan penutupan kontrak untuk mendapatkan keuntungan secara timbal balik dapat dicapai. Dengan berakhirnya kontrak, pihak investor mendapatkan keuntungan dari pengoperasian objek infrastruktur, dan pemerintah sebagai pemilik aset mendapatkan penyerahan objek infrastruktur *BOT* beserta sarana dan prasarana penunjangnya, tanpa pemerintah mengeluarkan suatu pendanaan apapun.

Tingginya tingkat pembangunan infrastruktur di Indonesia sering menimbulkan perbedaan interpretasi yang berujung sengketa antara pemerintah sebagai pemberi pekerjaan dengan investor. Hal ini disebabkan sifat pekerjaan pembangunan infrastruktur melalui model *BOT* yang dinamis. Istilah “Sengketa” atau *Disputes* (bahasa Inggris), seringkali disebut dengan “Konflik” atau *Conflict* (bahasa Inggris),³⁴ yaitu adanya perbedaan kepentingan (*perceived divergence of interest*), diantara kedua belah pihak

³² Munir Fuady, *Hukum Kontrak*, hal. 113.

³³ Munir Fuady, *Pembiayaan Perusahaan Masa Kini, Tinjauan Hukum Bisnis*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1997), hal. 26.

³⁴ John. M. Echlos dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia dan Indonesia Inggris*, (Jakarta: Gramedia, 1996), hal. 138.

atau lebih, terhadap suatu keadaan atau objek yang diikuti pengklaiman oleh satu pihak dan penolakan di pihak lain.³⁵

Henry Campbell Black menjelaskan arti “*Dispute*”, sebagai: “*A conflict of controversy; a conflict of claims or rights; an assertion of a right, claim, or demand on one side, met by contrary claims or allegations on the other. The subject of litigation; the matter for which a suit is brought and upon which issue is joined, and in relation to which jurors are called and witnesses examined*”.³⁶

Ada beberapa faktor penyebab terjadinya konflik dalam pembangunan infrastruktur melalui *BOT* ini, di antaranya karena : (a) Kontrak yang tidak tepat dan tidak sempurna (*inappropriate contract type*); (b) Ketidakmampuan/ketidakterampilan para peserta proyek (*lack of competence of project participans*); (c) Tidak adanya profesionalisme (*lack of professionalism of project participans*); (d) Klien tidak memperoleh informasi yang benar sehingga bersikap ragu (*client’s lack of information or decisiveness*); (e) Memberikan harapan yang tidak realistis (*unrealistic information expectation by contractors*); (f) Alokasi risiko yang tidak seimbang (*unfair risk allocation*) dan tidak jelas (*unclear risk allocation*); (g) Sasaran biaya, waktu dan kualitas yang tidak realistis (*unclear risk time/cost/quality by client*); (h) Pengaruh eksternal yang tidak terkendali (*uncontrollable external events*); (i) Persaingan dikarenakan budaya (*adversarialindustry culture*); (j) Harga tender yang tidak realistis (*unrealistic tender pricing*) dan (k) Kontrak yang tidak tepat dan tidak sempurna (*inappropriate contract type*).³⁷

Secara umum, sengketa/konflik dalam pembangunan infrastruktur tersebut dapat disebabkan oleh dua faktor yaitu faktor kualitas manusia dan faktor di luar kekuasaan manusia, seperti faktor politik, ekonomi dan keamanan yang tidak stabil, lingkungan (budaya), perubahan regulasi hukum serta kondisi geografis. Dampak dari sengketa tersebut, menyebabkan hubungan bisnis di antara para pihak menjadi terganggu, hilangnya produktivitas pelaksanaan pembangunan objek infrastruktur, serta lamanya waktu dan tingginya biaya yang dibutuhkan dalam penyelesaian konflik.³⁸

Guna menghindari hal tersebut, dalam kontrak bisnis komersial (komersial) para pihak mencantumkan klausul penyelesaian sengketa (*dispute settlement clause* atau *midnight clause*) melalui dua opsi, yaitu: (1) Penyelesaian melalui jalur litigasi; dan (2) Penyelesaian non litigasi. Pola penyelesaian sengketa dengan menggunakan mekanisme ADR maupun melalui pengadilan, keduanya merupakan manifestasi penerapan asas proporsionalitas sebagaimana diatur dalam Pasal 1865 KUH Perdata dan Pasal 163 HIR, bahwa adanya pembagian pembuktian secara seimbang, dimana siapa yang mendalilkan sesuatu, memberikan kewajiban kepadanya untuk membuktikan hak yang didalilkannya. Demikian juga siapa yang

³⁵ Jawahir Tantowi dan Pranoto Iskandar, *Hukum Internasional Kontemporer*, (Bandung: Refika Aditama, 2006), hal. 224, dan Sudjana, *Efektivitas dan Efisiensi Penyelesaian Sengketa Kekayaan Intelektual Melalui Arbitrase dan Mediasi Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999*, “AJUDIKASI Jurnal Ilmu Hukum”, Vol. 2 No. 1, 2018, 81-96, hal. 85.

³⁶ Henry Campbell Black, *Black’s Law Dictionary*, (St. Paul: West Publishing Co., 1989), hal. 424.

³⁷ Priatna Abdurasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa (Suatu Pengantar)*, (Jakarta: Fikahati Aneska bekerjasama dengan BANI, 2002), hal. 212-213.

³⁸ Karolus E. Lature, *Analisis Penyelesaian Sengketa Konstruksi di Indonesia*, “Jurnal Legislasi Indonesia”, Vol. 15, No.3, 2018, hal. 214.

mengajukan dalil bantahan, untuk mengelakkan hak yang didalilkan pihak lain, diberikan beban pembuktian untuk membuktikan dalil bantahan tersebut. Dalam sistem hukum *Common Law*, menurut Raymond Emson, prinsip tersebut disebut dengan standar “*burden of proof*” yang berlaku sebagai *general rule* dalam pembagian beban pembuktian, yang dikenal dengan kalimat “*He who asserts must prove*”, bahwa siapa yang menyatakan sesuatu wajib membuktikannya.³⁹

Berkaitan dengan penyelesaian sengketa ini, Basuki Reso Wibowo mengemukakan pandangannya bahwa telah terjadi pergeseran beracara di pengadilan yang bukan lagi didasarkan pada penegakkan keadilan yang substansial, tetapi menjadi kekuatan untuk saling mengalahkan (*to be the winner, not the loser*),⁴⁰ sehingga tidak menjamin kepastian hukum, tidak responsif terhadap kepentingan umum, tidak menyelesaikan masalah karena berorientasi ke pada fakta hukum (mencari pihak yang bersalah, lambatnya penyelesaian perkara), sehingga menimbulkan tingginya biaya penyelesaian masalah serta waktunya yang cukup lama.⁴¹

Menghindari kondisi tersebut, para pihak melakukan penyusunan kontrak bisnis yang menekankan penyelesaian sengketa berdasarkan prinsip *win-win solution*, terutama melalui *Alternative Dispute Resolution (ADR)* yang berbentuk antara lain negosiasi, mediasi, konsiliasi, arbitrase, dan penilaian ahli.⁴² Menurut Husseyn Umar, Ketua Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), hingga akhir tahun 2018, perkara di sektor konstruksi/infrastruktur yang ditangani BANI mencapai 27,09 persen dari total kasus yang ditangani lembaga tersebut sepanjang 2014-2018.⁴³ Cukup tingginya penyelesaian perkara di sektor konstruksi/infrastruktur melalui alternatif penyelesaian sengketa, hal ini didasarkan pada karakteristik yang ada pada ADR yaitu adanya kesukarelaan para pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan sengketanya dengan mekanisme penyelesaian yang didasarkan atas tata cara yang telah disepakati bersama, pelaksanaannya lebih fleksibel, biaya ringan dan penyelesaian sengketanya bersifat tertutup, serta keputusan yang diambil oleh para pihak pada dasarnya adalah suatu kesepakatan yang nantinya dituangkan dalam suatu perjanjian dan dilaksanakan berdasarkan prinsip-prinsip keseimbangan (proporsionalitas) sehingga dapat tetap menjaga hubungan bisnis diantara para pihak.⁴⁴

III. KESIMPULAN

1. Negara Indonesia sebagai negara kesejahteraan menjamin ketersediaan barang publik (*public goods*) yang memadai dan dapat dinikmati oleh seluruh lapisan masyarakat, baik berupa layanan umum maupun fungsi pemerintahan, melalui optimalisasi aset milik negara. Namun pemerintah memiliki keterbatasan pendanaan baik melalui APBN maupun APBD dalam menyediakan

³⁹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas*, 211-222, hal. 317.

⁴⁰ Basuki Rekso Wibowo, *Penyelesaian Sengketa Binsis di Luar Pengadilan (Pidato)* Disampaikan pada Pengukuhan Jabatan Guru Besar Dalam Bidang Ilmu Hukum Universitas Airlangga, 17 Desember 2005, hal. 8.

⁴¹ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hal. 14 dan 160.

⁴² Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2006), hal. 1.

⁴³ *Beritasatu.com*, *Sengketa Bidang Konstruksi karena Pembangunan Infrastruktur Berkembang*, Rabu 13 Juni 2019.

⁴⁴ Made Oka Cahyadi Wiguna, *Peluang Penyelesaian Sengketa Perdata Tentang Tanah Melalui Alternative Dispute Resolution*, “*Masalah-Masalah Hukum*”, Jilid 47, No. 1, 2018, 47-55, hal. 51.

pembangunan infrastruktur sebagai sarana dalam peningkatan kesejahteraan masyarakat tersebut. Menyikapi persoalan tersebut, pemerintah mengembangkan hubungan kemitraan yang saling menunjang dan menguntungkan antara perusahaan besar dan kecil baik perusahaan nasional maupun perusahaan asing, salah satunya melalui model Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer/BOT*).

2. Pelaksanaan pembangunan infrastruktur melalui model BOT memberikan keuntungan, baik bagi pemerintah sebagai pemilik barang negara juga bagi pihak investor sebagai pihak yang memiliki dana. Namun pembangunan infrastruktur melalui model *BOT* ini tidak terlepas dari risiko-risiko mengingat kompleksnya perjanjian *BOT* tersebut yang dilakukan melalui tahap pembangunan, pengoperasian, dan tahap penyerahan. Oleh karena itu, pelaksanaannya harus didasarkan pada asas proporsionalitas sehingga terjalin hubungan kontraktual yang saling menguntungkan para pihak, baik pada saat:
 - a. Fase pra kontrak, yang diwujudkan dari terpenuhinya syarat sahnya kontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu (1) Sepakat para pihak yang mengikatkan diri; (2) Kecapakan untuk membuat perikatan; (3) Suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*); dan (4) Suatu sebab yang halal atau diperbolehkan (*eene geoorloofde oorzaak*).
 - b. Fase Pelaksanaan Kontrak, yang diwujudkan dengan terlaksananya klausul-klausul isi kontrak yang sudah disepakati para pihak dengan itikad baik.
 - c. Fase Pascakontrak, diwujudkan dengan terlaksananya hak-hak dan kewajiban kontraktual oleh para pihak, dimana pihak investor mendapatkan keuntungan dari pengoperasian objek infrastruktur, dan pemerintah sebagai pemilik aset mendapatkan penyerahan objek infrastruktur *BOT* beserta sarana dan prasarana penunjangnya, tanpa pemerintah mengeluarkan suatu pendanaan apapun.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdurrasyid, Priatna. *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa (Suatu Pengantar)*. Jakarta: Fikahati Aneska bekerjasama dengan BANI, 2002.
- Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Publishing Co., 1989.
- Darus Badruzaman, Mariam. *Aneka Hukum Bisnis*. Bandung: Alumni, 1994.
- _____. *KUH Perdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*. Bandung: Alumni, 1996.
- Echlos, John. M. dan Hasan Shadily. *Kamus Inggris Indonesia dan Indonesia Inggris*. Jakarta: Gramedia, 1996.
- Fransworth, E. Allan dan William, F. Young. *Contracts (Cases & Materials)*. New York: The Foundation Press Inc., 1980.
- Fuady, Munir. *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis) Buku I*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011.
- _____. *Pembiayaan Perusahaan Masa Kini, Tinjauan Hukum Bisnis*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1997.
- Garstang, Clifford W., Sidley & Austin Singapore. *BOT Arrangement, BOT & Project Finance*. Jakarta: Conference, 7 Oktober 1992.
- Harahap, M. Yahya. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta: Sinar Grafika, 2006.

- Hernoko, Agus Yudha. *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*. Jakarta: Prenada Media Group, 2014.
- Setiawan, R. *Pokok-pokok Hukum Perikatan*. Bandung: Binacipta, 1987.
- Soemartono, Gatot. *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2006.
- Suharto, Edi. *Membangun Masyarakat Memberdayakan Rakyat: Kajian Strategis Pembangunan Kesejahteraan Sosial dan Pekerjaan Sosial*. Bandung: Refika Aditama, 2005.
- Tantowi, Jawahir dan Pranoto Iskandar. *Hukum Internasional Kontemporer*. Bandung: Refika Aditama, 2006.
- Triwibowo, Darmawan dan Sugeng Bahagijo. *Mimpi Negara Kesejahteraan*. Jakarta: LP3ES, 2006.
- Vollmar, H.F.A. *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid II*. Diterjemahkan I.S. Adiwimarta. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1995.
- Wibowo, Basuki Rekso. *Penyelesaian Sengketa Binsis di Luar Pengadilan (Pidato) Disampaikan pada Pengukuhan Jabatan Guru Besar Dalam Bidang Ilmu Hukum Universitas Airlangga, 17 Desember 2005*.
- Wirana, Andjar Pachta. *Penelitian Tentang Aspek-aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT)*. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman RI, 1994/1995.

Jurnal

- Adha, Lalu Hadi. "Kontrak Build Operate Transfer Sebagai Perjanjian Kebijakan Pemerintah Dengan Pihak Swasta". *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11, No. 3, 2011, 548-558.
- Bisariyadi. "Pergulatan Paham Negara Kesejahteraan (Welfare State) dan Negara Regulasi (Regulatory State) dalam Perkara Konstitusional". *Jurnal Hukum IUS QUIA IUSTUM*", Vol. 23, No. 4, 2016, 531-551.
- Sholihah, Imas. *Kebijakan Hukum Pembangunan Kawasan Perbatasan Melalui Infrastruktur Berbasis Teknologi (Legal Policy for Border Areas Development through Technology-Based Infrastructure)*. "Jurnal Rechtvinding", Vol. 5, No. 3, 2016, 305-321.
- Prabawa, I Gede Abdhi. "Kajian Hukum Terhadap Perjanjian Build Operate Transfer (BOT) Untuk Melindungi Hak Milik Atas Tanah Dalam Rangka Menunjang Sektor Pariwisata". *Jurnal Hukum Student*, 2013.
- Puspitasari, Ikka serta Budi Santoso. "Perjanjian Kerjasama Pemerintah Dan Swasta Dengan Pola (BOT) Build Operate Transfer Dalam Pembangunan Jalan Tol (Studi Pembangunan Jalan Tol Semarang-Solo)". *Jurnal Law Reform*, Vol. 14, No. 1, 2018, 57-73.
- Lature, Karolus E. "Analisis Penyelesaian Sengketa Konstruksi Di Indonesia". *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol. 15, No.3, 2018, 211-222.
- Wiguna, Made Oka Cahyadi. "Peluang Penyelesaian Sengketa Perdata Tentang Tanah Melalui Alternative Dispute Resolution". *Masalah-Masalah Hukum*, Jilid 47 No. 1, 2018, 47-55.
- Sukmana, Oman. "Konsep dan Desain Negara Kesejahteraan (Welfare State)". *Jurnal Sospol*, Vol. 2, No.1, 2016, 103-122.
- Sudjana. "Efektivitas dan Efisiensi Penyelesaian Sengketa Kekayaan Intelektual Melalui Arbitrase dan Mediasi Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999". *AJUDIKASI Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 2 No. 1, 2018, 81-96.

Justitia, Vita. “Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate Transfer) Antara Pemerintah Provinsi Sumatera Selatan Dengan Pihak Swasta”. *Jurnal Nurani*, Vol. 15, No. 1, 2015, 73-84.

Surat Kabar/Majalah/Media

Beritasatu.com, Sengketa Bidang Konstruksi karena Pembangunan Infrastruktur Berkembang, Rabu 13 Juni 2019.

Detik Finance, Peringkat Kemudahan Investasi RI Naik ke Posisi 72, 1 November 2017.

Media Indonesia, Berita Media Direktorat Jenderal Keuangan Negara (DJKN), Jumlah Aset Negara Naik, BPK Apresiasi Kemenkeu, Selasa 23 Oktober 2018.

Peraturan Perundang-undangan

Indonesia. *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*.

Indonesia. *Peraturan Pemerintah tentang Pengelolaan Barang Milik Negara/Daerah*. PP Nomor 27 Tahun 2014

Indonesia. *Peraturan Presiden tentang Penjaminan Infrastruktur Dalam Proyek Kerja Sama Pemerintah Dengan Badan Usaha Yang Dilakukan Melalui Badan Usaha Penjaminan Infrastruktur*. Perpres Nomor 78 Tahun 2010.

Indonesia. *Peraturan Presiden tentang Perubahan Ketiga Atas Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 Tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*. Perpres Nomor 66 Tahun 2013.

Indonesia. *Peraturan Presiden tentang Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*. Perpres Nomor 38 Tahun 2015

Indonesia, Menteri Keuangan. *Peraturan Menteri Keuangan tentang Tata Cara Pengelolaan Dana Cadangan Penjaminan Dalam Rangka Pelaksanaan Anggaran Kewajiban Penjaminan Pemerintah*. PMK Nomor 30/PMK.08/2012.

Indonesia, Menteri Keuangan. *Peraturan Menteri Keuangan tentang Pemberian Dukungan Kelayakan Atas Sebagian Biaya Konstruksi Pada Proyek Kerja Sama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*. PMK Nomor 223/PMK.011/2012.

Indonesia, Menteri Keuangan. *Peraturan Menteri Keuangan tentang Pembayaran Ketersediaan Layanan Dalam Rangka Kerja Sama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*. PMK Nomor 190/PMK. 08/2015.

Indonesia, Menteri Keuangan. *Peraturan Menteri Keuangan tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Keuangan Nomor 260/PMK.011/2010 Tentang Petunjuk Pelaksanaan Penjaminan Infrastruktur Dalam Proyek Kerjasama Pemerintah dengan Badan Usaha*. PMK Nomor 8/PMK.08/2016.

Indonesia, Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional. *Peraturan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional Republik Indonesia tentang Tata Cara Pelaksanaan Kerjasama Pemerintah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur*. PM Nomor 4 Tahun 2015.

Indonesia, Menteri Dalam Negeri. *Peraturan Menteri Dalam Negeri tentang Pembayaran Ketersediaan Layanan Dalam Rangka Kerjasama Pemerintah Daerah Dengan Badan Usaha Dalam Penyediaan Infrastruktur Di Daerah*. PM Nomor 96 Tahun 2016.